

Sygn. akt: KIO 466/21

POSTANOWIENIE
z dnia 11 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2021 roku przez wykonawcę **PPHU Sauerkraut Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kaliszu**

w postępowaniu prowadzonym wspólnie przez **Skarb Państwa - 1 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Wałczu**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy PPHU Sauerkraut Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kaliszu, stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Dnia 12 lutego 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 w zw. z art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r., poz. 2275) zwanej dalej jako „nPzp”, odwołanie złożył wykonawca **PPHU Sauerkraut Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kaliszu** (dalej jako „Odwołujący”).

Przetarg nieograniczony na „Dostawę przetworów warzywnych kwaszonych do jednostek wojskowych i ośrodków szkolenia poligonowego”, numer sprawy 95/2020 prowadzi Zamawiający: **Skarb Państwa - 1 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Wałczu**. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz.Urz. U.E z dnia 11 listopada 2020 r. pod nr 2020/S 220-539765.

Odwołanie złożono od niezgodnych z prawem czynności oraz zaniechań dokonania czynności przez Zamawiającego polegających na dokonaniu wyboru oferty na zadania nr 2, 3, 5 i 6 złożonej przez Wykonawcę „Agro-Anna” M. S. z siedzibą w Pępowie, z naruszeniem przepisów ustawy nPzp poprzez:

1) uznaniu wyjaśnień i uzupełnień wyjaśnień złożonych przez Agro-Anna w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskich cen oferty w zadaniach nr 2, 3, 5 i 6 za prawidłowe, mimo że Wykonawca nie przedstawił prawidłowych wyjaśnień, a także nie przedstawił dowodów w wymaganym zakresie;

2) zaniechaniu odrzucenia oferty Agro-Anna na zadania nr 2, 3, 5 i 6, mimo że zawiera rażąco niską cenę;

3) zaniechaniu odrzucenia oferty Agro-Anna na zadania nr 2, 3, 5 i 6, mimo że jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”);

4) zaniechaniu odrzucenia oferty Agro-Anna na zadania nr 2, 3, 5 i 6, mimo że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny polegające na nie wskazaniu wszystkich składników, w tym ponoszonych kosztów oraz popełnieniu błędów w obliczeniu kosztów;

5) zaniechaniu odrzucenia oferty Agro-Anna na zadania nr 2, 3, 5 i 6, mimo że jest ona sprzeczna z ustawą,

6) zaniechaniu odrzucenia oferty Agro-Anna na zadania nr 2, 3, 5 i 6, mimo że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

7) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Agro-Anna, mimo że przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

8) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Agro-Anna, mimo że nie przedstawił on wymaganego zaświadczenia na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego;

9) zaniechaniu uznania oferty Agro-Anna za odrzuconą mimo jej złożenia przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania.

Informacja o wyborze ofert została przekazana Odwołującemu w dniu 02 lutego 2021r. Odwołanie zostało złożone z zachowaniem 10- dniowego terminu zawitego określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) nPzp. W tym samym dniu kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazała, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp naraża go na poniesienie szkody pozbawiając możliwości uzyskania zamówienia w zadaniach nr 2, 3, 5 i 6, na które Odwołujący złożył prawidłową i nie podlegającą odrzuceniu ofertę, która winna być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że Agro-Anna wykazał, że jego oferta na zadania nr 2, 3, 5, i 6 nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Agro-Anna na zadania nr 2,3,5,i 6 mimo sprzeczności oferty z ordynacją podatkową,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Agro-Anna na zadania nr 2, 3, 5, i 6 mimo jej sprzeczności z SIWZ;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Agro-Anna na zadania nr 2, 3, 5, i 6;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, mimo że Agro-Anna złożył w postępowaniu informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, mimo że Agro-Anna nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Agro-Anna na zadania nr 2, 3, 5, i 6, mimo że zawiera błędy w obliczeniu ceny oferty;
- 8) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, mimo że oferta Agro-Anna powinna być uznana za odrzuconą, że względu na to, że Agro-Anna podlega wykluczeniu z postępowania;
- 9) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego nieuprawnione zastosowanie do oferty Agro-Anna na zadania nr 2, 3, 5, i 6 polegające na wyborze tej oferty.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Agro-Anna jako najkorzystniejszej na zadania 2, 3, 5 i 6;
- 3) nakazanie odrzucenia oferty Agro-Anna na zadania 2, 3, 5, i 6;
- 4) nakazanie dokonania powtórnej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego w zadaniach 2, 3, 5 i 6 jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1*

Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały zatem przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte wniesieniem przez Odwołującego odwołania po 31 grudnia 2020 r.

Ustalono także, że w dniu 24 lutego 2021 roku do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia wraz z informacją o ustanowieniu pełnomocnika złożył Wykonawca **M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AGRO ANNA M. S. z siedzibą w Pępowie**. Wykonawca napisał w zgłoszeniu, że ustanawia pełnomocnika w sprawie oraz <<zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę przetworów warzywnych kwaszonych do jednostek wojskowych i ośrodków szkolenia poligonowego”, nr sprawy 95/2020, zadanie nr 2,3,5,6 prowadzonym przez Skarb Państwa – 1 Regionalną Bazę Logistyczną, a także w postępowaniu przed Organem II instancji w przedmiotowej sprawie>>. Jednocześnie pełnomocnik wnosił o kierowanie korespondencji w sprawie na wskazany adres.

Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przystąpienia. Dostrzeżenia wymaga, iż wykonawca, działający przez profesjonalnego pełnomocnika, po pierwsze nie wskazał strony, do której przystępuje. Po drugie podmiot zgłaszający przystąpienie nie określił i nie wykazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której

przystępuje. W złożonym stanowisku pisemnym trudno doszukać się powyższych elementów. Są to natomiast istotne elementy zgłoszenia przystąpienia warunkujące możliwość uznania zgłoszenia za skuteczne. Ich brak ma charakter nieusuwalny. W związku z tym Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia nie spełnia wymagań określonych w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp2019, który stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje. Tym samym zgłoszenie przystąpienia należało uznać za nieskuteczne.

Ustalono także, że 10 marca 2021 r., przed wyznaczeniem i otwarciem rozprawy na dzień 15 marca 2021 roku, Zamawiający przesłał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Zamawiający wskazał, że w przypadku braku sprzeciwu, nastąpi unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań 2,3,5,6. Jednocześnie Zamawiający wnosił o umorzenie postępowania.

Skoro Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości a do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp2019. Zgodnie z przywoływanym przepisem *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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.*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp2019, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 1 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp2019, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonych tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437),
W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: