

POSTANOWIENIE
z dnia 31 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 31 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawcę MMCITC4 spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielsko-Białej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Skawina w Skawinie

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) poniesionej z tytułu wpisu od odwołania na rzecz MMCITC4 spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielsko-Białej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1864 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 Krakowie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gminę Skawina w Skawinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1864 ze zm.), dalej jako „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa małej architektury na ulicę Batorego w Skawinie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 542668-N-2020. Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych DOL-EK K. D. w Tarnowie w związku z czym 20 lipca 2020 r. MMCITC4 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielsko-Białej - wykonawca konkurujący o to zamówienie - wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wskazany w art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

„1) art 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust 3 p.z.p. przez nieodrzućenie oferty K. D. w sytuacji, gdy złożył on ofertę zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nawet mimo złożonych wyjaśnień nie wykazał on, iż cena nie jest rażąco niska, ponieważ z twierdzeń wykonawcy nie wynika, jakie czynniki i w jakim stopniu wpływają na tak niską cenę, ponieważ przedłożył jedynie nieaktualny cennik wyrobów z roku 2016, a w konsekwencji zamawiający wybrał ofertę zawierającą rażąco niską cenę;

2) art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. w zw. z art. 89 ust 1 pkt 5 p.z.p. w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. przez niewykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego K. D., który w wyniku rażącego niedbalstwa udzielonymi informacjami wprowadził zamawiającego w błąd, a które to informacje miały istotny wpływ na podjęcie decyzji przez zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. zapewnienia, że przedmiot oferty spełnia wymagania określone w SIWZ, pomimo, że większość oferowanych elementów objętych ofertą i formularzem cenowym z dnia 26 maja 2020 r. nie spełnia tych wymagań, co w efekcie doprowadziło do nieodrzućenia tej oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p., a w dalszej kolejności do niezasadnego wyboru tej oferty;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. przez nieodrzućenie oferty K. D. w sytuacji, gdy złożył on ofertę, której treść nie odpowiadała SIWZ, tj. oferowane przez niego przedmioty nie spełniają wymogów określonych przez zamawiającego w

SIWZ, a dotyczących: wagi, sposobu kotwienia, jakości materiału, pojemności, lakierowania, ocynkowania, sposobu zabezpieczenia oraz surowca, z którego mają zostać wykonane, a mimo to zamawiający wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą;

4) Art. 24aa ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 24 ust 1 pkt 17 p.z.p. przez niezbadanie oferty wybranej jako najkorzystniejszej pod kątem niespełniania przesłanek do wykluczenia, pomimo złożenia oświadczenia przez K. D., że oferta przez niego złożona spełnia wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ, co stanowiło oświadczenie wprowadzające w błąd zamawiającego przez rażące niedbalstwo K. D., ponieważ oświadczenie to jest niezgodne z rzeczywistością i większość wyrobów objętych ofertą i formularzem cenowym z dnia 26 maja 2020 r. nie spełnia wymagań określonych w SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie zaskarżonej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu odrzućenia oferty K. D. jako niespełniającej wymogów określonych w SIWZ lub zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nadto wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa pełnomocnika według przedstawionego zestawienia kosztów.

K. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych DOL-EK K. D. w Tarnowie pismem z 24 lipca 2020 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby pismem z 28 lipca 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania, w związku z czym K. D. pismem z 30 lipca 2020 r. oświadczył, że zgłasza sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego.

Na posiedzenie z udziałem stron, którego termin został wyznaczony na 31 lipca 2020 r., nie stawili się zamawiający i K. D., którzy zostali prawidłowo powiadomieni o terminie posiedzenia. Odwołujący, który stawiał się na posiedzenie, oświadczył, że nie otrzymał informacji o zgłoszonym przystąpieniu, nie otrzymał kopii zgłoszonego przystąpienia, ani oświadczenia o wniesieniu sprzeciwu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że K. D. nie spełnił przesłanek zgłoszenia przystąpienia wymaganych ustawą. Art. 185 ust. 2 i 3 Pzp zawierają niezbędne przesłanki zgłoszenia przystąpienia. Jedną z nich jest przekazanie kopii zgłoszonego przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Z treści przystąpienia nie wynika, aby K. D. przekazał odwołującemu kopię zgłoszonego przystąpienia.

Wobec powyższego i braku jakichkolwiek podstaw do twierdzenia przeciwnego Izba uznała, że przystąpienie K. D. nie jest skuteczne i nie dopuściła tego wykonawcy do udziału w

postępowaniu odwoławczym.

Konsekwencją braku należytej staranności wykonawcy, polegającej na niespełnieniu przesłanek zgłoszenia przystąpienia, jest uznanie, że sprzeciw wniesiony wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego nie może być skuteczny. Brak spełnienia przesłanek wskazanych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp oznacza bowiem, że wykonawca nie przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym. Przystąpienie po stronie zamawiającego jest warunkiem zgłoszenia sprzeciwu. W rezultacie postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp.

Przepis ten stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec braku przystąpienia po stronie zamawiającego oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 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 poz. 972).

Przewodniczący: