

Sygn. akt: KIO 3087/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 17 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 17 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Wołowie sp. z o.o. z siedzibą w Wołowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Ścinawa z siedzibą w Ścinawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Wołowie sp. z o.o. z siedzibą w Wołowie kwoty 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) stanowiącej uiszczonej wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3087/24

Uzasadnienie

Gmina Ścinawa z siedzibą w Ścinawie (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji pn.: „Dowóz dzieci z terenu Gminy Ścinawa do szkół obwodowych i przedszkola oraz szkoły specjalnej w roku szkolnym 2024/2025” (Numer referencyjny: IR.271.15.2024, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 lipca 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00425139/01.

26 sierpnia 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Wołowie sp. z o.o. z siedzibą w Wołowie (dalej: „Odwołujący” lub „PKS Wołów”) wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na nieuprawnionym unieważnieniu Postępowania w ramach części nr 1.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 275 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. niewypełnienie przez Gminę obowiązku zaproszenia wykonawców, w tym Odwołującego, do złożenia ofert dodatkowych, pomimo przeprowadzenia negocjacji w trybie powyższego artykułu w dniu 21 sierpnia 2024 r., potwierdzonych protokołem przeprowadzonych negocjacji co do części nr 1. Powołany przepis ustawy Pzp jednoznacznie zobowiązuje Zamawiającego do zaproszenia do złożenia przez wykonawców ofert dodatkowych po przeprowadzonych negocjacjach, co wynika z imperatywnego brzmienia art. 275 pkt 2 ustawy Pzp, a ponadto znajduje potwierdzenie w treści dokumentów zamówienia prowadzonego Postępowania, tj. rozdział XIX SWZ „Opis kryteriów oceny ofert” oraz rozdział XX SWZ „Przeprowadzenie procedury wraz z

negocjacjami” ustęp 5 wskazujący, że „5. Po zakończeniu negocjacji z wszystkimi wykonawcami, zamawiający informuje o tym fakcie uczestników negocjacji oraz zaprasza ich do składania ofert dodatkowych”;

- 2) art. 254 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w konsekwencji uchybienia wskazanego w pkt 1) powyżej, gdyż Zamawiający w sposób niezgodny z ustawą dokonał w dniu 22 sierpnia 2024 r. czynności unieważnienia Postępowania powołując się na podstawę prawną i faktyczną „Ceny ofert dla danych części zamówienia przewyższyły kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia”. Nastąpiło to w sytuacji, w której Gmina nie przekazała Odwołującemu zaproszenia do składania ofert dodatkowych w następstwie przeprowadzonych w dniu 21 sierpnia 2024 r. negocjacji i mając na uwadze podaną do publicznej wiadomości kwotę brutto przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia w dniu 31 lipca 2024 r., Zamawiający uniemożliwił od strony proceduralnej, w sposób niezgodny z przewidzianym dla zamówienia trybem

postępowania oraz SWZ, złożenie przez PKS Wołów oferty dodatkowej, która spełniałaby kryterium oceny ofert, mieszcząc się w kwocie przewidzianej na sfinansowanie zamówienia, a w konsekwencji przedwcześnie i niezgodnie z ustawą Pzp zakończył postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przed dokonaniem wszystkich czynności, do których zobowiązuje Zamawiającego ustawa;

3) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieetyczne oraz niezgodne z przepisami ustawy Pzp postępowanie Gminy polegające na:

a) braku zaproszenia Odwołującego przez Zamawiającego do złożenia oferty dodatkowej, mimo jednoznacznej deklaracji, iż to uczyni podczas negocjacji w dniu 21 sierpnia 2024 r., czego dowodzi pkt 7 protokołu z przebiegu negocjacji;

b) nieuprawnione wezwanie PKS Wołów przez Gminę do wyjaśnienia rzekomo rażąco niskiej ceny złożonej oferty w trybie art. 224 ustawy Pzp z dnia 14 sierpnia 2024 r. z uwagi na fakt, że cena oferty Odwołującego była rzekomo niższa o 30,70 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, na co z dniem 14 sierpnia 2024 r. PKS Wołów udzielił odpowiedzi, a w konsekwencji jego oferta nie została odrzucona. Przy czym wskazuje to na złą wolę Zamawiającego, gdyż z jednej strony uznawał ofertę Odwołującego za rzekomo dotkniętą przesłanką rażąco niskiej ceny – mimo faktu, że kwota ta przekraczała kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia – a z drugiej, w toku prowadzonych negocjacji, których nie ukończył, zmierzał do dalszego zmniejszenia tejże ceny, co czyni zasadnym pogląd, że wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny było działaniem pozornym i zmierzającym jedynie do poszukiwania ścieżki formalnoprawnej unieważnienia Postępowania przez Gminę;

c) niespełnienie wymogów Postępowania wskazanych w art. 222 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem XIX SWZ „Opis kryteriów oceny ofert” oraz rozdziałem XX SWZ „Przeprowadzenie procedury wraz z negocjacjami” ustęp 2 pkt 2) wskazującym na konieczność poinformowania przez Zamawiającego o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert, czego Gmina nie dokonała informując z dniem 31 lipca 2024 r. o otwarciu ofert, nie przedstawiając punktacji ofert wykonawców;

d) w konsekwencji uchybień wskazanych w lit. a)-c) powyżej, faworyzowanie dotychczasowego wykonawcy w sposób zmierzający do unieważnienia Postępowania przez Zamawiającego w sytuacji, w której wykonawca realizujący dotychczas analogiczną usługę na rzecz Gminy – TRNASPORT DROGOWY C. A. zaoferował w przedmiotowym Postępowaniu gorsze warunki realizacji zamówienia niż Odwołujący i możliwość udzielenia mu przez Zamawiającego zamówienia częściowego poniżej progów Pzp, co zmierza do obejścia ustawy oraz marnotrawstwa środków publicznych.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania w ramach części nr 1 z dnia 22 sierpnia 2024 r.;

2) w konsekwencji czynności wskazanej w pkt 1) powyżej, dokonanie przez Gminę czynności zgodnych z ustawą Pzp w następstwie przeprowadzonych w dniu 21 sierpnia 2024 r. negocjacji, tj. na mocy art. 275 pkt 2 ustawy Pzp zaproszenie PKS Wołów do złożenia oferty dodatkowej, jej otwarcia, jak i zakończenia Postępowania w sposób zgodny z Prawem zamówień publicznych, w szczególności przez zawarcie umowy z Odwołującym.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W złożonej pismem z dnia 16 września 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wskazał, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i zarzutu nr 2 oraz żądania unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania. Gmina poinformowała, że w związku z powyższym w dniu 16 września 2024 r. dokonała unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania w ramach części nr 1. Ponadto Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, w szczególności co do żądania nakazania zawarcia umowy z PKS Wołów. W załączonym do odpowiedzi na odwołanie piśmie z dnia 16 września 2024 r. pn. „Informacja o unieważnieniu czynności w Postępowaniu” Gmina wskazała, co następuje: „W związku z wniesieniem dnia 26.08.2024 r. odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej przez PKS Wołów sp. z o.o. Ścinawska 24, 56-100 Wołów, Zamawiający po jego analizie, postanowił je uwzględnić. Tym samym unieważnia czynność unieważnienia postępowania nr IR.271.15.2024 w zakresie jego części 1 (...); Zamawiający w związku z powyższym przystąpi do dalszych czynności w postępowaniu, w szczególności wystosuje wezwanie do złożenia ofert dodatkowych”.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp „W przypadku uwzględnienia przez

zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów”.

Stosownie do art. 568 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp, „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (...) 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; 3) o którym mowa w art. 522”.

Z przywołanych przepisów wynika w szczególności, że w zakresie zarzutów wniesionego odwołania, które następnie zostały uwzględnione przez Zamawiającego, przy braku przystępujących po jego stronie lub co najmniej przy braku z ich strony sprzeciwu co do tej czynności, Izba zobowiązana jest do umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego.

Stąd Izba w ustalonych powyżej okolicznościach – działając na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy Pzp – postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 i zarzutu nr 2 petitum odwołania.

Ponadto Izba – działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp – uznała, że zaszła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr 3 petitum odwołania, gdyż w okolicznościach tej sprawy dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne. Zbędność postępowania odwoławczego wynika z faktu, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie tj. czynność unieważnienia Postępowania w ramach części nr 1 z dnia 22 sierpnia 2024 r., nie istnieje na dzień rozpoznawania przedmiotowej sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Innymi słowy nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 10 sierpnia 2023 r. o sygn. akt KIO 2263/23 „(...) Jeżeli więc dojdzie do zajścia w sprawie okoliczności, których wystąpienie negatywnie wpływa na możliwość zbadania sprawy co do meritum, a dalsze procedowanie staje się bezcelowe, proces powinien zostać umorzony z powodu zbędności wydania wyroku. Inaczej mówiąc, pojęcie zbędności jako przyczyny umorzenia postępowania odwoławczego, związane jest z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością dalszego prowadzenia postępowania odwoławczego, więc jego wynik nie powinien mieć charakteru rozstrzygnięcia merytorycznego, a powinien być jedynie jego formalnym zakończeniem (...).” Należy podkreślić, że przepis art. 552 ust. 1 ustawy Pzp

obliguje Izbę do uwzględnienia za podstawę stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego. Izba jest więc zobowiązana uwzględnić czynności Gminy, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. W rozpatrywanej sprawie Zamawiający w dniu 16 września 2024 r. unieważnił czynność unieważnienia Postępowania w ramach części nr 1 oraz zawiadomił, że przystąpi do dalszych czynności w Postępowaniu, w szczególności wystosuje wezwanie do złożenia ofert dodatkowych. Powyższe okoliczności powodują, że dalsze postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 petitum odwołania, który – jak wskazał sam Odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron – jest zarzutem wynikowym w stosunku do zarzutów nr 1-2 petitum odwołania uwzględnionych przez Gminę, staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania. Zgodnie z § 9 ust. 2 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, dalej: „rozporządzenie w sprawie kosztów”) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, a przez art. 574 ustawy Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu od odwołania. Z kolei również w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego przed otwarciem rozprawy w całości lub w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, przy braku przystępujących po jego stronie lub przy braku z ich strony sprzeciwu co do tej czynności oraz przy wycofaniu przez Odwołującego pozostałych nieuwzględnionych zarzutów (§ 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) lub b) rozporządzenia w sprawie kosztów), koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, i „Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu”. Mając na uwadze przywołane przepisy Izba – kierując się zasadą wnioskowania a maiori ad minus – uznała, że w okolicznościach tej sprawy zachodzą przesłanki do zwrotu uiszczonego wpisu w całości i orzekła jak w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodnicząca: