

POSTANOWIENIE
z dnia 22 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 22 lutego 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2022 r. przez wykonawcę **BIO-EKOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Nowym Chechle**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Tychy – Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach**

przy udziale wykonawcy **Z. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych Z. F. z siedzibą w Tychach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz BIO-EKOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej kwoty 15 000,00 złotych (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. 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:

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

Zamawiający: Gmina Miasta Tychy – Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „utrzymanie zieleni niskiej w Tychach w 2022 roku – Zadanie nr 1- 5” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało w opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 198-516792. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – BIO-EKOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 3 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sporządzenie uzasadnienia faktycznego zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego w sposób niejasny, lakoniczny, uniemożliwiający Odwołującemu przeprowadzenie weryfikacji poprawności czynności dokonanej przez Zamawiającego,

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, podczas gdy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, ponieważ w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał usługę polegającą na koszeniu trawy w pasach zieleni dróg publicznych na terenach miejskich o powierzchni nie mniejszej niż 500.000 m² i rowów nie mniejszej niż 290.000 m², przy czym usługa była realizowana w sposób ciągły przez okres nie krótszy niż 6 miesięcy w ramach jednej umowy,

3) art. 137 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnioną zmianę specyfikacji warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert polegającą na modyfikacji (zastrzeniu) warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającą na bezpodstawnym przyjęciu przez Zamawiającego, że usługami potwierdzającymi spełnianie warunku udziału w postępowaniu są wyłącznie te usługi, w ramach których wykonawca wykonał jednokrotne koszenie trawy w pasach zieleni dróg publicznych na terenach miejskich oraz jednokrotne koszenie rowów w sytuacji, w której z treści specyfikacji warunków zamówienia nie wynika, aby usługi powoływane na okoliczność spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczyły jednokrotnego koszenia,

4) ewentualnie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia przedłożonych Zamawiającemu środków dowodowych w postaci wykazu usług,

5) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z uwagi na rzekome przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających go w błąd, podczas gdy Odwołujący przedstawił Zamawiającemu informacje prawdziwe, niewprowadzające go w błąd, jak również z uwagi na fakt, że Odwołującemu nie sposób jest przypisać niedbalstwa lub lekkomyślności,

6) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty wykonawcy Z. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych Z. F., podczas gdy ta oferta – wobec niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego – nie przedstawiała najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) ewentualnie – wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień wykazu usług lub uzupełnienia wykazu usług,
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający oświadczył, że kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego przesłał wykonawcom 11 lutego 2022 r.

11 lutego 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Z. F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych Z. F. .

21 lutego 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uznaje zarzuty odwołania w części, a w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Zamawiający wskazał, że za zasadne w całości uznaje zarzuty nr 1, 2, 3, 5 i 6, uwzględnia zarzuty w tej części odwołania i dokona:

- 1) unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Z. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych Z. F.,
- 2) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 3) unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Natomiast za bezzasadny Zamawiający uznał zarzut nr 4, polegający na ewentualnym naruszeniu art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia przedłożonych Zamawiającemu środków dowodowych w postaci wykazu usług, i oświadczył, że nie uwzględnia odwołania w tym zakresie. Zamawiający wyjaśnił, że skorzystał z jednej z dwóch przewidzianych

ustawą Prawo zamówień publicznych możliwości weryfikacji przedłożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, tj. zwrócił się bezpośrednio do wystawcy referencji o ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie do wykonawcy o wyjaśnienia zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Działanie to było zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem ewentualny zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Po zapoznaniu się z zarzutami odwołania oraz odpowiedzią na odwołanie Izba stwierdziła, że podstawą wniesienia odwołania jest uznanie przez Odwołującego, że Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanego doświadczenia. Pozostałe czynności Zamawiającego, tj. uznanie, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd, a jego oferta podlega odrzuceniu oraz wybór innej oferty jako najkorzystniejszej, były konsekwencją powyższego.

Podstawą wniesienia odwołania i żądań Odwołującego było, aby Zamawiający uznał, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i „przywrócił” jego ofertę do postępowania. Wyjaśnienie lub uzupełnienie złożonych wcześniej dokumentów nie było chęcią i celem Odwołującego samym w sobie, a jedynie wskazaniem, że Odwołujący może to zrobić w przypadku, gdyby Zamawiający miał wątpliwości lub zastrzeżenia co do już złożonych dokumentów – dlatego zarzut i żądanie zostały sformułowane jako ewentualne.

Zarzut nr 4 został sformułowany jako zarzut ewentualny, podobnie jak żądanie jest żądaniem ewentualnym. Oznacza to, że aktualizuje się on w przypadku stwierdzenia niezasadności zarzutu głównego, tj. niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że zachodzi potrzeba korekty przedstawionych przez Odwołującego dokumentów. Zamawiający zarzut główny uznał za zasadny, nie wskazując przy tym na potrzebę uzupełnienia dokumentów już złożonych przez Odwołującego.

W związku z powyższym Izba uznała, że *de facto* odwołanie zostało przez Zamawiającego uwzględnione w pełnym zakresie merytorycznym.

21 lutego 2022 r. Przystępujący został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

22 lutego 2022 r. Przystępujący złożył oświadczenie, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Jak zostało wskazane powyżej, uwzględnienie odwołania było faktycznie uwzględnieniem odwołania w całości.

Zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu

przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Art. 568 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania; 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; 3) o którym mowa w art. 522 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego oświadczenia Zamawiającego i Przystępującego Izba uznała, że Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a wykonawca przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zatem, zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym i, zgodnie z przepisem art. 568 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 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).

Z dyspozycji art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że strony i uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a wykonawca przystępujący po jego stronie nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów odwołania, koszty postępowania znosi się wzajemnie oraz dokonuje odwołującemu zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

W związku z powyższym Izba postanowiła o zwrocie Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000 złotych stanowiącej uiszczony wpis.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a wykonawca przystępujący po jego stronie nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów odwołania, koszty postępowania znosi się wzajemnie oraz dokonuje odwołującemu zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

W związku z powyższym Izba postanowiła o zwrocie Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000 złotych stanowiącej uiszczony wpis.

Przewodniczący: