

Sygn. akt: KIO 333/21

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 18 lutego 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 18 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2020 r. przez odwołującego: **Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. z siedzibą w kamieńcu Wrocławskim** (ul. Klonowa 10, 55-002 Kamieniec Wrocławski) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Sobótka (Rynek 1, 55-050 Sobótka)**,

- zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca: **R. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BIURO OBSŁUGI INWESTYCJI' MGR INŻ. R. A., z siedzibą w Kobierzycach** (ul. Sportowa 44, 55-040 Kobierzyce),

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o.** (ul. Klonowa 10, 55-002 Kamieniec Wrocławski) **kwoty 6.750 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **do Sądu Okręgowego w Warszawie.**

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 1 lutego 2021 r. przez odwołującego: Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Sobótka w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Wielobranżowy nadzór inwestorski dla zadania inwestycyjnego pn. Poprawa transportowej mobilności mieszkańców poprzez budowę sieci dróg rowerowych oraz budowę obiektów Parkuj i Jedź (P&R) i B&R na terenie gmin Jelcz-Laskowice, Kąty Wrocławskie, Sobótka”. Numer referencyjny: RiIGK.271.3.25.2020.WG. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 30 grudnia 2020 r. Nr 773989-N-2020.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp z uwagi na dokonanie:

1. niezgodnej z przepisami czynności polegającej na wykluczeniu wykonawcy z przedmiotowego postępowania, pomimo, że nie zaszły podstawy wskazane przez Zamawiającego, przywołującego w tym zakresie przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp 2004, jakoby Odwołujący rzekomo nie spełnił warunku udziału wskazanego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2a SIWZ;
2. w konsekwencji powyższego - niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Biuro Obsługi Inwestycji z Kobierzyc, pomimo, że to oferta Odwołującego winna podlegać ocenie i przedstawiała najkorzystniejszy bilans w zakresie kryteriów oceny ofert dla tego postępowania;
3. zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp 2004, tj. zaniechania przeprowadzenia właściwej kwalifikacji podmiotowej Odwołującego w zakresie opisanego powyżej warunku udziału poprzez uznanie, że dokumenty przekazane przez Odwołującego nie potwierdzają spełniania postawionego ww. warunku co nie znajduje uzasadnienia w zaistniałym stanie faktycznym;
4. zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp 2004, tj. zaniechania przeprowadzenia właściwej procedury kwalifikacji podmiotowej Odwołującego w zakresie opisanego powyżej warunku udziału, - polegającego na zaniechaniu wezwania Odwołującego do ponownego złożenia wymaganych dokumentów podmiotowych, w sytuacji gdy Zamawiający uważał, że pierwotnie złożone przez Odwołującego dokumenty nie

potwierdzają spełniania rzeczonych warunków, do czego to Zamawiający był zobligowany w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp .2004.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp 2004 poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp 2004 poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że ten potwierdził spełnienie opisywanego warunku udziału;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp 2004 poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą wg podanych dla tego postępowania kryteriów oceny ofert oraz dokonanie porównania i oceny ofert z bezzasadnym pominięciem oferty złożonej przez Odwołującego, która właśnie jest ofertą najkorzystniejszą w tym postępowaniu;
4. ewentualnie - art. 26 ust. 3 ustawy Pzp 2004 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do ponownego złożenia dokumentu podmiotowego, w sytuacji gdy Zamawiający stał na stanowisku, że pierwotnie złożone przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają spełniania rzeczonych warunków udziału w postępowaniu;
5. art. 26 ust. 2 ustawy Pzp 2004, poprzez wadliwe oparcie o ten przepis wezwania do wyjaśnień dokumentu podmiotowego, podczas gdy właściwe do tego przepisy to art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp 2004.

W nawiązaniu do powyższych zarzutów wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Wykonawcę Biuro Obsługi Inwestycji z Kobierzyc;
3. dokonania ponownej oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego i wybór tejże oferty jako najkorzystniejszej oferty;
4. ewentualnie - na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła, że złożone pierwotnie przez Odwołującego potwierdzają spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu - nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do ponownego złożenia takiego dokumentu podmiotowego w zakresie spornego warunku udziału zgodnie z obowiązkiem wynikającym z przepisu art, 26 ust. 3 ustawy Pzp 2004.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu przedmiotowego odwołania, ponieważ w razie jego uwzględnienia, oferta złożona przez Odwołującego, będzie ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

**Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego** na podstawie art. 525 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) przystąpienie zgłosił wykonawca R. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BIURO OBSŁUGI INWESTYCJI' MGR INŻ. R. A., z siedzibą w Kobierzycach wnosząc o oddalenie odwołania.

**Odwołujący** (działający w jego imieniu pełnomocnik) w piśmie z dnia 17 lutego 2021r. złożył „Oświadczenie o cofnięciu odwołania”, w którym podał, że *„Działając w imieniu Odwołującego, w oparciu o przepis art. 540 ustawy Prawo zamówień publicznych, oświadczam, że cofam wniesione przez nas w dniu 1 lutego br. odwołanie. Jednocześnie, w związku z faktem, że termin rozprawy został wyznaczony na dzień 19 lutego, w oparciu o przepis par. 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) Rozporządzenia Prezesa RM w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania wnoszę o zwrot 90% kwoty wpisu na konto (...).*

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 1 lutego 2021 r. Izba zatem wydając postanowienie w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r.

We wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego wykonawca powołał się na art. 540 nPzp z dnia 11 września 2019 r., jednakże w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 520 ust. 1 nPzp z dnia 11 września 2019 r. Zgodnie z art. 520 ust. 1 nPzp: „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”. Wniosek Odwołującego niewątpliwie dotyczy cofnięcia odwołania, a nie okoliczności odnoszących się do świadka i jego zeznań zgodnie ze wskazanym przez Odwołującego art. 540 nPzp z dnia 11 września 2019 r. (wg wniosku art. 540 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego i odwołanie zostało na podstawie art. 520 ust. 1 nPzp z dnia 11 września 2019 r. skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy. Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Wskazany art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowania odwoławcze w formie postanowienia.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 nPzp z dnia 11 września 2019 r. oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją wskazanego art. 557 w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a ww. rozporządzenia w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania, najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Tym samym Izba, uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu od odwołania uiszczonego w przedmiotowej sprawie w wysokości 20.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....