Sygn. akt: KIO 2047//23

POSTANOWIENIE
z dnia 26 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk
Członkowie: Katarzyna Odrzywolska
M.O.

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 lipca 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 14 lipca 2023 r. przez odwołującego: **PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o. z/s w Warszawie**(ul. Zawodzie 5, 02981 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Oczyszczania Miasta z/s w Warszawie**(al. Jerozolimskie 11/19, 00508 Warszawa);
przy udziale wykonawcy: **Fagus Sp. z o.o. z/s w Warszawie (Al. Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze;
2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o. z/s w Warszawie**(ul. Zawodzie 5, 02981 Warszawa) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę wpisu uiszczonego 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 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 2047/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 14 lipca 2023 r. przez odwołującego: PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o. z/s w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zarząd Oczyszczania Miasta z/s w Warszawie (al. Jerozolimskie 11/19, 00508 Warszawa) na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP]w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Opróżnianie koszy na terenie m. st. Warszawy". Numer referencyjny: ZOM/KP/9/23" - część II I rejon II dzielnice: Mokotów, Ursynów, Wilanów.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 26 maja 2023 r. Nr 2023/S 101-313174.
Odwołujący podał, że odwołanie dotyczy czynności i zaniechań Zamawiającego polegających w szczególności na:
1)wyborze jako najkorzystniejszej oferty Polsuper Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz
2)zaniechaniu żądania od Polsuper wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych podczas gdy, zaoferowana przez Polsuper cena i koszt oraz ich istotne części składowe, wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;
- a w konsekwencji:
3)zaniechaniu odrzucenia oferty Polsuper w trybie art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
Zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1)art. 224 ust. 1 i 5 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez uznanie, że oferta Polsuper nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a co za tym idzie poprzez uznanie, że nie jest konieczne zbadanie rażąco niskiej ceny w ofercie Polsuper, która wskazuje na brak możliwości wykonania Zamówienia w cenie zaoferowanej przez Polsuper — co w konsekwencji skutkowało brakiem żądania od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych (obowiązek ten spoczywa na

Polsuper), a dodatkowo, że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz prowadzi do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców;

2)art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP uznanie, że złożona przez Polsuper oferta nie budzi wątpliwości oraz niedokonanie rzetelnego zbadania złożonych ofert, w tym nieuwzględnienie, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości Zamówienia, a wykonanie przedmiotu Zamówienia przez Polsuper jest niemożliwe za tą cenę ofertową, a dodatkowo, że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz prowadzi do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty Polsuper.

Z uwagi na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

1)merytoryczne rozpoznanie niniejszego Odwołania oraz o jego uwzględnienie w całości;

2)nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

a)unieważnienia czynności wyboru oferty Polsuper w Postępowaniu jako najkorzystniejszej,

b)dokonania ponownej oceny ofert;

3)nakazanie Zamawiającemu wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych, koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania Zamawiającego w związku z orzeczeniem;

4)na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 PZP, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do niniejszego odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

5)na podstawie art. 573 PZP, zasądzenie na rzecz Odwołujące kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według na podstawie przedstawionej na rozprawie faktury.

Wykonawca podał również, że: „Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 505 ust. 1 ustawy PZP, jako wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskaniem tego zamówienia. W zakresie przedmiotowego Zamówienia za najkorzystniejszą została uznana oferta Polsuper, która uzyskała 100 pkt, a w dalszej kolejności oferta PU Anny Olkowskiej (dalej: A.O.), która uzyskała 94,19 punktów. Odwołujący również złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, która uzyskała 89,46 punktów. W ocenie Odwołującego oferta Polsuper nie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ zawiera rażąco niską cenę oraz koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oferta Anny Olkowskiej również nie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) PZP.

Mając na uwadze powyższe należy że Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w niniejszym odwołaniu przepisów PZP pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania i realizacji Zamówienia. Szkoda, jaką Odwołujący może ponieść wyraża się w utracie korzyści jakie mógłby uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami PZP. Wyczerpuje to w sposób jednoznaczny materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania. Przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania Zamawiającego (...). W przypadku bowiem odrzucenia oferty Polsuper, co winien w niniejszym Postępowaniu uczynić Zamawiający zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP, następną w kolejności ofertą zawierającą niską cenę jest oferta Odwołującego. Odwołujący ponadto posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż prowadząc działalność w obszarze objętym przedmiotem zamówienia jest zainteresowany ubieganiem się o uzyskanie zamówienia. Co więcej, jest wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia. 'Wyłącznymi przyczynami utrudniającymi lub uniemożliwiającymi wybór oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu są naruszające przepisy PZP czynności/zaniechania Zamawiającego kwestionowane niniejszym odwołaniem. (...)

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Fagus Sp. z o.o. z/s w Warszawie podając, że: (...) Przystępujący popiera w całości argumentację w zakresie wykazania zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu, wniesionym przez Odwołującego PreZero Bałtycka Energia sp. z o.o. (...).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 21/07/23 podał: (...)

że: uwzględnia odwołanie". Dalej podał: „*Zamawiający : − Unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla części II Zamówienia (Polsuper Sp. z o.o.). − Powtórzy czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwie wykonawcę Polsuper Sp. z o.o., do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia: − ceny jednostkowej za opróżnianie koszy (Co)".*

Izba zważyła, co następuje:

Działając na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 568 pkt 3 Pzp: „*Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (...) o*

którym mowa w art. 522".

W myśl art. 522 ust. 1 Pzp: „*W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*"

Tak jak wskazano Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 21/07/23 uwzględnił odwołanie. Z kolei przystąpienie zostało zgłoszone do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego a nie zamawiającego do której to sytuacji odnosi się wskazany przepis. Tym samym uwzględnienie odwołania w całości przez Zamawiającego stanowiło podstawę do umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego na podstawie wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, że uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 lit. 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). W takim przypadku Izba orzeka również o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej wysokości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

……
……
……