Sygn. akt KIO 2301/20

POSTANOWIENIE
z dnia 29 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 września 2020 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **J. G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PBW Inżynieria J. G. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Pochyłej 23 lok. 4D (53-512 Wrocław) oraz **Probudowa.com Sp. z o.o.** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Sokolniczej 5/79 (53-676 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Na Grobli 19 (50-421 Wrocław)

przy udziale wykonawcy **K.T.M. Sp. z o.o.** z siedzibą w Gorzesławiu pod numerem 76 (56-420 Bierutów), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **J. G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PBW Inżynieria J. G. z siedzibą we Wrocławiu oraz **Probudowa.com Sp. z o.o.** z siedzibą we Wrocławiu kwoty 15 000,00 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania oraz kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem nadpłaconego 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 we Wrocławiu.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 2301/20

UZASADNIENIE

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, pn.: *Remont stawu osadowego nr 2 na ZPW MD*, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 czerwca 2020 r., pod numerem 2020/S 109-265612.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PBW Inżynieria J. G. z siedzibą we Wrocławiu oraz Probudowa.com Sp. z o.oz siedzibą we Wrocławiu, zwani dalej: „odwołującym” w dniu 14 września 2020 r. wnieśli odwołanie od:
- czynności wyboru przez zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę K.T.M. Sp. z o.o. (zwanego dalej „KTM”), jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
- czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty KTM, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) oraz załączników udostępnionych przez zamawiającego wraz z SIWZ, a w szczególności kosztorysem ofertowym oraz nie zawiera wszystkich elementów koniecznych do wykonania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia;
- prowadzenia w toku badania i oceny oferty niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej przez KTM oferty oraz dokonanie nieuprawnionej zmiany treści oferty;
- wyborze jako najkorzystniejszej ofert KTM mimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a złożone wyjaśnienia nie zawierają dowodów oraz nie potwierdzają, iż oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KTM mimo, iż oferta ta nie spełnia wymagań SIWZ, a w szczególności kosztorys ofertowy załączony do oferty KTM nie został sporządzony na formularzu załączonym przez zamawiającego do SIWZ, jak również nie zawiera wszystkich elementów koniecznych do wykonania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia;
2) art. 87 ust. 1 Pzp przez poprawianie, uzupełnianie oraz wyjaśnianie treści oraz elementów oferty KTM, których w ogóle do terminu składania ofert nie zamieszczono w treści oferty;
3) art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty KTM, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4) art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty KTM pomimo, iż ocena przedłożonych na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5) art. 91 ust. 3 Pzp przez bezzasadny wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez KTM.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości przez nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp:
- unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez KTM, jako oferty najkorzystniejszej;
- wykluczenia KTM z postępowania z uwagi na fakt, iż jego oferta jest niezgodna z SIWZ, a ponadto zawiera rażąco niską cenę;
- dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający działając na podstawie art. 185 ust. 1 Pzp przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopie odwołania w dniu 15 września 2020 r., drogą elektroniczną za pomocą poczty elektronicznej.

W dniu 18 września 2020 r. wykonawca K.T.M. Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzesławiu zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W dniu 24 września 2020 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający:

- uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 1 *petitum* odwołania oraz w konsekwencji zarzutu nr 2 i 5 oraz poinformował, że wskutek uwzględnienia odwołania odrzuci ofertę uznaną za najkorzystniejszą ze względu na niezgodność z SIWZ tj. brak załączenia kosztorysu z wymaganymi przez zamawiającego pozycjami kosztorysowymi niezbędnymi do rozliczeń z wykonawcą;
- wniósł o oddalenie odwołania w zakresie pozostałych wskazanych w nim zarzutów, które są niezasadne, a ponadto ich ewentualne uwzględnienie nie miałoby wpływu na wynik postępowania.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego pismem z dnia 25 września 2020 r. oświadczył, że zgadza się z odpowiedzią na odwołanie i nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów zgodnie z art. 186 ust. 3a Pzp.

Odwołujący pismem z dnia 28 września 2020 r. oświadczył, iż cofa odwołanie w części nieuwzględnionej przez zamawiającego tj. w zakresie zarzutów nr 3 i nr 4 odwołania. W związku z powyższym wniósł o umorzenie postepowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności
w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu
w zakresie uwzględnionych zarzutów. W niniejszej sprawie opisany w hipotezie przepisu
art. 186 ust. 3a Pzp stan faktyczny zaistniał – to jest zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty odwołania, a odwołujący w pozostałym zakresie wycofał zarzuty, zaś przystępujący po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, a zatem zaistniały stan faktyczny upoważniał Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza wydała na mocy art. 186 ust. 6 pkt 1) Pzp, zgodnie z którym w okolicznościach, których mowa w art. 186 ust. 3a Pzp znoszą się one wzajemnie.

Na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) Izba postanowiła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty 15 000,00 zł uiszczonej tytułem wpisu od odwołania. Ponadto Izba nakazała także dokonanie zwrotu odwołującemu kwoty 5 000,00 zł tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……