

Sygn. akt: KIO 2548/17

POSTANOWIENIE
z dnia 11 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 11 grudnia 2017r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2017r. przez **wykonawcę Zakład Automatyki Przemysłowej INTEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bacciarellego 54** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Komunalne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Ks. J. Schultza 5**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum Firm Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach, ul. Modlińska 11 i INTROL Energomontaż spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, ul. 16 Lipca 12** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2548/17 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **Umorzyć postępowanie,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Zakład Automatyki Przemysłowej INTEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bacciarellego 54** kwoty 18 000zł. 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą 90% uiszczzonego wpisu.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia -

przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszcy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie, budowę i przyłączenie do sieci zewnętrznych trzech gazowych zestawów kogeneracyjnych dla projektu pn. „Promowanie wykorzystania wysokosprawnej kogeneracji ciepła i energii elektrycznej poprzez budowę źródła ciepła pracującego w wysokosprawnej kogeneracji zasilanego gazem ziemnym na terenie Ciepłowni Nakło n/N, Szubin, Osowa Góra” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 sierpnia 2017r. za numerem 2017/S 148-307792.

W dniu 21 listopada 2017r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach i INTROL Energomontaż spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie.

W dniu 1 grudnia 2017r. wykonawca Zakład Automatyki Przemysłowej INTEC sp. z o.o. z Wrocławia – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym złożonym przez prokurenta ujawnionego w KRS i uprawnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 1 grudnia 2017r. Odwołujący uznał, że działania zamawiającego polegają na rażącym naruszeniu prawa przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Wykonawcę Konsorcjum firm: Energia Sp. z o.o., z siedzibą w Łomiankach i INTROL Energomontaż Sp. z o.o. z siedziba w Chorzowie, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy; rażącym naruszeniu prawa przez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do złożenia / uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu; rażącym naruszeniu prawa poprzez nierzetelne dokonanie czynności badania oferty tego wykonawcy w wyniku czego doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

Przez opisane wyżej czynności i zaniechania zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów prawa:

1. Art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. Art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy przez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy, ze względu na fakt, iż nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. Art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. ponowne badanie oferty wykonawcy;
3. wykluczenie wykonawcy, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy, ponieważ nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
4. unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy;

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, bowiem, mimo iż nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu, miał interes w uzyskaniu zamówienia, a w ujęciu "abstrakcyjnym" nadal go ma. Zdaniem odwołującego, dokonana przez UZP wykładnia znowelizowanego przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pozostaje w sprzeczności z literalnym jego brzmieniem. Taki sposób interpretacji omawianego przepisu czyni go częściowo martwym, albowiem w istocie ogranicza możliwość do skorzystania ze środków ochrony prawnej wyłącznie do podmiotów, które wykażą, iż nadal posiadają interes w uzyskaniu zamówienia, i to interes "realny", a nie "hipotetyczny". Ograniczanie, według stanowiska UZP, legitymacji do wniesienia odwołania do podmiotów, które posiadają interes w uzyskaniu zamówienia, przy jednoczesnym wymogu, aby nie był to interes hipotetyczny (co do możliwości uczestniczenia w kolejnym postępowaniu, po unieważnieniu poprzedniego), powoduje, iż praktycznie uniemożliwia się wniesienie odwołania podmiotom, które miały interes w uzyskaniu danego zamówienia, ale już go w sensie realnym w danym postępowaniu nie mają, choć nadal mają go w sensie abstrakcyjnym. Wskazał, że omawiany przepis posługuje się określeniem "dane zamówienie", które nie jest tożsame z "danym postępowaniem", a nawet gdyby pojęcia te utożsamiać - przyznaje prawo do wniesienia odwołania zarówno podmiotom, które mają ten interes, jak i podmiotom, które go miały. Odwołujący wskazał, że ma interes do wniesienia odwołania, ponieważ z dużą dozą prawdopodobieństwa zamawiający po unieważnieniu przedmiotowego postępowania, wszcznie na nowo identyczne, a odwołujący będzie mógł w nim wziąć udział. Powyższe niezbitnie dowodzi istnienia interesu odwołującego i w myśl art. 179 ust. 1 ustawy legitymuje do wniesienia odwołania jako "inny podmiot".

W dniu 4 grudnia 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 7 grudnia 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum Firm Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach, ul. Modlińska 11 i INTROL Energomontaż spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, ul. 16 Lipca 12 wskazując, że mają interes w przystąpieniu do postępowania po stronie zamawiającego, gdyż ich oferta została wybrana, a odwołanie może spowodować, że przystępujący nie uzyskają zamówienia. Wykonawcy wniesli o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6

września 2017r. udzielonego przez Energia sp. z o.o. – pełnomocnika obu wykonawców na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 października 2017r. Oba pełnomocnictwa zostały udzielone zgodnie z zasadami reprezentacji obu wykonawców działających wspólnie. Wykonawcy oświadczyli, że przekazali kopię zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 11 grudnia 2017r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Nastąpiło to na więcej niż jeden dzień przed wyznaczonym terminem posiedzenia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący: