

POSTANOWIENIE
z dnia 13 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Aneta Mlącka
Izabela Niedziałek - Bujak

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017 r. przez wykonawcę: **B.T.Z.P. sp. z o.o. w K.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **P.P.L.K. S.A. w W.**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T.P. sp. z o.o. w W.** oraz **D.S. sp. z o.o. w Ł.**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. zasądzić od wykonawcy - **B.T.Z.P. sp. z o.o. w K.** na rzecz zamawiającego - **P.P.L.K. S.A. w W.** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika;
3. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **B.T.Z.P. sp. z o.o. w K.** kwoty 18.000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych 00/100), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn.: „Prace na linii kolejowej nr (...) W. W. O. – D. na odcinku W. – O. – D. – L., odcinek O. – L. w km 26,050 – 175,850”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2015 r., pod nr (...). To oznacza, że do tego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych przed ich zmianą wprowadzoną ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz.1020).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W odwołaniu wykonawca - B.T.Z.P. sp. z o.o. w K. podał, że zarzuty dotyczą niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum T.P. sp. z o.o. i D.S. sp. z o.o. (dalej jako T.) i odrzuceniu oferty B. w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe czynności zdaniem Odwołującego podjęte zostały z naruszeniem art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art.89 ust.1 pkt tej ustawy a także z naruszeniem art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Wskazał także na ewentualne naruszenie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust.6 tej ustawy z uwagi na zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które jest obciążone wadą mającą istotny wpływ na wynik tego postępowania.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania oraz ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem poprawienia omyłki w treści oferty B. - Załącznika nr 2a i dokonanie wyboru oferty B. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

2. przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania;

ewentualnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty T. i unieważnienie Postępowania w zakresie części D;
2. przeprowadzenie dowodu z wyroku Sądu Okręgowego w W. wydanego na skutek wniesienia skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2017 roku o sygn. KIO 542/17 na okoliczności podane w toku rozprawy po rozpoznaniu sprawy przez Sąd, w szczególności na sposób uzupełnienia Załącznika 2a, a także doniosłości prawnej odmiennego wypełnienia Załącznika 2a od listy wskazanej we wzorze;
3. odroczenie rozprawy, ewentualnie zawieszenie postępowania odwoławczego, do czasu wydania przez Sąd Okręgowy w Warszawie wyroku w sprawie ze skargi B. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2017 roku o sygn. KIO 542/17

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum T.P. sp. z o.o. i D.S. sp. z o.o. [Przystępujący T.], który wniósł o odrzucenie tego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp wskazując na wyrok z dnia 12 maja 2017r. sygn. akt KIO 542/17, którym Izba nakazała Zamawiającemu odrzucić ofertę Odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie [pismo z dnia 12.06.2017 r.] także wniósł o odrzucenie tego odwołania wskazując dodatkowo na punkt 3 i pkt 4 art. 189 ust.2 ustawy Pzp podnosząc, że Zamawiający czynności podejmowane w postępowaniu w stosunku do Odwołującego stanowią wykonanie literalnej dyspozycji wyroku Izby pierwotnie wskazanej w ustnych motywach rozstrzygnięcia, które następnie zostały wyartykułowane w uzasadnieniu wyroku, zgodnie z którym Izba: „*uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu (...) odrzucenie oferty wykonawcy B.T.Z.P. Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie załącznika nr 2A do oferty (...).*”

W ocenie Zamawiającego powyższa sytuacja powoduje, że odwołanie powinno zostać odrzucone po pierwsze ze względu na podjęte przez niego czynności, które wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO, a także z uwagi na to, że sprawa była już przedmiotem orzeczenia Izby (res judicata) - co prawda Odwołujący w poprzedniej sprawie występował w

roli przystępującego to niemniej jednak strony (T. P. Sp. z o.o. przystąpił do przedmiotowego postępowania odwoławczego) oraz przedmiot sporu pozostają niezmiennie. Te okoliczności, zdaniem zamawiającego uzasadniają stanowisko, że w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania zarówno opisane w pkt 4) jak i 5) art. 189 ust. 2 Pzp. Odnosząc się natomiast do zarzutów, żądań i uzasadnienia interesu w zakresie unieważnienia odwołania, w ocenie Zamawiającego, zarzuty są spóźnione i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Wnoszący odwołanie wykonawca podtrzymał na posiedzeniu wnioski o odroczenie rozprawy, ewentualnie zawieszenie postępowania odwoławczego, do czasu wydania przez Sąd Okręgowy w Warszawie wyroku w sprawie ze skargi B. wniesionej w piśmie z dnia 5 czerwca 2017 r. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2017 r. o sygn. akt: KIO 542/17.

Przedmiotowym wnioskom sprzeciwił się zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący T., wnosząc o ich nieuwzględnienie.

Izba uznała, że zarówno wniosek o odroczenie rozprawy, jak i ewentualny o zawieszenie postępowania odwoławczego, do czasu wydania przez Sąd Okręgowy w W. wyroku w sprawie ze skargi B. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2017 r. o sygn. akt: KIO 542/17 nie zasługują na uwzględnienie.

Przede wszystkim – zgodnie z § 27 ust.1 zdanie pierwsze rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014 r. poz.964 ze zm.): *„Skład orzekający może odroczyć rozprawę w celu przeprowadzenia dowodów, których nie można było przeprowadzić w wyznaczonym terminie, albo z innych ważnych przyczyn”*.

W niniejszej sprawie, jak słusznie twierdziła strona zamawiająca [Zamawiający i Przystępujący T.] ocena prawna zaistniałych okoliczności w tym postępowaniu odwoławczym przed KIO, wywołanego odwołaniem wniesionym w dniu 29 maja 2017 r. przez wykonawcę B. nie może już ulec zmianie. Orzeczenie KIO z dnia 12 maja 2017 r. wydane w sprawie o sygn. akt: KIO 542/17 jest wiążące i może zostać wzruszone przez Sąd Okręgowy właściwy do rozpoznania skargi na ten wyrok. Niewątpliwie w obrocie prawnym nie mogą istnieć dwa odrębne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, rozstrzygające co do meritum, w zakresie tego samego stanu faktycznego oraz ewentualnie o odmiennej treści.

Ponadto przepis art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp jednoznacznie stanowi, że odwołanie podlega odrzuceniu, jeśli: „*odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (...)*”. Taka okoliczność musiałaby być przez Izbę rozważana w pierwszej kolejności, gdyby odwołanie zostało podtrzymane przez wykonawcę.

Izba zwraca dodatkowo uwagę, że rozpoznając skargę na orzeczenie Izby – zgodnie z art. 198 f ust.2 zdanie 2: „*W przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie*”.

Odwołujący ostatecznie przed zamknięciem w dniu 13 czerwca 2017 r. posiedzenia oświadczył, że cofa odwołanie. Przedmiotowe oświadczenie złożył właściwie umocowany pełnomocnik.

W tym stanie rzeczy Izba – zgodnie z przepisem art. 187 ust. 8 zd. pierwsze Pzp – postanowiła w punkcie 1 sentencji umorzyć postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zd. drugie Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 nr 41poz. 238 ze zmianą z 2017 r. poz. 47.) w punkcie 3 sentencji Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego od odwołania w wysokości 20.000,00 zł.

Izba zasądziła także na podstawie przedłożonej faktury na rzecz Zamawiającego od Odwołującego w punkcie 2 sentencji koszty zgodnie z § 5 ust.1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia, albowiem cofnięcie odwołania nastąpiło na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....