

POSTANOWENIE
z dnia 29 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniach 25 i 29 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2018 r. przez Wykonawcę **AG-COMPLEX sp. z o.o. (ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy (ul. Hoża 13a, 00-528 Warszawa)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „GARDEN-PARKI”, Zakład Usług Ogrodniczych „CHABER” W.-M. sp. j. (ul. Strumyków 49A, 03-138 Warszawa)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie

2. kosztami postępowania obciążyć Wykonawcę **AG-COMPLEX sp. z o.o. (ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę **AG-COMPLEX sp. z o.o. (ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego **AG-COMPLEX sp. z o.o. (ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa)** na rzecz Zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa w imieniu którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy (ul. Hoża 13a, 00-528 Warszawa)** kwotę **3600,00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) 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:

Sygn. akt KIO 2103/18

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: Posadzenie drzew na terenie m.st. Warszawy oraz ich trzyletnia pielęgnacja (w zakresie części nr 17).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Dz. Urz. UE w dniu 25.07.2018 r. pod numerem 2018/S 141-323072.

Odwołujący **AG-COMPLEX sp. z o.o.** wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 36aa ust. 5 PZP w zw. z pkt III ppkt 4 SIWZ poprzez zaniechanie unieważnienia czynności wyboru oferty w części nr 17 zamówienia dokonanej w dniu 07.09.2018 r. po dokonaniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego w częściach nr 3, 4 i 12, w których Oferta Odwołującego została pierwotnie uznana, jako najkorzystniejsza, naruszenie art. 26 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie części nr 17 oraz do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania, naruszenie art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 3 PZP poprzez wybór w części nr 17 oferty Wykonawcy **Garden-Parki inż. M. C.** w sytuacji, gdy po wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu oferty Odwołującego w części nr 3 w dniu 02.10.2018 r. oraz w częściach nr 4 i 12 w dniu 08.10.2018 r. oferta Odwołującego w części nr 17 powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza, naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 17, powtórzenia czynności badania oferty złożonej przez Odwołującego w części nr 17, dokonania czynności wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 PZP do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie części nr 17 oraz do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania, dokonania czynności oceny ważnych ofert w zakresie części nr 17 zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ na podstawie art. 91 ust. 1 PZP, dokonania wyboru oferty Odwołującego w zakresie części nr 17, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z art. 91 ust. 1 PZP.

Zgodnie z treścią SIWZ, wykonawcy mieli możliwość złożyć oferty na każdą część zamówienia. Wykonawca mógł uzyskać zamówienie maksymalnie na 3 części zamówienia, co wynikało z postanowienia pkt III ppkt. 4 SIWZ, w którym Zamawiający wskazał: „**Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy w maksymalnie 3 częściach zamówienia, w**

których suma cen ofertowych będzie największa, a w przypadku, gdy suma cen ofertowych byłaby taka sama w więcej niż w 3 częściach. Zamawiający udzieli zamówienia na te części, dla których ta suma będzie największa, uwzględniając liczbę porządkową części narastająco od najmniejszej do największej.”

Odwołujący złożył ofertę na wszystkie części zamówienia. Jak wskazał Odwołujący w treści odwołania, Zamawiający nie zdecydował się na rozstrzygnięcie wszystkich części zamówienia jednocześnie, a sukcesywnie przekazywał Wykonawcom informację o wyborze ofert najkorzystniejszych w poszczególnych częściach. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 17 w dniu 07.09.2018 r. (przesyłając wykonawcom pismo w tym zakresie 11 września 2018 roku), uznając za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Wykonawcę Garden-Parki inż. M.C. , chociaż oferta Odwołującego otrzymała w tej części 100 punktów. W toku postępowania, w częściach nr 3, 4 i 12 Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę Odwołującego, jednakże 19 września 2018 roku unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Następnie wykluczył Odwołującego z postępowania oraz odrzucił ofertę Odwołującego. O czynności odrzucenia oferty Odwołującego w częściach nr 3, 4 i 12 Zamawiający poinformował w dniach 02.10.2018 r. oraz 08.10.2018 r. Odwołujący w treści odwołania zwrócił uwagę, że mimo dokonania tej czynności, Zamawiający nie unieważnił czynności wyboru oferty w części nr 17, gdzie oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stan sprawy na chwilę zamknięcia posiedzenia z udziałem stron, oświadczenia, stanowiska i dowody stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione po terminie przewidzianym w ustawie.

Odwołujący wniósł odwołanie 12 października 2018 roku. Z treści odwołania wynika, że zostało ono wniesione na czynność wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty w części 17, która została dokonana i przesłana wykonawcom 11 września 2018 roku. Biorąc pod uwagę dyspozycję art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, termin na złożenie odwołania na ww. czynność upłynął 21 września 2018 roku.

Próby przywrócenia terminu na wniesienie odwołania na określoną czynność Zamawiającego poprzez powoływanie się na okoliczności zaistniałe w innej części postępowania stanowią próbę ominięcia przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przyjęcie przedstawionej przez Odwołującego interpretacji, zgodnie z którą rozpoczęcie biegu terminu na wniesienie odwołania w danej części można liczyć od dowolnej okoliczności zaistniałej w innej części postępowania, jest sprzeczne z istotą instytucji zamówienia częściowego. Po pierwsze, w ramach każdej części zamówienia terminy biegą niezależne od pozostałych części. Po drugie, Odwołujący z czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w części 3, 4, 12 wyciąga zbyt daleko idące wnioski w zakresie innej części postępowania. Odwołujący z całą pewnością nie podnosi zarzutów w zakresie wykluczenia go z postępowania, a tego dotyczy właśnie czynność Zamawiającego. Pod rozwagę Izby w ramach postępowania odwoławczego mogłaby zostać poddana właśnie prawidłowość dokonania czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania przez Zamawiającego i ewentualne przywrócenie go do postępowania w ramach tych części. Brak jest podstawy, aby stwierdzić, że czynność wykluczenia z postępowania w zakresie jednej z części dawała podstawy do unieważniania czynności Zamawiającego w zakresie innych części. Taka okoliczność i podstawa nie wynika ani z postanowień SIWZ, ani też z ustawy.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym nie jest prawdą, że Odwołujący dowiedział się o zaistnieniu przesłanek do wykluczenia go z części 3, 4, 12 dopiero 2 i 8 października 2018 roku.

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3, 4, 12 i jako najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę Odwołującego – w każdej z tych części (okoliczność bezsporna). 19 października 2018 r. Odwołujący poinformował telefonicznie Zamawiającego o „pomyłce” w złożonym przez Odwołującego wykazie osób zdolnych do realizacji zamówienia. Izba ustaliła, że Zamawiający w zakresie części 3, 4 i 12 wzywał Odwołującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W pierwotnym terminie Odwołujący nie przedłożył wszystkich dokumentów – brakowało wykazu osób, które będą realizowały zamówienie. Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący przedłożył wykaz, który nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący złożył nieprawidłowy wykaz w każdej z trzech części (nr 3, 4, 12). Zamawiający 19 września 2018 roku przesłał wykonawcom informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części 3, 4, 12. W ocenie Izby w dniu 19 września 2018 roku zmaterializował się interes Odwołującego do wniesienia odwołania w zakresie części 17 postępowania. Wobec okoliczności, że Odwołujący dwukrotnie nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu (tj. pierwotnie nie złożył wykazu osób, a następnie złożył wykaz osób, który nie potwierdzał spełnienia warunku udziału w postępowaniu), bezspornie podlegał wykluczeniu z postępowania. Odwołujący miał wiedzę, że nie spełnia warunków udziału w

postępowaniu w zakresie części 3, 4 i 12 postępowania, gdyż samodzielnie wskazał Zamawiającemu podstawę dla własnego wykluczenia z postępowania – złożenie nieprawidłowego wykazu osób przedłożonego na powtórne wezwanie Zamawiającego w tym zakresie. Oznacza to, że już 19 września 2018 r. Odwołujący miał wiedzę, że nie uzyska zamówienia w częściach 3, 4 i 12 postępowania. Co więcej, całokształt okoliczności wskazuje, że Odwołujący zgadza się z taką sytuacją, że nie uzyskuje zamówienia w częściach 3, 4 i 12, gdyż nie kwestionuje ani czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej (jaką była oferta Odwołującego w zakresie części 3, 4, 12), ani też czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania w zakresie części 3, 4, 12. Oznacza to, że Odwołujący miał świadomość, że nie uzyska zamówienia w części 3, 4, 12 postępowania i godził się z taką sytuacją od początku (a więc co najmniej od 19 września 2018 roku). A to z kolei oznacza, że już od 19 września 2018 roku Odwołujący miał interes we wniesieniu odwołania w zakresie części 17 postępowania, przyjmując sposób postrzegania Odwołującego – jeśli w części 3, 4 i 12 nie ma możliwości uzyskania zamówienia – to taka możliwość wystąpi w innych częściach postępowania.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że skoro Odwołujący uważał, że Zamawiający powinien dokonać jednoczesnego wyboru ofert we wszystkich częściach (prowadzić postępowanie badania i oceny ofert we wszystkich częściach do końca i dopiero na koniec dokonać wyboru ofert najkorzystniejszych we wszystkich częściach, mając na uwadze postanowienie punktu III. 4 SIWZ), to tym bardziej, w ocenie Izby, Odwołujący powinien złożyć odwołanie najpóźniej 21 września 2018 roku na nieprawidłową czynność Zamawiającego, polegającą na zbyt wczesnym wskazaniu oferty najkorzystniejszej w części 17 postępowania.

Tymczasem interes Odwołującego we wniesieniu odwołania leżał właśnie (o czym na początku) w czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty innego wykonawcy – Przystępującego, kiedy okazało się, że pomimo, że oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą – nie została za taką wybrana. Na marginesie należy dodać, że nie wnosząc odwołania w tym terminie (21 września 2018 roku), na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części 17 postępowania, Odwołujący przyjął sposób procedowania Zamawiającego – tylko w tych trzech częściach można uzyskać zamówienie, gdzie wartość oferty jest największa. Zatem Odwołujący godził się, że jego oferta w części 17 nie uzyska zamówienia. Co więcej, nawet przyjmując sposób rozumowania Odwołującego, że Zamawiający będzie dokonywał badania i oceny ofert w poszczególnych częściach i dopiero wówczas, na koniec dokona oceny wszystkich ofert łącznie we wszystkich częściach w oparciu o kryterium punktu III. 4 SIWZ, to tym bardziej Odwołujący powinien wnieść odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części 17 postępowania i uznać, że Zamawiający nie może dokonać takiej czynności (wyboru oferty najkorzystniejszej dla poszczególnej części) już na tym etapie, a będzie mógł jej dokonać dopiero w finale postępowania.

Stosownie do art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Odwołujący otrzymał informację o uznaniu za najkorzystniejszą (w części 17 postępowania) oferty Przystępującego 11 września 2018 roku. Tym samym, termin do wniesienia odwołania upłynął 21 września 2018 r.

Tym samym Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione po terminie przewidzianym w ustawie. W konsekwencji, odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że spóźniony jest również zarzut dotyczący art. 36aa ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten odnosi się do sposobu sformułowania treści SIWZ. Obecnie Zamawiający prowadzi postępowanie w zakresie badania i oceny ofert, zatem taki zarzut jest również zarzutem spóźnionym.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. 2018r. z dnia 7 maja 2018r. poz. 972), zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł, uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....