

Sygn. akt: KIO 1063/21

POSTANOWIENIE
z dnia 17 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 17 maja 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2021 r. przez **wykonawcę FOXMET sp. z o.o. z siedzibą w Czerwonce - Leszczyny** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale **wykonawcy Tree Capital sp. z o.o. z siedzibą w Baniocha** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy ENERGOKON – PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy FOXMET sp. z o.o. z siedzibą w Czerwonce - Leszczyny kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Likwidacja obiektów powierzchniowych SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary - Mysłowice - Wesola I” Ruch KWK „Mysłowice - Wesola I” - znak sprawy: ZP-MW-0007/20*”. Postępowanie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych (ogłoszenie z dnia 7 września 2020 r. za numerem 581931-N-2020.).

W dniu 6 kwietnia 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca FOXMET sp. z o.o. z siedzibą w Czerwoncu - Leszczyny – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało wniesione w zakresie części II zamówienia wobec następujących czynności Zamawiającego:

1. zaniechania odrzucenia oferty TREE Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Baniocha – dalej Przystępujący Tree Capital, w zakresie Części II zamówienia jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
2. zaniechania odrzucenia oferty TREE Capital w zakresie Części II zamówienia, pomimo upływu terminu związania ofertą w dniu 4 stycznia 2021 r., braku przedłużenia terminu związania ofertą oraz wygaśnięcia wadium w dniu 4 stycznia 2021 r.;
3. zwróceniu się do TREE Capital w dniu 3 lutego 2021 r. z wezwaniem do ponownego wniesienia wadium, w sytuacji gdy nie było ku temu podstaw wynikających z art. 46 ust. 3 ustawy pzp;
4. ponownego zwrócenia się do wykonawcy TREE Capital pismem z dnia 20 lutego 2021 r. z wezwaniem do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń udzielonych wcześniej na wezwanie z dnia 28 września 2020 r. oraz na wezwanie z dnia 27 października 2020 r. oraz złożenia dowodów, w sytuacji gdy poprzednio ww. wykonawca nie podał informacji żądanych przez Zamawiającego;
5. dokonania wyboru oferty TREE Capital jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Części II zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 46 ust. 3 ustawy pzp, poprzez zwrócenie się do TREE Capital w dniu 3 lutego 2021 r. z wezwaniem do ponownego wniesienia wadium, w sytuacji gdy ponowne wniesienie wadium jest wymagane od wykonawcy wówczas, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TREE Capital jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w zakresie Części II zamówienia, podczas gdy treść udzielonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania;

3. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp, poprzez ponowne zwrócenie się do wykonawcy TREE Capital pismem z dnia 20 lutego 2021 r. z wezwaniem do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty oraz dowodów, w sytuacji gdy treść uprzednio udzielonych ogólnikowych i gołosłownych wyjaśnień (w odpowiedzi na wezwanie z dnia 3 sierpnia 2020 r.) nie obejmowała informacji wymaganych przez Zamawiającego oraz stosownych dowodów, a w konsekwencji nie potwierdzała braku rażąco niskiej ceny w ofercie ww. Wykonawcy;

4. art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 66 § 2 k.c., poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy TREE Capital, pomimo upływu terminu związania ofertą w dniu 4 stycznia 2021 r., braku przedłużenia terminu związania ofertą oraz wygaśnięcia wadium w dniu 4 stycznia 2021 r.

5. art. 91 ust. 1 ustawy pzp, poprzez dokonanie wyboru ofert wykonawcy TREE Capital jako ofert najkorzystniejszej w zakresie Części II zamówienia, podczas gdy oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części II;
2. dokonanie odrzucenia oferty wykonawcy TREE Capital w zakresie Części II;
3. powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części II.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 7 września 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy

pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym 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, Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

W dniu 9 kwietnia 2021 r. wykonawca Tree Capital sp. z o.o. z siedzibą w Baniocha zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawcy, który stał się tym samym uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 9 kwietnia 2021 r. wykonawca ENERGOKON – PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawcy, który stał się tym samym uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W piśmie procesowym z dnia 5 i 10 maja 2021 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości. Izba ustaliła, że pismo uwzględniające odwołanie zostało podpisane przez osobę umocowaną do reprezentacji Zamawiającego.

W dniu 6 maja 2021 r. uczestnik postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - Tree Capital sp. z o.o. z siedzibą w Baniocha, na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2453, z późn. zm.) został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania.

Ww. wykonawca, do upływu określonego terminu, nie odpowiedział na powyższe wezwanie.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym „jeżeli

uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.” Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast uczestnik postępowania, który przystąpił po jego stronie do postępowania odwoławczego nie wniósł w wyznaczonym terminie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: