Sygn. akt KIO 1656/20

POSTANOWIENIE

z dnia 11 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego 11 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 lipca 2020 r.

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EFL Polaris sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie, D-Well sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Poprawa efektywności

energetycznej poprzez modernizację infrastruktury oświetlenia ulicznego na terenie Miasta Radzyń Podlaski (nr postępowania WRG.271.2.2020)
prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Radzyń Podlaski

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 13500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 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 Lublinie.

U z a s a d n i e n i e

Miasto Radzyń Podlaski {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. Realizacja robót budowlanych w formule

„Buduj” w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E30 na odcinku Kędzierzyn Koźle-Opole Zachodnie” linia kolejowa 132 Bytom-Wrocław Główny na odcinku Opole (nr postępowania

9090/1REZA4/X/00931/19/P). Ogłoszenie o tym zamówieniu 18 maja 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_096 pod poz. 229037. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

17 lipca 2020 r wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EFL Polaris sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie, D-Well sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Odwołujący"} wnieśli w formie elektronicznej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo iż jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ").

2. Art. 10a ust. 5 w zw. z art. 78 Kodeksu cywilnego - z uwagi na niezasadne przyjęcie, że oferta Odwołującego nie została należycie podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w konsekwencji jej treść jest niezgodna z wymaganiami SIWZ.

3. Art. 7 ust. 1 - przez prowadzenie postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na nieuprawnionym niekorzystnym traktowaniu Odwołującego, którego oferta nie powinna zostać odrzucona.

Ponadto w uzasadnieniu sprecyzowano powyższe zarzuty przez podanie okoliczności faktycznych i prawnych, które według Odwołującego uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

2. Powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

30 lipca 2020 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności odmiennie niż w odwołaniu prezentując okoliczności faktyczne co do sposobu podpisania oferty Odwołującego.

10 sierpnia 2020 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego zawierające oświadczenie

o wycofaniu powyższego odwołania i wniosek o zwrot 90% uiszczonego wpisu.

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 uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i cofnięcia pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z 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.

Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem posiedzenia w tej sprawie odwoławczej.

Z tych względów - działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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 (t.j. Dz. U. 2018 r. poz. 972), nakazując zwrot Odwołującemu 90% procent uiszczonego wpisu.

Izba nie uwzględniła zgłoszonego na posiedzeniu z udziałem Stron wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego (popartego rachunkiem dotyczącym tych kosztów), gdyż zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia Izba zasądza koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 rozporządzenia, od odwołującego na rzecz

zamawiającego, 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.

Izba zważyła, że przepisy Kodeksu cywilnego o terminach (art. 110-116 kc), które co do zasady znajdują zastosowanie przez odesłanie zawarte w art. 14 pzp, przewidują dzień kalendarzowy jako najmniejszą jednostkę okresu czasu na dokonanie czynności prawnej. Jednocześnie przepisy tytułu V Kodeksu cywilnego regulują obliczanie biegu terminów na przyszłość od zaistnienia pewnego zdarzenia, co powoduje, że nie znajdują wprost zastosowania do określonego w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia terminu, który należy liczyć wstecz. Stąd nie znajduje zastosowania reguła, że jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło (art. 111 §2 kc). Jeżeli zatem wycofanie odwołania nastąpiło w dniu poprzedzającym dzień, na który zostało wyznaczone posiedzenie, czynność ta została dokonana w dniu poprzedzającym dzień posiedzenia, czyli nie na mniej niż 1 dzień przed posiedzeniem, co jest warunkiem sine qua non zasądzenia kosztów zamawiającego od odwołującego.

Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w analogicznych okolicznościach w sprawach o sygn. akt: KIO 2282/17 (postanowienie z 14 listopada 2017 r.), sygn. akt KIO 1422/18 (postanowienie z 2 sierpnia 2018 r.) oraz sygn. akt KIO 1092/19 (postanowienie z 28 czerwca 2019 r.), KIO 857/20 (postanowienie z 3 lipca 2020 r.) uznając, że nie ziściła się przesłanka zasądzenia kosztów od odwołującego na rzecz Zamawiającego, o której mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Niewątpliwie powyższa regulacja została sformułowana w sposób zawiły, gdyż wystarczające byłoby wskazanie, że koszty zamawiającego podlegają zasądzeniu od odwołującego, jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia, albo po otwarciu rozprawy. Tym niemniej z brzmienia przepisu nie wynika również, że punktem odniesienia dla ustalenia, czy cofnięcie odwołania nastąpiło na mniej niż 1 dzień, jest termin rozumiany jako data i godzina, na którą wyznaczono rozprawę czy posiedzenie. Nie ma więc podstaw, aby uznać, że przepis warunkuje zasądzenie kosztów zamawiającego od odwołującego, jeżeli wycofanie odwołania nastąpiło mniej niż na 24 godziny przed datą i godziną, na które wyznaczono termin rozprawy lub posiedzenia.

Z kolei branie pod uwagę wykładni celowościowej nie prowadzi do jednoznacznych rezultatów. Z jednej strony wydaje się, że celem wprowadzenia rozważanej regulacji było zmotywowanie odwołujących do podejmowania decyzji o wycofaniu odwołania z takim wyprzedzeniem, aby nie narażać strony przeciwnej na ponoszenie zbędnych kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i reprezentację przed Izbą. W aktualnym stanie prawnym, który nie nakłada na odwołującego obowiązku przesłania treści pisma o wycofaniu odwołania zamawiającemu, ten ostatni może nie ponieść zbędnych kosztów jedynie w sytuacji, gdy Izba zdąży umorzyć postępowanie odwoławcze i zdjąć sprawę z wokandy zanim pełnomocnik zamawiającego uda się na wyznaczony uprzednio termin posiedzenia. W praktyce wycofanie odwołania poprzedniego dnia często nie będzie wystarczające, aby to osiągnąć. Z drugiej strony wycofanie odwołania może być również reakcją na przekonującą odpowiedź na odwołanie. Jednak w aktualnym stanie prawnym zamawiający również nie ma obowiązku przesłania treści odpowiedzi na odwołanie do odwołującego. W rezultacie do późnego wycofania odwołania może również przyczynić się zamawiający, który nie poinformuje w ogóle lub niezwłocznie stronę przeciwną o swoim stanowisku zawartym w odpowiedzi na odwołanie.

Z powyższych względów skład orzekający nie znalazł argumentów, aby odejść od dotychczas prezentowanej przez Izbę wykładni § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia regulującego koszty postępowania odwoławczego.