

Sygn. akt: KIO 460/18

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 26 marca 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 26 marca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2018 r. przez **wykonawcę R. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PW ELSERWIS z siedzibą w Opolu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miejski Zarząd Dróg w Opolu**

przy udziale wykonawcy **J. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BGK J. B. z siedzibą w Osinach**, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 460/18 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy R. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PW ELSERWIS z siedzibą w Opolu kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579, 2018) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg w Opolu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „*Remonty i bieżące utrzymanie dróg zakup usług pozostałych, w zakresie utrzymania i konserwacji sygnalizacji świetlnych i urządzeń pochodnych na terenie miasta Opolu w latach 2018-2020*”, nr sprawy: NP.26.03.2018.P. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2 lutego 2018 r. za numerem 513244-N-2018. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem były roboty budowlane, jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 z późn. zm. zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 6 marca 2018 r. Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy J. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BGK J. B. z siedzibą w Osinach – dalej Przystępujący. Od tej czynności w dniu 12 marca 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca R. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PW ELSERWIS z siedzibą w Opolu – dalej Odwołujący. Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy pzp poprzez uwzględnienie wyjaśnień Przystępującego co do rażąco niskiej ceny, mimo braku udowodnienia przez Wykonawcę, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co potwierdził Wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny,
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który w ramach wyjaśniania rażąco niskiej ceny przedstawił informacje wprowadzające w błąd,
- 5) art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej nieuczciwą manipulację cenami jednostkowymi,
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 pzp poprzez zaniechanie egzekwowania od wykonawców na równych zasadach przestrzegania wymagań określonych w SIWZ oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy pzp.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty Wykonawcy z powodu nie udowodnienia przez niego, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Dnia 14 marca 2018 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca J. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BGK J. B. z siedzibą w Osinach. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 ustawy pzp, odpowiedzi na odwołanie. W piśmie z dnia 14 marca 2018 r. wskazał, że dnia 13 marca 2018 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

W dniu 26 marca 2018 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 15 marca 2018 r. odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron i uczestnika postępowania. Na posiedzeniu Izby w dniu 26 marca 2018 r., wyznaczonym do rozpoznania przedmiotowego odwołania stawili się wyłącznie pełnomocnicy Odwołującego i Zamawiającego.

Podczas posiedzenia z udziałem stron umocowany pełnomocnik Zamawiającego złożył oświadczenie do protokołu o uwzględnieniu odwołania w całości. Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 26 marca 2018 r. uznała, iż zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy pzp. W ocenie Izby Przystępujący, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia w sprawie nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu pisemnie lub ustnie do protokołu posiedzenia. Skoro odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na posiedzenie z udziałem stron, Izba nie wzywała oddzielenie Przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, uznając, iż jego nieusprawiedliwione niestawiennictwo na posiedzeniu oznacza rezygnację z prawa do zgłoszenia sprzeciwu. W interesie Przystępującego było uczestniczenie w posiedzeniu, na którym rozpoznane miało być odwołanie skierowane wobec czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a następnie odrzucenia jego oferty. Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w sytuacji gdy zamawiający dokona uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na

posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. A contrario, Izba przy uwzględnieniu w całości zarzutów przez zamawiającego nie może umorzyć postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestnika (uczestników) postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie zamawiającego.

W niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło po przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego z udziałem stron, na którym Przystępujący (gdyby był obecny) mógł wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego. Brak stawiennictwa Przystępującego nie uniemożliwiało zatem umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy. Tym samym Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł uznając, iż brak jest podstawy prawnej do obciążenia Zamawiającego kosztami strony. Ustawodawca wyraźnie przewidział, iż w takiej sytuacji koszty postępowania znoszą się wzajemnie i nie zdecydował o wprowadzeniu podstawy do uwzględnienia kosztów strony odwołującej, jeżeli uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, możliwe jest zasądzenie kosztów poniesionych przez odwołującego jeżeli zamawiający uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu po otwarciu rozprawy.

Na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 oraz Dz. U. z 2017r., poz. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty 10 000 zł uiszczony tytułem wpisu.

Postanowienie zostało ogłoszone poprzez jego wywieszenie na tablicy ogłoszeń w trybie § 32 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j.: Dz. U. z 2014r., poz. 964 oraz Dz. U. z 2017r., poz. 14).

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....