

Sygn. akt: KIO 2546/18

POSTANOWIENIE
z dnia 20 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 20 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Złote Runo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **WODKAN Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim**

przy udziale wykonawcy **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **Umorzyć postępowania odwoławcze.**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Złote Runo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty **6 750 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.
3. Oddalić wniosek zamawiającego **WODKAN Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim** o zasądzenie kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kaliszu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

WODKAN Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na *Wdrożenie inteligentnego systemu zarządzania sieciami wodnokanalizacyjnymi w tym kanalizacją deszczową obejmujące: system monitoringu przepływu wody*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 listopada 2018 r. pod numerem 645956-N-2018.

W dniu 10 grudnia 2018 r. wykonawca Złote Runo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 91 ust. 1 i w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986), dalej „ustawa Pzp”, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” i wyborze tejże oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także dokonania ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 17 grudnia 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu.

Pismem z dnia 19 grudnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp, ewentualnie o jego oddalenie w całości.

Odwołujący w dniu 20 grudnia 2018 r., przed otwarciem rozprawy, po otwarciu posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania, złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w całości. Oświadczenie o wycofaniu zostało złożone przez osobę upoważnioną do reprezentowania Odwołującego i skutkuje koniecznością umorzenia postępowania odwoławczego.

W związku z cofnięciem odwołania przed otwarciem rozprawy, Izba postanowiła o zwrocie na rzecz Odwołującego 90% wpisu, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo

zamówień publicznych.

Na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 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. z 2018 r. poz. 972), dalej „rozporządzenie”, Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisów od odwołania.

Na podstawie ww. przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu na posiedzenie. Izba uznała, że pomimo wniosku Zamawiającego, przyznanie zwrotu kosztów pełnomocnikowi byłoby niesłuszne i niezasadne. Izba mogła odstąpić od zastosowania § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia nakazującego zasądzenie kosztów, o których mowa w § 3 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania. Zgodnie z postanowieniem z dnia 5 maja 2015 r. Sądu Okręgowego w Kielcach, sygn. akt VII Ga 61/15, rozporządzenie określa sposób rozliczania kosztów w sytuacjach typowych, najczęściej powtarzających się w praktyce zamówień w §5 ust. 1-4. O tym, że nie jest to zamknięty katalog możliwych rozstrzygnięć świadczy ust. 4 tego paragrafu stanowiący, że w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1-3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, którego nie należy rozumieć jako dosłownego rodzaju rozstrzygnięcia.

W ocenie Izby całokształt okoliczności ujawnionych w toku postępowania, przemawia za nieobciążaniem Odwołującego kosztami zastępstwa procesowego i dojazdu na posiedzenie. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosił, że do tego postępowania o udzielenie zamówienia nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp, a Zamawiający jest zamawiającym sektorowym i wartość udzielanego zamówienia jest niższa od wartości wskazanej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął i prowadził niniejsze postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, stosując przepisy ustawy Pzp. Wynika to z całego szeregu dokumentów oraz czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu, jak chociażby: określenia warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw do wykluczenia na podstawie ustawy Pzp, żądania wniesienia wadium, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przewidzenia zmian umowy na podstawie art. 144 ustawy Pzp, czy też pouczenia (zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, jak i w samej informacji o wyborze

najkorzystniejszej oferty) o przysługujących wykonawcom środkach ochrony prawnej, zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz że odwołanie od czynności Zamawiającego w tym postępowaniu wnosi się do Prezesa KIO. Ponadto, zgodnie z Rozdziałem 2 pkt 1 SIWZ *Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego (na podstawie art. 10 i 39 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych; Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 tj.) zwanej dalej ustawą Pzp, aktów wykonawczych do ustawy PZP oraz niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*. Natomiast w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający podał, że zamieszczenie ogłoszenia jest obowiązkowe.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie podnosił, że *fakt udzielenia informacji w SIWZ, o przysługujących środkach odwoławczych, nie implikuje możliwości korzystania z tychże środków, albowiem te regulowane są przez bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Okoliczność, iż Zamawiający, mimo braku takiego obowiązku ustawowego, prowadzi przetarg na wzór rozwiązań przewidzianych w PZP, wynika z faktu, iż zamówienie niniejsze objęte jest dofinansowaniem z programu pomocowego, którego warunki stawiają nacisk na realizację tzw. zasady konkurencyjności*. O fakcie, że Zamawiający jest zamawiającym sektorowym i w tym postępowaniu przepisy ustawy Pzp nie mają zastosowania, odwołujący dowiedział się dopiero z odpowiedzi na odwołanie doręczonej w dniu posiedzenia. Gdyby Zamawiający swoje stanowisko przedstawił wcześniej to umożliwiłby Odwołującemu cofnięcie odwołania, co zapobiegłoby powstaniu kosztów związanych z wynagrodzeniem profesjonalnych pełnomocników oraz dojazdu.

Zachowanie Zamawiającego, który wszczyna i prowadzi postępowanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp, a dopiero na etapie postępowania odwoławczego, stwierdza że w sprawie nie mają zastosowania przepisy tejże ustawy, należy ocenić jako nieprawidłowe. Izba wskazuje również, że pomimo wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, pełnomocnikowi Zamawiającemu nie przeszkadzało to do złożenia wniosków o zwrot kosztów zastępstwa procesowego oraz dojazdu. Izba uznała w niniejszym stanie faktycznym przyznanie zwrotu kosztów pełnomocnikowi za niesłuszne i niezasadne.

Przewodniczący: