

Sygn. akt: KIO 151/20

POSTANOWIENIE
z dnia 7 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Justyna Tomkowska
Renata Tubisz
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 7 lutego 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2020r. przez **wykonawcę M. F. prowadzącego działającego działalność gospodarczą pod firmą Ocean Sence M. F. z siedzibą w Gdyni, ul. Tadeusza Wendy 15** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10**

postanawia:

1. **Umorzyć postępowanie**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **13 500zł. 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę M. F. prowadzącego działającego działalność gospodarczą pod firmą Ocean Sence M. F. z siedzibą w Gdyni, ul. Tadeusza Wendy 15** tytułem 90% wpisu od odwołania.
- 3.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na sprawowanie nadzoru środowiskowego nad realizacją robót budowlanych w ramach zadania „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską: zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii europejskiej z dnia 8 października 2019r. za numerem 2019/S 194-471956.

W dniu 17 stycznia 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty wykonawcy M. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ocean Sence M. F. z siedzibą w Gdyni, ul. Tadeusza Wendy 15 – dalej odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy jako zawierającą cenę rażąco niską i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Biuro Projektów Środowiskowych M. P. z siedzibą w Borzęcinie, ul. Jaskółcza 9 i ECG Orbital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, ul. Maszopów 40/10 – dalej Konsorcjum.

W dniu 27 stycznia 2020r. odwołanie wniósł odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez właściciela formy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 27 stycznia 2020r.

Odwołujący czynnościami i zaniechaniem czynności zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, przez nieprzeprowadzenie rzetelnego postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny, niekompletną ocenę wyjaśnień złożonych przez odwołującego, w szczególności w zakresie ich mocy dowodowej, a także zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień (w tym przedstawienia konkretnych dowodów) w odniesieniu do kosztów utrzymania, serwisu i eksploatacji jednostek pływających i sprzętu, które zamawiający ocenił jako ceny rażąco niskie w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, co uniemożliwiło odwołującego złożenie wyjaśnień wraz z konkretnymi dowodami potwierdzającymi, że te przywołane przez zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty ceny sprzętu i jednostek pływających nie są cenami rażąco niskimi; a także przez podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w oparciu o nieuzasadnione wątpliwości zamawiającego, jakich odwołujący nie był w stanie wyjaśnić na podstawie nieprawidłowo sformułowanego przez zamawiającego wezwania w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny za usługi, przy realizacji których odwołujący będzie korzystał ze sprzętu i maszyn, co jednocześnie stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2. art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, przez nieprzeprowadzenie rzetelnego postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny, niekompletną ocenę wyjaśnień złożonych przez odwołującego, w szczególności w zakresie ich mocy dowodowej, a także zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień (w tym przedstawienia konkretnych dowodów) w odniesieniu do kosztów pracy specjalistów, w tym eksploatacji przez nich pojazdów, które zamawiający ocenił jako ceny rażąco niskie w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, co uniemożliwiło odwołującego złożenie wyjaśnień wraz z konkretnymi dowodami potwierdzającymi, że te przywołane przez zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty ceny dotyczące pracy specjalistów nie są cenami rażąco niskimi;

a także przez podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w oparciu o nieuzasadnione wątpliwości zamawiającego, jakich odwołujący nie był w stanie wyjaśnić na podstawie nieprawidłowo sformułowanych przez zamawiającego wezwań w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny za usługi, przy realizacji których odwołujący będzie korzystał z pracy specjalistów, co jednocześnie stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

3. art. 92 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, przez brak prawidłowego i zgodnego z przepisami ustawy uzasadnienia oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny oraz sformułowanie uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w sposób nietrafny, niekompletny i nie odnoszący się wprost do poszczególnych punktów wezwania do złożenia wyjaśnień,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 32 i art. 90 ust. 3 ustawy, przez odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo iż zarówno cena całkowita oferty odwołującego, jak i ceny jednostkowe za poszczególne elementy usługi wymienione przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty są cenami realnymi, rynkowymi i nie noszą znamion ceny rażąco niskiej,

5. względnie, art. 90 ust. 1 ustawy, przez odstąpienie od ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny podczas, gdy taka konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez odwołującego na wezwanie z dnia 28 października 2019 r., pojawiła się wobec sformułowania przez zamawiającego treści tego wezwania w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1) -5) ustawy,

6. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 i lb ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale V pkt 1.3 lit. a) SIWZ, dotyczącego doświadczenia Konsorcjum w zakresie realizacji usług, których przedmiotem było wykonanie monitoringu lub inwentaryzacji przyrodniczej,

7. art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. ministra rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum mimo, iż jeden z konsorcjantów ECG „Orbital” sp. z o. o. w Gdyni nie złożył wraz z uzupełnieniem swojej oferty oświadczenia z Krajowego rejestru Karnego dla M. M. P., prokurenta samoistnego spółki, a tym samym nie wykazał, aby zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14) ustawy, że nie skazano go za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13) ustawy; względnie art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie złożenia przez Konsorcjum wyjaśnień w powyższym zakresie,

8. art. 26 ust. 3a ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do przedłożenia pełnomocnictwa zgodnie z art. 23 ust. 2 p.z.p,

9. ewentualnie, art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 17 stycznia 2020 r. polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy jako oferty zawierającej rażąco niską cenę i dokonania powtórnej oceny oferty odwołującego, względnie także do ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie złożonych już przez niego wyjaśnień zawartych w piśmie odwołującego z dnia 30 października 2019 r.,

2. unieważnienie czynności z dnia 17 stycznia 2020 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, dokonania powtórnej oceny oferty Konsorcjum, a następnie wykluczenie go z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu lub z uwagi na istnienie podstaw do wykluczenia tego wykonawcy,

3. względnie, unieważnienie czynności z dnia 17 stycznia 2020 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, dokonania powtórnej oceny oferty Konsorcjum, a następnie odrzucenie tej oferty z tego względu, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

a ponadto o:

4. obciążenie zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu od odwołania w

wysokości 15.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym kosztami dojazdu na rozprawę w wysokości określonej na podstawie wykazu i rachunków przedłożonych do akt sprawy w trakcie trwania rozprawy.

W dniu 28 stycznia 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W ustawowym terminie 3 dniowym wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 5 lutego 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w części tj. w zakresie podjęcia przez zamawiającego czynności wyboru oferty Konsorcjum bez uprzedniej weryfikacji zgodnie z ustawą braku podstaw do wykluczenia wobec Konsorcjum, zaniechania wezwania konsorcjum do złożenia wymaganych pełnomocnictw, nieprecyzyjnego wezwania odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W dniu 6 lutego 2020r. odwołujący cofnął odwołanie w całości.

Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Izba nie zasądziła na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego z tego względu, że zamawiający o taki zwrot nie występował.

Przewodniczący.....

Członkowie:

.....