

Sygn. akt: KIO 740/19

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 7 maja 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 7 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **ABPLANALP Sp. z o.o., ul. Kostrzyńska 36, 02-979 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Starostwo Powiatowe w Gołdapi, ul. Krótka 1, 19-500 Gołdap**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **ABPLANALP Sp. z o.o., ul. Kostrzyńska 36, 02-979 Warszawa** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Suwałkach.

**Przewodniczący :** .....

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

Starostwo Powiatowe w Gołdapi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę stanowisk demonstracyjnych i pomocy dydaktycznych do Zespołu Szkół Zawodowych w Gołdapi w związku z realizacją projektu pn. „Kwalifikacje drogą do sukcesu” w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 marca 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 523131-N-2019.

W dniu 23 kwietnia 2019 r. wykonawca ABPLANALP Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej w Części I zamówienia oferty wykonawcy Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.”, która obejmuje również niezgodne z przepisami prawa zaniechania wykluczenia wykonawców Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. z postępowania bądź zaniechania odrzucenia ich ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. z postępowania, pomimo faktu, iż względem każdego z tych wykonawców spełniła się wskazana przesłanka wykluczenia, tj. Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. zawarły porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu, poprzez zawiązanie tzw. umowy przetargowej, przejawiającej się złożeniem przez Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. - pozostających ze sobą w bezpośrednim powiązaniu - w porozumieniu dwóch ofert o uzgodnionej treści (w tym w szczególności uzgodnionej cenie), celem zapewnienia wyłącznie jednemu z tych wykonawców uzyskania zamówienia, wyeliminowania możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawców spoza kręgu wykonawców zamawiających się oraz

uzyskania korzystniejszych warunków realizacji zamówienia - co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. w sytuacji, gdy złożenie ofert przez tych wykonawców stanowiło czyny nieuczciwej konkurencji z uwagi na zawiązanie przez Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. tzw. umowy przetargowej, przejawiającej się złożeniem przez Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. - pozostających ze sobą w bezpośrednim powiązaniu - w porozumieniu dwóch ofert o uzgodnionej treści (w tym w szczególności uzgodnionej cenie), celem zapewnienia wyłącznie jednemu z tych wykonawców uzyskania zamówienia, wyeliminowania możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawców spoza kręgu wykonawców zamawiających się oraz uzyskania korzystniejszych warunków realizacji zamówienia, w konsekwencji zakłócając tym samym konkurencję w postępowaniu i w sposób nieuczciwy uniemożliwiając uzyskanie zamówienia przez Odwołującego - co stanowi również czyny nieuczciwej konkurencji w postaci ograniczenia dostępu do rynku oraz narzucenia Zamawiającemu konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy i wyłączenia możliwości dokonania zakupu u innego przedsiębiorcy;

3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp w zw. z art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. z postępowania, pomimo faktu, iż względem każdego z tych wykonawców spełniła się wskazana przesłanka wykluczenia, tj. Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. - należący do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - złożyli oferty w postępowaniu, przy jednoczesnym zaniechaniu wykazania przez tych wykonawców, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu;

4. ewentualnie: naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 23 ustawy Pzp i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego wykonawców Centrum Szkolenia Motoryzacji

„Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. do złożenia oświadczeń o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, mimo braku złożenia tych oświadczeń przez ww. wykonawców w terminie 3 dni od przekazania informacji o otwarciu ofert w postępowaniu - co obligowało Zamawiającego do przeprowadzenia w tym zakresie procedury opisanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;

5. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. z postępowania, mimo iż:

a) wykonawcy ci w sposób zamierzony wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu wraz z ofertą oświadczeń, że nie podlegają oni wykluczeniu z postępowania (nie zachodzą wobec nich przesłanki wykluczenia żart. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp), mimo iż w stanie faktycznym niniejszym sprawy prawidłowym jest ustalenie, że wobec każdego z tych wykonawców zaistniały przestanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp;

b) wykonawca Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. nadto w sposób zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd przy składaniu oświadczenia w Formularzu ofertowym, iż „nie uczestniczymy w innej ofercie dotyczącej tego samego postępowania”, podczas gdy jak wynika z treści oferty wykonawcy Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.”, wykonawca Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. jest podmiotem, na którego zasoby powołuje się Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” oraz Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika Kędzia” przewiduje zrealizowanie zamówienia z udziałem Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. jako podwykonawcy;

6. naruszenie art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” do przedłożenia prawidłowych i kompletnych dokumentów dla przeprowadzenia postępowania w postaci:

1) oświadczeń dot.:

a) przesłanek wykluczenia z postępowania;

b) oświadczenia dot. spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

dot. drugiego ze współników spółki cywilnej Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika

K." - p. J. K., w sytuacji, gdy dokumenty takie złożyła wyłącznie jedna ze wspólniczek spółki cywilnej Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” - p. K. K.-W.,

2) pełnomocnictwa bądź innych dokumentów potwierdzających umocowanie p. K. K.-W. do podpisania oferty w imieniu spółki cywilnej Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.”;

3) zobowiązania podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się wykonawca Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” - Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. - do oddania do dyspozycji Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia,

a w konsekwencji przeprowadzenie niepełnej weryfikacji oferty wykonawcy Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” przez Zamawiającego;

a w związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

7. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania ofert wykonawców Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. i Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” za odrzucone, w związku z ich złożeniem przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania;

8. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu;

9. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.”;

2) dokonania ponownego badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu;

3) wykluczenia wykonawców Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. z postępowania;

4) odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o.;

5) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego;

Ewentualnie, w przypadku uwzględnienia zarzutu ad. 3 lub 6, nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.”;

2) dokonania ponownego badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu;

3) wezwania wykonawców Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” i Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. do złożenia oświadczeń o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp;

4) wezwania wykonawcy Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” do złożenia:

a) przewidzianych w SIWZ dokumentów dot. przesłanek wykluczenia z postępowania i spełnienia warunków udziału w postępowaniu dot. p. J. K.;

b) pełnomocnictwa bądź innych dokumentów potwierdzających umocowanie p. K. K.-W. do podpisania oferty w imieniu Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.”;

c) zobowiązania podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się wykonawca Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” - Mechatronika Wyposażenie Dydaktyczne Sp. z o.o. - do oddania do dyspozycji Centrum Szkolenia Motoryzacji „Autoelektronika K.” niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego przed Izbą, na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,

a nadto:

o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

W dniu 6 maja 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź

Zamawiającego na odwołanie (pismo z dnia 29 kwietnia 2019 r., w tym dniu przekazane pocztą elektroniczną), w której Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zamawiający wniósł o rozważenie przez Izbę możliwości umorzenia postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zgłoszono do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący :** .....