

POSTANOWENIE

z dnia 30 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **30 grudnia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **7 grudnia 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **ARPOL Narzędzia Profesjonalne sp. z o.o. z siedzibą w Osielsku**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa zestawów narzędzi i wyposażenia do napraw urządzeń zasilających* (nr postępowania 99/2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – 13. Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Grudziądzu**

przy udziale wykonawcy: **KDE K. H., Grudziądz** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Znosi wzajemnie koszty postępowania.

3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 7501 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Toruniu**.

Uzasadnienie

Skarb Państwa – 13. Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Grudziądzu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa zestawów narzędzi i wyposażenia do napraw urządzeń zasilających* (nr postępowania 99/2020). Ogłoszenie o tym zamówieniu 5 listopada 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 606459-N-2020. Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

7 grudnia 2020 r. ARPOL Narzędzia Profesjonalne sp. z o.o. z siedzibą w Osielsku {dalej również: „Arpol” lub „Odwołujący”} wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez KDE K. H. z Grudziądza {dalej również: „KDE”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty KDE jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} z uwagi na zaoferowanie w poz. 78. produktu, który dwa lata temu został wycofany z produkcji, przy czym nowy produkt funkcjonujący pod tym samym oznaczeniem ma zmienione parametry i nie spełnia parametrów opisu przedmiotu zamówienia (za co została odrzucona oferta Arpolu).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty KDE i unieważnienia prowadzonego postępowania w związku z brakiem ważnych ofert.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego KDE K. H. {dalej również: „Przystępujący”}, który w zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego wobec możliwości dostarczenia Zamawiającemu produktu zgodnego z jego wymaganiami.

22 grudnia 2020 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 i 2 ustawy pzp uwzględni powyższe odwołanie.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że ponieważ 3 grudnia 2020 r. zawarł umowę w sprawie tego zamówienia publicznego, w związku z uwzględnieniem odwołania 22 grudnia 2020 r. uchylił się w całości od skutków prawnych jej zawarcia, składając stosowne oświadczenie Wykonawcy KDE K. H., przy czym umowa ta nie została w ogóle zrealizowana.

30 grudnia 2020 r. na posiedzeniu, o którego terminie zarówno Strony, jak i Przystępujący zostali prawidłowo powiadomieni, stawili się tylko Odwołujący.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie częściowego uznania zarzutów odwołania przez zamawiającego przy jednoczesnym wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W rozpatrywanym postępowaniu zaistniała sytuacja odpowiadająca hipotezie przywołanego przepisu.

Po pierwsze – Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę

uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Po drugie – Izba uznała, że skoro Przystępujący KDE K. H. został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, na którym miało zostać rozpatrzone odwołanie, miał możliwość reprezentowania swoich interesów na posiedzeniu, na które jednak się nie stawił ani nie złożył wniosku o zmianę jego terminu, co należy poczytać za równoznaczne z brakiem zgłoszenia sprzeciwu.

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań {t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.} niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Przy czym § 3 rozporządzenia stanowi, że przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych. W związku z tym należy uznać, że wyznaczone do rozpoznania sprawy posiedzenie z udziałem stron stanowi fazę postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Następuje ona już po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron, o czym mowa w § 13 ust. 1 i 2 przywołanego rozporządzenia. Wobec tego po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron i uczestników lub na rozprawę co do zasady będzie ono rozpatrzone na tym wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie, na którym rozpatrzone zostaną również ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – ma miejsce na wyznaczonym terminie posiedzenia lub rozprawy, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można i należy zgłosić w tym terminie. W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, na tym posiedzeniu przystępujący ten może i powinien zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo przystępującego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Za słuszością powyższego rozumowania przemawia dodatkowo, wyrażona w ustawie Prawo zamówień publicznych {w art. 189 ust. 1} zasada szybkości i efektywności tego postępowania – rozpoznanie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą powinno nastąpić w ciągu 15 dni. Temu celowi służą także przewidziane w ustawie pzp oraz przywołanym rozporządzeniu wykonawczym instrumenty zmierzające do koncentracji postępowania odwoławczego, w szczególności poprzedzające rozpatrzenie odwołania posiedzenie niejawne dla dokonania czynności formalnoprawnych i sprawdzających, na którym można dokonać odpowiednich zawiadomień i wezwań stron i uczestników postępowania. W szczególności przewidziany w § 13 ust. 2 pkt 3 tego rozporządzenia 3dniowy termin na wyrażenie przez przystępującego po stronie zamawiającego sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, znajduje zastosowanie na etapie postępowania odwoławczego przed wyznaczeniem posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Izba podzieliła w powyższym zakresie stanowisko wyrażone uprzednio w zbliżonych stanach faktycznych przez Izbę m.in. w postanowieniach wydanych: 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10), 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15), 1 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2534/15).

Po trzecie, Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmuje w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a Przystępujący po jego stronie nie zgłosił co do tej czynności sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, co oznacza, że nie mógł zostać uwzględniony wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów zastępstwa, pomimo złożenia w tym zakresie stosownego rachunku do zamknięcia posiedzenia. Jednocześnie nakazano dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).