

POSTANOWIENIE
z dnia 15 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 lutego 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 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**

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 7 500,00 złotych (słownie: siedem tysięcy pięćset 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Tychy – Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „utrzymanie zieleni wysokiej na terenie miasta Tychy w 2022 roku – Zadanie nr 1, Zadanie nr 2” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00341803. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, 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 2 „Utrzymanie zieleni wysokiej w pasach drogowych” zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy 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 wycinkę drzew w warunkach miejskich na kwotę co najmniej 70.000 zł brutto oraz przeprowadził pielęgnację drzew o wartości co najmniej 80.000 zł brutto, przy czym usługa ta była realizowana w sposób ciągły przez okres nie krótszy niż 6 miesięcy w ramach jednej umowy,

2) art. 286 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 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 osiągnął oczekiwaną przez Zamawiającego wartość usługi w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, podczas gdy jednoznaczna treść specyfikacji warunków zamówienia postępowania stanowi, że usługi potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu to te usługi, które spełniają postawione przez Zamawiającego parametry w zakresie wartości i zostały ukończone w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert,

3) ewentualnie art. 266 w zw. z 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,

4) 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,

5) art. 255 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na odrzucenie wszystkich ofert, które wpłynęły w postępowaniu, podczas gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu i jako jedyna oferta złożona w postępowaniu jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 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 w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 2 nie uczestniczyli inni wykonawcy.

Do chwili sporządzenia postanowienia nie zgłoszono przystąpień do postępowania odwoławczego.

15 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 zarzuty nr 1, 2, 4 i 5 uznaje w całości za zasadne i dokona: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i jedynej złożonej w postępowaniu, unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił natomiast zarzutu nr 3 wskazując, iż przesłanka fakultatywnego wykluczenia wykonawców z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych jest przesłanką samoistną, którą Zamawiający zobligowany jest zastosować bez możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu doświadczenia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W zakresie przedłożonych podmiotowych środków dowodowych, tj. referencji i wykazu doświadczenia, które Odwołujący złożył na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający skorzystał z jednej

z dwóch przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych możliwości, tj. zwrócił się bezpośrednio do wystawcy referencji o ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu zgodnie z art. 128 ustawy Prawo zamówień publicznych. Działanie Zamawiającego 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 warunków udziału w postępowaniu. Pozostałe czynności Zamawiającego, tj. uznanie, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd, jego oferta podlega odrzuceniu, a postępowanie unieważnieniu, były konsekwencją powyższego.

Jak wskazał Odwołujący w odwołaniu: „nie sposób jest mówić o zaistnieniu wobec Odwołującego podstaw wykluczenia, w związku z czym Zamawiający mylnie odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania. Tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. 23. W związku z powyższym – w razie wątpliwości Zamawiającego co do treści wykazu usług złożonego przez Odwołującego przy jednoczesnym braku podstaw do odrzucenia jego oferty z uwagi na zaistnienie podstaw wykluczenia – Zamawiającemu przysługiwało uprawnienie do wezwania Odwołującego do złożenia uzupełnionego wykazu usług, względnie wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych. Tego Zamawiający nie uczynił, czym naruszył art. art. 226 Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 Pzp.” Powyższe wskazanie jest jednocześnie uzasadnieniem zarzutu nr 3, który został sformułowany jako zarzut ewentualny naruszenia 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 nie odnosi się do okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Zarzut nr 3 został więc 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.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć

postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku 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 Izba uznała, że Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, zatem, zgodnie z art. 522 ust. 1 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 1, § 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, koszty postępowania znosi się wzajemnie oraz dokonuje odwołującemu zwrotu kwoty uiszczony tytułem wpisu.

W związku z powyższym Izba postanowiła o zwrocie Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500 złotych stanowiącej uiszczony wpis.

Przewodniczący: