Sygn. akt: KIO 136/20
KIO 172/20

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

wobec cofnięcia w dniu 17 lutego 2020 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 24 stycznia 2020 r. przez wykonawcę Pro-eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni

B. w dniu 27 stycznia 2020 r. przez wykonawcę FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Somonino

przy udziale:

A. wykonawcy FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 136/20 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy Pro-eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 172/20 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza obydwa postępowania odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Pro-eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni kwoty 13 500,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% wpisu uiszczonego w sprawie o sygn. akt KIO 136/20.

3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach kwoty 13 500,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% wpisu uiszczonego w sprawie o sygn. akt KIO 172/20.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 136/20
KIO 172/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Somonino prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Dostawa i montaż mikroinstalacji odnawialnych źródeł energii na terenie Gminy Somonino i Gminy Przywidz". Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 września 2019 r. pod numerem 2019/S 183-445102.

KIO 136/20

I. W dniu 24 stycznia 2020 r. wykonawca Pro-eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego w ww. postępowaniu, w zakresie części I - IV, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty jako niespełniającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo że w okolicznościach postępowania złożono co najmniej jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu;

3) (z ostrożności procesowej) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień bądź do uzupełnienia dokumentów.

W dniu 31 stycznia 2020 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach.

Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 3 lutego 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc jego oddalenie.

Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 14 lutego 2020 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania.

Uwzględniając powyższe, działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp", Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze wywołane ww. odwołaniem.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

KIO 172/20

I. W dniu 27 stycznia 2020 r. wykonawca FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego w ww.

postępowaniu, w zakresie części I - IV, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego oraz unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez

niezgodne z ustawą zaniechanie dokonania czynności wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym w sytuacji, gdy treść oferty oraz złożone przez odwołującego wraz z ofertą dokumenty budziły wątpliwości zamawiającego, a następnie odrzucenie oferty odwołującego w okolicznościach, które nie uzasadniały odrzucenia jego oferty;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że urządzenia zaoferowane przez odwołującego nie spełniają parametrów określonych i wymaganych przez zamawiającego i w związku z tym niezasadne dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego podczas gdy oferta ta była zgodna z SIWZ;

3) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i unieważnienie przedmiotowego postępowania w całości podczas gdy odwołujący złożył ofertę na każdą część zamówienia niepodlegającą odrzuceniu.

W dniu 10 lutego 2020 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Pro-eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni.

W dniu 10 lutego 2020 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiła Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowania odwoławczym w charakterze uczestnika tego postępowania Sanito Spółka z o.o. z uwagi na utratę przez ww. podmiot statutu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w ramach którego zostało wniesione odwołanie. Jak bowiem wynika z ustaleń Izby Sanito Spółka z o.o. nie złożyła odwołania od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty z postępowania, a termin na wniesienie odwołania od tej czynności już minął.

W pierwszej kolejności należy wskazać na treść przepisu art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Z ww. regulacji wynika, iż uprawnienie do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, powiązane z poprzedzającym go uprawnieniem do otrzymania kopii odwołania, przysługuje wyłącznie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta Sanito Spółka z o.o. została ostatecznie odrzucona z postępowania, a zatem nie można go uznać za wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu.

Ponadto, Sanito Spółka z o.o. w ogóle utraciła status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Należy bowiem wskazać, iż krąg podmiotów uprawnionych do składania środków ochrony prawnej został przez ustawodawcę wskazany w art. 179 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku środka ochrony prawnej wnoszonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia podstawowe znaczenie - dla dokonania oceny, czy środek ochrony prawnej został wniesiony przez podmiot do tego uprawniony - ma kategoria wykonawcy. Podmiotem uprawnionym do wniesienia środka ochrony prawnej jest podmiot posiadający status wykonawcy. Natomiast kategoria „innych osób", o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, obejmuje - jak wskazuje się w orzecznictwie - potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia, zapytanie o cenę) [tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12].

Pojęcie „wykonawcy” zostało przez ustawodawcę zdefiniowane w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem pod pojęciem „wykonawcy” należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Przytoczona definicja legalna pojęcia „wykonawcy” odwołuje się do poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym krąg podmiotów mogących posiadać status wykonawcy ulega zawężeniu w miarę przechodzenia do kolejnego etapu. W przypadku etapu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert, lecz przed zawarciem umowy, status wykonawcy może posiadać wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu. Jednakże nie chodzi w tym przypadku o podmiot, który w ogóle złożył jakąkolwiek ofertę w postępowaniu, lecz taką, która podlega badaniu i ocenie ofert w tym postępowaniu i może zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W związku z tym statusu wykonawcy w konkretnym postępowaniu nie będzie miał ten podmiot, którego oferta nie będzie podlegać badaniu i ocenie ofert i która nie będzie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza - z uwagi na to, że oferta ta została w tym postępowaniu odrzucona lub podmiot ten został wykluczony z postępowania (jego ofertą uznaje się wówczas za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) - pod warunkiem, iż odrzucenie oferty lub wykluczenie z postępowania jest ostateczne.

Powyższe stanowisko znajduje również potwierdzenie na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przykładowo, w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C - 131/16, stwierdzono: „(57) Wprawdzie Trybunał orzekł w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., Bietergemeinschaft Technische Gebaudebetreuung und Caverion Osterreich (C-355/15, EU:C:2016:988, pkt 13-16, 31, 36), że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (58) Natomiast w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym wykonawcy Archus i Gama zaskarżyli decyzję o wykluczeniu ich oferty oraz decyzję o udzieleniu zamówienia, które zostały wydane jednocześnie, a więc nie można uznać, że zostali oni ostatecznie wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Podsumowując należy stwierdzić, iż podmiotowi, który przestał być wykonawcą w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia - w związku z tym, że został ostatecznie wykluczony z postępowania i wobec tego jego ofertę uznaje się za odrzuconą, lub w związku z tym, że jego oferta została ostatecznie odrzucona - nie przysługuje uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej w tym postępowaniu, w tym zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Kwestia posiadania przez dany podmiot interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego (tj. jak wynika z przepisu art. 185 ust. 4 ustawy Pzp - w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść jednej ze stron) może być rozpatrywana wyłącznie w odniesieniu do takiego podmiotu, który może stać się uczestnikiem danego postępowania odwoławczego. Rozpatrywanie kwestii posiadania interesu w odniesieniu do podmiotu, który utracił już status wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest całkowicie bezprzedmiotowe.

Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 10 lutego 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc jego oddalenie.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 17 lutego 2020 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania.

Uwzględniając powyższe, działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze wywołane ww. odwołaniem.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) ww. rozporządzenia w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli, odwołujący cofnął odwołanie, Izba zasądza koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego lub wnoszącego sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 17 lutego 2020 r. zamawiający złożył wniosek o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, jednakże nie złożył rachunku na potwierdzenie wysokości poniesionych kosztów. Ponadto w sprawie o sygn. akt KIO 136/20 odwołanie zostało wycofane na więcej niż jeden dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron.

Mając na uwadze powyższe Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: .....