

Sygn. akt: KIO 708/19

POSTANOWIENIE
z dnia 29 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w dniu 29 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16.04.2019 r.** przez wykonawcę **J.P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **NERSEN.pl J.P., Niebylec 192, 38-114 Niebylec** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, ul. Targowa 1, 35-064 Rzeszów** (w imieniu którego działa: Gmina Miasta Rzeszowa, Urząd Miasta Rzeszowa, Rynek 1, 35-064 Rzeszów, Wydział Centralnego Zamawiającego, ul. Joselewicza 4, 35-064 Rzeszów) w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Wykonanie oznakowania poziomego ulic miasta Rzeszowa*”.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo DUBR Spółka z o.o., ul. Łódzka 247d, 25-655 Kielce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **J.P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **NERSEN.pl J.P., Niebylec 192, 38-114 Niebylec** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na

niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 708/19

UZASADNIENIE

do postanowienia z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 708/19

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, ul. Targowa 1, 35-064 Rzeszów (prowadzący postępowanie: Gmina Miasta Rzeszowa, Urząd Miasta Rzeszowa, Rynek 1, 35-064 Rzeszów, Wydział Centralnego Zamawiającego, ul. Joselewicza 4, 35-064 Rzeszów) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie oznakowania poziomego ulic miasta Rzeszowa”.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 07.03.2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 522538-N-2019.

W dniu 11.04.2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty i wykluczeniu z postępowania.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16.04.2019 r. przez wykonawcę J.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NERSEN.pl J.P., Niebylec 192, 38-114 Niebylec.

Ww. wykonawca, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 3. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art 39 w zw. z art. 10 ust 1 pzp w procedurze właściwej dla, zamówień o wartości poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust 8 pzp,

Na podstawie art. 180 ust. 3 pzp ww. wykonawca zaskarżył czynność/zaniechanie zamawiającego, tj.:

- wykluczenie oferty odwołującego i w konsekwencji również odrzucenie oferty odwołującego

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- rażące naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 16 w zw. z art. 647 1 § 1 i nast. kodeksu cywilnego (dalej k.c.) poprzez niewłaściwe zastosowanie jak i błędną wykładnię art. 647 1 k.c., polegającą na bezpodstawnym, sprzecznym brzmieniem przepisów prawa i mającym na celu jedynie usilne wykluczenie odwołującego przyjęciu, że realizacja przez odwołującego robót budowlanych w warunkach kiedy nie został zgłoszony jako dalszy podwykonawca oraz brak zgłoszenia podmiotu na rzecz, którego roboty wykonał, jako podwykonawcy skutkuje przyjęciem, że odwołujący robót nie wykonał a tym samym nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 pzp, poprzez przyjęcie, że ofertę odwołującego należało odrzucić, podczas gdy nie było podstaw do wykluczenia odwołującego a tym samym nie zaszły podstawy do odrzucenia oferty.

Jak zostało wskazane w dalszej części odwołania w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego) interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku, gdyż odwołujący miała interes w uzyskaniu zamówienia, a dokonane przez zamawiającego wbrew przepisom ustawy czynności, wprost prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego, który zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, podczas gdy jego oferta była ofertą najkorzystniejszą.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wskazał, że jednocześnie wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Biorąc pod uwagę treść art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba ustaliła, iż termin na wniesienie odwołania został dotrzymany i zostało ono podpisane przez osobę umocowaną do reprezentowania Odwołującego. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia przedmiotowego odwołania.

Izba ustaliła ponadto, w oparciu o dokumentację postępowania, że w dniu 17.04.2019 r. Zamawiającego przekazał kopię odwołania wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba następnie ustaliła, że w ustawowym terminie przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił skutecznie w dniu 23.04.2019 r. po stronie Zamawiającego

wykonawca Przedsiębiorstwo DUBR Spółka z o.o., ul. Łódzka 247d, 25-655 Kielce. Przystąpienie zostało podpisane przez p. E.L. – Wiceprezesa Zarządu uprawnioną do samodzielnej reprezentacji Spółki. Powyższe ustalono na podstawie wydruku odpisu KRS z dnia 19.04.2019 r. W dniu 19.04.2019 r. kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu i Zamawiającemu.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 26.04.2019 r. (wpływ pocztą elektroniczną w dniu 26.04.2019 r. pod L.dz. DzK-KIO-6318/19) złożył oświadczenie woli o uwzględnieniu w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Powyższe oświadczenie zostało podpisane przez p. I.K.K. – Dyrektora Wydziału Centralnego Zamawiającego Urzędu Miasta Rzeszowa (prowadzącego postępowanie na rzecz i w imieniu Zamawiającego) działającą z upoważnienia p. T.F.– Prezydenta Miasta Rzeszowa. Kopia dokumentu upoważnienia z dnia 04.06.2018 r. została uzupełniona przez Zamawiającego w dniu 29.04.2019 r.

Izba w toku posiedzenia z udziałem stron stwierdziła niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego w dniu 23.04.2019 r. Przystępującego, tj. Przedsiębiorstwo DUBR Spółka z o.o., ul. Łódzka 247d, 25-655 Kielce (zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego) o terminie posiedzenia z udziałem stron (pismo z dnia 23.04.2019 r. znak UZP/BO/WD/5759/7888/19 – w aktach postępowania odwoławczego). Potwierdzenie otrzymania tego pisma przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie nastąpiło w dniu 23.04.2019 r.

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów, w tym złożenia sprzeciwu wobec uwzględniania przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyżej wywołuje negatywne skutki procesowe w postaci konieczności umorzenia postępowania odwoławczego.

Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na 29 kwietnia 2019 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, że

posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe, co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów.

Tym samym w analizowanej sprawie podzielono stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach, m.in. postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2214/16; postanowieniu z dnia 1 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2534/15); w postanowieniu z dnia 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z dnia 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), postanowieniu z dnia 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10), postanowieniu z dnia 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15) oraz postanowieniu z dnia 25 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 700/17).

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, Izba stwierdziła, że postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 6 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie jeżeli Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przed otwarciem rozprawy.

Tym samym Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią 186 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i nie wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego, wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Przewodniczący:

.....