Sygn. akt: KIO 1228/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 18 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 18 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Z.F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych w Tychach w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Tychy – Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty pomiędzy stronami i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Z.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych w Tychach, uiszczonej tytułem 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 1228/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Miasto Tychy – Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Bieżące utrzymanie, remont oraz budowa studzienek ściekowych i przykanalików w ciągu dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2024 roku”, znak postępowania 4/DZP/24. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 lutego 2024 r., pod nr: 2024/BZP 00211818/01. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 9 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Z.F. EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych w Tychach na czynność wyboru oferty Unifor Sp. z o.o, w Imielinie i zaniechanie odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 252 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,
2. art. 226 ust.1 pkt 3) PZP zaniechanie odrzucenia oferty, która jest niezgodna z ustawą, bowiem wybrany Wykonawca powierzył 100% zamówienia podwykonawcy, a zgodnie z ustawą PZP nie jest możliwe powierzenie 100% zamówienia podwykonawcy,
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 c) PZP w związku z art. 128 ust.4 PZP poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w przedmiocie przedstawienia informacji, ile wynosiła wartość prac w zakresie utrzymania odwodnienia dróg publicznych na dzień składania ofert,
4. art. 224 ust.1 PZP poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co do cen w kosztorysie dotyczącym usług czyszczenia, w szczególności udrożnienia kanalików oraz dyżuru dyspozytorskiego;]
5. art. 226 ust.1 pkt 2a) PZP w związku z art. 108 ust.1 pkt 5) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Unifor Sp. z o.o podlegającego wykluczeniu, bowiem z analizy stanu faktycznego Zamawiający może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji,
6. ewentualnie do zarzutu 5 – naruszenie art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie wykazania, że Wykonawca Unifor Sp. z o.o. nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)Unieważnienie wyboru oferty Unifor Sp. z o.o.,

2)Odrzucenie oferty Unifor Sp. z o.o jako niezgodnej z przepisami ustawy,

3)Względnie, jako konsekwencja dalszych zarzutów: - wezwanie do wyjaśnień w przedmiocie przedstawienia informacji, ile wynosiła wartość prac w zakresie utrzymania odwodnienia dróg publicznych na dzień składania ofert, - wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co do cen w kosztorysie dotyczącym usług czyszczenia, w szczególności udrożnienia kanalików oraz dyżuru dyspozytorskiego,

4)odrzucenie oferty Unifor Sp. z o.o., jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu z uwagi na zawarcie z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, względnie wezwanie wykonawcy Unifor Sp. z o.o. w tym zakresie do wyjaśnień.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, iż wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Unifor Sp. z o.o. (dalej jako: „Unifor") nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na bieżącym utrzymaniu odwodnienia dróg publicznych o wartości co najmniej 200.000 z brutto, w ciągu ostatnich 3 lat. Nadto, z oferty Unifor wynika, że FHU TRANSBUD zrealizuje całość przedmiotowego zamówienia W opinii Odwołującego, ceny jednostkowe dotyczące udrożnienia kanalików ręcznie i mechanicznie przy użyciu WUKO a także całodobowego dyżuru dyspozytorskiego. są rażąco niskie i powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Jak wyjaśnił, stosunek średniej ceny jednostkowej za czyszczenie ręczne do ceny w ofercie Unifor za czyszczenie ręczne wynosi prawie 246 % (cena ponad dwukrotnie mniejsza), zaś stosunek średniej ceny jednostkowej za czyszczenie mechaniczne do ceny w ofercie Unifor za czyszczenie mechaniczne wynosi prawie 333 % (cena jest mniejsza ponad trzykrotnie). Z kolei, średnia ofert za prowadzenie całodobowego dyżuru dyspozytorskiego wynosi 73 500 złotych, a zatem, zdaniem Odwołującego, Wykonawca Unifor zaoferował cenę jednostkową aż o 325% niższą od średniej ofert niepodlegających odrzuceniu. „Z powyższego niedoszacowania wartości wynika, iż ceny jednostkowe za czyszczenie kanalików i za dyżur dyspozytorski są cenami rażąco niskimi, przy czym są to ceny jednostkowe. Jednakże zakres tych cen co do przedmiotu zamówienia powoduje, że są one istotnymi częściami składowymi. Istotność części składowych wynika z tego, że stanowią one duży zakres przedmiotu zamówienia, że mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, ale także z tego, iż ceny za czyszczenie zostały wyraźnie wyodrębnione od cen za roboty budowlane (§ 2 projektu umowy 2.1 oraz 2.2). Z uwagi na rozbicie tych dwóch cen na usługę czyszczenia oraz remont i budowę ceny w przedmiotowym postępowaniu nie można badać globalnie, ale poprzez pryzmat osobno cen za roboty oraz cen za usługę czyszczenia. (…) Trzy istotne części składowe oszacowane zgodnie ze średnią stanowią 74,68% całej ceny za usługę czyszczenia, co pokazuje rażąco niską cenę w tym zakresie." (str. 8-9 odwołania). Zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu doszło również do zakłócenia konkurencji, bowiem dwóch wykonawców, Firma Budowlano-Melioracvjna Rafał Cyroń oraz RIK-BRUK Rafał Standler celowo nie składali dokumentów, aby wygrał kolejny z droższą ceną.

W odpowiedzi z dnia 18 kwietnia 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania, z uwagi na zbędność orzekania, wskutek skonsumowania przedmiotu orzekania przez dokonane po wniesieniu odwołania czynności Zamawiającego, a tym samym wyczerpanie substratu zaskarżenia. Jak podał, w dniu 17 kwietnia 2024 r. unieważnił czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Unifer Sp. z o.o w Imielinie oraz przekazał potwierdzenie zawiadomienia o tym, wykonawcom uczestniczących w postępowaniu.

.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 PZP.

W związku z dokonanymi czynnościami Zamawiającego po wniesieniu odwołania, polegającymi na dokonaniu unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 17 kwietnia 2024 r. – postępowanie podlega umorzeniu w całości.

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

Jednolicie wskazuje się, że hipotezą ww. przepisu objęte są sytuacje utraty tzw. substratu zaskarżenia, tj. unieważnienia/zniesienia/likwidacji czynności, które były przedmiotem zaskarżenia. W tej sytuacji, spór staje się bowiem bezprzedmiotowy. W niniejszej sprawie, substratem zaskarżenia, na moment wniesienia odwołania była czynność sporządzenia przez Zamawiającego postanowień SWZ w sposób uznany przez Odwołującego jako naruszający przepisy PZP. Niemniej, na moment orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, czynności te zostały usunięte, skoro Zamawiający unieważnił wybór oferty. Tym samym, nie ma już czynności, do której odnosi się Odwołujący w odwołaniu – na skutek modyfikacji, nadano tym postanowieniom inne brzmienie. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw do analizy zaskarżonych a usuniętych następnie czynności Zamawiającego lub ich skutków i do ewentualnego stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Nie może

być zatem podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego stało się zbędne.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Innymi słowy, w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz 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. poz. 2437). W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne, koszty znosi się wzajemnie, a jeżeli doszło do tego przed otwarciem rozprawy, to Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: ……. **.....**