

POSTANOWENIE
z dnia 14 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 14 września 2020 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2020 r. przez **Polkomtel Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Konstruktorskiej 4 (02-673 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych** z siedzibą w Warszawie przy ul. Żwirki i Wigury 9/13 (00-909 Warszawa)

przy udziale **Orange Polska S.A** z siedzibą w Warszawie przy ul. Alejach Jerozolimskich 160 (02-326 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego - **Polkomtel Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.
 3. Zasądza od odwołującego - **Polkomtel Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego - **Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych** z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- 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 Warszawie**.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie zwane dalej: „zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp”, prowadzi postępowanie na zawarcie umowy szczegółowej na świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych o numerze 2614.13.2020.IR, zwane dalej: „postępowaniem”.

Zamawiający w dniu ... lipca 2020 r. na postawie art. 101a ust. 1 pkt 2) lit b Pzp zaprosił wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową do złożenia ofert w postępowaniu (wraz z zaproszeniem została wykonawcom przekazana specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana dalej: „SIWZ”). Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „odwołującym” w dniu 20 sierpnia 2020 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „Orange”), której treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie dotyczącym cech oferowanych telefonów;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie dotyczącym cech

oferowanych telefonów;

3)art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, której treść rzekomo nie odpowiada treści SIWZ.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie przez Izbę unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy Orange oraz unieważnienia odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, a następnie ponowienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „przystępującym”). Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym jako uczestnika, po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 9 września 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie za pomocą poczty elektronicznej. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający uwzględnił część zarzutów przedstawionych w odwołaniu, tj. uwzględnił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, której treść nie odpowiada treści SIWZ, natomiast w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 14 września 2020 r. zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie do akt sprawy oraz podtrzymał wnioski w niej zawarte.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego przystępujący złożył pismo procesowe wraz z dowodami. Zgodnie z informacją zawartą w ww. piśmie i potwierdzoną przez pełnomocnika na posiedzeniu przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego powyżej wskazanego zarzutu, a tym samym wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego.

Następnie także na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu w całości odwołania na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp.

Na skutek cofnięcia odwołania wypełniły się przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp (Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.).

Cofnięcie odwołania jest nieograniczonym uprawnieniem odwołującego do czasu zamknięcia rozprawy. Skuteczne cofnięcie odwołania znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem.

Zgodnie z wnioskiem zamawiającego i na podstawie złożonej do akt sprawy faktury VAT, Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł, tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 lit. b) i § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) 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 2017 r. poz. 47), gdyż odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron.

Jednocześnie Izba nie zasądziła od odwołującego na rzecz przystępującego kosztów składających się na wynagrodzenie pełnomocnika, zgodnie z wnioskiem złożonym na posiedzeniu niejawnym wraz z fakturą. W tym zakresie Izba stwierdziła, że zgodnie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) 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 2017 r. poz. 47), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, przy cofnięciu odwołania, Izba zasądza koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego lub wnoszącego sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy. W ocenie Izby obowiązek zasądzenia ww. kosztów na rzecz przystępującego zgodnie z treścią § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) ww. rozporządzenia następuje w sytuacji wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wynika to pośrednio z konstrukcji § 5 ust. 2 pkt 2 oraz ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, które określając zasady zasądzania kosztów o których mowa w § 3 pkt 2 w przypadku sporu przed Izbą w sytuacji wniesienia sprzeciwu przez przystępującego wskazują na sytuację wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy

przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia jednego z trzech zarzutów podniesionych w odwołaniu, pozostałe dwa zarzuty nie zostały uwzględnione, przy czym odwołujący jeszcze na posiedzeniu wycofał odwołanie co doprowadziło do zniesienia wszelkich skutków prawnych związanych z wniesieniem odwołania. W związku z tym mając na uwadze stan sprawy oraz treść powyższych przepisów Izba doszła do przekonania, że zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego od odwołującego na rzecz przystępującego na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) ww. rozporządzenia może nastąpić wyłącznie w sytuacji wniesienia przez przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, w której to przystępujący przez złożony sprzeciw niejako przejmując w całości rolę strony będącej przeciwnikiem procesowym odwołującego i wyraża gotowość do toczenia takiego sporu w całości. Dodatkowo należy wskazać, że zasądzenie kosztów reprezentacji przed Izba od odwołującego na rzecz zarówno zamawiającego jak i przystępującego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w części stanowiłoby zbyt duże obciążenie kosztami odwołującego w sytuacji, w której nie doszło do merytorycznego sporu pomiędzy stronami, ponieważ postępowanie zostało umorzone.

Przewodniczący: