

Sygn. akt: KIO 2848/22

POSTANOWIENIE

z dnia 9 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 9 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2022 r. przez wykonawcę: **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gdański Zarząd Dróg i Zieleni z siedzibą w Gdańsku** przy udziale wykonawcy: **P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LOG P. M. z siedzibą w Golubiu-Dobrzyniu**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze 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

Gdański Zarząd Dróg i Zieleni z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” na „Oczyszczanie i utrzymanie zimowe Pasa Nadmorskiego w Gdańsku”; numer referencyjny: 49/B/PC/2022 - dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 lipca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 130- 369545.

W dniu 28 października 2022 r. przez wykonawcę: **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** (dalej: „Odwołujący”) zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz poinformowanie go o czynności odrzucenia bez przedstawienia dostatecznego uzasadnienia faktycznego tej decyzji, tj. przez poprzestanie na lakonicznym stwierdzeniu, że oferta Odwołującego w zakresie cen jednostkowych ujętych w poz. 6 i 7 kosztorysu ofertowego jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) dotyczącymi sposobu obliczenia ceny ofert, w szczególności dotyczących obowiązku ujęcia w cenach jednostkowych wszystkich składowych kosztów i zakazu przenoszenia ich pomiędzy innymi pozycjami, a bez jednoczesnego wskazania faktycznych powodów, dla których Zamawiający uznał ww. niezgodność, tj. bez wyjaśnienia, które koszty i dlaczego zdaniem Zamawiającego nie zostały ujęte w ww. cenach jednostkowych, przy czym w toku postępowania Odwołujący składał Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia dotyczące ww. cen jednostkowych, zaś Zamawiający w żaden sposób do tych wyjaśnień się nie odniósł, w szczególności nie wskazał w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu, w jakim zakresie i dlaczego uznał przedstawione wyliczenia i kalkulacje za nieprawidłowe, a nadto również jakie koszty zdaniem Zamawiającego w ww. cenach

nie zostały uwzględnione i dlaczego oraz jakie koszty w jakim zakresie (w zakresie których pozycji) zostały przeniesione do innych, konkretnych pozycji, co w praktyce uniemożliwia Odwołującemu zweryfikowanie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty i wniesienie zarzutów precyzyjnie odnoszących się do motywów tej decyzji i tym samym prawidłowe skonstruowanie odwołania merytorycznie kwestionującego czynność odrzucenia;

2. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LOG P. M. z siedzibą w Golubiu-Dobrzyniu (dalej „LOG”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy ww. oferta nie przewiduje najniższej ceny, gdyż oferta złożona przez Odwołującego jest tańsza, a została przez Zamawiającego odrzucona bezpodstawnie, z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej w zakresie poz. nr 6 i 7 kosztorysu ofertowego z warunkami zamówienia odnoszącymi się do sposobu kalkulowania cen jednostkowych, tj. nakazujących uwzględniać w ww. cenach wszystkie koszty i zakazujących przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami kosztorysu ofertowego, pomimo iż oferta Odwołującego została skalkulowana prawidłowo w zakresie wszystkich cen jednostkowych, a Odwołujący uwzględnił w poz. nr 6 i 7 wszystkie bezpośrednie koszty prac objętych tymi pozycjami i szczegółowo wyjaśnił Zamawiającemu sposób uwzględnienia tychże kosztów, a Zamawiający ww. wyjaśnień nie zakwestionował, przy czym szczegółowe odniesienie się do stanowiska Zamawiającego w tym zakresie i tym samym precyzyjne określenie podstawy faktycznej zarzutu Odwołania jest niemożliwe z uwagi na brak przedstawienia przez Zamawiającego jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego w tym zakresie.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, że Zamawiający 2 listopada 2022 r. zamieścił informację o wniesieniu odwołania i wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca LOG przystąpił do toczącego się postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w piśmie z 7 listopada 2022 r. poinformował, że oceniając treść podniesionych w odwołaniu zarzutów, uznał je za zasadne dla punktu 1 odwołania tj. w zakresie naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp i uwzględnił wniesione odwołanie w zakresie tego punktu. Zamawiający poinformował, że unieważni decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego

z dnia 19 października 2022 r. a także, w ramach uznania odwołania, dokona ponownej oceny ofert.

W piśmie z dnia 7 listopada 2022 r. wykonawca LOG, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego poinformował, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że zachodzi przesłanka umorzenia postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W przedmiotowej sprawie, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu opisanego w pkt 1 odwołania Izba uznała, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne, ponieważ uwzględnienie tego zarzutu skutkuje koniecznością unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym odrzucenia oferty Odwołującego dokonanie w dniu 19 października 2022 r. a także powtórzeniem czynności oceny ofert.

Wobec takich okoliczności, postępowanie odwoławcze stało się zbędne - przedmiot sporu przestał istnieć. Należy zauważyć, że Izba nie bada prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia w całości, ale jedynie w granicach odwołania (art. 555 ustawy Pzp). Jeżeli zamawiający po wniesieniu odwołania uwzględnia odwołanie w takiej części, która jak to ma miejsce w tym przypadku, powoduje konieczność unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, co czyni zadość żądaniom odwołania, tym samym usunięte zostanie naruszenie przepisów Pzp, które było zakreślone zarzutami odwołania. Tak stało się w przedmiotowej sprawie - Zamawiający zadeklarował, że powtórzy czynności w postępowaniu, co w konsekwencji powoduje, że przedmiot sporu przestał istnieć - a w ocenie Izby prowadzi to do stwierdzenia, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne.

Izba, orzekając, bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego (art. 552 ust. 1 ustawy Pzp). Dlatego też, wydając orzeczenie, może badać okoliczności, które zaszły po wniesieniu odwołania, i oceniać je w kontekście badania przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp (podobnie Izba uznała w sprawach sygn. akt KIO 3535/21, KIO 3638/21, KIO 219/22 i 225/22 oraz KIO 471/22). W przedmiotowej sprawie Izba ustaliła, że skoro konsekwencją uwzględnienia odwołania w zakresie pkt 1 będzie konieczność unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego, które to odpowiadały wnioskowi odwołania, to postępowanie stało się zbędne.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp wydała postanowienie, w którym umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący :