

Sygn. akt: KIO 1249/17

POSTANOWIENIE
z dnia 10 lipca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 10 lipca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2017 roku przez – wykonawcę Odwołującego **D.Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.B.D.D.Ż. z siedzibą w R.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gmina Tczów z siedzibą w Tczowie**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 1.1. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwołującego D.Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.B.D.D.Ż. z siedzibą w R.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Radomiu.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 19 czerwca 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) (dalej: „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca Dariusz Żak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.B.D.D.Ż. z siedzibą w R., dalej: „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Rozbudowa budynku szkoły o salę gimnastyczną z łącznikiem” prowadzi Zamawiający Gmina Tczów z siedzibą w Tczowie. Ogłoszenie o zamówieniu nr 512790-N-2017 opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19.05.2017 r.

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Powyżej wskazanej czynności Zamawiającego zarzucono naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp:

- poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż nie jest ona niezgodna z treścią SIWZ, przy jednoczesnym zaniechaniu wskazania przez Zamawiającego postanowień SIWZ, z którymi - w ocenie Zamawiającego - oferta jest niezgodna, co jednocześnie stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp;
- poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż okoliczności faktyczne wskazane przez Zamawiającego w treści SIWZ nie stanowią materialnych podstaw do odrzucenia oferty;
- poprzez odrzucenie oferty Odwołującego bez uprzedniego obligatoryjnego skierowania do Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie kierownika budowy, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp/26 ust. 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;
- 3) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu skierowania do Odwołującego wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów,
- 4) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem złożył ważną, niepodlegającą odrzuceniu ofertę w przedmiotowym postępowaniu, jednakże niezgodna z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia. Powyższe przekłada się na możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody wyrażającej się w utracie możliwości realizacji zamówienia.

Informacja o wyborze ofert najkorzystniejszej została przekazana Odwołującemu za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej w dniu 13.06.2017 r. Przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem o wartości poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Koniec terminu na wniesienie odwołania, zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 2, wynoszący 5 dni, przypadał w dniu 18.06.2017 r. (niedziela), wobec czego, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 185 ust 8 ustawy Pzp, termin upływał w dniu 19.06.2017 r. Odwołanie złożono więc z zachowaniem ustawowego terminu. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania oraz dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu stanowiły załączniki do odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał zarzuty związane z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp polegające na:

- odrzuceniu oferty Odwołującego, mimo iż nie jest ona niezgodna z treścią SIWZ, przy jednoczesnym zaniechaniu wskazania przez Zamawiającego postanowień SIWZ, z którymi - w ocenie Zamawiającego - oferta jest niezgodna, co jednocześnie stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp;
- odrzuceniu oferty Odwołującego, mimo iż okoliczności faktyczne wskazane przez Zamawiającego w treści SIWZ nie stanowią materialnych podstaw do odrzucenia oferty.

W dalszej części odpowiedzi, Zamawiający z uwagi na niejednoznaczne określenie trzeciego zarzutu tj. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego bez uprzedniego obligatoryjnego skierowania do Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie kierownika budowy, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp/26 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że uzna on zarzut o ile dotyczy to naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i niezgodnego z przepisami odrzucenia oferty. Zamawiający nie widzi jednak podstaw do ewentualnego skierowania do Odwołującego wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia złożonych dokumentów, gdyż nie zawierają one wewnętrznych sprzeczności w treści złożonej oferty

czy niejasności poszczególnych zapisów, zaś wezwanie Odwołującego do ich uzupełnienia w zakresie dostarczenia referencji lub innych dokumentów potwierdzających doświadczenie kierownika budowy byłoby niedopuszczalnym wprowadzeniem dodatkowych informacji do oferty.

Odwołujący, na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 10 lipca 2017 roku złożył oświadczenie, że wycofuje zarzut nr 3, a odpowiedź Zamawiającego w pozostałym zakresie jest dla niego satysfakcjonująca i wnosił o umorzenie postępowania.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3a ustawy Pzp – należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatом postawionym w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał w części słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił w części odwołanie, natomiast w pozostałym zakresie Odwołujący cofnął zarzuty, natomiast w postępowaniu odwoławczym nie przystąpił po stronie Zamawiającego żaden wykonawca, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, Odwołujący zaś cofnął pozostałe zarzuty,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpili wykonawcy, którzy mogliby skorzystać z prawa do złożenia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący: