

POSTANOWIENIE
z dnia 15 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 15 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA sp. z o.o., ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów oraz Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie, ul. Bałtycka 8A, 41-500 Chorzów,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k., ul. Leśna 63, 42-622 Nowe Chechło oraz BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k., ul. Jana Targiela 112, 43-109 Tychy,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umarza postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA sp. z o.o., ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów oraz Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom,** kwoty 13 500,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu 90% uiszczanego wpisu,

3. zasądza od odwołującego konsorcjum Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA sp. z o.o., ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów oraz Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom na rzecz zamawiającego Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie, ul. Bałtycka 8A, 41-500 Chorzów, kwotę 3 567 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2021 r. poz. 1129 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Chorzów - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie, ul. Bałtycka 8A, 41-500 Chorzów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Letnie i zimowe utrzymanie jezdni ulic na terenie miasta Chorzowa”, numer referencyjny: ZP/SC/3410/009/00/21. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.04.2021 r., nr 2021/S 070-178656.

Pismem z dnia 12.07.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k. oraz BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k.

W dniu 22.07.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA sp. z o.o., ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów oraz Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art.18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust.1 i 2 w zw. z art. 224 ust.1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” poprzez bezprawne ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem tj. odmowę udostępnienia załącznika do protokołu postępowania w formie dodatkowych wyjaśnień złożonych w dniu 17 czerwca 2021 r. przez wykonawcę konsorcjum firm: BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k. i BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k. oraz wyjaśnień ww. wykonawcy złożonych w dniu 9 czerwca 2021 r. dotyczących wyliczenia ceny ofertowej,
- 2) art. 239 ust.1 i 2 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy konsorcjum firm: BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k. i BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k. jako najkorzystniejszej na podstawie błędnie ocenionych kryteriów oceny ofert,
- 3) art.105 ust.1 oraz art.106 ust.1 w zw. z art.107 ust.1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie, iż przedłożony przez wykonawcę konsorcjum firm: BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k. i BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k. przedmiotowy środek dowodowy potwierdza zgodność z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert i w następstwie nieprawidłowe, zawyżone przyznanie punktów ofercie tego wykonawcy,
- 4) art. 226 ust.1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm: BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k. i BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k. pomimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,

- 5) art. 226 ust.1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm: BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k. i BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k., pomimo iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie przedłożył prawidłowych podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 6) art. 112 ust. 2 pkt 2), 3) i 4) w zw. z art.124 pkt 2) w zw. z art.128 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1), § 8 ust.1 pkt 3), § 9 ust.1 pkt 2) i 10) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej „Rozporządzenie”), poprzez nieprawidłowe uznanie, iż wykonawca konsorcjum firm: BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k. i BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k. spełnia warunki udziału w postępowaniu i przedłożył prawidłowe podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenia spełniania tych warunków, w sytuacji gdy wykonawca ten:
- nie spełnia warunku posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, jak również nie przedłożył podmiotowego środka dowodowego na tę okoliczność (tj. wpisu do BDO),
 - nie spełnia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, jak również nie przedłożył prawidłowego podmiotowego środka dowodowego na tę okoliczność (tj. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanym środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy),
 - nie spełnia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jak również nie przedłożył prawidłowego podmiotowego środka dowodowego na tę okoliczność (tj. wykazu usług wraz z referencjami lub innymi dokumentami oraz wykazów wymaganego sprzętu, urządzeń i wyposażenia),
- 7) art.128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum firm: BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k. i BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k. do wyjaśnień dotyczących złożonych w postępowaniu podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potrzeby wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia,
- 8) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum firm: BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k. i BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k. pomimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 9) art. 16 pkt 1) i 2) pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasadę przejrzystości,
- 10) innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Pismem z dnia 26.07.2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k., ul. Leśna 63, 42-622 Nowe Chechło oraz BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k., ul. Jana Targiela 112, 43-109 Tychy, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Odwołujący zgłosił opozycję wobec przystąpienia wykonawcy konsorcjum BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k. oraz BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k. po stronie zamawiającego z uwagi na to, że oferta tego wykonawcy została odrzucona i nie wniósł on odwołania na tę czynność zamawiającego, a zatem nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W toku posiedzenia Izba ustaliła, że zamawiający nie poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o odrzuceniu oferty wykonawcy konsorcjum BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k. oraz BIO-EKOS Group sp. z o.o. sp.k., co oznacza, że czynność ta nie została dokonana. Wobec tego nie zachodzą okoliczności podniesione przez odwołującego jako uzasadniające zgłoszenie opozycji. Dlatego też Izba oddaliła opozycję i stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 30.08.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących:

1. niezgodnej z przepisami prawa czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,
2. zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego.

Zamawiający napisał też, że w związku z uwzględnieniem odwołania w zakresie ww. zarzutów, unieważnia wybór najkorzystniejszej oferty i powtarza czynność badania i oceny ofert. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów w części.

W toku posiedzenia zamawiający potwierdził, że w dniu 13.09.2021 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i informację o tym zamieścił na stronie internetowej. Zamawiający nie dokonał nowej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wobec unieważnienia przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty powoduje, że na moment orzekania nie istnieją już czynności zamawiającego będące przedmiotem niniejszego odwołania (w tym czynność zaniechania odtajnienia informacji), które składają się na wybór oferty i którym można byłoby przypisać naruszenie przepisów ustawy Pzp (por. KIO 2948/20). Jeżeli

zamawiający dokona nowych czynności w postępowaniu, w tym czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, na te czynności wykonawcom przysługiwać będzie odwołanie.

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Zgodnie z art. 568 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b 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):

W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy:

b) w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołujący ponosi koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, oraz zwraca się mu 90% wpisu; w takim przypadku Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego lub uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości albo w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, oraz orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Dlatego też Izba orzekła jak w sentencji i nakazała zwrócić odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: