

Sygn. akt: KIO 3024/22; Sygn. akt: KIO 3028/22

POSTANOWIENIE
z dnia 24 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2022r. **przez odwołujących:**

1. ZETO Projekt sp. z o.o. 10-005 Olsztyn ul. Seweryna Pieniężnego 6/7 (Sygn. akt KIO 3024/22)
 2. Genree IT Sp. z o.o. 20-207 Lublin, ul. Turystyczna 11 (Sygn. akt KIO 3028/22)
- w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Gmina Wólka Jakubowice Murowane 8, 20-258 Jakubowice Murowane

przy udziale:

ZETO Projekt sp. z o.o. 10-005 Olsztyn ul. Seweryna Pieniężnego 6/7 po stronie odwołującego (Sygn. akt KIO 3028/22)

postanawia:

1. Umorzyć postępowania odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwot po 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) dla każdego z odwołujących:
 1. ZETO Projekt sp. z o.o. 10-005 Olsztyn ul. Seweryna Pieniężnego 6/7 (Sygn. akt KIO 3024/22)
 2. Genree IT Sp. z o.o. 20-207 Lublin, ul. Turystyczna 11 (Sygn. akt KIO 3028/22)tytułem zwrotu uiszczonych przez odwołujących wpisów od odwołania.

Sygn. akt KIO 3024/22
Sygn. akt KIO 3028/22

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 2022 r., poz. 1710 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

Odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) dalej „PZP” pn. Uruchomienie e-usług publicznych w ramach projektu „Cyfrowa Gmina”, numer postępowania: RI.271.17.2022., ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00392040/01 w dniu 13 października 2022 roku, w zakresie części I Zamówienia. Odwołanie Sygn. akt KIO 3024/22 2.Zarzuty:

2.Zamawiającemu zarzuca naruszenie następujących przepisów: 2.1.w zakresie zarzutu nr 1 – art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 7 pkt 30) PZP, art. 125 ust. 1 i 5 PZP w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 ust. 1 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415, „Rozporządzenie”) poprzez bezpodstawne uznanie, że ZETO SOLUTIONS sp. z o.o., ul. Seweryna Pieniężnego 6/7, 10-005 Olsztyn („ZETO SOLUTIONS”) – podwykonawca/podmiot udostępniający zasoby Genree IT oraz Odwołujący niezgodnie ze stanem faktycznym złożyli oświadczenie na podstawie art. 125 ust.1 i 5 PZP, iż nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1-6 PZP, pomimo że, jak wykazywał Zamawiający, należą do tej samej grupy kapitałowej, podczas gdy: 1) w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby wykonawcy/podwykonawców Zamawiający nie przewidział złożenia oświadczenia o przynależności/braku przynależności do grupy kapitałowej z wykonawcą, który złożył odrębną ofertę w Postępowaniu, zaś dla stwierdzenia, bądź nie, podstaw do wykluczenia wykonawców z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) PZP niezbędnym byłoby ustalenie stanu faktycznego na podstawie oświadczenia/informacji dot. przynależności do grupy kapitałowej, które składałby podmiot udostępniający zasoby na podstawie § 2 ust.1 pkt 2) Rozporządzenia; 2)Odwołujący nie był wzywany do złożenia oświadczenia dot. grupy kapitałowej, zaś oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej dotyczy zgodnie ze wzorem określonym w Załączniku nr 6 do SWZ, braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 275) z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę – nie dotyczy zaś przynależności do tej samej grupy kapitałowej z podmiotem udostępniającym zasoby; 3)oświadczenia składane przez Odwołującego oraz ZETO SOLUTIONS składane na podstawie art. 125 ust. 1 PZP, w zakresie art. 108 ust.1 pkt 5) PZP, dot. ewentualnego zaistnienia wykluczenia wykonawców na tej podstawie z innego postępowania i ewentualnie dokonanych przez wykonawców instytucji self-cleaning`u, nie

stanowią zaś podstawy do uznania, czy w Postępowaniu powiązania kapitałowe ZETO SOLUTIONS oraz Odwołującego prowadzą do wykluczenia Genree IT oraz Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 108 ust.1 pkt 5) PZP; 4)z wykładni literalnej art. 108 ust.1 pkt 5) PZP oraz z treści § 5 ust. 1 Rozporządzenia nie wynika, że przesłanka wykluczenia wskazana w art. 108 ust.1 pkt 5) PZP dot. badania zależności pomiędzy wykonawcą, który składa ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a podmiotem, który udostępnił swój zasób w ofercie innego wykonawcy i rozważań, czy oba podmioty należą do tej samej grupy kapitałowej oraz rozważań dalszych dot. ewentualnego zawiązania porozumienia, mającego na celu zakłócenie konkurencji; – co doprowadziło do błędnego stwierdzenia przez Zamawiającego, że przynależność do tej samej grupy kapitałowej Odwołującego i ZETO SOLUTIONS potwierdza zaistnienie w stosunku do wykonawców ZETO SOLUTIONS i Genree IT wykluczenia na podstawie art. 108 ust.1 pkt. 5) PZP, a w konsekwencji do odrzucenia tych ofert z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP. 2.2. ewentualnie, jedynie w przypadku uznania przez Izbę, że w rozpatrywanym stanie faktycznym może mieć zastosowanie art. 108 ust.1 pkt 5) PZP, zarzutu nr 2 – art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP w zw. z art. 108 ust.1 pkt 5) PZP w zw. z art. w zw. z art. 253 ust.1 pkt 2) PZP w zw. z art. 125 ust. 1 i 5 PZP w zw. z art. 119 PZP i § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 ust. 1 Rozporządzenia poprzez bezpodstawne uznanie, że istnieją wiarygodne przesłanki świadczące o tym, że zostało zawarte porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, podczas gdy: 1)albo Zamawiający, biorąc pod uwagę treść uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji, niezgodnie z treścią art. 108 ust.1 pkt 5) PZP uznał, że sama przynależność do tej samej grupy kapitałowej Odwołującego, który złożył samodzielnie ofertę w Postępowaniu, oraz podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy Genree IT jest wystarczająca do uznania, że istnieją wiarygodne przesłanki świadczące o tym, że zostało zawarte porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji; 2)albo Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji o wykluczeniu Odwołującego i Genree IT z Postępowania, stwierdzając przynależność: ZETO SOLUTIONS i ZETO PROJEKT do tej samej grupy kapitałowej: a)w ogóle nie odniósł się do kwestii posiadania wiarygodnych przesłanek świadczących o tym, że zostało zawarte porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, b)nie wykazał zaistnienia owego niedozwolonego porozumienia, czy też wysokiego prawdopodobieństwa jego zaistnienia, o którym to obowiązku wykazania sam wspomina w uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji, 3) przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego i Genree IT uniemożliwił wykazanie Odwołującemu i Genree IT, że udział ZETO SOLUTION jako podmiotu udostępniającego zasoby Genree IT nie jest wynikiem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. 2.3. w konsekwencji, zarzutu nr 3 – art. 260 ust. 1 i ust. 2 PZP poprzez bezpodstawne unieważnienie

Postępowania w części I, podczas gdy nie było ku temu przesłanek. 2.4. zarzutu nr 4 - art. 74 ust. 1 i 2 PZP w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434, „Rozporządzenie”) w zw. z art. 16 pkt 1), 2), 18 PZP poprzez zaniechanie udostępnienia kompletnej dokumentacji Postępowania w terminie, w którym Odwołujący uprawniony był do skorzystania ze środków ochrony prawnej, czym Zamawiający naruszył zasadę jawności, przejrzystości oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołanie Sygn. akt KIO 3028/22 zarzuty: 1) art. 108 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 7 pkt 30) oraz art. 125 ust.1 i 5 ustawy pzp, a także w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2) i § 5 ust. 1 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) (dalej: „Rozporządzenie”) poprzez:

a) bezpodstawne uznanie, że Odwołujący oraz ZETO SOLUTIONS Sp. z o.o., tj. podwykonawca i jednocześnie podmiot udostępniający zasoby Odwołującemu, niezgodnie ze stanem faktycznym złożyli oświadczenia przewidziane prawem, iż nie podlegają wykluczeniu z postępowania, b) błędne ustalenie, że Odwołujący jest powiązany kapitałowo z innym wykonawcą biorącym udział w postępowaniu tj. firmą ZETO PROJEKT Sp. z o.o., a w konsekwencji błędne, nieoparte na jakichkolwiek wiarygodnych przesłankach, stwierdzenia, że Odwołujący zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy Genre IT Sp. z o.o., na skutek błędnego przyjęcia, że Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania, 3) art. 255 pkt 3) ustawy pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie Części 1, w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego, która nie powinna zostać odrzucona, nie przewyższała kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Do postępowania przystąpił w sprawie o Sygn. akt KIO 3028/22 wykonawca ZETO Projekt sp. z o.o. 10-005 Olsztyn ul. Seweryna Pięiężnego 6/7 w dniu 18.11.22r., po stronie odwołującego. Wobec wezwania do przystąpienia w dniu 16.11.22r., wniosek jest skuteczny w myśl art. 525 ust.1 PZP. W dniu 23.11.22r. zamawiający uwzględnił zarzuty obydwu odwołań co skutkuje umorzeniem postępowania odwoławczego w myśl art. 522 ust.1 PZP. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2) lit. a Rozporządzenia P.R.M. 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) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 znosi się wzajemnie, - w takim przypadku Izba orzekła o dokonaniu zwrotu

Sygn. akt KIO 3024/22
Sygn. akt KIO 3028/22

odwołującym z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty każdemu z nich 7.500,00 złotych to jest w wysokości uiszczonych wpisów od odwołania.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący

Członkowie:

.....