

POSTANOWIENIE

z dnia 5 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron **5 kwietnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **26 marca 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Megatherm sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” A.Ś. w Opolu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa sprzątanía terenów zewnętrznych i budynków* (nr postępowania 5/ZE/2018/W)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Megatherm sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” A.Ś. w Opolu kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn. *Usługa sprzątania terenów zewnętrznych i budynków* (nr postępowania 5/ZE/2018/W). Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 stycznia 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_011 pod poz. 020925. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

26 marca 2017 r. Odwoływający – wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Megatherm sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” A.Ś. w Opolu {dalej również: „Konsorcjum Megatherm”} – wniósł odwołanie w części nr 2 i 3 zamówienia (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.H.U. Gamma Andrzej Zakrzewski z Warszawy przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania tego wykonawcy do złożenia: po pierwsze – wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, po drugie – dokumentów niezbędnych do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwoływający zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Gamma do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do zadań nr 2 i 3 w sytuacji, gdy cena oferty nie wystarcza nawet na pokrycie kosztów pracowniczych związanych z realizacją zamówienia.
2. Art. 25 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Gamma do złożenia dokumentów niezbędnych do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w dziale VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez nieodrzczenie oferty Wykonawcy Gamma, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

4. Art. 91 – przez wybór oferty Wykonawcy Gamma w części nr 2 i 3 zamówienia oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu w częściach nr 2 i 3 zamówienia:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Wezwania Wykonawcy Gamma do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. ewentualnie
3. Odrzucenia oferty Wykonawcy Gamma jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Ponadto odwołanie zawiera uzasadnienie, w którym Odwołujący przedstawił okoliczności faktyczne i prawne, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

Pismem z 4 kwietnia 2018 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 26 marca 2018 r. przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

4 kwietnia 2018 r. wpłynęła do Izby również odpowiedź na odwołanie (datowana na 3 kwietnia 2018 r.), w której Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na uznanie w całości zarzutów z pkt 1 i 2 powyższej listy zarzutów. Zamawiający dodał, że skutkowało to unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty i podjęciem zaniechanych czynności.

Zdaniem Zamawiającego powoduje to, że zarzut z pkt 3 listy zarzutów jest bezzasadny.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć

postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w pkt 1 i 2 listy zarzutów odwołania.

Co prawda Zamawiający nie uznał zarzutu z pkt 3 listy zarzutów, jednak z konstrukcji odwołania wynika, że jest to zarzut alternatywny w stosunku do uznanych zarzutów, o czym świadczy, że żądanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp ma charakter ewentualny w stosunku do żądań związanych z zarzutami zaniechania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i uzupełnienia dokumentów.

Zarzut z pkt 4 listy zarzutów ma charakter niesamodzielny, a ponadto Zamawiający już unieważnił dokonany uprzednio wybór oferty.

W konsekwencji uznanie przez Zamawiającego w całości zarzutów składających się na jedną z alternatyw wskazanych w odwołaniu należy poczytać za uwzględnienie zarzutów odwołania w całości.

Jednocześnie do upływu 3-dniowego terminu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 pzp, co nastąpiło 29 marca 2018 r., żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający faktycznie już podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej przypomnieć należy, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Z treści uzasadnienia pism Zamawiającego wynika, że uczynił on już zadość żądaniom zgłoszonym w związku z uznanymi w całości zarzutami.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione

Sygn. akt KIO 554/18

w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron tego postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: