

POSTANOWENIE
z dnia 9 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Członkowie: Joanna Gawdzik-Zawalska

Monika Kawa-Ogorzałek

po rozpoznaniu w dniu 09 października 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 02 października 2023 r. przez wykonawcę **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa w ramach którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy**

przy udziale wykonawcy **PALMETT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczzonej tytułem 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 (tj.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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 2884/23

UZASADNIENIE:

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa w ramach którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Wykonanie robót budowlanych, robót ogrodnich i innych prac w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Zagospodarowanie terenu nad tunelem Południowej Obwodnicy Warszawy”, numer referencyjny: 29/PN/2023.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 05 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 068-203290.

02 października 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na:

- zaniechanie wykluczenia PALMETT Sp. z o.o. s.k. z postępowania i odrzucenia oferty PALMETT Sp. z o.o. s.k., pomimo że Wykonawca był zaangażowany w przygotowanie niniejszego postępowania, co spowodowało zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować inny sposób niż poprzez wykluczenie tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu;
- zaniechanie odrzucenia oferty PALMETT Sp. z o.o. s.k., pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2022.1233 ze zm.; dalej: „uznk”) z uwagi na fakt, że PALMETT Sp. z o.o. s.k. złożył nieprawdziwe oświadczenia w JEDZ i oświadczeniu potwierdzającym aktualność informacji zwartych w tym dokumencie co do zaangażowania w przygotowanie niniejszego postępowania;
- wybór jako najkorzystniejszej oferty PALMETT Sp. z o.o. s.k., pomimo że oferta podlega odrzuceniu z uwagi: (i) na udział tego Wykonawcy w przygotowaniu niniejszego postępowania, co spowodowało zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować inny sposób niż poprzez wykluczenie tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz (ii) złożenie nieprawdziwego oświadczenia w JEDZ i oświadczeniu potwierdzającym aktualność informacji zwartych w tym dokumencie co do zaangażowania w przygotowanie niniejszego postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp i art. 85 Pzp w zw. z art. 16 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PALMETT Sp. z o.o. s.k., pomimo że Wykonawca był zaangażowany w przygotowanie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co spowodowało zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować inny sposób niż poprzez wykluczenie tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu;

- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 i ust. 2 uznk oraz art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PALMETT Sp. z o.o. s.k., pomimo że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zatajenie przez PALMETT Sp. z o.o. s.k. w dokumentach przedłożonych Zamawiającemu faktu swojego zaangażowania w przygotowanie niniejszego postępowania;

- art. 85 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości z uwagi na zaniechanie wdrożenia środków mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji w sytuacji, gdy jednym z uczestników postępowania jest Wykonawca PALMETT Sp. z o.o. s.k.), który opracował dokumentację stanowiącą opis przedmiotu niniejszego zamówienia;

- art. 85 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty PALMETT Sp. z o.o. s.k. w sytuacji, gdy Wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenia co do udziału w przygotowaniu niniejszego zamówienia;

- art. 239 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty PALMETT Sp. z o.o. s.k., pomimo że: (i) Wykonawca był zaangażowany w przygotowanie niniejszego postępowania, co spowodowało zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować inny sposób niż poprzez wykluczenie tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz (ii) złożył w dokumentach przedłożonych Zamawiającemu nieprawdziwe oświadczenia co do faktu swojego zaangażowania w przygotowanie niniejszego postępowania

ewentualnie:

- art. 85 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wezwania PALMETT Sp. z o.o. s.k. do przedłożenia wyjaśnień co do wpływu zaangażowania tego Wykonawcy w przygotowanie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia na jego konkurencyjność

Wobec powyższego Odwołujący wniosk o:

1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej PALMETT Sp. z o.o. s.k.; ponowną ocenę ofert; dokonanie czynności wykluczenia PALMETT Sp. z o.o. s.k. z postępowania i czynności odrzucenia oferty PALMETT Sp. z o.o. s.k.;

ewentualnie:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej PALMETT Sp. z o.o. s.k., ponowną ocenę ofert oraz wezwanie PALMETT Sp. z o.o. s.k. do przedłożenia wyjaśnień co do wpływu zaangażowania tego Wykonawcy w przygotowanie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia na jego konkurencyjność;

3) dopuszczenie dowodów wskazanych w treści niniejszego odwołania i przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane odpowiednio w treści niniejszego odwołania i w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

06 października 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wniosk o umorzenie postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że 06 października 2023 roku unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i ponownie przystąpił do oceny i badania ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca PALMETT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie.

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne, Zamawiający dokonał bowiem unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z art. 568 pkt 2) ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W ocenie Izby unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowne przystąpienie Zamawiającego do oceny i badania ofert powoduje, że dalsze postępowanie stało się zbędne, przestał bowiem istnieć przedmiot zaskarżenia, a w konsekwencji orzekanie przez Izbę co do czynności lub zaniechań, które utraciły swój byt, jest bezprzedmiotowe. Wobec powyższego postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437 ze zm.). Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.