

Sygn. akt: KIO 452/17

POSTANOWIENIE
z dnia 22 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem Stron w dniu 22 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2017 r. przez wykonawcę **Konwerga Spółka z o.o., ul. Janikowska 21, 61-070 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Enea Operator Spółka z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Modernizacja sieci transmisyjnej na terenie Poznania” – (postępowanie znak RPUZ/P/0409/2016/BT)

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Konwerga Spółka z o.o., ul. Janikowska 21, 61-070 Poznań** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście 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 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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 Poznaniu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 452/17

UZASADNIENIE

do postanowienia z dnia 22 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 452/167

Zamawiającego - Enea Operator Spółka z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja sieci transmisyjnej na terenie Poznania” – (postępowanie znak RPUZ/P/0409/2016/BT).

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 25.05.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 099 – 177926.

Mając na uwadze powyższe przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się, w myśl art. 22 ustawy zmieniającej ustawę Pzp, według stanu prawnego sprzed wejścia w życie ostatniej zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest według stanu prawnego sprzed dn. 28 lipca 2016 r. Zmiana ustawy Pzp została ogłoszona w Dzienniku Ustaw z dnia 13 lipca 2016 roku pod poz. 1020, w którym opublikowano ustawę z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Izba ustaliła ponadto, że w dniu 01.03.2017 r. Zamawiający dokonał czynności wezwania Odwołującego do wykazania równoważności zaoferowanego w ofercie rozwiązania.

Odwołanie na powyższą czynność zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2017 r. przez wykonawcę Konwerga Spółka z o.o. wobec czynności wezwania do wykazania równoważności

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 38 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 30 ust. 5 ustawy Pzp przez usiłowanie dokonania nieuprawnionych zmian w treści SIWZ po upływie terminu składania ofert. W ocenie Odwołującego zauważone zmiany mają zaś wpływ na ocenę równoważności rozwiązań Keymile (XMC23) przedstawionych przez Odwołującego w złożonej ofercie.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu anulowania wezwania do wykazania równoważności w zakresie, w jakim wezwanie to wykracza przedmiotowo poza zapisy SIWZ istniejące w dniu, w którym upłynął termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

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 również, iż Zamawiający w dniu 09.03.2017 r. przekazał kopię odwołania wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba następnie ustaliła, że w ustawowym terminie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili następujący wykonawcy:

1. Siemens Spółka z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa;
2. Konsorcjum Viatelecome Spółka z o.o., ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław oraz Nextiva Spółka z o.o., ul. Chodakowska 24/11, 03-826 Warszawa.

W odniesieniu do obu przystąpień Odwołujący na posiedzeniu z udziałem Stron zgłosił opozycję wskazując na brak interesu w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść strony, do której wykonawcy zgłosili przystąpienie. Na tym etapie status obydwu wykonawców jest taki, iż konsorcjum z liderem Viatelecome zostało wykluczone z postępowania ze względu na wniesienie niewłaściwego wadium. Ponadto, w odniesieniu do Siemens Sp. z o.o. wskazał, iż w chwili obecnej, a nawet licząc od dnia 1 lutego 2017 r., wykonawca ten nie jest związany ofertą, jak również upłynęła ważność wadium wniesionego przez tego wykonawcę. W tym miejscu Odwołujący odniósł się do orzecznictwa wskazując, że w takich okolicznościach wskazuje się na brak interesu przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W odpowiedzi na pytanie przewodniczącego Zamawiający potwierdził okoliczności faktyczne wskazane przez Odwołującego na posiedzeniu.

Mając na uwadze powyższe Izba postanowiła uwzględnić opozycję zgłoszoną przez Odwołującego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Siemens Spółka z o.o. oraz Konsorcjum Viatelecome Spółka z o.o. oraz Nextiva Spółka z o.o. przychylając się do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego. Oba podmioty zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego utraciło status wykonawców w postępowaniu, który jest immanentnym elementem uznania skuteczności przystąpienia. Jak bowiem wynika z treści art. 185 ust. 2 ustawy Pzp instytucja przystąpienia jest zarezerwowana jedynie dla wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Nadto Izba wskazuje, że w odniesieniu do zgłoszenia przystąpienia przez Siemens Spółka z o.o., które zostało podpisane przez p. Piotra Diakowicza oraz p. Andrzeja Sumorka, nie wykazano prawa do reprezentowania Spółki przez te osoby żadnym dokumentem.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 21.03.2017 r. (wpływ faksem w dniu 21.03.2017 r., wpływy bezpośredni w dniu 22.03.2017 r.) podpisanym przez p. J. G. i p. R. P. – prokurentów uprawnionych do łącznej reprezentacji Zamawiającego (odpis KRS z dnia 21.03.2017 r.) złożył oświadczenie woli wskazując, iż uwzględni w całości zarzuty podniesione w odwołaniu i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Jednocześnie Izba ustaliła, że Siemens Spółka z o.o. złożył w piśmie z dnia 22.03.2017 r. (wpływ faksem w dniu 22.03.2017 r.) oświadczenie woli, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania.

Izba w toku posiedzenia z udziałem stron stwierdziła niestawiennictwo przedstawicieli Siemens Spółka z o.o., jak również Konsorcjum Viatelecome Spółka z o.o. oraz Nextiva Spółka z o.o. - prawidłowo powiadomionych w dniu 14.03.2017 r. o terminie posiedzenia z udziałem Stron.

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 mieli możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów, w tym podniesienia argumentacji zmierzającej do oddalenia opozycji Odwołującego oraz w zakresie Konsorcjum Viatelecome Spółka z o.o. oraz Nextiva Spółka z o.o. złożenia

sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Tym samym ich niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyższej wywołuje negatywne skutki procesowe.

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:

.....