Sygn. akt: KIO 420/23

POSTANOWIENIE
z dnia 27 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 27 lutego 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 roku przez wykonawcę**T.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ArcheOptics T.Z., Białystok**,
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **– Akademię Muzyczną im. S.M. w Gdańsku,**
przy udziale wykonawcy **CRA BALTICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**
z siedzibą w Borkowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **T.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ArcheOptics T.Z., Białystok** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu 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 2022 r., poz. 1710 wraz 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.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 420/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Akademia Muzyczna im. S.M. w Gdańsku- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie wstępnego rozpoznania archeologicznego w ramach planowanej inwestycji: Budowa Akademickiego Centrum Muzyki w Gdańsku", dalej: „Postępowanie".

W dniu 13 lutego 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy T.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ArcheOptics T.Z., Białystok (dalej „Odwołujący") zarzucając Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 224 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 PZP poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przejawiające się w uznaniu, że oferta złożona przez wybranego Wykonawcę nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, co wynika z pisma Wykonawcy z 18 stycznia 2023 roku, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy; 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, pomimo że zaoferowana przez Wykonawcę cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, ewentualnie art. 226 ust. pkt 7 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej u.z.n.k.) polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.); 3) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny i kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, pomimo, że cena za realizację całości przedmiotu umowy zaoferowana przez Wykonawcę co wynika z pisma Wykonawcy z 18 stycznia 2023 roku nie obejmuje wszystkich elementów cenotwórczych, w szczególności takich jak: kosztów zapewnienia obsługi geodezyjnej, kosztów wykonania dokumentacji archeologicznej (opisowej, fotograficznej i pomiarowej – fotogrametrycznej) zgodnej z obowiązującymi standardami metodycznymi, decyzją PWKZ wraz z Programem Prac Archeologicznych, stanowiącymi załącznik nr 8 do SWZ, kosztów zinwentaryzowania, wstępnej konserwacji i zabezpieczenia w odpowiednich pojemnikach pozyskanych zabytków archeologicznych, kosztów konserwacji zabytków wydzielonych wraz z wykonaniem sprawozdania z przeprowadzonych zabiegów konserwatorskich, kosztów wykonania sprawozdania dla Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, kosztów wykonania wszelkich niezbędnych analiz specjalistycznych (np. dendrochronologicznych) na potrzeby opracowania naukowego w terminie zgodnym z pozwoleniem PWKZ, a tym samym powinno budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, co

obligowało Zamawiającego co najmniej do wyjaśnienia tychże okoliczności; 4) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny i kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, pomimo, że cena za realizację całości przedmiotu umowy zaoferowana przez Wykonawcę co wynika z pisma Wykonawcy z 18 stycznia 2023 roku obejmuje jedynie ok. 1 miesiąc badań (pracownicy na 1 miesiąc, koparka 6 tygodni), podczas gdy zgodnie z dokumentami okres realizacji zamówienia planowany był na około 3 miesiące (termin realizacji zamówienia: do 30 kwietnia 2023 roku), co skutkowało zaniżeniem kosztów pracowniczych, kosztów koparki, a tym samym powinno budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, co obligowało Zamawiającego co najmniej do wyjaśnienia tychże okoliczności; 5) art. 128 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b względnie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych i wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych dotyczących:

1.1referencji na spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (załącznik nr 3 do SWZ – wykaz zrealizowany usług), w sytuacji gdy:

- •Wykonawca przedłożył referencje pochodzącą od podmiotu Marvipol Gdańsk Chmielna sp. z o.o. nie wykazując jednocześnie umocowania osoby podpisanej na tym dokumencie. Zgodnie z odpisem pełnym KRS spółki K.M. nie jest umocowany do reprezentowania tego podmiotu;
- •Wykonawca przedłożył referencje pochodzącą od podmiotu Orbis S.A., nie wykazując jednocześnie umocowania osoby podpisanej na tym dokumencie. Zgodnie z odpisem pełnym KRS spółki D.G. nie jest umocowany do reprezentowania tego podmiotu; • pomiędzy wypełnionym przez Wykonawcę załącznikiem nr 3, a referencjami od Orbis S.A. zachodzi znaczna rozbieżność, budząca wątpliwość, pomiędzy wartością zrealizowanych usług (366.232,50 złotych w Załączniku nr 3, 155.810,25 złotych w referencjach z 30.01.2023 roku;
- •badania archeologiczne przy ul. Pszennej 1 na dzień wystosowania wyjaśnień Wykonawcy nie zostały zakończenie w całości, lecz doszło jedynie do ich częściowego odbioru przez Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków prac w części dotyczącej prac ziemnych (terenowych)

1.2dysponowania osobą posiadającą uprawnienia operatora detektora metali - w powyższej sytuacji, przedstawione przez Wykonawcę dokumenty nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i lit. b.

6)art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 95 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a), b) i c) względnie art. 226 ust. 1 pkt 5) poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnienia dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych dotyczących wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia (załącznik nr 4), w sytuacji gdy w przedmiotowym wykazie podstawą dysponowana dwoma osobami jest umowa cywilno-prawna w sytuacji, gdy Zamawiający we wzorze umowy (załącznik nr 7 do SWZ) w § 7 ust. 1 przewiduje obowiązek zatrudniania osób wykonujących czynności wskazane w §1 ust. 3 Umowy na podstawie umów o pracę;

7)art. 225 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 223 ust. 1-3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia oświadczenia w przedmiocie tego czy wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, co w tej sytuacji oznacza, że oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu ze względu na jej niezgodność z przepisami oraz warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 2 lut. b) względnie ust. 1 pkt 3 i 5 PZP).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najbardziej korzystnej, oferty złożonej przez Wykonawcę Roberta Krzywdzińskiego; odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8, względnie pkt 7 PZP; dokonania badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu; dokonania czynności wyboru oferty spośród pozostałych nieodrzuconych ofert; ewentualnie unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej ramach wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych; powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej ramach wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia pisma Wykonawcy z 18 stycznia 2023 roku dotyczącego rażąco niskiej ceny, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych ofert.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca CRA BALTICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Borkowie.

Izba ustaliła, że w dniu 22 lutego 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której oświadczył, że w części uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu tj. zarzuty z punktu 1, 3 oraz 4 odwołania. W pozostałym zakresie wnosi

o oddalenie odwołania.

W dniu 24 lutego 2023 r. Odwołujący złożył pismo do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zawierające oświadczenie o cofnięciu zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego.

Wobec uwzględnienia w części zarzutów odwołania oraz wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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. poz. 2437), nakazując zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:……