

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 24 lipca 2017r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako : (...)), w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO 1446/17, po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia (...) z siedzibą w D- (...) S., Niemcy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w G. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. (lider konsorcjum) oraz H. A. (...).V. z siedzibą w D.,(...) (partner konsorcjum), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego :

1. odrzuciła odwołanie,
2. kosztami postępowania obciążyła odwołującego (...) z siedzibą w D- (...) S., (...) zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała , że (...) S.A. z siedzibą w G. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej (...), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług transportu lotniczego dla (...) S.A. (numer referencyjny: NH/ZP- (...)). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 stycznia 2017 r., pod nr (...) 012- (...).

Przedmiotowe odwołanie jest trzecim odwołaniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a drugim tego samego wykonawcy (...) z siedzibą w D- (...) S..

W postępowaniu zostało złożonych cztery oferty przy czym oferta Konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o., oraz H. A. (...).V., została zaoferowana za cenę 24.778.892,19 zł brutto. Drugą ofertę, najkorzystniejszą pod względem cenowym, złożył (...) na kwotę 29.718.295,76 zł brutto.

W dniu 11 kwietnia 2017r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania oraz o odrzuceniu wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 21 kwietnia 2017r. odwołujący G. (...) ((...)) wniósł odwołanie, gdzie zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, a w konsekwencji, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy.

W dniu 4 maja 2017r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości, oświadczając, że unieważnia czynność unieważnienia postępowania i przystępuje do ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 30 maja 2017 r. wykonawca (...) powziął wiadomość o poprawieniu omyłek w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - (...) sp. z o.o., H. A. (...).V. (dalej „ Konsorcjum (...)), w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W dniu 9 czerwca 2017 r. wykonawca ten wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (KIO 1181/17), w którym zarzucił Zamawiającemu odrzucenie jego oferty, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także naruszenie przepisów art. 87 ust.1 i art. 87 ust.2 pkt 3 przez poprawienie treści oferty Konsorcjum (...) w sposób powodujący jej istotną zmianę.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum (...) wnosząc m.in. o odrzucenie odwołania (...), gdyż należało je uznać za spóźnione.

Mając na uwadze całokształt okoliczności rozpoznawanej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 5 Pzp. Izba stwierdziła, że status wykonawcy można nieodwracalnie utracić, przykładowo - jak to miało miejsce w rozpoznawanym przypadku - w wyniku zaniechania zaskarżenia przez Odwołującego decyzji o odrzuceniu złożonej przez niego oferty. W konsekwencji udział Odwołującego w postępowaniu zakończył się z upływem terminu na podważenie ww. czynności, o której Odwołujący został poinformowany pismem z 11 kwietnia 2017 r. Odwołujący w żaden sposób nie przeciwdziałał wyeliminowaniu jego oferty z postępowania.

W dniu 4 lipca 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu informując o tym fakcie wszystkich wykonawców którzy złożyli ofertę. Od tej czynności Zamawiającego wykonawca (...) ponownie złożył odwołanie do Prezesa (...), nie zważając uwagi na fakt, iż Izba w orzeczeniu z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. KIO 1181/17 odrzuciła jego odwołanie stwierdzając, że wobec niezaskarżenia czynności Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2017 roku dotyczącej odrzucenia jego oferty, podmiot ten stracił przymiot wykonawcy i tym samym legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej w tym postępowaniu.

Izba w niniejszej sprawie uznała stanowisko (...) powzięte w sprawie KIO 1181/17 za adekwatne do sytuacji z tego odwołania i postanowiła odrzucić przedmiotowe odwołanie.

(...) wskazała, że oferta wykonawcy, która została odrzucona przez Zamawiającego może zostać przywrócona do postępowania tylko poprzez korzystne dla odwołującego orzeczenie (...), bądź poprzez uchylene/zmianę czynności odrzucenia oferty przez samego zamawiającego. Niewątpliwym jest, że w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta odwołującego (...) została odrzucona czynnością Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2017 roku. Od tej czynności odwołujący nie wniósł odwołania. Także zamawiający nie podjął czynności o unieważnieniu czynności odrzucenia wobec wszystkich złożonych ofert, a tylko wobec oferty odwołującego - konsorcjum (...). Tym samym Zamawiający w wyniku unieważnienia czynności odrzucenia oferty (...) Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania, ale niewątpliwym jest, że w postępowaniu pozostała tylko oferta wykonawcy (...), natomiast odrzucenie oferty (...) stało się prawomocne. Powyższe skutkowało utratą przez Odwołującego statusu wykonawcy w tym postępowaniu, co skutkowało odrzuceniem przedmiotowego odwołania na podstawie art. 189 ust. pkt 5 Pzp (punkt 1 sentencji postanowienia).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.238 ze zm.).

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) z siedzibą w D- (...) S., (...) wniósł skargę od wyżej przedstawionego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej, zaskarżając go w części tj. w zakresie pkt 2 dotyczącego kosztów postępowania odwoławczego, zarzucając

a) naruszenie przepisu art. 187 ust. 8 ustawy Pzp w związku z § 5 ust. 4 w zw. z § 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. 2010.238 ze zm.) poprzez błędne ustalenie wysokości kosztów postępowania odwoławczego obciążających skarżącego,

b) naruszenie przepisu art. 187 ust. 8 ustawy Pzp poprzez wydanie postanowienia obciążającego skarżącego kosztami postępowania odwoławczego w wysokości 15.000 zł w sytuacji, w której skarżący cofnął odwołanie przed otwarciem rozprawy,

c) naruszenie przepisu art. 187 ust. 8 ustawy Pzp poprzez wydanie postanowienie o obciążaniu kosztami postępowania skarżącego w wysokości 15.000 zł w sytuacji, w której skarżący niezwłocznie po poinformowaniu go o zniesieniu terminu rozprawy złożył oświadczenie, że cofa złożone odwołanie.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego postanowienia w części, tj. w zakresie kosztów postępowania odwoławczego oraz:

a) orzeczenie, że kosztami postępowania odwoławczego obciąża się skarżącego i zalicza się w poczet kosztów postępowania 1.500 zł tj. 10% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania oraz nakazuje się zwrot skarżącemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych 90% wpisu od odwołania tj. 13.500 zł,

b) zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje :

Skarga wykonawcy (...) z siedzibą w D- (...) S.,(...) podlega uwzględnieniu.

W myśl art. 187 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2017.1579 ze zm.) 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.

Z kolei zgodnie z § 5 ust. 3) lit. a) Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.201.41.238 ze zm.) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli odwołujący cofnął odwołanie, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku (...) 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu, jeżeli odwołanie zostało cofnięte przed otwarciem rozprawy.

W niniejszej sprawie Prezes (...) zarządzeniem z dnia 19 lipca 2017r. wyznaczył skład orzekający I. do rozpatrzenia odwołania oraz wyznaczył składowi orzekającemu termin na posiedzenie z udziałem stron na dzień 25 lipca 2017r., godz. 12.30. Pismem z dnia 19 lipca 2017r. o sygn. (...) Wiceprezes (...) poinformował skarżącego, że posiedzenie (...), na którym zostanie rozpatrzone odwołanie wniesione przez skarżącego odbędzie się w dniu 25 lipca 2017r. o godz. 12.30. (vide: zarządzenie Prezesa (...) z dn. 19 lipca 2017r. oraz pismo z dn. 19.07.2017r. - w aktach KIO 1446/17).

W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z § 15 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2014.964 j.t. z późn. zm.) skład orzekający w uzgodnieniu z Prezesem I. wyznacza termin rozprawy. Zaznaczyć należy, że wyznaczenie terminu rozprawy następuje po wykonaniu niezbędnych czynności określonych w § 13 w/wym rozporządzenia z dnia 22 marca 2010r.

W związku z powyższym jeżeli zatem przed wyznaczeniem terminu rozprawy skład orzekający wykonał wszystkie czynności formalnoprawne i sprawdzające oraz nie znalazł podstaw do odrzucenia odwołania zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, to w niniejszej sprawie brak jest uzasadnienia i podstawy prawnej dla czynności polegającej na zniesieniu terminu rozprawy już po jego wyznaczeniu przez Prezesa (...).

Natomiast pismem z dnia 24 lipca 2017r., sygn. akt (...) Wiceprezes (...) poinformowała skarżącego, że Izba wyda postanowienie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i wobec powyższego znosi termin posiedzenia (...) wyznaczony na dzień 25 lipca 2017r., godz. 12.30. Pismo to zostało przesłane skarżącemu faksem w dniu 24 lipca 2017r. na koniec dnia pracy (vide: pismo z dn. 24.07.2017r., potwierdzenie otrzymania faksu z dn. 24.07.2017r. - w aktach KIO 1446/17).

W związku z pismem Prezesa (...) z dn. 24 lipca 2017r. sygn. akt (...), skarżący niezwłocznie tj. w dniu 25 lipca 2017r. o godz. 8.17 złożył oświadczenie, że cofa odwołanie. W piśmie tym skarżący na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp wniósł o zwrot 90% wpisu (vide: pismo skarżącego z dn. 25.07.2017r. wraz z datą i godziną wpływu do Biura Podawczego (...) w aktach KIO 1446/17).

Mając na względzie powyższe okoliczności Sąd Okręgowy podzielił zarzuty skarżącego, że rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego zawarte w punkcie 2 postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017r., sygn. akt KIO 1446/17, narusza przepis art. 187 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 4 w zw. z § 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. 2010.238 ze zm.) poprzez błędne ustalenie wysokości kosztów postępowania odwoławczego obciążających skarżącego. Skoro skarżący cofnął odwołanie przed wyznaczonym terminem rozprawy, to (...) powinna orzec o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku (...) 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2017.1579 ze zm.) w zw. z art. 187 ust. 8 Pzp w zw. z § 5 ust. 3) lit. a) oraz § 5 ust. 4 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.201.41.238 ze zm.) postanowił zmienić zaskarżone postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017r., sygn. akt KIO 1446/17, w punkcie 2 (drugim) w ten sposób, że :

a/ kosztami postępowania odwoławczego obciążyć odwołującego (...) z siedzibą w D- (...) S.,(...) i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 1.500,- (jeden tysiąc pięćset) złotych, stanowiącą 10% uiszczanego wpisu od odwołania,

b/ nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego (...) z siedzibą w D- (...) S.(...) kwoty 13.500,- (trzynaście tysięcy pięćset) złotych, stanowiącej 90% uiszczanego wpisu od odwołania,

o czym orzekł w punkcie 1 sentencji postanowienia.

Na podstawie art. 79 ust. 1 pkt 1 lit. e) ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. 2016, poz. 623 j.t.) Sąd Okręgowy uwzględniając skargę z powodu oczywistego naruszenia prawa, nakazał zwrócić ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Gdańsku na rzecz skarżącego (...) z siedzibą w D- (...) S.,(...)kwotę 135,- (sto trzydzieści pięć) złotych tytułem zwrotu wpisu uiszczanego od skargi (punkt 2 sentencji postanowienia Sądu Okręgowego).

Nadto, na podstawie art. 102 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. Sąd Okręgowy odstąpił od obciążenia zamawiającego (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w G. kosztami zastępstwa procesowego poniesionymi przez skarżącego w postępowaniu skargowym (punkt 3 sentencji postanowienia Sądu Okręgowego).