

Sygn. akt: KIO 1191/16

**POSTANOWIENIE
z dnia 12 lipca 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2016 r. przez wykonawcę **Veggo K i J Bis sp.j. w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową nr 2063 w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Robs sp. z o.o. w Broniszach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Veggo K i J Bis sp.j. w Warszawie, stanowiącej wpis 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) 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

Jednostka Wojskowa nr 2063 w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup i dostawa produktów pochodzenia niezwierzęcego: pieczywa, wyrobów ciastkarskich i ciast, artykułów ogólnospożywczych, warzyw, owoców i nowalijek”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 kwietnia 2016 r., nr 2016/S 076-133376.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

23 czerwca 2016 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania w zakresie części IV i V zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał także, że w zakresie ww. części odrzucił ofertę odwołującego oraz ofertę wykonawcy Robs sp. z o.o. w Broniszach (zawiadomienie z 23 czerwca 2016 r. w aktach sprawy przekazanych przez zamawiającego).

Wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu złożonej przez siebie oferty w zakresie części IV i V zamówienia, a także wobec czynności unieważnienia postępowania w tych częściach, wykonawca Veggo K i J Bis sp.j. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł 4 lipca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 181 ust. 1 ustawy Pzp przez rozpoznanie środka ochrony prawnej w postaci informacji o czynności niezgodnej z przepisami, w sytuacji gdy w postępowaniu od czynności dokonanych przez zamawiającego przysługiwało wyłącznie odwołanie, zgodnie z art. 180 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,
- 2) art. 181 ust. 2 ustawy Pzp przez uznanie zasadności informacji o czynności niezgodnej postępowaniu i podjęcie bez podstawy prawnej czynności anulujących rozstrzygnięcie postępowania z 20.06.2016 r., w sytuacji gdy prawo do uznania takiej informacji przez zamawiającego przysługuje wyłącznie w postępowaniach na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2, oraz gdy pojęcie anulowania czynności w postępowaniu nie występuje w przepisach ustawy Pzp,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez dokonanie bez podstawy prawnej ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty odwołującego w części nr IV i V, podczas gdy oferta

odwołującego w świetle postanowień SIWZ jest ważna i zamawiający winien utrzymać wynik postępowania podjęty w dniu 20.06.2016 r.,

- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w części IV i w części V, w sytuacji gdy oferta odwołującego w świetle postanowień SIWZ jest ważna i zamawiający winien utrzymać wynik postępowania podjęty 20.06.2016 r.,
- 5) art. 87 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia omyłek występujących w ofercie odwołującego, w przypadku gdy zdaniem Izby zasadne będzie poprawienie omyłek występujących w kalkulacji cenowej na skutek udzielonego wyjaśnienia w dniu 22.06.2016 r. przez Warszawski Rolno-Spożywczy Rynek Hurtowy SA Bronisze,
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W oparciu o przywołane zarzuty i przedstawioną w uzasadnieniu odwołania argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w części nr IV i V na podstawie art. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty i nakazanie dokonania oceny oferty odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ na podstawie zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp a także nakazanie poprawienia omyłek występujących w kalkulacji' cenowej odwołującego, w przypadku gdy zdaniem Izby zasadne będzie poprawienie omyłek występujących w kalkulacji cenowej na skutek udzielonego wyjaśnienia w dniu 22.06.2016 r. przez Warszawski Rolno-Spożywczy Rynek Hurtowy SA Bronisze,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w części nr IV i V zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,
- 4) zawarcia umowy z odwołującym w sprawie zamówienia publicznego w części nr IV z uwagi na zwiększenie przez zamawiającego kwoty jaką może przeznaczyć na realizację zamówienia w tej części, zgodnie z informacją o wyniku z 20.06.2016 r.

Na podstawie korespondencji zamawiającego z 7 lipca 2016 r. (pismo nr 3070) a także przesłanej dokumentacji postępowania ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu 5 lipca 2016 r. faksem.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Robs sp. z o.o. w Broniszach. W zgłoszeniu przystąpienia wykonawca ten

wskazał, że *ma interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego, ponieważ w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta przystępującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Spełniała bowiem wszystkie warunki SIWZ i była znacznie niższa cenowo od oferty odwołującego. Ponadto cena oferty przystępującego nie przekraczała kwoty, jaką zamawiający przewidział na wykonanie zamówienia.*

Ustalono również, że 8 lipca 2016 r. odwołujący doręczył Prezesowi Izby opozycję wobec przystąpienia wykonawcy Robs sp. z o.o. w Broniszach do postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu opozycji odwołujący podniósł m.in., że oferta wykonawcy Robs sp. z o.o. została przez zamawiającego skutecznie odrzucona, a wykonawca ten w ustawowym terminie nie wniósł odwołania. Wskazał także, że interes zgłaszającego przystąpienie musi odnosić się do danego postępowania. Zdaniem odwołującego zgłaszający przystąpienie nie wykazał, że ma interes w ubieganiu się o udzielenie zamówienia w przypadku utrzymania czynności unieważnienia postępowania. Ponadto z przystąpienia do postępowania odwoławczego może skorzystać tylko wykonawca, zaś zgłaszający przystąpienie taki status utracił. Jego oferta została bowiem odrzucona, w przypadku potwierdzenia się zarzutów przedstawionych w odwołaniu jedynie odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia biorąc pod uwagę najkorzystniejszy charakter oferty odwołującego i brak w postępowaniu w części nr IV i V innych wykonawców.

Ustalono także, że 8 lipca 2016 r. zamawiający doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismo z 7 lipca 2016 r. nr 3071), w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Ustalono ponadto, że wykonawca Robs sp. z o.o. w Broniszach nie wniósł odwołania wobec czynności odrzucenia własnej oferty w zakresie części IV i V zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, działając na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, postanowiła uwzględnić opozycję odwołującego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Robs sp. z o.o. w Broniszach. Izba uznała, że wykonawca ten nie wykazał posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. W uzasadnieniu swego interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego wykonawca wskazał wprawdzie, że *w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta przystępującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i że spełniała wszystkie warunki SIWZ.* Izba stwierdziła jednak, że powyższe oświadczenie

zgłaszającego przystąpienie nie odpowiadało prawdzie. Na powyższe zasadnie zwrócił uwagę odwołujący w swej opozycji. Nie ulegało wątpliwości, że oferta zgłaszającego została przez zamawiającego odrzucona w zakresie części IV i V zamówienia. Powyższe wynikało jednoznacznie z pisma zamawiającego z 23 czerwca 2016 r., znajdującego się w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego. Nie ulegało także wątpliwości, że wykonawca ten nie skorzystał z prawa do wniesienia odwołania wobec czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego własnej oferty. W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że oferta zgłaszającego przystąpienie została skutecznie odrzucona i – wbrew stanowisku ze zgłoszenia przystąpienia – nie ma on obecnie możliwości uzyskania zamówienia w częściach IV i V zamówienia, których dotyczyło odwołanie. Co do braku interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego podmiotu, którego ofertę skutecznie odrzucono, podzielono stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 30 czerwca 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1095/16. Wskutek uwzględnienia opozycji stwierdzono, że wykonawca Robs sp. z o.o. w Broniszach nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zgłosił skutecznego przystąpienia żaden wykonawca. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie 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.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 i art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *koszty postępowania*

odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp znosi się wzajemnie.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia 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), gdyż uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron. Zgodnie z powołanym przepisem, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, a jeżeli uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy albo rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron, Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Przewodniczący: