

Sygn. akt KIO 2630/20

POSTANOWIENIE
z dnia 27 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 27 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2020r. przez odwołującego: **ELES-BUD E. K.-S. z Kobyłki** (ul. Powstańców 44/2, 05-230 Kobyłka) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie** (ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa),

przy udziale wykonawcy: **R. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KAR-G. R. G. z Sulejówka** (ul. 11 Listopada 131, 05-070 Sulejówek),

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **ELES-BUD E. K.-S. z Kobyłki** (ul. Powstańców 44/2, 05-230 Kobyłka) kwoty **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 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**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie dla zadania pod nazwą „Konserwacja oświetlenia ulicznego w tunelach na terenie m.st. Warszawy” o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (znak sprawy: ZDM/UM/DZP/78/PN/69/20). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 03.09.2020 r., Nr 581066-N-2020. Wnoszący odwołanie wykonawca: ELES-BUD E. K.-S. z Kobyłki (Odwołujący lub wykonawca ELES-BUD) wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp w związku: z wyborem jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy KAR-G. R. G. z Sulejówka (wykonawca KAR-), przy jednoczesnym zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy KAR-. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp i zaniechaniu wezwania wykonawcy KAR-GOS do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych. Wykonawca ELES-BUD zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy KAR-G. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnej części składowej, tj. deklarowanej kwoty rocznej netto za: a) całodobowe pogotowie oświetlenia ulic zgodnie z wymogami SIWZ oraz b) koszty zmienne np. paliwo, w sytuacji gdy poziom tych cen w formularzu cenowym (załącznik nr 7a) KAR-G. wskazuje na ich zniżenie, a zgodnie z pkt. 12.4 SIWZ w przypadku zniżenia którychkolwiek z cen jednostkowych Zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień dot. uwzględnienia wszystkich kosztów w tych zniżonych 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. W konsekwencji działanie Zamawiającego doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KAR-G., która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i wymagań określonych w SIWZ.
- 2) 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 („ustawa ZNK”) z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty KAR-G., której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na

manipulacji cenami, kwotami składowymi, tj. polegający na zniżeniu kwot ujętych w poz. 12 i 16 Formularza cenowego- załącznik nr 7a.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o: (1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; (2) powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy KAR-G., w tym wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu, w szczególności części składowej ceny wskazanej w poz. 12 i 16 Formularza cenowego - Załącznik nr 7a; (3) odrzucenie oferty wykonawcy KAR-G. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; (4) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ czynności Zamawiającego doprowadziły do wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy (...) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w przypadku oddalenia przedmiotowego odwołania, poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i utraty korzyści płynących z realizacji umowy zawartej w wyniku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej po odrzuceniu oferty wykonawcy KAR-G., jako że jego oferta obecnie znajduje się na drugim miejscu zgodnie z przyjętymi w SIWZ kryteriami oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca R. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KAR-G. R. G. z Sulejówka (Zgłaszający Przystąpienie lub wykonawca KAR-GOS) wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 26 października 2020 r.) wskazując na art. 186 ust. 1 ustawy Pzp **oświadczył**, że uwzględni (...) odwołanie w całości w zakresie wszystkich zarzutów Odwołującego, tj. zarzuty 1) — 2) Odwołania, poprzez dokonanie — po ewentualnym umorzeniu przez Izbę stosownym postanowieniem postępowania odwoławczego wywołanego powyższym odwołaniem - unieważnienia oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty Wykonawcy KAR-G. R. G., w szczególności poprzez wezwanie Wykonawcy KARGOS R. G.: (-) na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu, w szczególności części składowej ceny wskazanej w poz. 12 i 16 Formularza cenowego — Załącznik nr 7a, tj. deklarowanej kwoty rocznej netto za: (a)

całodobowe pogotowie ulic zgodnie z wymogami SIWZ oraz (b) kosztów zmiennych, np. paliwo, jak również (-) na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie zarzucanych przez Odwołującego manipulacji cenami, kwotami składowymi, tj. polegających na zaniżeniu kwot ujętych w poz. 12 i 16 Formularza cenowego - Załącznika nr 7a, a po zakończeniu powyższych czynności dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej". Podał także, że jego zdaniem (...) stanowisko Uczestnika Postępowania z dnia 23 października 2020 r. jest niewystarczające do oceny zarzutów odwołania, jak również zachodzi konieczność przeprowadzenia przez Zamawiającego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, procedury wyjaśnienia istotnych części składowych ceny oferty KAR-G. R., poprzez wezwanie do udzielenia szczegółowych wyjaśnień przez ww. Wykonawcę, w tym złożenia dowodów, w zakresie poz. 12 i 16 Formularza cenowego. Powyższe wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia złożone na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zarzucanych przez Odwołującego manipulacji cenami powinny również służyć do oceny długiego zarzutu (ściśle zdaniem Zamawiającego powiązanego z pierwszym) dotyczącego manipulacji cenami w zakresie tych samych pozycji 12 i 16 Formularza cenowego - Załącznika nr 7a".

Zgłaszający przystąpienie wykonawca KAR-G. na posiedzeniu w dniu 27 października 2020 r. oświadczył, że uwzględniając stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie o uwzględnieniu odwołania w całości w zakresie wszystkich zarzutów Odwołującego nie wnosi sprzeciwu, o którym stanowi przepis art. 186 ust.3 ustawy Pzp.

Izba postanowiła,

Działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie. Stosownie do postanowień wskazanego art. 186 ust. 3 ustawy Pzp: „3. *Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*”.

Orzekając o kosztach postępowania, Izba miała na uwadze treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 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).

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....