Sygn. akt KIO 941/20

POSTANOWIENIE
z dnia 30 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Małgorzata Rakowska

Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 30 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2020 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe K. W. z siedzibą w Kaliszu w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Kalisz

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe K. W. z siedzibą w Kaliszu kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczonego wpisu.

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 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 Kaliszu.

Przewodniczący.....

Sygn. akt KIO 941/20

Zamawiający: Miasto Kalisz wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni na terenie miasta Kalisza” - część VII, znak sprawy WGOŚ.271.01.0002.2020.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 040-094904.

W dniu 21 kwietnia 2020 r., Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszych ofert we wszystkich częściach zamówienia, gdzie jako najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu w części VII została wybrana oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Pabil" P. B. z siedzibą w Kaliszu, zwanego dalej Pabil.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe K. W. z siedzibą w Kaliszu w dniu 4 maja 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający - z naruszeniem zasad i przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej ustawą Pzp lub Pzp dokonał wyboru oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym ofertę złożył również Odwołujący.

Zarzucił, że Zamawiający w szczególności nieprawidłowo ocenił ofertę wykonawcy, którą następnie wybrał w postępowaniu jako najkorzystniejszą. Nieprawidłowość w ocenie oferty dotyczyła uznania iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, podczas gdy z dokumentów i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wynikało, że cena oferty jest rażąco niska i niewspółmierna do kosztu realizacji zamówienia. Ponadto oferta wybrana jako najkorzystniejsza stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, który oprócz złożenia oferty w jednej z części - złożył ją w pozostałych częściach i polegał na swoistym „dublowaniu" potencjału osobowego jednego wykonawcy w różnych częściach postępowania.

Argumentował, że gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił treść oferty wybranej jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu - uznałby, że oferta zawiera rażąco niską

cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w efekcie czego stwierdziłby, że

wykonawca składający tę ofertę nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału osobowego.

Poza tym, gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił treść oferty wybranej jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu - odrzuciłby ją a wykonawcę, który ją złożył wykluczyłby z postępowania.

W efekcie to Odwołujący uzyskałby zamówienie, jako że jego oferta jest w przedmiotowym postępowaniu ofertą najkorzystniejszą we wszystkich kryteriach oceny ofert, Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie działania Zamawiającego doprowadziły do poniesienia przez Odwołującego szkody, będącej następstwem nieuzyskania zamówienia.

W związku z tym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Pabil pomimo, że cena oferty Pabil była rażąco niska, niewspółmierna do kosztu wykonania zamówienia;

II. art. 90 ust. 1 i 1a Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Pabil do wyjaśnień elementów oferty mających wpływa na wysokość ceny — tj. cen jednostkowych wskazanych w formularzu ofertowym, mimo że w postępowaniu przyjęto rozliczanie kosztorysowe, tym samym każda z cen jednostkowych wskazana w kosztorysie powinna podlegać badaniu czy nie jest rażąco niska;

III. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Pabil, mimo, że ten wprowadził Zamawiającego w błąd - polegający na sformułowaniu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w taki sposób, że stwarzały one pozór prowadzenia przez wykonawcę aktywnej działalności gospodarczej w przedmiocie usług polegających na utrzymaniu i pielęgnacji zieleni, podczas gdy w rzeczywistości wykonawca, bezpośrednio

przed złożeniem ofert w przedmiotowym postępowaniu nie prowadził działalności w tym zakresie i w związku z tym wyjaśnienia przez niego złożone są nierzetelne, oraz złożenie przez wykonawcę wykazu narzędzi, którymi w rzeczywistości nie dysponuje, gdyż dysponują nimi inni przedsiębiorcy składający oferty w innych częściach postępowania;

IV. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 ze zm.), dalej uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PABIL, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na „dublowaniu" potencjału osobowego przez wykonawcę wraz z innymi wykonawcami wskazującymi tą samą osobę w innych częściach postępowania;

V. art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który z

innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między

wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych,

VI. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz z art. 22d ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnień i w następstwie wykluczenia wykonawcy PABIL z przedmiotowego postępowania z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału dotyczącego potencjału zawodowego oraz narzędziowego - w zakresie jakim potencjał ten został „zdublowany" przez różnych wykonawców biorących udział w postępowaniu w pozostałych częściach i zaangażowanie zasobów zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia

VII. art. 24 ust. 1 pkt 23, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i których powiązania prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia i jednocześnie - złożyli nieprawdziwe oświadczenie o nie pozostawaniu w grupie kapitałowej,

VIII. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez PABIL jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu a jednocześnie złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w związku z czym oferta ta podlega odrzuceniu, a także zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego;

IX. ewentualnie naruszenie innych przepisów wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Pabil P. B., względnie - wezwania go do dodatkowych wyjaśnień,

3. wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Pabil P. B. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, względnie - wezwania go do wyjaśnień,

4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W tym stanie rzeczy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W dniu 22 czerwca 2020r., przed wyznaczoną rozprawą, do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego z dnia 19 czerwca 2020r. o cofnięciu odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 187 ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.), postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zd.2 ustawy Pzp Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust.1 pkt. 3 lit. a i ust. 4

wraz ze zm.).

Przewodniczący.....