

POSTANOWIENIE

z dnia 26 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **26 stycznia 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 stycznia 2021 roku** przez wykonawcę Odwołującego – **H. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Roboty Ziemno-Transportowe H. B. z siedzibą w Łojach**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miasto Sejny z siedzibą w Sejnach**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) kwoty uiszczanego wpisu na rzecz wykonawcy Odwołującego – H. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Roboty Ziemno-Transportowe H. B. z siedzibą w Łojach**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 4 stycznia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w oparciu o art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych /Dz.U.2019r., poz. 2019 ze zmianami/ stosowanym na mocy dyspozycji art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych /Dz.U.2019r., poz. 2020/, zwana dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożył Wykonawca – **H. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Roboty Ziemno-Transportowe H. B. z siedzibą w Łojach** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych w mieście Sejny” prowadzi Zamawiający – **Miasto Sejny z siedzibą w Sejnach**.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań czynności przez Zamawiającego polegających na:

1. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim,
2. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący oświadczył, iż o czynnościach Zamawiającego dowiedział się 30 grudnia 2020 r. z otrzymanego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Termin na wniesienie odwołania został zachowany (art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZPnowe). Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu (art. 514 ust. 2 i 3 ustawy PZPnowe). Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości.

Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 91 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawo zamówień publicznych /t.j. Dz.U. 2019r., poz.1843 ze zm./, zwaną dalej: „PZPstare”- poprzez dokonanie wyboru oferty UNIBEP jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący, co wynika z dokumentacji składającej się na jego ofertę ;
2. art. 91 ustawy PZPstare poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty UNIBEP S.A jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert

EWENTUALNIE

1. unieważnienie czynności wyboru oferty UNIBEP S.A jako najkorzystniejszej,
2. wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZPstare do uzupełnienia dokumentów i do jeszcze bardziej szczegółowych wyjaśnień w zakresie złożonej oferty,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że interes prawny i faktyczny Wykonawcy został naruszony rażąco, gdyż jego oferta jest najkorzystniejszą, a Zamawiający ją odrzucił i nie uzasadnił z jakich przyczyn podjął taką decyzję. Zdaniem Odwołującego Zamawiającemu było brak argumentów jak uzasadnić odrzucenie najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że odwołanie wniesiono zostało w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych i podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Jednocześnie przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 roku stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Skład orzekający Izby ustalił, iż do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego, na podstawie art. 525 ustawy PZPnowe, złożył

wykonawca **UNIBEP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Bielsku Podlaskim**. Izba potwierdziła skuteczność złożonego przystąpienia.

W dniu 25 stycznia 2021 roku Zamawiający na podstawie 186 ust. 1 ustawy Pzp złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał w całości zarzuty Odwołującego. Wobec uwzględnienia zarzutów Zamawiający wnosił o umorzenie postępowania.

Przystępujący w dniu 25 stycznia 2021 roku oświadczył, iż nie będzie korzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu. Jednocześnie Uczestnik postępowania złożył oświadczenie o cofnięciu przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 1 oraz art. 568 pkt 3 ustawy PZPnowe – 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 całości słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie, natomiast przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, nie skorzystał z przysługującego mu prawa, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 2 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy, którzy nie skorzystali z prawa do wniesienia sprzeciwu

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

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem

posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Jednocześnie Izba odmówiła wnioskowi Odwołującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego z uwagi na brak przepisów, tak rangi ustawowej, jak również przepisów o charakterze wykonawczym. Zgodnie z treścią § 9 ust. 1 pkt 2 przywołanego rozporządzenia o kosztach, jeżeli uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy i dotyczyło całości zarzutów, zaś po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca (co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na cofnięcie zgłoszonego przystąpienia), koszty znoszą się wzajemnie.

Izba stanowczo się nie zgadza i nie podziela argumentacji Odwołującego, iż koszty stają się należne także w sytuacji, kiedy postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu, ponieważ uczestnik postępowania przystępujący po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu. Treść § 9 ust. 1 pkt 2 przywołanego rozporządzenia o kosztach wprost wskazuje, iż również w takim przypadku następuje wzajemne zniesienie kosztów z uwagi na brak przedmiotu sporu pomiędzy Stronami postępowania odwoławczego. Zniesienie kosztów między stronami postępowania odwoławczego ma miejsce w dwóch sytuacjach:

- 1) zamawiający w całości uwzględnił przedstawione w odwołaniu zarzuty, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca **albo**
- 2) zamawiający w całości uwzględnił przedstawione w odwołaniu zarzuty, a wykonawca, który przystąpił po jego stronie nie wniósł sprzeciwu.

Przewodniczący:

.....