

**Sygn. akt: KIO 3059/20**

**WYROK**  
**z dnia 8 grudnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2020 r. przez wykonawcę S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. O. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Elektroinstal w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury z siedzibą w Krakowie

przy udziale wykonawcy Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury z siedzibą w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja instalacji oświetlenia podstawowego, awaryjnego i ewakuacyjnego w budynkach Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury przy ul. Przy Rondzie 5, 31-547 Kraków na działce nr 446/14, 446/8 obr. 5 Śródmieście”. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 lipca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 560021-N-2020.

I. W dniu 23 listopada 2020 r. wykonawca S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. O. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Elektroinstal wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi, pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której zamawiający zobowiązany będzie wykluczyć wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą z udziału w postępowaniu oraz uznać ofertę tego wykonawcy za odrzuconą,

W stanowisku końcowym na rozprawie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia badania i oceny ofert i wykluczenie wykonawcy Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi z postępowania.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 4 grudnia 2020 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu zaskarżonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Do ww. pisma zostało załączone Zawiadomienie z dnia 4 grudnia 2020 r. o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający oświadczył, że przystępuje do powtórnej czynności badania i oceny ofert.

W dniu 7 grudnia 2020 r. do akt sprawy wpłynęło pismo zamawiającego stanowiące uzupełnienie pisma z dnia 4 grudnia 2020 r., w którym zamawiający poinformował, że będzie wzywał wykonawcę Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez wykonawcę dokumentów na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 6 ust. 2 pkt 3 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W stanowisku końcowym przedstawionym na rozprawie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 25 listopada 2020 r. wykonawca Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił w piśmie z dnia 4 grudnia 2020 r.

W stanowisku końcowym przedstawionym na rozprawie przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania, a odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (podlegającą badaniu na dzień jego wniesienia).

**Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.**

Zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Izba ustaliła, że w dniu 4 grudnia 2020 r. zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Na skutek unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nastąpił zatem powrót do etapu postępowania polegającego na badaniu i ocenie ofert.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że w przypadku uznania przez zamawiającego, że zarzuty podniesione w odwołaniu zasługują na uwzględnieniu, zamawiający powinien złożyć oświadczenie o uwzględnieniu odwołania. Powyższe wiąże się z uprawnieniem wykonawcy przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego do złożenia sprzeciwu, co umożliwi Izbie rozpoznanie odwołania. Wprawdzie zgodnie z przepisem art. 183 ust. 1 ustawy Pzp wniesienie odwołania wstrzymuje jedynie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednakże za wskazane należy uznać powstrzymanie się przez zamawiającego również z innymi czynnościami w postępowaniu.

Odwołujący podtrzymał zarzut odwołania (zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego), natomiast w związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący zmodyfikował zawarte w odwołaniu żądanie w ten sposób, że wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia badania i oceny ofert i wykluczenie przystępującego z postępowania.

Należy zatem przypomnieć, że odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej nie jest środkiem ochrony prawnej na podobieństwo pozwu w postępowaniu cywilnym. Odwołanie nie stanowi np. pozwu o wykluczenie konkurencyjnego wykonawcy czy odrzucenie jego oferty. Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Bieg terminu do wniesienia odwołania na zaniechanie podjęcia przez zamawiającego czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, rozpoczyna się w momencie, gdy stało się wiadomym, że dana czynność nie została przez zamawiającego wykonana. Jeżeli zatem postępowanie jest na takim etapie, że zamawiający ma jeszcze czas na podjęcie określonej czynności w postępowaniu, to nie można na tę chwilę stawiać zamawiającemu zarzutu, że nie podejmując tej czynności naruszył przepisy ustawy Pzp. Jak wynika z treści odwołania odwołujący zaskarżył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w związku z zaniechaniem wykluczenia przystępującego z postępowania i w konsekwencji zaniechaniem odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w dniu 8 marca 2020 r. odwołujący podtrzymał złożone odwołanie i oświadczył, że odwołanie jest skierowane wobec zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania. Natomiast w związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej postępowanie o udzielenie zamówienia jest obecnie na etapie badania i oceny ofert. Zamawiający jest zatem dopiero w trakcie badania oferty przystępującego pod kątem tego, czy przystępujący

podlega wykluczeniu z postępowania wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dopiero zatem, gdy zamawiający zakończy ten etap postępowania, co będzie miało miejsce poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, będzie możliwe stwierdzenie, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który takiemu wykluczeniu podlegał. Na obecnym etapie postępowania dokonanie takiej oceny przez Izbę jest niemożliwe i w związku z tym postawiony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą – należało uznać za niezasadny, bez jego merytorycznego rozpoznania. Z analogicznych powodów Izba nie uwzględniła złożonych w toku rozprawy wniosków dowodowych odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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), stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zaliczenie w poczet kosztów postępowania poniesionych przez niego kosztów za paliwo i opłatę parkingową, z uwagi na nieprzedstawienie rachunków potwierdzających poniesione koszty, co jest wymagane na gruncie przepisu § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia. Izba wprawdzie może zasądzić koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę, stosując posiłkowo przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. U. z 2002 r., poz. 271, ze zm.), jednakże w tym celu konieczne jest przedstawienie spisu kosztów zawierającego wyliczenia i informacje, na które wskazują przepisy ww. rozporządzenia, a nie samą kwotę.

**Przewodniczący:** .....