

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 3 czerwca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie: Jolanta Markowska**  
**Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 3 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2019 r. przez wykonawcę: **Komatsu Poland Sp. z o.o., ul. Trakt Brzeski 72, 05-070 Sulejówek**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne "LECH" Sp. z o.o., ul. Kombatantów 4, 15-110 Białystok**

**postanawia:**

**1. odrzuca odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Komatsu Poland Sp. z o.o., ul. Trakt Brzeski 72, 05-070 Sulejówek, i:**

**2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Komatsu Poland Sp. z o.o., ul. Trakt Brzeski 72, 05-070 Sulejówek tytułem wpisu od odwołania,

**2.2.** zasądza od wykonawcy: Komatsu Poland Sp. z o.o., ul. Trakt Brzeski 72, 05-070 Sulejówek na rzecz zamawiającego: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne "LECH" Sp. z o.o., ul. Kombatantów 4, 15-110 Białystok kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne "LECH" Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku – prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa fabrycznie nowej ładowarki kołowej”, sygn. postępowania: NDZ.231.4.2019.KP, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 8 ust. 11 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. Unii Europejskiej z dnia 22.02.2019 r. pod numerem 2019/S 038-084868.

Odwołujący – Komatsu Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku – wniósł w dniu 16 maja 2019 r., na podstawie art. 180 ust. 4 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego, to jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę fabrycznie nowej ładowarki kołowej.

Zaskarżonej czynności Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 przez działanie niezgodne z przepisami Pzp, to jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na rzekomą wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy postępowanie to zostało prawidłowo przeprowadzone i nie było obciążone wadą wynikającą z działań Zamawiającego;
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 10b przez uznanie, że Zamawiający nie zapewnił, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będących w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy narzędzia takie zostały przez Zamawiającego zapewnione;
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419, dalej: unzk) przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy istniała oferta niepodlegająca odrzuceniu, co stanowi naruszenia przepisów o uczciwej konkurencji, zaburzające równe traktowanie wykonawców,

z ostrożności procesowej – na wypadek uznania przez Izbę, że postępowanie było obarczone wadą postępowania – Odwołujący zarzucił naruszenie:

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 97 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, w którym istniała możliwość zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności Zamawiającego, to jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i zwrot tychże kosztów Odwołującemu wraz z kosztami zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 maja 2019 r., wniósł o odrzucenie odwołania w całości – w zakresie wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający przedstawił czynności wykonane w związku z wniesieniem odwołania w dniu 15 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę HydroSprzęt Sp. j. W. K. i E. K. wobec zaniechania czynności otwarcia jego oferty. Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcy Komatsu Poland Sp. z o.o. wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Przed otwarciem rozprawy w dniu 29 kwietnia 2019 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, skutkiem czego Krajowa Izba Odwoławcza, wobec braku przystąpienia wykonawców po stronie Zamawiającego, umorzyła postępowanie odwoławcze postanowieniem z dnia 29 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 688/19.

Zamawiający uznał, że postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 892/19 powinno być zakończone odrzuceniem odwołania na podstawie art. 185 ust. 6 ustawy Pzp – wykonawca nie może korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego wykonanych na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 Pzp.

Zamawiający wskazał również, że Izba powinna wziąć pod uwagę z urzędu wystąpienie przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp na podstawie ust. 4 tego artykułu.

W ocenie Zamawiającego, odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony (art. 185 ust. 6 i art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy), a ponadto odwołanie dotyczy czynności wykonanej przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 15 kwietnia 2019 r. (art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp).

**Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i stwierdzeniu wystąpienia przesłanek do odrzucenia odwołania, odwołanie odrzuciła.**

Odwołujący po otrzymaniu kopii odwołania z dnia 15 kwietnia 2019 r. wniesionego przez wykonawcę Hydrosprzęt S.j. W. K. i E. K. oraz wezwania Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie przystąpił do postępowania odwoławczego zakończonego postanowieniem o umorzeniu postępowania z dnia 29 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 688/19, na podstawie art.186 ust. 2 ustawy Pzp (akta sprawy, również sprawy KIO 688/19 oraz oświadczenie Odwołującego złożone do protokołu na posiedzeniu Izby).

Zamawiający uwzględniając w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, został zobowiązany na mocy ustawy Pzp do wykonania czynności zgodnych z żądaniem Odwołującego (... zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu – art. 186 ust. 2).

Skutkiem wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu było unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (pismo Zamawiającego z dnia 6 maja 2019 r.).

Izba bada z urzędu wystąpienie przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania – art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenianym postępowaniu wystąpiły okoliczności skutkujące zastosowaniem przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp – odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Ponadto, przepis art. 185 ust. 6 ustawy Pzp stanowi o skutku nieprzystąpienia wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do postępowania odwoławczego – odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 (art. 185) nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3.

Zważywszy na ustalone okoliczności, Izba realizując ustawowy obowiązek oceny odwołania w kontekście przepisów art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odrzuciła odwołanie wobec potwierdzenia przesłanki z pkt 5 jako dotyczącej czynności Zamawiającego wykonanych na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy.

Ponadto, odwołanie zostało wniesione przez Odwołującego, który nie może korzystać ze środków ochrony prawnej (art. 185 ust. 6 Pzp).

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł (wynagrodzenie pełnomocnika), na mocy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....