Sygn. akt: KIO 1132/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Ostrowski,**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **J.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.U. Top-Info J.M. w Masłowie Pierwszym**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** 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 1132/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Ostrowski– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Prace geodezyjne polegające na skanowaniu analogowych materiałów zasobu i wprowadzeniu tych materiałów do bazy danych, georeferencji wprowadzonych do bazy danych obiektów Zasięg Zasobu Geodezyjnego z podziałem na zadania, numer postępowania: RPZ.272.3.2024.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 marca 2024 r. numer 2024/BZP 00236048/01, zmienione w dniu 13 marca 2024 r. ogłoszeniem nr 2024/BZP 00243064/01.
W dniu 3 kwietnia 2024 r. wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowiewniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, dotyczących:

1. zaniechaniu wykluczenia z Postępowania wykonawcy P.U. Top – Info J.M., ul. Lotnicza 58, 26- 001 Masłów Pierwszy (dalej P.U. Top-Info) i odrzucenia jego oferty dotyczącej Zadania (części) nr 1,
2. wyborze jako najkorzystniejszej dla Zadania (części) nr 1 oferty wykonawcy P.U. Top – Info.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1. naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i niedokonanie wykluczenia wykonawcy P.U. Top – Info z Postępowania, w sytuacji gdy doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, gdyż pomimo wprowadzenia limitu ofert częściowych przez Zamawiającego (jedna oferta) odrębne oferty częściowe w Postępowaniu złożył podmioty należące do jednej grupy kapitałowej (P.U. Top – Info oraz Top – Info Sp. z o.o.),
2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P.U. Top – Info złożonej dla Zadania (części) 1, pomimo że zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z Postępowania,
3. naruszenie art. 16 ustawy Pzp - zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i proporcjonalny, poprzez naruszenie wskazanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp i wybór dla Zadania (części) nr 1 oferty wykonawcy, który swoimi działaniami naruszył zasady uczciwej konkurencji,
4. naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez podjęcie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej dla Zadania (części) nr 1 z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów powyższych
5. naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy P.U. Top – Info do wyjaśnień co do przesłanek wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w sytuacji gdy okoliczności faktyczne (złożenie ofert częściowych przez podmioty powiązane) wskazywały zawarcie przez

wykonawców P.U. Top – Info oraz Top – Info Sp. z o.o porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.
Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosiło uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności z dnia 29 marca 2024 r. polegającej na wyborze dla Zadania (części) nr 1 oferty P.U. Top – Info,
2. dokonanie ponownej oceny i badania ofert w ramach Zadania (części) nr 1,
3. wykluczenia wykonawcy P.U. Top – Info z Postępowania i odrzucenia jego oferty,
ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 1- 4
4. wezwanie wykonawcy Top – Info do wyjaśnień w zakresie wyjaśnień co do przesłanek wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.
W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie,Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 kwietnia 2024 r. (pismo z dnia 16 kwietnia 2024 r.) wnosił o oddalanie odwołania.
Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca J.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.U. Top-Info J.M. w Masłowie Pierwszym.
Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.
Przystępujący przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wnosił o odrzucenie odwołania.
Stan prawny ustalony przez Izbę:
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.
Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.
Zgodnie z art. 16 ustawy PZP:
1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.
Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy PZP, Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.
Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.
Izba w pierwszej kolejności odniesie się do wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania oraz braku interesu

prawnego we wniesieniu odwołania przez Odwołującego wskazywany przez Zamawiającego.
Izba zważa, że Przestępujący nie wskazał, na jakiej podstawie prawnej miałoby nastąpić odrzucenie odwołania, zgodnie z dyspozycją normy art. 528 ustawy PZP, co już samo to powoduje, że wniosek o odrzucenie odwołania nie mógł być uwzględniony przez Izbę. Przystępujący przy zgłoszeniu przestąpienia do postępowania odwoławczego jedynie stwierdził, iż Odwołujący „ w chwili publikacji wyników przedmiotowego postępowania zdobył 73,02 punktów, co stanowi najniżej punktowaną ofertę – obecnie oferta odwołującego jest na ostatniej – 6 – stej pozycji". Podobnie, Zamawiający argumentował, iż „oferta Odwołującego, po zakończeniu oceny, została skalsyfikowana na ostatnim, czyli szóstym miejscu". Jednocześnie Zamawiający wskazał, że „unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty nie będzie skutkowało wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej".
Jednakże zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący nie zauważają, że zgodnie z pkt. 9.2 SWZ Zamawiający przewidział dokonanie oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu wyłącznie w odniesieniu do oferty najwyżej ocenionej, o czym świadczy poniższy zapis: „Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych".
W ocenie Izby, takie ukształtowanie zapisu przez Zamawiającego w SWZ, powoduje, żeOdwołujący będzie nadal mieć szansę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu w przypadku, gdyby Izba nakazała wykluczenie wykonawcy J.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.U. Top-Info J.M., pomimo dalszego miejsca w klasyfikacji ofert. Tym samym, zdaniem Izby, Odwołujący wykazał istnienie interesu we wniesieniu odwołania, zgodnie z dyspozycją normy art. 505 ust. 1 ustawy PZP.
Izba odniesie się jeszcze do argumentacji Zamawiającego, iż „Odwołujący złożył ofertę o najwyższej cenie przewyższającej wartość środków, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia" oraz że „Przy teoretycznym założeniu odrzucenia wszystkich pięciu ofert które były korzystniejsze od oferty Odwołującego, Zamawiający unieważniłby postępowanie na podst. art. 255 pkt 3, ponieważ Zamawiający nie dysponuje większym środkami niż podane w komunikacie publicznym udostępnionym na stronie prowadzonego postępowania".
Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że unieważnienie postępowania z powodu okoliczności opisanych w art. 255 pkt 3 ustawy PZP w przypadku, gdyby oferta Odwołującego stała się najkorzystniejsza, na moment rozpoznania niniejszego odwołania ma wyłącznie charakter hipotetyczny. Takie przyszłe i niepewne zdarzenie nie może prowadzić do stwierdzenia braku legitymacji do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Tym samym nie można odmówić wykonawcy możliwości korzystania z tych środków, możliwa jest bowiem sytuacja, w wyniku, której Zamawiający będzie miał możliwość zwiększenia kwoty na realizację zamówienia.
W dalszej kolejności, Izba odniesie się do argumentacji Zamawiającego, iż pełnomocnik Odwołującegonie został umocowany należycie w sprawie, ponieważ pełnomocnictwo załączone do odwołania ma charakter ogólny oraz nie wskazuje czy dotyczy ono postępowania w sprawie zamówienia publicznego udzielanego przez Zamawiającego pod nazwą: „Prace geodezyjne polegające na skanowaniu analogowych materiałów zasobu i wprowadzeniu tych materiałów do bazy danych, georeferencji wprowadzonych do bazy danych obiektów Zasięg Zasobu Geodezyjnego z podziałem na zadania".
Izba zważa, że pełnomocnictwo do wniesienia odwołania nie może być pełnomocnictwem ogólnym, ponieważ wniesienie środka odwoławczego jest czynnością przekraczającą zwykły zarząd. Oznacza to, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagane jest pełnomocnictwo rodzajowe (tj. pełnomocnictwo do zastępowania mocodawcy przy określonej kategorii czynności prawnych), a zatem konieczne jest wskazanie w treści pełnomocnictwa, że pełnomocnik jest umocowany do wniesienia odwołania w imieniu mocodawcy.
W ocenie Izby, pełnomocnictwo NR 13/2024/S/E z dnia 3 stycznia 2024 r. jednoznacznie wskazuje, że Pani U.L. jest upoważniona do samodzielnego reprezentowania Mocodawcy w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, obejmuje takie czynności, jak wnoszenie w imieniu Mocodawcy wszelkich środków ochrony prawnej (w tym: odwołań (...), a także że pełnomocnictwo upoważnia pełnomocnika do reprezentowania Mocodawcy przed Krajową Izbą Odwoławczą.
Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, pełnomocnik Odwołującego został należycie umocowany w przedmiotowym postępowaniu, mimo że w pełnomocnictwie nie wskazano nazwy, pod którą prowadzone jest postępowanie, bowiem istotne jest to, że ww. pełnomocnictwie wskazano rodzaj czynności prawnej w postaci upoważnienia do wniesienia odwołania w imieniu MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie przed Krajową Izbą Odwoławczą.
Przechodząc do warstwy merytorycznej, Izba zważa, że Zamawiający podzielił zamówienie na dwie części (dwa zadania), wskazując w pkt 4.2 SWZ, iż Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Jednocześnie w pkt. 4.4 SWZ Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca może złożyć ofertę w odniesieniu do tylko jednej części zamówienia.
Izba zważa, że w zakresie Zadania nr 1 wpłynęło 6 ofert, w tym oferta wykonawcy J.M. prowadzący działalność

gospodarczą pod nazwą P.U. Top-Info J.M. z siedzibą w Masłowie Pierwszym, natomiastw ramach Zadania nr 2 wpłynęło 8 ofert, w tym oferta wykonawcy Top – Info Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, przy czym Pan J.M.prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.U. Top-Info J.M. posiada 50 % udziałów w spółce Top – Info Sp. z o.o. oraz pełni funkcję Prezesa Zarządu w ww. spółce, co nie było kwestionowane ani przez Zamawiającego ani Przystępującego.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że ratio legis przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP jest przeciwdziałanie porozumieniom mającym na celu wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji. Przenosząc powyższe na grunt ofert częściowych, należy stwierdzić, że zakazane są więc tylko takie przypadki złożenia ofert częściowych przez członków grupy kapitałowej, które mogą zakłócić konkurencję.

W pierwszej kolejności Izba zważa, że P.U. Top-Info J.M. oraz Top – Info Sp. z o.o. są to dwa odrębne podmioty gospodarcze, o czym świadczy wpis do CEIDG dla podmiotu Top-Info J.M. i wpis do KRS dla podmiotu Top – Info Sp. z o.o. Fakt bycia przez Pana J.M. wspólnikiem i Prezesem Zarządu spółki Top – Info Sp. z o.o. oraz prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą pod nazwą P.U. Top-Info J.M., w ocenie Izby nie przesądza jeszcze o tym, że mamy do czynienia z porozumieniem mającym na celu zakłócenie konkurencji poprzez obejście limitu wskazanego przez Zamawiającego (liczby ofert częściowych), a w konsekwencji naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby, z takim domniemanym porozumieniem moglibyśmy mieć do czynienia w sytuacji, gdzie zarówno wykonawca Top-Info J.M. oraz wykonawca Top – Info Sp. z o.o. złożyliby oferty na zadanie (część) nr 1, a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał, iż działanie wykonawcy P.U. Top-Info J.M. miało na celu zakłócenie konkurencji, jak również, że wykonawcy P.U. Top-Info J.M. oraz Top – Info Sp. z o.o. zawarli porozumienie mające na celu ograniczenie, czy wręcz wyeliminowanie konkurencji z przedmiotowego postępowania.

To, że w każdym z formularzy ofertowych, w punkcie 5, wskazano p. J.M. jako osobę, do której ma być kierowana korespondencja związana z postępowaniem przetargowym, tożsamy adres mailowy, tj. p. oraz telefon stacjonarny, na co wskazywał Odwołujący w odwołaniu, zdaniem Izby nie może w żaden sposób decydować o istnieniu porozumienia między wykonawcami Top-Info J.M. oraz Top – Info Sp. z o.o., mającym na celu wyeliminowanie, czy też ograniczenie konkurencji. Podobnie podpisanie formularzy ofertowych przez Pana J.M. zarówno przy części nr 1 oraz części nr 2, nie może w ocenie Izby powodować wykluczenia wykonawcy z postępowania, zwłaszcza że ofertę spółki Top – Info Sp. z o.o. Pan J.M. podpisał wspólnie z drugim członkiem Zarządu (wiceprezesem) Panem Michałem Ściwiarskim (co zresztą sam Odwołujący wskazywał w odwołaniu), a co za tym idzie, na kształt oferty spółki Top – Info Sp. z o.o. nie miał wpływu wyłącznie Pan J.M..

Tym samym, w ocenie Izby, niezasadne są zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP (zarzut nr 1), art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP (zarzut nr 2), art. 16 ustawy PZP (zarzut nr 3) oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP (zarzut nr 4).

Z kolei przechodząc do zarzutu ewentualnego, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy P.U. Top – Info do wyjaśnień co do przesłanek wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jest zdaniem Izby również niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż norma zawarta w ww. przepisie ma wyłącznie charakter fakultatywny, o czym świadczy użycie przez ustawodawcę słowa „może”. Tym samym, w ocenie Izby, nie można robić zarzutu Zamawiającemu, że nie zastosował art. 128 ust. 4 ustawy PZP, ze względu na to, iż przepis ten daje Zamawiającemu jedynie uprawnienie, ale już nie obowiązek jego zastosowania. Warte zauważenia jest również to, iż w przypadku zastosowania ww. normy prawnej i złożenia przez wykonawcę bądź to niewystarczających wyjaśnień, a nawet brak reakcji takiego wykonawcy na wezwanie Zamawiającego, nie może rodzić jakichkolwiek negatywnych skutków po stronie tegoż wykonawcy.

Konkludując, w ocenie Izby, niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy PZP (zarzut nr 5).

Nadto, w ocenie Izby, dowód wniesiony przez Odwołującego na rozprawie, nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Co istotne, okoliczności tam zawarte i wskazywane przez Odwołującego na rozprawie w ogóle nie były

zawarte w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….