

Sygn. akt: KIO 2546/20

POSTANOWIENIE
z dnia 9 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w dniu 9 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2020 r. przez wykonawcę FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich

przy udziale wykonawcy JIMMY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy 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 2019 r. poz. 1843, 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 Warszawie.

Przewodniczący:

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

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na konserwację oświetlenia ulicznego na terenie m.st Warszawy, obejmującą 10 rejonów na terenie dzielnic: Białołęka, Bielany, Mokotów, Ochota, Praga-Południe, Praga-Północ, Rembertów, Śródmieście, Targówek, Ursynów, Wawer, Wesoła, Wilanów, Włochy, Woła, Żoliborz na ulicach krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 091-217498.

W dniu 5 października 2020 r. wykonawca FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę JIMMY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, zaniechania wykluczenia wykonawcy JIMMY sp. z o.o. sp.k. z postępowania, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę JIMMY sp. z o.o. sp.k., zaniechania wezwania wykonawcy JIMMY sp. z o.o. sp.k. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej oraz zaniechania wezwania wykonawcy JIMMY sp. z o.o. sp.k. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych. Wskazano, że odwołanie dotyczy części III zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art. 22a ust. 1 - 3 i 6 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy JIMMY sp. z o.o. sp.k. z postępowania (zarówno w zakresie Części II jak i Części III Zamówienia), pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznej w zakresie dysponowania dźwigiem lub samochodem typu HDS, gdyż na potwierdzenie dysponowania tym powołał się na sprzęt oddany mu do dyspozycji na podstawie „umowy użyczenia”, załączając jednocześnie potwierdzającą fakt dysponowania tym sprzętem „umowę współpracy” (dalej: „Umowa”), przy czym Umowa ta:

a) nie potwierdza samodzielnego dysponowania sprzętem przez wykonawcę JIMMY sp. z o.o. sp.k., gdyż zawiera ona jedynie zobowiązanie do świadczenia przez TRANS-DŹWIG na rzecz JIMMY sp. z o.o. sp.k. usług przy użyciu tego sprzętu w terminie 24 godzin od zgłoszenia zapotrzebowania,

co samo w sobie świadczy o tym, że JIMMY sp. z o.o. sp.k. nie dysponuje sprzętem na takich samych zasadach, jakby dysponował nim na podstawie prawa własności, najmu, dzierżawy, leasingu czy innego tytułu prawnego uprawniającego go do posiadania sprzętu i używania go w sposób adekwatny do potrzeb wynikających z realizacji zamówienia,

a nadto świadczenie przez TRANS-DŹWIG usług w terminie do 24 godzin od zgłoszenia zapotrzebowania nie jest wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia, gdyż zgodnie z pkt 2 lit. a) - d) Załącznika nr 1 do Projektu Umowy („Wykaz Obowiązków”) wykonawca realizujący przedmiot zamówienia zobowiązany będzie do likwidacji zagrożeń, usunięcia przypadków świecenia poza ustalonymi godzinami i uruchomienia ciemnego ciągu oprav w znacznie krótszym czasie (odpowiednio 2 godziny, 1,5 godziny i 3 godziny), a wykonanie ww. obowiązków może wiązać się z koniecznością zapewnienia pracy dźwigu lub samochodu HDS,

b) nie potwierdza również, aby JIMMY sp. z o.o. sp.k. wykazał możliwość dysponowania potencjałem udostępnionym przez podmiot trzeci, gdyż:

i. z jego oferty, oświadczenia JEDZ i całokształtu złożonych dokumentów nie wynika, aby zamierzał korzystać z potencjału innego podmiotu ani aby zamierzał powierzyć jakiegokolwiek prace podwykonawcom, a przedłożenie Umowy dopiero na etapie składania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału stanowi niedopuszczalną zmianę oferty i nie może być uznane za skuteczne

ii. Załączona przez JIMMY sp. z o.o. sp.k. Umowa zawiera jedynie zobowiązanie do świadczenia przez TRANS-DŹWIG na rzecz JIMMY sp. z o.o. sp.k. usług przy użyciu tego sprzętu w terminie 24 godzin od zgłoszenia zapotrzebowania, co nie jest wystarczające dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż w pkt 2 lit. a) - c) Wykazu Obowiązków Zamawiający wymaga likwidacji zagrożeń, usunięcia przypadków świecenia poza ustalonymi godzinami i uruchomienia ciemnego ciągu oprav w znacznie krótszym czasie (odpowiednio 2 godziny, 1,5 godziny i 3 godziny),

a wykonanie ww. obowiązków może wiązać się z koniecznością zapewnienia pracy dźwigu lub samochodu HDS,

2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z pkt 12.3. SIWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy JIMMY sp. z o.o. sp.k. do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania uwzględnienia wszystkich niezbędnych kosztów w ramach ceny jednostkowej za wymianę deklarowanej ilości zegarów astronomicznych i modułowych analizatorów sieci, zgodnie z SIWZ (poz. 10 Załącznika nr 10a do SIWZ - „Formularz 10a”), cen jednostkowych za układanie kabli (poz. 5-7 Załącznika nr 10b do SIWZ - „Formularz 10b”), cen montażu i stawiania słupów oświetleniowych (poz. 26-30 Formularza 10b), wymiany słupów oświetleniowych (poz. 69 - 74 Formularza 10b), demontażu słupów oświetleniowych (poz. 75-77 Formularza 10b) oraz wymiany szaf oświetleniowych (poz. 90 i 94 Formularza 10b) pomimo iż poziom tych cen w formularzu ofertowym JIMMY sp. z o.o. sp.k. wskazuje na ich zaśnieżenie [prawdopodobnie powinno być: *zaniżenie*], a zgodnie z pkt 12.3 SIWZ w przypadku zaniżenia którychkolwiek z cen jednostkowych zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień dot. uwzględnienia wszystkich kosztów w tych zaniżonych cenach jednostkowych za ww. świadczenia zaś w razie niewykazania uwzględnienia wszystkich niezbędnych kosztów w ramach poszczególnych cen lub w przypadku stwierdzenia przenoszenia kosztów pomiędzy cenami, zamawiający miał odrzucić ofertę danego wykonawcy;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty JIMMY sp. z o.o. sp.k., pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji cenami jednostkowymi, tj. polegający na zaniżeniu cen jednostkowych ujętych w poz. 10 Formularza 10a oraz 5-7, 26-30, 69-77, 90 i 94 Formularza 10b przy jednoczesnym przesunięciu części kosztów tychże prac do innych pozycji ceny ofertowej, w szczególności pozycji nr 17, 18 i 19 Formularza 10a
4. art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy JIMMY sp. z o.o. sp.k. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnej części składowej, tj. ceny jednostkowej za:
 - a) wymianę deklarowanej ilości zegarów astronomicznych i modułowych analizatorów sieci,
 - b) układanie kabli,
 - c) montaż i stawianie słupów oświetleniowych, ich demontaż oraz wymianę,
 - d) wymianę szaf oświetleniowych

pomimo iż poziom ww. cen odbiega od cen rynkowych i tym samym wydaje się rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego,

co w konsekwencji prowadziło do naruszenia również

5. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JIMMY sp. z o.o. sp.k., pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze podniesione zarzuty odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenie wykonawcy JIMMY sp. z o.o. sp.k. z postępowania,
4. nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy JIMMY sp. z o.o. sp.k., ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania określonego w pkt 3 i 4 powyżej, nakazanie zamawiającemu wezwanie wykonawcy JIMMY sp. z o.o. sp.k. do złożenia wyjaśnień dotyczących uwzględnienia w cenach jednostkowych ujętych w poz. 10 Formularza 10a oraz 5-7, 26-30, 69-77, 90 i 94 Formularza 10b wszystkich kosztów objętych nimi świadczeń,
5. nakazanie zamawiającemu wezwanie wykonawcy JIMMY sp. z o.o. sp.k. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania dźwigiem lub samochodem HDS oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotu trzeciego udostępniającego ww. sprzęt (TRANS- DŹWIG) tj. dokumentu JEDZ dotyczącego tego podmiotu.

W dniu 9 października 2020 r. wykonawca JIMMY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 6 listopada 2020 r. do akt sprawy wpłynęło pismo zamawiającego stanowiące odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości i zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu:

1. Zamawiający unieważnia decyzję o wyborze wykonawcy JIMMY sp. z o.o. sp.k. z postępowania;
2. Zamawiający wezwie wykonawcę JIMMY sp. z o.o. sp.k. do złożenia wyjaśnień dotyczących uwzględnienia w cenach jednostkowych ujętych w poz. 10 Formularza 10a oraz 5-7, 26-30, 69-77, 90 i 94 Formularza 10b wszystkich kosztów objętych nimi świadczeń,
3. Zamawiający wezwie wykonawcę JIMMY sp. z o.o. sp.k. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania dźwigiem lub samochodem HDS oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotu trzeciego udostępniającego ww. sprzęt (TRANS-DŹWIG) tj. dokumentu JEDZ dotyczącego tego podmiotu.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania w dniu 9 listopada 2020 r. wykonawca JIMMY sp. z o.o. sp.k. oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, a odwołujący oświadczył, że akceptuje uwzględnienie odwołania przez zamawiającego.

Izba stwierdziła, iż w świetle oświadczeń złożonych przez zamawiającego, odwołującego oraz wykonawcę JIMMY sp. z o.o. sp.k. zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) 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: