

POSTANOWIENIE
z dnia 28 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczącą: Katarzyna Prowadzisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, w Warszawie, w dniu

28 lipca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

19 lipca 2023 roku przez wykonawcę *W.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W.B. z siedzibą w Warszawie*

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – *Instytut Techniki Budowlanej w Warszawie*

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy *W.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W.B. z siedzibą w Warszawie* kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej wniesiony wpis.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 2114/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – *Instytut Techniki Budowlanej w Warszawie* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z art. 275 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych pn. *Wywóz i przekazywanie do instalacji odbierającej odpadów pobadawczych, gruzu i odpadów komunalnych (segregowanych i zmieszanych) z nieruchomości Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie przy ul. Filtrowej 1 i ul. Ksawerów 21 oraz odśnieżanie terenu tych nieruchomości w podziale na II części*

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 czerwca 2023 roku pod numerem ogłoszenia: 2023/BZP 249767/01.

W dniu 19 lipca 2023 r. Odwołujący, działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm. dalej: ustawa) wniósł odwołanie wobec:

– wyboru jako oferty najkorzystniejszej – w zakresie części II - oferty złożonej przez J.Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Lekaro (dalej: „Lekaro”);

– zaniechanie odrzucenia oferty Lekaro mimo, iż Wykonawca ten podlega wykluczeniu

z postępowania, a oświadczenie złożone przez niego w tym zakresie w trybie art. 125 ust. 1 ustawy było wprowadzające Zamawiającego w błąd, co dodatkowo stanowi podstawę

do odrzucenia oferty Lekaro, bowiem oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

– uznania przez Zamawiającego, że Lekaro skutecznie zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz instalacji (odbiorców) załączony przez tego Wykonawcę do oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Lekaro, mimo iż Lekaro podlega wykluczeniu z postępowaniu z uwagi na to, że można przypisać temu Wykonawcy zawinione, poważne naruszenie obowiązków zawodowych polegających na zapewnieniu by działalność regulowana objęta przedmiotem zamówienia była wykonywana w oparciu o wymagane zezwolenia i w sposób zgodny z prawem, czego skutkiem było nałożenie na tego Wykonawcę zarówno kar umownych, jak i administracyjnych, co – w zakresie nałożenia na Lekaro kar umownych – wypełnia także dyspozycję art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, bowiem kary, o których mowa, zostały nałożone na Lekaro w związku z długotrwałym nienależytym wykonywaniem istotnego zobowiązania umownego polegającego na posiadaniu zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 20 02 01 objętych przedmiotem zamówienia i okazania go zamawiającemu, przy czym Lekaro nie informując Zamawiającego o nałożeniu kar umownych w związku z

nienależytych wykonywaniem wcześniej zawartej umowy i o okolicznościach nałożenia tej kary świadczących o poważnym, zawinionym naruszeniu obowiązków zawodowych, wprowadziło Zamawiającego w błąd, co stanowi dodatkową i samodzielną podstawę do odrzucenia oferty Lekaro również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy;

2)art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy oraz w zw. z art. 3 u.z.n.k. oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”) przez zaniechanie odrzucenia oferty Lekaro, mimo iż oferta tego Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na okoliczność, iż Wykonawca z naruszeniem dobrych obyczajów, zagrażając interesom Zamawiającego i innych wykonawców ubiegających się o zamówienie oraz w celu przysporzenia sobie korzyści, wprowadził Zamawiającego w błąd co do braku podstaw do wykluczenia go z postępowania;

3)art. 18 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez błędne przyjęcie, że Lekaro skutecznie zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w wykazie instalacji (odbiorców) załączonym od oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

– Unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Lekaro – w zakresie części II - jako najkorzystniejszej;

– Ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenia oferty Lekaro;

ewentualnie, tj. na wypadek nie uwzględnienia powyższych żądań,

– Unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy Lekaro – w zakresie części II - jako najkorzystniejszej;

– Ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach udostępnienie Odwołującemu nieprawidłowo zastrzeżonych przez Lekaro jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów;

oraz zasądzenia kosztów na rzecz Odwołującego według norm przepisanych.

Do postępowania odwoławczego skutecznie nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba ustaliła na podstawie informacji Zamawiającego przekazanej za pismem z dnia 21 lipca 2023 roku (w aktach postępowania odwoławczego), że kopię odwołania Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 21 lipca 2023 roku drogą elektroniczną – przesłanie pisma na platformie zakupowej Zamawiającego.

Do dnia wydania postanowienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, co wynika z akt postępowania odwoławczego. Termin na skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął z dniem 24 lipca 2023 roku.

Pismem „Odpowiedź na odwołanie” z dnia 26 lipca 2023 roku, w formie elektronicznej przesłanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu Zamawiający podał między innymi, że:

Odwołujący, działając na podstawie art. 521 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) niniejszym wnosi odpowiedź na odwołanie wniesione w dniu 19 lipca 2023 r. przez Wykonawcę W.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B.W. z siedzibą w Tyczynie(dalej: „Odwołujący”) i uwzględnia odwołanie w całości.

Zamawiający zobowiązuje się, zgodnie z treścią żądań Odwołującego, do:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie cz. II postępowania;

2) odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy – J.Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Lekaroz siedzibą w Warszawie(dalej: „Lekaro”)oraz odtajnienia dokumentów stanowiących wykaz instalacji (odbiorców)załączony do oferty.

3) Przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert bez uwzględnienia oferty Lekaro.

Dokument ten został podpisany przez Dyrektora Instytutu Techniki Budowlanej Pana R.G..

Izba wskazuje w tym miejscu, że dostrzega podanie przez Zamawiającego w treści pisma, na wstępie, „Odwołujący”, którym to Zamawiający nie jest. Izba mając na uwadze zasady wykładni oświadczeń woli jak również treść pisma skierowanego przez Zamawiającego, w tym czynność uwzględnienia zarzutów odwołania oraz podpisania dokumentu przez Dyrektora Instytutu Techniki Budowlanej uznała, że treść oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania przez Zamawiającego jest bezsporna.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz braku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła, że zaszyły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych oraz wydania postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy. Zgodnie z regulacją art. 522 ust. 1 ustawy Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jednocześnie Izba zaznacza w tym miejscu, mając na uwadze pełną treść złożonego przez Zamawiającego pisma z dnia 26 lipca 2023 roku, że umarżając postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania Izba nie dokonuje oceny czynności, które

ewentualnie w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu odwołania wskazywałby Zamawiający tj. Izba nie ocenia czynności jakie wykonał, wykonuje bądź jakich zapowiada wykonanie Zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania. Zamawiający również nie ma obowiązku przedstawiania takich informacji w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości. Przepis ustawy uzależnia możliwość umorzenia postępowania przez Izbę, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez Zamawiającego, jedynie od tego, czy w postępowaniu zostało skutecznie wniesione zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz czy został wniesiony sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Umarzając postępowanie odwoławcze Izba nie rozstrzyga merytorycznie o zarzutach odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022, poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 i § 9 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w postanowieniu.

Przewodniczący: