

Sygn. akt: KIO 622/20

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 25 maja 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 25 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2020 r. przez wykonawcę „AG-COMPLEX” Sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy, ul. Hoża 13a, 00-528 Warszawa

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy „AG-COMPLEX” Sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 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 Warszawie.

**Przewodniczący :** .....

## Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie obsadzeń z roślin ozdobnych w donicach, na rabatach kwietnikowych i zieleni przyległej wraz z pielęgnacją. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 stycznia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2020/S 017-036659.

W dniu 23 marca 2020 r. wykonawca „AG-COMPLEX” Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie części nr 2 zamówienia, polegających na:

1) wykluczeniu Odwołującego w części nr 2 zamówienia (w związku z unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 1 i 2 zamówienia i powtórzeniem czynności badania i oceny ofert w części nr 1 i 2 zamówienia) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w części nr 2 zamówienia, podczas gdy Odwołujący potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia,

2) wyborze oferty wykonawcy Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich P. C. J. L. S.C. jako najkorzystniejszej do realizacji części nr 2 zamówienia (w związku z unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 1 i 2 zamówienia i powtórzeniem czynności badania i oceny ofert w części nr 1 i 2 zamówienia), podczas gdy to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w części nr 2 zamówienia,

3) zaniechaniu wezwania Odwołującego (w związku z unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 1 i 2 zamówienia i powtórzeniem czynności badania i oceny ofert w części nr 1 i 2 zamówienia) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie, wykaz usług) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwość co do kolejnego zamówienia wskazanego w wykazie usług przedstawionym przez Odwołującego w oparciu o wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej w obu częściach zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie, wykaz usług) w części nr 2 zamówienia, co w konsekwencji spowodowało odrzucenie oferty Odwołującego w części nr 2 zamówienia,
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich P. C. J. L. S.C. jako najkorzystniejszej do realizacji części nr 2 zamówienia, podczas gdy to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w w/w części zamówienia,
- 3) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wykazu usług w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwość co do kolejnego (innego) zamówienia wskazanego w wykazie usług przedstawionym przez Odwołującego w oparciu o wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 2 zamówienia dokonanej w dniu 13 marca 2020 r. oraz unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty w części nr 2 zamówienia,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części nr 2 zamówienia poprzez dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej do realizacji zamówienia w części nr 2,

alternatywnie:

potworzenia czynności badania i oceny ofert w części nr 2 zamówienia poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie, wykaz usług dla części nr 2), a następnie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej do realizacji zamówienia w części nr 2.

W dniu 25 marca 2020 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich ZROB P. C. J. L. S.C. Do przystąpienia nie zostały dołączone dowody przesłania kopii przystąpienia zamawiającemu i wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich ZROB P. C. J. L. S.C. jest

nieskuteczne, bowiem nie zostały wypełnione wymogi formalne dla jego skuteczności, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tj. wykonawca zgłaszający przystąpienie nie przesłał jego kopii wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W dniu 12 maja 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron. Jednocześnie, Zamawiający poinformował, że wykonawca Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich ZROB P. C. J. L. S.C. nie przesłał kopii przystąpienia Odwołującemu, a tym samym nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego. Jak zauważył Zamawiający, w konsekwencji, wykonawca ten nie uzyskał statusu uczestnika postępowania. Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2013 r., w którym Izba stwierdziła, że „Przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu, nie może być uznane za skuteczne” (sygn. akt KIO 2734/13, podobnie wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1406/19).

Pismem z dnia 15 maja 2020 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał wykonawcę Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich ZROB P. C. J. L. S.C. do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania pod rygorem umorzenia postępowania. Wykonawca został pouczone, że oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu może złożyć wyłącznie wykonawca, który wykaże, że przesłał kopię zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba stwierdziła, że zarówno składając przystąpienie do postępowania odwoławczego, jak też w wyznaczonym przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej terminie, wykonawca Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich ZROB P. C. J. L. S.C. nie wykazał, że przesłał Odwołującemu kopię przystąpienia.

Ponadto, pismem z dnia 15 maja 2020 r. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania w związku z uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego. Odwołujący poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że wykonawca Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich ZROB P. C. J. L. S.C. nie dopełnił obowiązku poinformowania Odwołującego o przystąpieniu do postępowania odwoławczego. Informację o zgłoszonym przystąpieniu Odwołujący uzyskał od Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba za nieskuteczne uznała przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłoszone przez wykonawcę Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich ZROB P. C. J. L. S.C. Wykonawca ten zgłaszając przystąpienie zobowiązany był do wykazania jego skuteczności, w tym do wykazania, że wypełnił wymóg formalny w postaci przesłania kopii przystąpienia wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawca Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich ZROB P. C. J. L. S.C. nie podjął próby wykazania powyższej okoliczności. Wykonawca ten nie wykazał powyższego także na skutek pisma Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2020 r. Wobec powyższego, zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Zakład Robót Ogrodniczych i Brukarskich ZROB P. C. J. L. S.C. należało uznać za nieskuteczne. Co za tym idzie, wezwanie z dnia 15 maja 2020 r. nie wywołuje skutków, bowiem tylko wykonawca, który uzyskał status uczestnika postępowania może wnieść sprzeciw.

W świetle oświadczenia Zamawiającego z dnia 12 maja 2020 r. o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wobec braku skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący :** .....