

Sygn. akt: KIO 1208/22

POSTANOWIENIE
z dnia 23 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Członkowie: Michał Pawłowski
Joanna Gawdzik – Zawalska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz
Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2022 r. przez wykonawcę **PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Poznań**

przy udziale:

- A. wykonawcy **H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ALKOM Firma Handlowo – Usługowa w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich** 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 – wykonawcy **PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Poznań [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości położonych na terenie Miasta Poznania* (znak postępowania: ZPb-II.271.95.2021.MA).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 002 – 003265.

W dniu 2 maja 2022 r. wykonawca PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie w zakresie części 4 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt. 8 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit a) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Alkom z Postępowania i zaniechanie odrzucenia jego oferty, w sytuacji w której Alkom w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w części nr 4 Postępowania określony w Rozdziale V ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ, podczas gdy łączna masa odpadów komunalnych odebrana, przetransportowana i przekazana do zagospodarowania przez Alkom w ramach realizacji zamówienia na rzecz ZM Selekt w 2021 roku była niższa niż 9000 Mg,

ewentualnie:

art. 109 ust. 1 pkt. 10 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit a) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Alkom z Postępowania i zaniechanie odrzucenia jego oferty, w sytuacji w której Alkom w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd jakoby w ramach realizacji zamówienia na rzecz ZM Selekt w 2021 roku odebrał, przetransportował i przekazał odpady komunalnych o łącznej masie co najmniej 9000 Mg, podczas gdy jest to informacja nieprawdziwa, która miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu tj. decyzję dotyczącą wyboru oferty Alkom jako najkorzystniejszej w części nr 4 Postępowania,

ewentualnie:

art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Alkom do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ, pomimo że doświadczenie

przedstawione przez Alkom polegające na realizacji zamówienia na rzecz ZM Selekt w 2021 roku nie potwierdza spełnienia przez Alkom tego warunku udziału;

2. art. 109 ust. 1 pkt. 10 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit a) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Alkom z Postępowania i zaniechanie odrzucenia jego oferty, w sytuacji w której Alkom w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd jakoby Pojazd PO7TA81 spełniał normę spalin EURO6, podczas gdy jest to informacja nieprawdziwa, która mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu tj. decyzję dotyczącą liczby punktów otrzymanych przez Alkom w ramach kryterium oceny ofert „Aspekty środowiskowe” określonego w Rozdziale XI ust. 2 SWZ;

3. art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w zw. z § 6 ust. 1 Rozporządzenia ws. dokumentów elektronicznych² w zw. z § 15 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych³ poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Alkom do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale V ust. 1 pkt 3) lit. a) SWZ, pomimo że Alkom nie przedłożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie przez niego przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu w wymaganej formie;

4. art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁴ poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Alkom jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami i w konsekwencji zaniechanie ich udostępnienia Odwołującemu, podczas gdy Alkom nie wykazał spełnienia przesłanek dla zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa

oraz z daleko posuniętej ostrożności:

art. 224 ust. 5 i 6 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Alkom i zaakceptowanie wyjaśnień dotyczących istotnej części składowej ceny złożonych w Postępowaniu przez Alkom, pomimo że Alkom w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W konsekwencji wszystkich powyższych naruszeń Odwołujący zarzucił także naruszenie przez Zamawiającego:

5. art. 239 PZP ust. 1 PZP poprzez wybór oferty Alkom w sytuacji, gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu z Postępowania lub co najmniej nie wykazał on spełnienia warunków udziału w Postępowaniu o których mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt 3) lit. a) SWZ oraz Rozdziale V ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ, a ponadto jego oferta winna podlegać odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 4 Postępowania z 22 kwietnia 2022 roku;
4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w części nr 4 Postępowania i odrzucenie oferty Alkom oraz wykluczenie Alkom z Postępowania,
ewentualnie:
nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w części nr 4 Postępowania i wezwanie Alkom do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt 3) lit. a) SWZ oraz Rozdziale V ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ,
oraz w każdym przypadku:
nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Alkom w Postępowaniu wraz z ewentualnymi dowodami.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił wykonawca H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ALKOM Firma Handlowo – Usługowa w Poznaniu po stronie Zamawiającego oraz wykonawca FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich po stronie Odwołującego.

W dniu 17 maja 2022 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania zawarte w punkcie 2.3 *petitum* odwołania oraz 2.4 *petitum* odwołania w części dotyczącej naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niniejsze pismo zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji Zamawiającego.

W dniu 23 maja 2022 r. w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, przy czym zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp jako wynikowy został podtrzymany.

Jednocześnie wykonawca H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ALKOM Firma Handlowo – Usługowa w Poznaniu oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ww. ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....