

Sygn. akt: KIO 740/24

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 22 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 22 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2024 r. przez wykonawcę **PZT WIMET J. Sp. z o.o. z siedzibą w Józefowie, ul. Krucza 2, 05-420 Jv** postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Konstancin – Jeziorna, ul. Piaseczyńska 77, 05-520 Konstancin Jeziorna**

Uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca **P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MALU – LUX P.S. z siedzibą w miejscowości Wilkowyja, Wilkowyja 90A, 08-410 Garwolin** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 740/24

postanawia:

1. umorzyć postępowania odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **PZT WIMET J. Sp. z o.o. z siedzibą w Józefowie, ul. Krucza 2, 05-420 J.** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

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 740/24

Uzasadnienie

Gmina Konstancin – Jeziorna, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „ Bieżące utrzymanie oznakowania pionowego i poziomego na terenie gminy Konstancin-Jeziorna w 2024 roku”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 stycznia 2024 r. pod nr 2024/BZP 00093968.

W dniu 5 marca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PZM WIMET JÓZEFÓW Sp. z o.o. z siedzibą w Józefowie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego oraz zaniechania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

1. wyborze oferty złożonej przez P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MALU-LUX P.S. z siedzibą w miejscowości Wilkowyja, zwanego dalej „wykonawcą MALU-LUX”, jako najkorzystniejszej, podczas gdy ta oferta powinna podlegać odrzuceniu;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MALU-LUX;
3. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez wybór oferty złożonej przez wykonawcę MALU-LUX jako najkorzystniejszej, podczas gdy ta oferta powinna podlegać odrzuceniu, a za ofertę najkorzystniejszą powinna być uznana oferta Odwołującego;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MALU-LUX, w której ceny jednostkowe zawarte wymienionych pozycjach Formularza cenowego zostały rażąco zaniżone, co skutkuje rażącym zniżeniem ceny całej oferty:
 - a) w części dotyczące oznakowania pionowego, pozycje: 1, 2, 4, 10-11, 16-20;
 - b) w części dotyczącej oznakowania poziomego, pozycja 24;
 - c) w części dotyczącej urządzeń utrzymania bezpieczeństwa ruchu drogowego, pozycje: 33, 34, 48, 49;
 - d) w części „Pozostałe”, poz. 51.

3. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MALU-LUX, w której ceny jednostkowe zawarte wymienionych pozycjach pozycje 3, 9 i 15 Formularza cenowego

w części dotyczącej oznakowania pionowego zostały rażąco zawyżone, co wobec rażącego zaniżenia cen jednostkowych wskazanych w pkt 2) powyżej doprowadziło do „inżynierii cenowej” w ramach obliczenia ceny oferty przez co oferta wykonawcy MALU-LUX została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

ewentualnie:

5.art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy MALU-LUX do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny, tj. cen jednostkowych wskazanych w pkt 2) powyżej, gdy każda z tych cen jednostkowych, stanowiących istotną część składową oferty wykonawcy MALU-LUX, jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen jednostkowych we wszystkich złożonych ofertach niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i ustawy Pzp zaś ceny jednostkowe wskazane w pkt 3) powyżej zostały zawyżone w sposób rażący;

6.art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy MALU-LUX do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny, tj. cen jednostkowych wskazanych w pkt 2) powyżej, w sytuacji gdy ww. ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę MALU-LUX, stanowiące istotną część składową jego oferty, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zaś ceny jednostkowe wskazane w pkt 3) powyżej zostały zawyżone w sposób rażący.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MALU-LUX;
- 2.dokonanie ponownej oceny ofert;
- 3.odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę MALU-LUX;
- 4.dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej ;

alternatywnie Odwołujący wniósł o:

- 5.unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MALU-LUX;
- 6.wezwanie wykonawcy MALU-LUX do wyjaśnień cen jednostkowych;
- 7.dokonanie ponownej oceny ofert i wybory najkorzystniejszej oferty;
- 8.zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wg dokumentów złożonych na rozprawie;
- 9.dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów z rozliczenia szczegółowego oraz porównania cen jednostkowych w ofertach wykonawcy MALU-LUX i Odwołującego (Załączniki nr 5 i 6 do odwołania) na okoliczność rażącego zaniżenia oraz nierynkowego charakteru części cen jednostkowych wskazanych w pkt 2) powyżej oraz rażącego zawyżenia cen jednostkowych wskazanych w pkt 3) powyżej.

Kopia odwołania została przekazana Wykonawcom przez Zamawiającego w dniu

6 marca 2024 r. drogą elektroniczną.

W dniu 9 marca 2024 r. (pismem z tej samej daty) do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MALU-LUX P.S. z siedzibą w miejscowości Wilkowyja, zwany „Przystępującym”, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującym i Zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 20 marca 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, podnosząc że w dniu 20 marca 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i postanowił powtórzyć czynność badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia w przypadku (...) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne”. Zgodnie z tym przepisem podstawą do umorzenia postępowania jest stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował jednak, o jakie sytuacje chodzi. „Dyspozycją tego przepisu objęte są więc sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci

odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Niewątpliwym jest, że ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego. W tym stanie faktycznym Zamawiający przed otwarciem rozprawy oświadczył, iż unieważnił zaskarżoną w odwołaniu czynność (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty), co oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. Unieważnienie zaskarżonej czynności powoduje więc, że spór staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność Zamawiającego. Nie istnieje bowiem tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy też nie. Tym samym postępowanie odwoławcze stało 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.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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) z którego wynika, że 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 , znosi się wzajemnie, a przez art. 574 ustawy Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczanego wpisu, w tym przypadku w wysokości 10 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodnicząca:.....