

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 4 grudnia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 4 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2020 r. przez odwołującego: **E. K. – S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ELES - BUD E. K. – Sz Kobyłki** (ul. Powstańców 4a/2, 05-230 Kobyłka) w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa-Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie** (ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa),

- przy udziale wykonawcy: **KAR-G. R. G. z Sulejówką** (ul. 11 Listopada 131, 05-070 Sulejówek) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **E. K. – S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ELES - BUD E. K. – S. z Kobyłki** (ul. Powstańców 4a/2, 05-230 Kobyłka) kwoty **6.750 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze 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**.

Sygn. akt KIO 3009/20

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę: E. K. – S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ELES - BUD E. K. – S. z Kobyłki (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa-Zarząd Dróg Miejskich z Warszawy, którego przedmiotem jest: „Konserwacja oświetlenia ulicznego w tunelach na terenie m.st. Warszawy” o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Numer referencyjny: ZDM/UM/DZP/78/PN/69/20. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 581066-N-2020 w dniu 03.09.2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w Postępowaniu przepisów ustawy Pzp wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy KAR-G. R. G. oraz zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy. Wskazał na naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy PZP z uwagi na błędne przyjęcie, że wykonawca KAR-G. udowodnił, że część wyjaśnień, która nie została przekazana Odwołującemu może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy KAR-G. wykazał wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 4 uznając utajniając część istotnych informacji,
- 2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 90 ust. 2 i ust. 3 Pzp z uwagi na błędne przyjęcie, że wyjaśnienia złożone przez KAR-G. potwierdziły, że nie zaferowano ceny rażąco niskiej,
- 3) art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP z uwagi na zaniechanie odrzucenia wykonawcy KAR-G. w związku z zaferowaniem wykonania istotnej części przedmiotu zamówienia tj. deklarowanej kwoty rocznej netto za całodobowe pogotowie oświetlenia ulic zgodnie z wymogami SIWZ pomimo że cena za ten zakres przedmiotu zamówienia wskazuje za zastosowanie rażąco niskiej ceny,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy PZP w związku z dokonaniem sposobu obliczenia ceny oferty w sposób sprzeczny z wymogami siwz, w tym w szczególności z pkt. 12.4 SIWZ, który brzmi: *„W ofercie Wykonawca podaje całkowitą cenę konserwacji oświetlenia ulicznego w tunelach na terenie m.st. Warszawy (netto, VAT, brutto). Podana cena winna zawierać całkowity koszt konserwacji (z uwzględnieniem odpowiedniego zysku), w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu prac. Nie jest dopuszczalne przenoszenie kosztów pomiędzy ww cenami świadczeń ocenianych w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert (lub pomiędzy cenami jednostkowymi). W przypadku zaniżenia którychkolwiek z cen (cen jednostkowych) Zamawiający wezwie wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień dot. uwzględnienia wszystkich kosztów w tej zaniżonej cenie (tych zaniżonych cenach jednostkowych) za ww świadczenia. W przypadku niewykazania uwzględnienia wszystkich niezbędnych kosztów w ramach poszczególnych cen lub w przypadku stwierdzenia przenoszenia kosztów pomiędzy cenami, Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji, jak również z uwagi na rażąco niską cenę istotnych części składowych ceny, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy Pzp”*

Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o: (1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; (2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - oferty wykonawcy KAR-G. R. G. w związku z zaferowaniem wykonania części przedmiotu zamówienia w cenie rażąco niskiej ceny tj. w poz. 12 Formularza cenowego - Załącznik nr 7a, (3) odrzucenie oferty wykonawcy KAR-G. R. G. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP w związku z dokonaniem obliczenia ceny oferty w sposób niezgodny z wymogami siwz; (4) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na jego rzecz.

Odwołujący podał, że w interesie każdego wykonawcy jest, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone zgodnie z przepisami obowiązującego prawa. Jako Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ czynności Zamawiającego doprowadziły do wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej

odrzuconiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP. W związku z czym ponosi szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i utraty korzyści płynących z realizacji umowy zawartej w wyniku wyboru jego oferty.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** (pismo z dnia 3.12.2020 r.) wniósł o oddalenie odwołania, wskazując w uzasadnieniu argumentację faktyczną i prawną jego decyzji.

**Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego** przystąpił (pismo z dnia 18 listopada 2020 r.) na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca KAR-G. R. G. z Sulejówka (Przystępujący wykonawca) wnosząc (podobnie jak Zamawiający) o oddalenie odwołania.

**Odwołujący w piśmie z dnia 4 grudnia 2020 r.** oświadczył, że wycofuje odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2020 r., które dotyczy zamówienia „Konserwacja oświetlenia ulicznego w tunelach na terenie m.st. Warszawy” (znak sprawy: ZDM/UM/DZP/78/PN/69/20). Z uwagi na powyższe wnoszę c umorzenie postępowania odwoławczego. Także wniósł o zwrot wpisu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

**Izba postanowiła,**

Działając na podstawie na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. W myśl wskazanego art. 187 ust. 8 ustawy Pzp: *„Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze”*. Z kolei orzekając o kosztach postępowania Izba miała na uwadze zdanie drugie tego przepisu zgodnie z którym: *„Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu”*. Tym samym Izba uwzględniając ponadto przepisy § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 972), nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu od odwołania uiszczonego w przedmiotowej sprawie w wysokości 10.000 zł.

.....