Sygn. akt: KIO 1175/22

POSTANOWIENIE
z dnia 16 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 16 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2022 r. przez odwołującego: Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu (ul. Wł. Łokietka 4, 41-933 Bytom) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Chorzów (ul. Rynek 1, 41-500 Chorzów),

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu (ul. Wł. Łokietka 4, 41-933 Bytom) kwoty 13.500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu od

odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 1175/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 29 kwietnia 2022 r. przez odwołującego: Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasta Chorzów w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego pn.: „Prace pielęgnacyjne w pasach zieleni ulicznej Chorzowa o łącznej powierzchni 27,77 ha w terminie od 1.05.2022r. do 30.04.2023r. w szczególności: - bieżące utrzymanie porządku i czystości w pasach - koszenie trawników i ich wygrabianie - pielęgnację drzew i krzewów”. Zadanie podzielone jest na 2 części (rejony): część I - REJON A CHORZÓW CENRTUM, CHORZÓW BATORY o pow. 148 625 m2, część II - REJON B CHORZÓW II, CHORZÓW STARY, MACIEJKOWICE o pow. 129 076 m2., RZP.271.638.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.Urz. UE. S38 z dnia 23/02/2022 - nr 98293-2022-PL.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie od czynności polegających na:

1. wyborze z dnia 19 kwietnia 2022 r. jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez

Konsorcjum firm: Firma KOMPLEX Sp. z o.o., 2. KOMPLEX Ł. B. z siedzibą w

Świętochłowicach (...) (zwane dalej KOMPLEX) pomimo, że oferta wykonawcy KOMPLEX powinna zostać odrzucona ponieważ nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej, w tym zakresie warunku wykonania w ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert prac w zakresie realizacji usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. minimum 5 osobami, pracownikami fizycznymi oraz kierownikiem zadania,

2. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy KOMPLEX, którego oferta nie spełnia wymagań w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ Wykonawca nie spełnia i nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej, w tym zakresie warunku wykonania w ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert prac w zakresie realizacji usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia oraz w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. minimum 5 osobami, pracownikami fizycznymi oraz kierownikiem zadania,

3. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy KOMPLEX, pomimo, że wykonawca KOMPLEX nie przedstawił wykazu usług realizowanych przez KOMPLEX sp. z. o.o. oraz referencji, ani innych dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie usług na rzecz Miasta Chorzów w ramach umowy zawartej w dniu 30 grudnia 2020 r.,

4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy KOMPLEX, pomimo, że jego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

5. zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu protokołu z postepowania wraz z wszystkimi załącznikami,

6. naruszenia przez Zamawiającego zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2c ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOMPLEX pomimo, że wykonawca KOMPLEX nie złożył w toku postępowania wykazu usług wykonanych w ostatnich 3 lat przez firmę KOMPLEX sp. z o.o. potwierdzającego spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej,

2. art.128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, że w oparciu o ww. przepisy wykonawca KOMPLEX uprawniony był do przedstawienia nowego oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust.4 ustawy Pzp, pomimo, że wezwanie Zamawiającego dotyczyło wykazu prac zrealizowanych przez KOMPLEX sp. z o.o.,

3. art. 226 ust. 1 pkt. 2b ustawy Pzp w zw. z art.116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOMPLEX z postępowania, podczas gdy KOMPLEX nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej, w tym zakresie warunku wykonania w ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert prac w zakresie realizacji usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia,

4. art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp w zw. z art.116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOMPLEX z postępowania, podczas gdy KOMPLEX nie wykazało

spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. minimum 5 osobami, pracownikami fizycznymi oraz kierownikiem zadania,

5. art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w z § 9 ust. 1 pkt 3

Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOMPLEX z postępowania, pomimo, że wykonawca KOMPLEX nie przedstawił referencji, ani innych dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie usług na rzecz Miasta Chorzów w ramach umowy zawartej w dniu 30 grudnia 2020 r.,

6. art.73 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art.74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie przekazania Odwołującemu protokołu z postępowania wraz z wszystkimi załącznikami tj. dokumentami potwierdzającymi prawidłowe wykonanie umowy przez wykonawcę KOMPLEX z Urzędem Miasta Chorzów,

7. art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art.3.ust. 1 i art. 15c ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty KOMPLEX, pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,

8. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, równego traktowania wykonawców, oraz zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych poprzez brak weryfikacji spełnienia przez wykonawcę KOMPLEX warunków postępowania oraz wybór oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:
1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, odrzucenie oferty wykonawcy KOMPLEX oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

3. uznanie, że Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady jawności postępowania poprzez nieprzekazanie Odwołującemu dokumentami potwierdzającymi prawidłowe wykonanie umowy przez wykonawcę KOMPLEX z Urzędem Miasta Chorzów,

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według wystawionej faktury,

5. dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowód, które zostaną

powołane i przedłożone na rozprawie.

Odwołujący podał, że (...) Stosownie do treści art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący także złożył ofertę na zadanie nr część II

- REJON B CHORZÓW II, CHORZÓW STARY, MACIEJKOWICE o pow. 129 076 m2, a co

za tym idzie w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy KOMPLEX, Odwołujący może spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Tym samym Odwołujący posiada interes w wniesieniu odwołaniu".

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden z wykonawców. Termin na zgłoszenie przystąpienia - stosownie do postanowień art. 525 ust.1 Pzp - upływał w dniu 5 maja 2022 r. Kopia odwołania - według oświadczenia zamawiającego - została przekazana Wykonawcom za pomocą poczty elektronicznej w dniu

02.05.2022 r.

Odwołujący w piśmie z dnia 11maja 2022 r. podał (cyt.):

„Działając w imieniu własnym, na podstawie art.520 ustawy Pzp cofam odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2022 r.

W związku z powyższym na podstawie §9 ust.3 pkt a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania wnoszę o zwrot 90% uiszczonej opłaty".

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy".

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 11 maja br. jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie w całości.

Stosownie do postanowień art. 520 ust.2 Pzp: „2.Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby".

Odwołujący - jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie Prawa zamówień publicznych - jest dysponentem wniesionego przez siebie odwołania, co przejawia się również w uprawnieniu do jego wycofania. Cofnięcie odwołania nie wymaga zgody pozostałych stron i uczestników postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza nie bada i nie ocenia przyczyn cofnięcia odwołania. Bada wyłącznie formalną skuteczność złożenia oświadczenia o cofnięciu odwołania. Skuteczne cofnięcie odwołania jest wiążące dla Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie zostało na podstawie wskazanego art. 520 ust. 1 ustawy Pzp skutecznie wycofane przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron i rozprawy dla których termin został wyznaczony na dzień 19 maja 2022 r. Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.