

**Sygn. akt: KIO 1985/16**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 27 października 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 27 października 2016r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A. i T4B Sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32/U15, 04-036 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez 12 Terenowy Oddział Lotniskowy, ul. Nowowiejska 28A, 00-911 Warszawa

przy udziale wykonawcy: SKANSKA S.A. z siedzibą przy ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1985/16 po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A. i T4B Sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32/U15, 04-036 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: 12 Terenowy Oddział Lotniskowy, ul. Nowowiejska 28A 00-911 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku administracyjnego dla JW. 5949 o funkcji Lokalnego Centrum Nadzoru, Biura Przepustek oraz Wartowni wraz z zagospodarowanie terenu w ramach zadania „Budowa budynku LNC, wartowni oraz biura przepustek wraz z rozbudową systemów ochrony kompleksu” oraz budowę ogrodzenia wewnętrznego w technologii prefabrykatów stalowych wraz z systemem ochrony (SSWiN, CCTV) oświetlenia oraz szutrowych dróg patrolowych w ramach zadania „Budowa ogrodzenia wraz z infrastrukturą - etap III”, Znak sprawy: 3/U/2016.

W dniu 17 października 2016r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A. i T4B Sp. z o.o., Al. Stanów Zjednoczonych 32/U15, 04-036 Warszawa wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej, oferty SKANSKA S.A. z siedzibą przy ul. Gen. J. Zajączka 9; 01-518 Warszawa (dalej jako: „Skanska”),

2.zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Skanska ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji co do wykonania co najmniej 50% wartości Przedmiotu Zamówienia siłami własnymi,

3.zaniechaniu odrzucenia oferty Skanska jako oferty, zawierającej rażąco niską cenę,

4.zaniechaniu odrzucenia oferty Skanska jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz jako oferty złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu, ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji co do wykonania co najmniej 50 % wartości Przedmiotu Zamówienia siłami własnymi;

5.zaniechaniu odrzucenia oferty Skanska jako oferty niezgodnej z SIWZ,

6.zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Skanska w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp wraz z uzasadnieniem objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowych wyjaśnień.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1.błędne ustalenie stanu faktycznego oraz naruszenie:

2.art.7 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, poprzez m. in:

- bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień Skanska w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień Skanska, co do realności ceny oferowanej przez Skanska oraz oświadczenia Skanska, że wykona co najmniej 50% wartości Przedmiotu Zamówienia siłami własnymi;
- zaniechanie odrzucenia oferty Skanska, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia

2.art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 3 ustawy Pzp poprzez niezgodne z ustawą Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej;

3.art. 24 ust 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Skanska z Postępowania, pomimo, że podmiot ten złożył nieprawdziwe informacje, co do realizacji, co najmniej 50% wartości Przedmiotu Zamówienia siłami własnymi;

4.art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust.1 i art. 15 ust. 1 pkt 5) oraz 2 pkt. 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Skanska jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

5.art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz 90 ust 3 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie względem oferty Skanska, która, zawiera rażąco niską, nierynkową cenę względem przedmiotu zamówienia;

6.art. 26 ust 4 oraz 87 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania SKANSKA do wyjaśnień w zakresie opisu zlecenia podwykonawcom praktycznie całej realizacji Przedmiotu Zamówienia przy jednoczesnym oświadczeniu o wykonaniu, co najmniej 50 % zamówienia siłami własnym oraz w przedmiocie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę oraz realizacji, co najmniej 50% wartości Przedmiotu Zamówieni siłami własnymi;

7.art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp i w zw. art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia podstaw i uzasadnienia do objęcia wyjaśnień z art. 90 ust 1 ustawy Pzp tajemnicą przedsiębiorstwa oraz zaniechanie ujawnienia samej treści wyjaśnień SKANSKA w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp wraz załącznikami, w sytuacji gdy SKANSKA nie udowodniła, że przedmiotowe wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z uwagi na powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.uwzględnienie odwołania,
- 2.unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty SKANSKA jako najkorzystniejszej,
- 3.nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i w zależności od

ustaleń:

1) dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) ujawnienie w całości wyjaśnień SKANSKA udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. wraz z załącznikami oraz udostępnienie ich Odwołującemu do wglądu wraz z udostępnieniem do wglądu samego uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowych wyjaśnień;

3) odrzucenie oferty SKANSKA jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji z nierealną ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu ze względu m.in. na złożenie nieprawdziwych informacji;

4. dokonanie wyboru oferty Qumak S.A. jako najkorzystniejszej w ramach niniejszego postępowania,

5. względnie, na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą braku podstaw do uwzględnienia żądania z pkt. 3), do nakazania Zamawiającemu wezwania SKANSKA do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 i 87 ust 1 ustawy w przedmiocie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę oraz realizacji co najmniej 50% wartości Przedmiotu Zamówieni siłami własnymi.

6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

W dniu 20 października 2016r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca: SKANSKA S.A. z siedzibą przy ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, zwany dalej Przystępującym.

Przed wyznaczoną rozprawą Zamawiający pismem z dnia 20 października 2016r., które zostało złożone w Izbie w dniu 20 października 2016r. udzielił odpowiedzi na przedmiotowe odwołanie uwzględniając w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, wnosząc o zniesienie wzajemne kosztów postępowania i jego umorzenie.

W dniu 24 października 2016r. przed wyznaczoną rozprawą Przystępujący złożył oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu, co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które jednak w dniu 27 października 2016r. przed wyznaczoną rozprawą wycofał.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 186 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Zgodnie z art.186 ust.3 ustawy Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu, co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zgodnie z art.185 ust.2 zd. 1 cyt. ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

W niniejszej sprawie zgłoszenie takie zostało skutecznie dokonane po stronie Zamawiającego przez Przystępującego, lecz nie został wniesiony przez niego sprzeciw od uwzględnienia zarzutów odwołania, a zatem zaistniała przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art.186 ust.6 pkt 2 lit.b ustawy Pzp i § 5 ust. 1 pkt 2 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Z wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości przed otwarciem rozprawy, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

W niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło w okolicznościach, o których mowa w ust.3 art.186 ustawy Pzp, a w takiej sytuacji w myśl ust.6 pkt 2 lit.b powyższego przepisu koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.186 ust.3 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:.....**