

Sygn. akt: KIO 327/20

POSTANOWIENIE
z dnia 3 marca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 3 marca 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2020 r. przez wykonawcę POLLIGHT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Ostrów Mazowiecka

przy udziale wykonawcy LUG Light Factory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze 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 POLLIGHT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Ostrów Mazowiecka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja oświetlenia drogowego na terenie Gminy Ostrów Mazowiecka.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 grudnia 2019 r. pod numerem 638098-N-2019 Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 17 lutego 2020 r. wykonawca POLLIGHT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na bezpodstawnym, co najmniej przedwczesnym oraz błędnym uznaniu, iż „Wykonawca nie wykazał, iż przyjęte i oferowane rozwiązania techniczne spełniają wymagania Zamawiającego (żywołność źródeł światła na poziomie 100 000h, Wykonawca przedstawił raport na 60.600h)”, które to błędne uznanie legło u podstaw nieuprawnionego przyjęcia, iż oferta złożona w toku postępowania przez Odwołującego jest ofertą niezgodną co do treści z postanowieniami SIWZ, podczas gdy oferta złożona przez Odwołującego, w pełni odpowiada określonym przez Zamawiającego wymaganiom, w szczególności w zakresie spełniania przez oferowany produkt odpowiedniego poziomu żywotności źródeł światła, którą to okoliczność potwierdziła przedłożona przez Odwołującego, stanowiąca załącznik nr 13 do wyjaśnień wykonawcy z dnia 3 lutego 2020 r., kopia raportu LM 80-08; jednocześnie wskazując, iż powzięcie przez Zamawiającego ewentualnych nowych określonych wątpliwości co do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień na etapie dokonywania oceny ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców, winno skutkować ponownym skorzystaniem przez Zamawiającego z przewidzianego w treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp uprawnienia do żądania złożenia wyjaśnień, a nie automatycznym odrzuceniem złożonej przez Odwołującego oferty;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp polegające na całkowicie bezpodstawnym, arbitralnym oraz nieuzasadnionym przyjęciu przez Zamawiającego, iż złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do zaoferowanego przez Odwołującego przedmiotu zamówienia,

które to błędne uznanie legło u podstaw nieuprawnionego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, mając na uwadze, iż:

- określona przez Odwołującego, w treści oferty, cena brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, uwzględnia wartość wszystkich komponentów oraz prac, których dostarczenie oraz wykonanie, pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób w pełni odpowiadający obowiązującej w postępowaniu, dokumentacji przetargowej;
- w celu prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia wystarczającym jest dostarczenie przez Odwołującego 1 kompletu sterownika systemu sterowania, którego wartość (2.600,00 zł) uwzględniona została przez wykonawcę zarówno na etapie obliczania ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, jak również i w treści stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień tabeli „KOSZTORYS projekt: Modernizacja oświetlenia drogowego na terenie gminy Ostrów Mazowiecki”;
- Zamawiający w żadnym spośród dokumentów składających się na obowiązującą w toku postępowania dokumentację przetargową, nie wskazał ani nie wymagał dostarczenia przez poszczególnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, konkretnej liczby sterowników systemu sterowania; wskazana natomiast w treści stanowiącej załącznik nr 8 do Wyjaśnień korespondencji mailowej z dnia 24 czerwca 2019 r., godz. 14:29, prowadzonej z przedstawicielami handlowymi firmy LUMIQOON Sp. z o.o., obejmującej ofertę LUMIQOON Sp. z o.o., jako dostawcy komponentu: sterownik systemu sterowania, liczba 26 szt. sterownika systemu sterowania - „Ready2mains r2m 28001206 TRIDONIC”, dotyczyła ofertowania na potrzeby szerszej i ogólnej współpracy pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem, która została nawiązana nawet przed wszczęciem postępowania, w związku z czym nie sposób uznać, iż Odwołujący planował zastosowanie 26 szt. ww. sterownika również na potrzeby postępowania, w sytuacji gdy nawet postępowanie takie nie było na tym etapie ogłoszone;

w związku z czym stwierdzenia wymaga, iż nie sposób uznać, iż Odwołujący, uwzględniając w toku obliczeń ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia w postępowaniu, 1 kpl. sterownika systemu sterowania, dopuścił się tym samym rażącego zaniżenia ceny lub kosztów oferty w stosunku do oferowanego przedmiotu zamówienia, w związku z czym odrzucenie przez Zamawiającego, złożonej przez Odwołującego, oferty w oparciu o dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, winno zostać uznane jako całkowicie nieuprawnione;

3. art. 92 ust. 1 pkt. 3 w zw. art. 89 ust. 1-2 i 4 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na ogólnikowym oraz skrótowym przedstawieniu przez Zamawiającego powodów odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, niewskazującego w sposób zupełny oraz

wyczerpujący okoliczności, których zaistnienie uzasadniało dokonanie przez Zamawiającego ww. czynności, w sytuacji gdy dyspozycja art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w sposób oczywisty nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty;

4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na lakonicznym i enigmatycznym uzasadnieniu podjętej przez Zamawiającego decyzji faktycznej o odrzuceniu oferty Odwołującego co stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji i doprowadziło do sytuacji, której Odwołujący w istocie musi domniemywać się podstaw faktycznych decyzji Zamawiającego, którą chce zakwestionować, a także na przywołaniu w treści decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego elementów prawnie irrelevantnych dla samej decyzji o odrzuceniu oferty, co stanowi w Odwołującego przejaw zastraszania oraz zniechęcania Odwołującego do skorzystania z zagwarantowanych w ustawie środków ochrony prawnej.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności badania ofert złożonych przez wykonawców, a w szczególności oferty złożonej przez Odwołującego.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę LUG Light Factory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze („Przystępujący”) przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wobec spełnienia wymogów formalnych określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika.

W dniu 2 marca 2019 r. Zamawiający przesłał do Prezesa Izby informację o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Na posiedzeniu przed Izbą w dniu 3 marca 2020 r. Zamawiający oświadczył, iż uwzględni odwołanie w całości. Przystępujący, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia, nie stawił się.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu 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. Oznacza to, że oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania oraz okoliczność braku wniesienia sprzeciwu co do tej czynności przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 3 ustawy Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników oświadczył, iż uwzględni odwołanie w całości. Z kolei Przystępujący, który został w sposób prawidłowy zawiadomiony o terminie posiedzenia, co znajduje potwierdzenie w aktach postępowania odwoławczego, nie stawiał się. Izba uznała, iż niestawiennictwo na posiedzenie wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. Stwierdzić bowiem należy, iż Przystępujący decydując się na takie działanie, czyni to ze świadomością skutków, jakie brak jego obecności, może wywołać w sferze jego interesów procesowych. W tym stanie rzeczy skuteczne skorzystanie przez Zamawiającego z przysługującej mu czynności dyspozytywnej w postaci uwzględnienia w całości odwołania powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 3 *in fine* ustawy Pzp ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uznała, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp koszty te znoszą się wzajemnie. Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: