Sygn. akt: KIO 1359/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 09.05.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Firma Usługowa Gryf spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebuni
w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze,

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującegokwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 1359/24

Uzasadnienie

Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy
z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.,
dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp") w trybie w trybie podstawowym na usługi społeczne z fakultatywnymi negocjacjami postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest*: wyłonienie Wykonawcy w zakresie świadczenia usług ochrony fizycznej osób i mienia, dozoru i usług portierskich oraz grup interwencyjnych, odpowiednio w odniesieniu od jednej do trzech części zamówienia, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie" (nr referencyjny: NP.26.2.10.24.UK*
(dalej „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych
w dniu 20 marca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00252590/01.

Dnia 22 kwietnia 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca Firma Usługowa Gryf
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebuni (dalej: „Odwołujący") wobec:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w ww. postępowaniu, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej w zakresie części 2 zamówienia,

2. zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności w ww. postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy pzp, polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w w/w postępowaniu
w zakresie części 2 zamówienia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o., NIP 9542250991, Al. W. Korfantego 51/9a, 40-161 Katowice – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o., NIP: 9540025770, Al. W. Korfantego 51/21, 40-161 Katowice, - Partner konsorcjum, zwanych dalej, jako: „HETMAN-PARASOL"
w warunkach, w których oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt,
że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożenie przez wykonawcę takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej;

3. niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w ww. postępowaniu polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN"
Sp. z o.o., NIP: 9542250991, Al. W. Korfantego 51/9a, 40-161 Katowice – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o., NIP: 9540025770, Al. W. Korfantego 51/21, 40-161 Katowice, - Partner konsorcjum w zakresie części 2 zamówienia,

4. niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w ww. postępowaniu, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej w zakresie części 1 zamówienia,

5. zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności w ww. postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy pzp, polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w w/w postępowaniu

w zakresie części 1 zamówienia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o., NIP 9542250991, Al. W. Korfantego 51/9a, 40-161 Katowice – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o., NIP: 9540025770, Al. W. Korfantego 51/21, 40-161 Katowice, - Partner konsorcjum, zwanych dalej, jako: „HETMAN-PARASOL"

w warunkach, w których oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt,

że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożenie przez wykonawcę takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej;

6. niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu

o udzielenie zamówienia polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o., NIP 9542250991, Al. W. Korfantego 51/9a, 40-161 Katowice – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o., NIP: 9540025770,

Al. W. Korfantego 51/21, 40-161 Katowice, - Partner konsorcjum w zakresie części 1 zamówienia,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie

1) W związku z dokonaniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 2 zamówienia zarzucam naruszenie:

1. naruszenie art. 226 ust. 5 ustawy pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części 2 z postępowania, mimo że jej treść jest zgodna

z warunkami zamówienia

2. art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez niedostateczne uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 2 z postępowania wobec niewskazania

w jakim konkretnie zakresie treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,

2) W związku z dokonaniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 1 zamówienia zarzucam naruszenie:

1. naruszenie art. 226 ust. 5 ustawy pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części 1 z postępowania, mimo że jej treść jest zgodna

z warunkami zamówienia

2. art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez niedostateczne uzasadnienie faktyczne i prawne

odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 1 z postępowania wobec niewskazania

w jakim konkretnie zakresie treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,

3) W związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o., NIP: 9542250991, Al. W. Korfantego 51/9a,

40-161 Katowice – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o., NIP: 9540025770 Al. W. Korfantego 51/21, 40-161 Katowice – Partner konsorcjum w zakresie części 2 postępowania zarzucam naruszenie:

1. art. 224, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 p.z.p. przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, że złożona przez HETMAN-PARASOL oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił,

że wskazana oferta zawiera rażąco niskie ceny zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty;

4) W związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o., NIP: 9542250991, Al. W. Korfantego 51/9a,

40-161 Katowice – Lider konsorcjum; Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o.,

NIP: 9540025770, Al. W. Korfantego 51/21, 40-161 Katowice – Partner konsorcjum w zakresie części 1 postępowania zarzucam naruszenie:

1. art. 224, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 p.z.p. przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego

traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, że złożona przez HETMAN-PARASOL oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił,

że wskazana oferta zawiera rażąco niskie ceny, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty;

5) W związku z wykonaniem niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie części 2 i 1, zarzucam Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 239 p.zp. poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez HETMAN – PARASOL warunki cenowe zarówno w zakresie części 2 jak i części 1 zawierają cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowane wynagrodzenie wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez zamawiającego wymogów przedstawionych przez zamawiającego wymogów, jak chociażby zatrudnienie na wyłącznie na podstawie stosunku pracy, z poszanowaniem norm prawa pracy, przepisów BHP i regulujących minimalne wynagrodzenie z jednoczesnym zakazaniem delegowania do pracy osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, że pozostałe oferty złożone w toku postępowania zostały uznane za niekonkurencyjne

w stosunku do oferty wybranej przez zamawiającego.

W związku z powyższym żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 2 zamówienia,
2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 1 zamówienia,
3) unieważnienie czynności dokonania wyboru oferty w zakresie części 2 zamówienia oraz w zakresie części 1 zamówienia w postępowaniu,
4) unieważnienie czynności dokonania wyboru oferty w zakresie części 1 zamówienia oraz w zakresie części 1 zamówienia w postępowaniu,
5) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert w zakresie zadania nr 2,
6) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert w zakresie zadania nr 1,
7) zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z przepisami.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść, ponieważ Zamawiający dokonał bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego a ponadto wyboru oferty jedynego konkurenta Odwołującego, który z kolei zaoferował rażąco niską cenę. Oferta Odwołującego mieściła się w kwocie, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zdania, a co za tym idzie, gdyby nie bezpodstawne jej odrzucenie i również wadliwy wybór oferty jedynego konkurenta, Odwołujący utracił możliwość pozyskania zamówienia publicznego. Mając na uwadze, że oferta jedynego konkurenta zawiera rażąco niską cenę, prawidłowa jej ocena powinna skutkować jej odrzuceniem. W przypadku podzielenia argumentacji Odwołującego, to on winien zostać wybrany, a co za tym idzie, uzyskałby możliwość realizacji tego zamówienia i wiążący się z tym zysk. Nieprawidłowe czynności Zamawiającego w bezpośredni sposób godzą w interes Wykonawcy.

W konsekwencji działań Zamawiającego istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego tj. utraty zamówienia publicznego, a co za tym idzie utraty planowanego zysku oraz utraty możliwości zdobycia dodatkowych referencji, stąd Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, aby uzyskać zamówienie.

Dnia 7 maja 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił następujące stanowisko:

1) uwzględnił zarzut odwołania w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do 2 części zamówienia,

2) uwzględnił zarzut odwołania w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do 1 i 2 części zamówienia,

3) wnosił o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do 1 części zamówienia.

W dniu 8 maja 2024 r., przed otwarciem rozprawy, Odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, że działając na podstawie art. 520 ustawy pzp w imieniu własnym, cofa odwołanie wniesione dnia 22 kwietnia 2024 r. w zakresie wszystkich zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego i wnosił w trybie art. 522 ust. 3 pzp o umorzenie przedmiotowego postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że mając na uwadze uwzględnienie przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7

maja 2024 r. zarzutów odwołania w zakresie: odrzucenia oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do 2 części zamówienia oraz uwzględnienie zarzutów odwołania w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do 1 i 2 części zamówienia, które to były kluczowe z perspektywy Odwołującego, cofa odwołanie w pozostałym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.*

Zgodnie z art. 521 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający do czasu otwarcia rozprawy może wnieść odpowiedź na odwołanie, w której zgodnie z ust. 2 tegoż przepisu ustosunkowuje się do treści odwołania, wskazuje twierdzenia i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub w celu odparcia wniosków i twierdzeń powołanych w odwołaniu.

Z kolei w świetle brzmienia art. 523 ust. 1 ustawy Pzp uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości
albo w części

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione
w odwołaniu, zaś w odniesieniu do pozostałych zarzutów Odwołujący złożył skuteczne oświadczenie o ich wycofaniu. Jednocześnie w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522.* Zgodnie zaś z treścią art. 522 ust. 3
w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu
i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem
że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza
lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W myśl § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r.
w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), *skład orzekający dokonuje czynności formalnoprawnych*
i sprawdzających, o których mowa w § 1, na posiedzeniu niejawnym, i w zależności
od poczynionych ustaleń wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego
w przypadkach, o których mowa w art. 568 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając zaistniałe w przedmiotowym postępowaniu okoliczności faktyczne przywołane powyżej, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 568 pkt 3 w związku z art. 522
ust. 3 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

Stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów
z 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), *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty,*
o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając na uwadze fakt, że przed otwarciem rozprawy Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane,
zaś w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, Izba na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia, postanowiła zniesieniu wzajemnie kosztów postępowania oraz o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500,00 zł, uiszczonej tytułem wpisu
od odwołania.

Przewodniczący:……..……