

POSTANOWIENIE
z dnia 17 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 17 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2023 roku przez wykonawcę AG - Complex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Piaseczno

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Piaseczno sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 933/23 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę AG - Complex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AG - Complex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 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 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze 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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Piaseczno wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Utrzymanie porządku i czystości na terenie Gminy Piaseczno” – sprawa 23/2022.

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 056-146881 w dniu 21.03.2022 r.

W dniu 23 marca 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu: AG - Complex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Piaseczno sp. z o.o., zwanego dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 3 kwietnia 2023 r. wniósł **odwołanie (czwarte w tej sprawie, a trzecie odwołanie Odwołującego)** w tej sprawie, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu polegających na:

- 1) naruszeniu **art. 18 ust. 3 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odtajnienia złożonych przez Przystępującego uzupełniających wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy uzasadnienie objęcia w/w informacji tajemnicą nie spełnia przesłanek ustawowych,
- 2) naruszeniu **art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia w/w oferty złożonej przez Przystępującego z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę,
- 3) naruszeniu **art. 239 ustawy Pzp** poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przystępującego, w sytuacji gdy oferta w/w Wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą

W oparciu o przedstawione zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
- 2) odtajnienia złożonych przez Przystępującego uzupełniających wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 17 października 2022 r,

- 3) odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na to że zawiera rażąco niską cenę,
- 4) dokonanie czynności oceny ważnych ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SWZ,
- 5) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu po ponownej ocenie.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a w piśmie z dnia 15 kwietnia 2023 r. zawniósł o odrzucenie zarzutów odwołania jako spóźnionych.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym akt spraw odwoławczych o poniższych sygnaturach, a także treści odwołania, treści wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt KIO 1640/22, z dnia 26 września 2022 r., sygn. akt KIO 2373/22, z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 249/23, powyższego przystąpienia i pisma procesowego Przystępującego oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 15 kwietnia 2023 r. Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3, 4, 5 ustawy Pzp, dzieląc argumentację przedstawioną zarówno przez Zamawiającego, jak i przez Przystępującego.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w dniu **20 czerwca 2022 r. pierwsze odwołanie** wniósł wykonawca **AG – Complex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**. Odwołanie zostało wniesione przez wiceprezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 20 czerwca 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1) **art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę,

2) **art. 239 ustawy Pzp** przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta w/w Wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą,

3) w przypadku nieuwzględnienia przez KIO zarzutów opisanych w pkt 1 i 2 i uznaniu, że zamawiający nie naruszył opisanych przepisów ustawy zarzucił naruszenie przez zamawiającego art. 128 ustawy przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. do złożenia prawidłowych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie sformułowanych w SWZ warunków udziału w postępowaniu zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert,

2) odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o.,

3) dokonanie czynności oceny ważnych ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SWZ,

4) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu po ponownej ocenie

5) w przypadku nie uwzględnienia przez KIO zarzutów opisanych w pkt 1 i 2 i uznaniu, że nie zachodzą podstawy do nakazania zamawiającemu wykonania czynności opisanych w pkt 1-4 wnoszę o nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert,

b) nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie sformułowanych w SWZ warunków udziału w postępowaniu zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

W następstwie powyższego odwołania Skład Orzekający KIO wyrokiem z dnia 11 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1640/22 uwzględnił odwołanie i nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania ofert, w tym wezwania przystępującego Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno w trybie art. 224 ust. 1 ustawy do złożenia uzupełniających wyjaśnień wraz z dowodami dotyczących zaoferowanej ceny ofertowej w poniższym zakresie:

- a) Załącznika nr 5 do złożonych wyjaśnień z dnia 19 maja 2022 r., w tym:
 - na podstawie jakich danych przystępujący przyjął wagę 1m³ odpadów
 - na podstawie jakich danych przystępujący przyjął dodatkowy przebieg pojazdu
- b) Załącznika nr 6 do złożonych wyjaśnień z dnia 19 maja 2022 r., w tym:
 - na podstawie jakich danych przystępujący przyjął dla poz. VII części I i II przebieg pojazdów w celu oczyszczenia,
 - gdzie i w jakiej wysokości przystępujący ujął koszty mycia i czyszczenia wiat przystankowych 12 x w roku,
 - gdzie i w jakiej wysokości przystępujący ujął koszty zakupu skrzyń i mieszanki drogowej do obsługi przystanków w okresie zimowym,
 - w jaki sposób przystępujący ustalił tonaż na jedną czynność w Mg,
 - gdzie i w jakiej wysokości przystępujący ujął koszty narzędzi (szczotek, łopat itp.) oraz środków do wykonania zamówienia (detergenty itp.), koszty amortyzacji pojazdów,
 - w odniesieniu do poz. 7 cz. II na jakiej podstawie przystępujący obliczył krotność czynności w miesiącu,
 - w pozostałym zakresie odwołanie oddalił.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wniośł ponownie w dniu **12 września 2022 r.** **drugie odwołanie** wykonawca **AG-COMPLEX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – dalej Odwołujący. Odwołujący wniośł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie – dalej Przystępujący, wobec niewykonania wyroku KIO 1640/22 z dnia 11 lipca 2022 r., wobec zaniechania odtajnienia złożonych przez Przystępującego uzupełniających wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. **art. 239 ustawy Pzp**, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przystępującego w sytuacji gdy Zamawiający nie wykonał orzeczenia KIO 1640/22 z dnia 11 lipca 2022 r. i nie dokonał czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i bez w/w unieważnienia wyboru, dokonał ponownego wyboru oferty Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Piaseczno sp. z o.o., która nie jest ofertą najkorzystniejszą,

2. **art. 18 ust. 3 ustawy Pzp**, poprzez zaniechanie odtajnienia złożonych przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno sp. z o.o. uzupełniających wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy Wykonawca nie poczynił takiego zastrzeżenia wraz ze złożonymi wyjaśnieniami i załącznikami przy piśmie z dnia 1 sierpnia 2022 r.,

3. **art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp**, poprzez zaniechanie odrzucenia w/w oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno sp. z o.o. z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert,

2) odtajnienia złożonych przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno sp. z o.o. uzupełniających wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy Wykonawca nie poczynił takiego zastrzeżenia wraz ze złożonymi wyjaśnieniami i załącznikami przy piśmie z dnia 1 sierpnia 2022 r. i udostępnienia ich w całości Odwołującemu,

3) odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp z uwagi na to że zawiera rażąco niską cenę,

4) dokonanie czynności oceny ważnych ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SWZ.

W następstwie przedmiotowego odwołania Skład Orzekający KIO wyrokiem z dnia 26 września 2022 r., sygn. akt KIO 2373/22 uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 1 odwołania i nakazał zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 31 sierpnia 2022 r., unieważnienie czynności badania i oceny ofert dokonanych po wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 czerwca 2022 r. oraz wykonanie wyroku KIO 1640/22: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 9 czerwca 2022 r. i powtórzenie czynności badania ofert, w tym wezwania przystępującego Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno w trybie art. 224 ust. 1 ustawy do złożenia uzupełniających wyjaśnień wraz z dowodami dotyczących zaoferowanej ceny ofertowej w poniższym zakresie:

a) Załącznika nr 5 do złożonych wyjaśnień z dnia 19 maja 2022 r., w tym:

- na podstawie jakich danych przystępujący przyjął wagę 1m³ odpadów
- na podstawie jakich danych przystępujący przyjął dodatkowy przebieg pojazdu

b) Załącznika nr 6 do złożonych wyjaśnień z dnia 19 maja 2022 r., w tym:

- na podstawie jakich danych przystępujący przyjął dla poz. VII części I i II przebieg pojazdów w celu oczyszczenia,
 - gdzie i w jakiej wysokości przystępujący ujął koszty mycia i czyszczenia wiat przystankowych 12 x w roku,
 - gdzie i w jakiej wysokości przystępujący ujął koszty zakupu skrzyń i mieszanki

drogowej do obsługi przystanków w okresie zimowym,

- w jaki sposób przystępujący ustalił tonaż na jedną czynność w Mg,
- gdzie i w jakiej wysokości przystępujący ujął koszty narzędzi (szczotek, łopat itp.)

oraz środków do wykonania zamówienia (detergenty itp.), koszty amortyzacji pojazdów,

- w odniesieniu do poz. 7 cz. II na jakiej podstawie przystępujący obliczył krotność czynności w miesiącu.

Pozostałe zarzuty odwołania pozostawiono bez rozpoznania.

Ostatecznie, Izba ustaliła, że w dniu **27 stycznia 2023 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione **trzecie odwołanie** przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie** (dalej „odwołujący” lub „PUK”), od czynności podjętej przez zamawiającego w postępowaniu, a polegającej na bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: **art. 226 ust. 1 pkt 2 c oraz art. 226 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.**

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego; dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Na powyższą ocenę oferty Przystępującego i ewentualne zaniechanie jej odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny Odwołujący: **AG-COMPLEX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w tamtym czasie nie wniósł odwołania, podczas gdy w sprawie o sygn. akt KIO 249/23 zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W konsekwencji, Skład Orzekający KIO wyrokiem z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 249/23 uwzględnił odwołanie i nakazał zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 19 stycznia 2023 r., unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wymaga wskazania, że w myśl przepisu art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Jednocześnie stosownie do przepisu art.515 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący na podstawie pisma Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2023 r. powziął wiadomość o dwóch podstawach odrzucenia oferty Przystępującego, to jest o odrzuceniu oferty konkurenta na zasadzie art.226 ust.1 pkt 2 c) ustawy Pzp - z powodu niezłożenia dokumentów, a także na podstawie art.226 ust.1 pkt 13 ustawy Pzp z przyczyny niewyrażenia pisemnej zgody na wybór po upływie terminu związania ofertą.

W związku z tym zasadnym jest podkreślenie, że wśród powodów uzasadniających odrzucenie oferty Przystępującego podanych w piśmie Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2023 r. nie zostały wymienione te, o których mowa w art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp.

Należy wyraźnie zaznaczyć, że Zamawiający nie odrzucił oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nie budzi zatem żadnych wątpliwości Izby, że bieg terminu odwołania w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny (zarzut nr 2) powinien się rozpocząć od chwili powzięcia przez Odwołującego wiadomości z dnia 19 stycznia 2023 r. o odrzuceniu oferty Przystępującego, jednak nie z przyczyny rażąco niskiej ceny.

Jeżeli Odwołujący wiedział o tym, że Zamawiający nie odrzucił na tamtym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę, to powinien w tamtym czasie skorzystać ze środka ochrony prawnej, a obecnie zarzut odwołania odnoszący się do rażąco niskiej ceny należało uznać za spóźniony.

Powyższej oceny Izby nie zmienia fakt, że przy tamtej czynności doszło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Jednak jak dowodzi przebieg przedmiotowego przetargu, Odwołujący nie mógł mieć pewności i gwarancji, że ostatecznie to jego oferta zostanie prawomocnie uznana za najkorzystniejszą, a zatem miał w tamtym czasie zagwarantowaną prawną możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej w celu ewentualnej eliminacji oferty konkurenta.

Podobnie, Izba uznała, że Odwołujący mógł już w tamtym czasie wystąpić do Zamawiającego o udostępnienie pozostałych wyjaśnień Przystępującego odnoszących się do rażąco niskiej ceny objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa i w sytuacji zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia mu tych dokumentów mógł również we właściwym czasie skorzystać ze środka ochrony prawnej (zarzut nr 1).

Analogicznie, rzecz się przedstawia w odniesieniu do zarzutu nr 3, który jest jedynie konsekwencją wyżej podniesionych zarzutów nr 1 i nr 2 odwołania i sam w sobie mógłby stanowić podstawy do sformułowania zarzutu odwołania.

Dodatkowo, Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący powołał się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego, co również uzasadnia odrzucenie przedmiotowego odwołania na podstawie art.526 pkt 4 ustawy Pzp.

Ostatecznie, Izba również doszła do przekonania, że zaszyły przesłanki określone w art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, gdzie Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Z powyższych względów Izba orzekła na zasadzie przepisu art. 528 pkt 3, 4, 5 ustawy Pzp stwierdzając, że zaistniały podstawy do odrzucenia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....