

Sygn. akt: KIO 1216/21

POSTANOWIENIE

z dnia 7 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 7 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **ZIGGER Sp. z o.o. z siedzibą w Belchatowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź – Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi z siedzibą w Łodzi**

przy udziale wykonawcy „**Zieleń – P. spółka jawna**” z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **ZIGGER Sp. z o.o. z siedzibą w Belchatowie** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony 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. 2019 ze zm.) 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

Miasto Łódź – Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2021-2022”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2020/S 253-638729.

W dniu 22 kwietnia 2021 r. wykonawca ZIGGER Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w części II zamówienia, w szczególności wyboru oferty firmy „Zieleń – P. spółka jawna” z siedzibą w Łodzi oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nieudzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy, wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp polegającym na zaniechaniu odrzucenia oferty firmy „Zieleń – P. spółka jawna” i niezasadnym przyjęciu, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez okoliczność, że wyjaśnienia „Zieleń – P. spółka jawna” nie potwierdziły, że zaproponowana przez ww. wykonawcę cena nie jest rażąco niska, gdyż zdaniem Odwołującego niemożliwym jest wykonanie przedmiotu zamówienia - część za cenę 179 075,00 zł (cena nierealna);
- 3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty „Zieleń – P. spółka jawna”, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów opisanych w SIWZ z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego była najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu, niepodlegającą odrzuceniu i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza;

ewentualnie z ostrożności procesowej (zarzut ewentualny):

4) art. 90 ust. 1 (1a) w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania „Zieleń – P. spółka jawna” do udzielenia wyjaśnień dotyczących kwestionowanej przez Zamawiającego ceny wobec powzięcia przez Odwołującego uzasadnionych wątpliwości co do przedstawionych wyjaśnień (brak szczegółowej kalkulacji, dokumentów, wyliczeń)

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty „Zieleń – P. spółka jawna”;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego i odrzucenia oferty „Zieleń – P. spółka jawna”;
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i spełniającej wszystkie warunki postępowania.

W dniu 28 kwietnia 2021 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca „Zieleń – P. spółka jawna”.

W dniu 6 maja 2021 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uznaje odwołanie w całości i przystąpi do ponownego badania i oceny ofert.

Izba stwierdziła, że do rozpoznania przedmiotowego odwołania, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Wykonawca „Zieleń – P. spółka jawna”, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, nie stawił się na posiedzenie Izby w dniu 7 maja 2021 r. Izba zważyła, że ustawodawca nie wskazał terminu, w jakim wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego może złożyć oświadczenie o sprzeciwie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Nie budzi to jednak wątpliwości, gdyż termin ten skorelowany jest ze skutkami procesowymi określonymi w ustawie Pzp z 2019 r., w zależności od etapu, na którym znajduje się postępowanie odwoławcze w chwili uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Wobec złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o uznaniu odwołania w całości, to moment zamknięcia posiedzenia Izby stanowił termin stanowczy na złożenie oświadczenia o sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Jest to

etap, na którym zapada decyzja Izby o skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie, zaś do tego konieczne jest istnienie w sprawie sporu, który Izba może rozstrzygnąć. Skutkiem prawnym braku sprzeciwu uczestnika postępowania jest materialny zanik sporu, będącego warunkiem możliwości wydania merytorycznego rozstrzygnięcia. Z uwagi na brak oświadczenia wykonawcy „Zieleń – P. spółka jawna” co do sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego, Izba zobligowana jest, w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego, do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego poprzez umorzenie postępowania odwoławczego. Niestawiennictwo wykonawcy „Zieleń – P. spółka jawna” na posiedzeniu nie wstrzymywało postępowania odwoławczego, wobec dyspozycji art. 549 ust. 4 ustawy Pzp z 2019 r. Niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego przystępującego na posiedzeniu stanowi o rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym oraz obrony swoich praw, a także wyczerpuje drugą przesłankę - braku zgłoszenia sprzeciwu, o której mowa w art. 522 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy Pzp z 2019 r. umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący :