

Sygn. akt KIO 516/23

POSTANOWIENIE

z dnia 7 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

po rozpoznaniu w dniu 7 marca 2023 r. w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 r. przez wykonawcę **Energa Oświetlenie Sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie, ul. Artura Grottgera 7, 81-809 Sopot** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Szczecinek, Pl. Wolności 13, 78-400 Szczecinek**

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Energa Oświetlenie Sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie, ul. Artura Grottgera 7, 81-809 Sopot** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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

Miasto Szczecinek, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Naprawę i konserwację urządzeń elektrycznych oświetlenia ulic Miasta Szczecinek od marca 2023 r. do 29.02.2024 r.”

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 lutego 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00084357.

W dniu 27 lutego 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Energa Oświetlenie Sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na:

1. przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym czynności oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i niezapewniający dostatecznej przejrzystości postępowania;
2. zaniechaniu zwrócenia się do wykonawcy L. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ENERGOOSZCZĘDNE SYSTEMY OŚWIETLENIOWE „LUKSus” mgr inż. L. C., zwanego dalej „wykonawcą LUKSus”, o udzielenie stosownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo istnienia ustawowych przesłanek ku temu oraz bezwzględnego obowiązku w tym zakresie wynikającego z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp;
3. w konsekwencji dokonania czynności, o których mowa w pkt. 1 i 2 powyżej:
 - a) zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy LUKSus, która w ocenie Odwołującego zawiera cenę rażąco niską;
 - b) dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty w/w wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy „LUKSus”, o udzielenie stosownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania robót wskazanych w „tabeli do wyliczenia ceny oferty”, w sytuacji gdy:
 - a) zaoferowane ceny jednostkowe wskazane w punktach 1-24 uzasadniania odwołania, jak i cena całkowita złożonej oferty, już na „pierwszy rzut oka”

wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz

- b) cena całkowita oferty w/w Wykonawcy jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W tym miejscu należy wyjaśnić, że cena oferty złożonej przez w/w wykonawcę jest o ponad 32% niższa od oferty złożonej przez Odwołującego, a zaoferowanie cen jednostkowych usług o charakterze budowlano-montażowym na poziomie np. 1,00 zł +VAT, które to usługi wymagają uwzględniania kosztów materiałów, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, kosztów pracy, jak również marży wykonawcy, nie może stanowić „okoliczności o charakterze oczywistym, nie wymagających wyjaśnienia” w rozumieniu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (będące konsekwencją naruszenia art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „LUKSus”, pomimo iż w ocenie Odwołującego zawiera ona cenę rażąco niską.
3. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 1993 r., Nr 47, poz. 211, ze zm.), zwaną dalej „ZNKU”), będące konsekwencją naruszenia art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez oferowanie usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co wypełnia znamiona czynu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU, a wynika ze znacznego zaniżenia cen, a tym samym przez zaoferowanie cen jednostkowych we wskazanych pozycjach na poziomie znacznie niższym, aniżeli faktycznie ponoszone w tym zakresie koszty. W kontekście powyższego znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje złożenie oferty przez wykonawcę „LUKSus”, jedynie z pozoru najkorzystniejszej, o której od początku wiadomo, że nie będzie mogła być wykonana na warunkach, które zdecydowały o jej wyborze.
4. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania, w tym czynności oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i niezapewniający dostatecznej przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty wykonawcy „LUKSus” jako najkorzystniejszej;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej wyniku:
 - a) odrzucenie oferty w/w wykonawcy, a w przypadku uznania, że nie ma do tego podstaw;
 - b) wezwania w/w wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia części składowych ceny ofertowej, jak i całkowitej ceny ofertowej w kontekście przedstawionego kosztorysu oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej po dokonaniu powyższej czynności i ewentualnym złożeniu wyjaśnień przez w/w wykonawcę;
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości 3.600,00 zł oraz innych uzasadnionych kosztów określonych na podstawie rachunków lub spisu kosztów, które Odwołujący złożył do akt sprawy;
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania.

Kopia odwołania została przekazana wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 28 lutego 2023 r. drogą elektroniczną przy użyciu Platformy e-Zamówienia.

Termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 3 marca 2023 r.

Do przedmiotowego postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 3 marca 2023 r. (pismem z tej samej) Zamawiający złożył pismo, w którym oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu a do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca, gdyż tylko wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego - zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Pzp - może wnieść sprzeciw co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710).

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 9 ust. 1 pkt 2 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: