

Sygn. akt: KIO 493/20

## POSTANOWIENIE

z dnia 13 marca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 13 marca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2020 roku przez wykonawcę R. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WASBUD z siedzibą w Grodkowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Opole, z siedzibą w Opolu

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) kwotę uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy Odwołującego - R. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WASBUD z siedzibą w Grodkowie

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 Opolu.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 493/20

## UZASADNIENIE

Dnia 9 marca 2020 roku do Prezesa krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zmianami) (dalej jako „Pzp”) odwołanie złożył wykonawca R. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WAS BUD z siedzibą w Grodkowie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozwój terenów zieleni poprzez zagospodarowanie terenu Kamionki Piaśt w Opolu” prowadzi Zamawiający: Miasto Opole, z siedzibą w Opolu. Ogłoszenie

o zamówieniu opublikowano w BZP pod numerem 507271-N-2020 z dnia 03.01.2020 r.

Odwołanie złożono na czynność Zamawiającego polegającą wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Pzp:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Usługowe BEST-OPEBEL S.C. J. K., W. W. (dalej jako: BEST- OPEBEL), gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 1 - warunki udziału w postępowaniu - punkt 2 lit. a czwarte tire SIWZ str. 13 tj. wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 robotę polegającą na wykonaniu boiska całorocznego o nawierzchni syntetycznej o powierzchni nie mniejszej niż 1500 m<sup>2</sup> oraz wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 1 - warunki udziału w postępowaniu - punkt 2 lit. a drugie tire SIWZ str. 13 tj. wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 robotę polegającą na rekultywacji/remediacji zgodnie z zatwierdzonym planem wraz z uzyskaniem potwierdzenia ich zakończenia i odebrania przez właściwy organ o wartości nie mniejszej niż 100.000 zł brutto,

2. Art. 24 ust. 1 pkt 16, pkt 17 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia BEST-OPEBEL z postępowania, pomimo że wykonawca ten, co najmniej w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,

3. Art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy BEST-OPEBEL podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu niewykazania przez tego Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadzenie Zamawiającego w błąd ,

4. Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę,

5. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy BEST-OPEBEL, którego oferta powinna podlegać odrzuceniu;

6. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty BEST-OPEBEL, mimo że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska, nie przedstawił żadnych szczegółowych wyliczeń, które można by poddać analizie na potwierdzenie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia,

7. Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez BEST-OPEBEL w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnoszą o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty BEST-OPEBEL jako najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenia wykonawcy BEST-OPEBEL z postępowania,
- 3) odrzucenia oferty BEST-OPEBEL z postępowania,
- 4) dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert,
- 5) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia. Oferta Odwołującego zostałyby uznana za najkorzystniejszą, w przypadku odrzucenia oferty BEST-OPEBEL, co wynika wprost z protokołu postępowania.

Zamawiający w dniu 3 marca 2020 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że odwołanie wniesiono zostało w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych i mogło podlegać merytorycznemu rozpoznaniu.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po stronie Zamawiającego ani Odwołującego. Z informacji przesłanej przez Zamawiającego wynika, że zawiadomił on wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 9 marca 2020 roku za pomocą poczty elektronicznej i listem poleconym. Termin na przystąpienie upłynął w dniu 12 marca 2020 roku.

W dniu 12 marca 2020 roku Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 1 i 2 ustawy Pzp złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał w całości zarzuty Odwołującego. Wobec uwzględnienia zarzutów Zamawiający wnosil o umorzenie postępowania.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp - należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatowi postawionemu w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał w całości słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie, natomiast do postępowania po stronie Zamawiającego nie przystąpił podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpili wykonawcy, którzy mogliby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami), odmawiając przyznania kosztów zastępstwa procesowego z uwagi na niezłożenie rachunków potwierdzających ich wysokość .

Przewodniczący: