

POSTANOWIENIE
z dnia 11 kwietnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 kwietnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2019 roku przez wykonawcę

Instal-Filter Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza S.A z siedzibą w Kościanie (64-000) w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach (95-200)**

przy udziale wykonawcy **Element Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (45-920)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Instal-Filter Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza S.A z siedzibą w Kościanie (64-000) kwoty 20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Zakład Energetyki Ciepłej sp. z o.o. z siedzibą w Pabianicach (dalej „zamawiający”) na „Wykonanie instalacji odpylającej, instalacji odsiarczania i odazotowania spalin umożliwiających spełnienie wymogów nowych norm z zakresu ochrony środowiska w instalacji Ciepłownia Miejska w Pabianicach” [Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2018/S183-414821 z dnia 22 września 2018 roku] wykonawca Instal-Filter Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza S.A.

z Kościana (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie od czynności zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty spółki Element sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7a w związku z art. 85 ust. 2, poprzez błędne jego zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia jego oferty z powodu niewyrażenia zgody na przedłużenie oferty, albowiem nie doszło do sytuacji, aby odwołujący odmówił wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, lecz samodzielnie i z własnej inicjatywy złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz o wydłużeniu okresu ważności wadium (wadium w formie pieniężnej, zdeponowane na rachunku bankowym zamawiającego),
2. art. 89 ust. 1 punkt 2), poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że oferta odwołującego podlegałaby – niezależnie od podstawy wskazanej w punkcie powyżej – odrzuceniu, albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy oferta odwołującego odpowiadała SIWZ,
3. art. 91 ust. 1, poprzez przyjęcie, że najkorzystniejszą ofertą jest oferta Element Sp. z o.o., podczas gdy najkorzystniejszą ofertą, niepodlegającą odrzuceniu, była oferta odwołującego,
4. art. 7 ust. 1, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, poprzez nieuzasadnione, na niekorzyść odwołującego, różnicowanie sytuacji odwołującego w porównaniu do sytuacji pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym poprzez przyjęcie, że odwołujący nie zachował ciągłości związania ofertą, w sytuacji gdy poprzez złożenie oświadczenia z dnia 20 marca 2019 roku odwołujący w sposób niebudzący wątpliwości dał wyraz swojej woli, tj. utrzymania stanu związania ofertą (oraz utrzymania ważności wadium) oraz poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy upływ terminu związania ofertą nie jest przewidziany w sposób wyraźny (zarówno w ustawie Pzp, jak i w SIWZ) jako podstawa odrzucenia oferty.

Odwołujący wniosł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a nadto o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów uiszczanego wpisu, kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, kosztów stawienia w rozprawie oraz kosztów zastępstwa procesowego według zestawienia, które zostanie przedłożone na późniejszym etapie postępowania).

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Element Sp. z o.o., ul. Dobrzańska 72b, 45-920 Opole (dalej „przystępujący”).

W dniu 8 kwietnia 2019 roku zamawiający złożył pismo, w którym oświadczył, że „uznaje w całości zarzuty zawarte w odwołaniu w odniesieniu do braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp, co czyni zadość wnioskowi Wykonawcy stanowiącemu istotę wniesionego odwołania”.

Dostrzec należy, że uznanie przez zamawiającego bezzasadności podjętej 25 kwietnia 2019 roku czynności stanowi jednocześnie o bezzasadności dokonanego w tejże dacie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odwołującego z podanego wyżej powodu.

Przystępujący, w piśmie z dnia 10 kwietnia 2019 roku, nie wniosł sprzeciwu w przedmiocie uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wobec powyższego Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Stosownie do wskazanego przepisu ustawy Pzp Izba może – w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego – umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania.

Tytułem uzupełnienia skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający, zawiadamiając odwołującego o odrzuceniu jego oferty (pismo z dnia 25 marca 2019 roku) wskazał jako jedyną podstawę tej czynności na art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp.

Wobec powyższego – jak trafnie podniósł w piśmie z dnia 10 kwietnia 2019 roku przystępujący „*Konsekwentnie – odwołanie nie mogło zostać wniesione w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP gdyż nie istnieje i nigdy nie istniał substrat zaskarżenia w postaci czynności Zamawiającego.*”

Fakt, że zamawiający nie podjął czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie innej niż art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp nie budził wątpliwości składu orzekającego w świetle treści zawiadomienia: „*Na marginesie Zamawiający pragnie poinformować, iż oferta złożona przez (...) podlegałaby i tak odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, ze względu na fakt, że (...)*”.

Czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp została podjęta przez zamawiającego „dopiero” 8 kwietnia 2019 roku (Zawiadomienie o unieważnieniu czynności w wyniku wniesionego odwołania oraz wyborze najkorzystniejszej oferty po powtórzeniu czynności z dnia 8 kwietnia 2019 roku).

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp i art. 186 ust. 3 w zw. z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2) lit. b ustawy Pzp, orzekając jednocześnie o konieczności zwrotu odwołującemu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....