

Sygn. akt: KIO 691/21

POSTANOWIENIE
z dnia 29 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 marca 2021r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2021r. przez odwołującego: **Autocomp Management Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** (ul. 1 Maja 36, 71-627 Szczecin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Urząd Transportu Kolejowego z siedzibą w Warszawie** (Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa),

- wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - Konsorcjum: **SIM Factor sp. z o.o. oraz New Solutions Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Wenecka 12, 03-244 Warszawa)

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Autocomp Management Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (ul. 1 Maja 36, 71-627 Szczecin)** kwoty **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) 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 4 marca 2021 r. przez wykonawcę Autocomp Management Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa - Urząd Transportu Kolejowego z siedzibą w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa trzech symulatorów pojazdów kolejowych przeznaczonych do przeprowadzania jazd egzaminacyjnych dla kandydatów na maszynistów, wraz z ich instalacją oraz adaptacją pomieszczeń niezbędną do poprawnego działania symulatorów, przeszkoleniem pracowników i zapewnieniem opieki serwisowej oraz utrzymaniowej”. Nr postępowania: BDG-WZPU.2501.15.2020. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE w dniu 28.12.2020 r. Nr: 2020/S 252-635458.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - wezwanie do uzupełnienia lub poprawienia treści JEDZ lub udzielenia wyjaśnień, odnośnie informacji zawartych w JEDZ, dotyczących zdolności technicznej i zawodowej — część IV, Sekcja C, relacja dostaw, dostawa dla NEWAG S.A. (pkt. 2 wezwania), w sytuacji, gdy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 5.2.1.1 SIWZ;

ewentualnie w przypadku niepodzielania przez KIO ww. zarzutu, naruszenie:

2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp - przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny oraz nieprzejrzysty z uwagi na fakt niezdefiniowania w SIWZ pojęcia dostawy, a następnie na etapie badania oferty odwołującego i wezwania go do wyjaśnień, przyjęcia, iż dostawa jest rozumiana jako jedna umowa, co w konsekwencji prowadzi do obowiązku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia lub poprawienia treści JEDZ lub udzielenia wyjaśnień, odnośnie informacji zawartych w JEDZ, dotyczących zdolności technicznej i zawodowej — część IV, Sekcja C, relacja dostaw, dostawa dla NEWAG S.A. (pkt. 2 wezwania); 2) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu naruszenia, o którym mowa w pkt 1 nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Wykonawca podał, że (...) złożył ważną ofertę w postępowaniu, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyż zawiera najniższą cenę spośród wszystkich złożonych ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę, poprzez niezyskanie zamówienia. W ten sposób Odwołujący nie uzyska korzyści płynących z realizacji zamówienia, Interes w uzyskaniu

zamówienia wyraża się w tym, że dokonanie czynności związanych z usunięciem naruszeń ujawnionych w trakcie postępowania warunkują nie tylko prawidłowość w zakresie stosowania przepisów ustawy PZP przez Zamawiającego, ale przede wszystkim dają Odwołującemu realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia i wzięcia udziału w dalszym etapie niniejszego postępowania. Powyższe dowodzi, iż złożenie niniejszego Odwołania czyni zadość wymaganiom postawionym w art. 505 ust. 1 nowego pzp, gdyż Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp”.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: SIM Factor sp. z o.o. oraz New Solutions Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 16 marca 2021 r.) wniósł także o oddalenie odwołania. Wskazał na brak podstaw do unieważnienia czynności wezwania Odwołującego z dnia 22 lutego 2021 r. W ocenie Zamawiającego nie można uznać, że sama czynność wezwania została dokonana z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp posiadał uprawnienie do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia JEDZ m.in. w zakresie realizacji dostawy wskazanej w pkt 3 powyżej (pkt 2 wezwania — wezwanie z 22 lutego 2021 r.). Odwołujący na wezwanie udzielił stosownych wyjaśnień. Przedmiotowe wezwanie nie narusza zatem przepisów ustawy Pzp i nie będzie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym czynność wezwania była prawidłowa. Dodatkowo w piśmie z dnia 22 marca 2021 r. stwierdził, że wbrew stanowisku Odwołującego. Zamawiający nie podjął czynności wzajemnie się wykluczających, jak i nie dokonał niezgodnie z przepisami Pzp czynności wezwania. Wskazał ponadto, że w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania pojęcie dostawy należy traktować szeroko, tym samym należy uznać, że każda zakończona dostawa zgodna z warunkiem udziału, o którym mowa w pkt 5.2.1 SIWZ, spełnia wymagania Zamawiającego.

Odwołujący (działający w jego imieniu pełnomocnik) w piśmie z dnia 26 marca 2021r. oświadczył, że cofa odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu. Wniósł także o zwrot 90 kwoty wpisu uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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 4 marca 2021 r. Izba zatem wydając postanowienie w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 nPzp: *„Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”*.

Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2021 r. zostało złożone na podstawie wskazanego art. 520 ust. 1 nPzp przed otwarciem rozprawy dla której termin został wyznaczony na dzień 31 marca 2021 r.

Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. 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 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....