Sygn. akt: KIO 1155/22

POSTANOWIENIE
z dnia 12 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Aleksandra Patyk
Michał Pawłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika w dniu 12 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę S&A Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, SMGL 1 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, SMGL 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, SMGL 5 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, SMGL 7 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy S&A Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej 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 (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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: .....

Sygn. akt: KIO 1155/22

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

Zamawiający Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie kompleksowej usługi utrzymania czystości w budynkach niedworcowych oraz na terenach zewnętrznych” (nr postępowania KFZ/2022/WNP-013245). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 lutego 2022 r. pod numerem 2022/S 030-077935. Do ww. postępowania o udzielenie

zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 25 kwietnia 2022 r. wykonawca S&A Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wyboru w Zadaniu 29 oferty konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, SMGL 1 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, SMGL 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, SMGL 5 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, SMGL 7 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu (dalej jako „Konsorcjum" lub „Przystępujący"), zarzucając Zamawiającemu:

1. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2, art. 124 ust. 2 i w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej pomimo, iż wykonawca występujący wspólnie nie spełnił warunków udziału w postępowaniu;

ewentualnie w przypadku nieuznania powyższego zarzutu przez Izbę:
naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie obowiązku przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, a także art.17 ust. 2, w zw. z art. 117 ust. 3. w zw. z art 116 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie oceny zdolności technicznej i zawodowej oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty konsorcjum PUW, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i jest niezgodna z przepisami ustawy art. 226 ust. 1 pkt. 3) ustawy Pzp. A w konsekwencji art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 oraz z art. 16 ustawy Pzp poprzez przyznanie konsorcjum PUW maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert, w sytuacji gdy konsorcjum nie spełniło warunków zamówienia z uwagi na udział w realizacji zamówienia podmiotu na zdolnościach którego Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku w zakresie doświadczenia;

2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na to, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska, czym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez Konsorcjum nie jest rażąco niska, a finalnie wybór oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał ewentualnie na naruszenie obowiązku wezwania do wyjaśnień treści oferty w oparciu o przepis 223 ust. 1 ustawy Pzp;

3. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na to, że jej złożenie (w zakresie cen) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym Zamawiający naruszył art. 16 ustawy Pzp;

4. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, na podstawie którego zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w zw. z art. 16 ustawy Pzp, a także art. 58 ust. 5, art.17 ust. 2 ustawy Pzp. W konsekwencji art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez przyznanie konsorcjum PUW maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert „kryterium cenowe", w sytuacji gdy zaproponowana cena konsorcjum jest wynikiem nadużycia prawa;

5. naruszenie ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 29, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, odrzucenie oferty Konsorcjum oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych, niepodlegających odrzuceniu.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, SMGL 1 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, SMGL 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, SMGL 5 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Opolu, SMGL 7 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu.

W dniu 11 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający poinformował, iż w dniu 9 maja 2022 r. unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 29 i wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że po dokonaniu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nastąpi powtórzenie czynności w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej. Na posiedzeniu Zamawiający potwierdził powyższe, wskazując, że jest na etapie badania i oceny ofert i nie podejmował w postępowaniu o udzielenie zamówienia dalszych czynności.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przypadku zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, co oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty) przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp (por. postanowienie z dnia 17 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3529/21, postanowienie z dnia 17 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3535/21, postanowienie z dnia 9 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3456/21). Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jako czynność najdalej idąca stanowi rezultat wszystkich wcześniej dokonywanych czynności zamawiającego, efekt wieńczący proces badania i oceny ofert. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej prowadzi co do zasady do powtórzenia przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający aktualnie jest na etapie ponownego badania i oceny ofert, a rezultat jego działań nie jest jeszcze znany. W związku z powyższym przyjąć należy, że po dokonaniu ponownej czynności Zamawiającego związanej z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, Odwołującemu będzie przysługiwało prawo do wniesienia środków ochrony prawnej na tę nową czynność zamawiającego. Natomiast odwołanie wniesione przez Odwołującego w dniu 25 kwietnia 2022 r. wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 kwietnia 2022 r., która została unieważniona w dniu 9 maja 2022 r., nie posiada już substratu zaskarżenia, będącego podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. W ocenie składu orzekającego prowadzenie w takiej sytuacji postępowania odwoławczego uznać należy za zbędne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: .....