Sygn. akt: KIO 3456/21

POSTANOWIENIE

z dnia 9 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron 9 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 listopada 2021 roku przez odwołującego P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B&B Polska P. M. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne

Warszawa - Dzielnica Ursynów z siedzibą w Warszawie,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B&B Polska P. M. z siedzibą w Warszawie kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) tytułem uiszczonego wpisu od odwołania.

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 2019 r. poz. 2019), 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: .....

Sygn. akt: KIO 3456/21

UZASADNIENIE

Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Ursynów z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Nadzór i konserwacja oraz naprawy i usuw. awarii na instalacjach wod.- kan. Oraz instal. elektr. W P. im. Jana Pawła II, na ter. Rekr. „Olkówek", w Parku Przy Bażantarni oraz w Parku Lasek Brzozowy", nr postępowania: KZP-XII-WZP.271.75.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych

z 27 października 2021 r., nr 2021/BZP 00248234.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp".

W postępowaniu tym P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B&B Polska P. M. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") 26 listopada 2021 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez AVATOR spółkę z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: wykonawca AWATOR) oraz zaniechania odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy

AWATOR ze względu na to, iż została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

2) art. 226 ust 1 pkt 2 lit a przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AWATOR w

związku z art. 109 ust 1 pkt. 8 i 10 z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i złożenia nieprawdziwych informacji;

3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, pomimo iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje.

W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2) odrzucenia oferty wykonawcy AWATOR;

3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu oraz wybór oferty

Odwołującego jako najkorzystniejszej;

Pismem z 8 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający wyjaśnił, że oceniając złożony przez wykonawcę AWATOR wykazu usług uznał, że Wykonawca wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 9.2.1. lit. a) oraz b) SWZ, a w konsekwencji na podstawie wszystkich złożonych podmiotowych środków dowodowych, w dniu 22.11.2021 r. dokonał wyboru oferty ww. wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że nie miał podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy AWATOR.

Zamawiający wyjaśnił, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, a ich katalog został określony w „Rozporządzeniu 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". Oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał zatem na podstawie informacji zawartych przez wykonawcę AWATOR w wykazie usług oraz załączonego dowodu. Oceniając treść złożonego przez wykonawcę AWATOR wykazu, Zamawiający nie miał wątpliwości, że wskazana przez wykonawcę AWATOR usługa obejmowała swym zakresem wykonywanie okresowych przeglądów instalacji wodno-kanalizacyjnej oraz instalacji elektrycznej zgodnie z

art. 62 ust. 1 pkt 1) Prawa budowlanego.

Jednakże z uwagi na złożone odwołanie, w tym załączone do odwołania dowody, Zamawiający powziął wątpliwość co do wykazania przez Wykonawcę AWATOR Sp. z o.o. spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 9.2.1) SWZ. W tym stanie rzeczy Zamawiający wezwał wykonawcę AWATOR do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych, tj. czy usługa pn.: „Konserwacja, serwis bieżący, usuwanie awarii i dokonanie napraw hydroforni wraz ze stacją uzdatniania wody i studni głębinowych na terenie kompleksu wojskowego w Zegrzu" obejmowała swym zakresem wykonywanie okresowych przeglądów instalacji wodno-kanalizacyjnej oraz instalacji elektrycznej zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 1) Prawa budowlanego, dając w ten sposób możliwość wypowiedzenia się wykonawcy AWATOR. Termin w jakim wykonawca AWATOR zobligowany był na złożenie wyjaśnień ustalono na dzień 02.12.2021 r. Wykonawca

AWATOR w wyznaczonym terminie nie odniósł się do pisma Zamawiającego i nie udzielił żadnych wyjaśnień. Brak reakcji ze strony wykonawcy AWATOR Zamawiający odczytał jako potwierdzenie powstałych wątpliwości a w konsekwencji Zamawiający uznał, że wykonawca AWATOR nie wykazał iż spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt. 9.2.1) SWZ.

Zamawiający wyjaśnił, że uwzględniając powyższe 3 grudnia 2021 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z 22 listopada 2021 r., wzywając tym samym Wykonawcę AWATOR do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w pkt. 10.3. lit. a) SWZ na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.2.1. SWZ na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że z uwagi na fakt, iż 3 grudnia 2021 r. upływał termin związania ofertą Zamawiający wystąpił do wykonawcy AWATOR oraz Odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą wyraził jedynie Odwołujący składając 3 grudnia 2021 r. stosowne oświadczenie. Wykonawca AWATOR nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Pierwotny termin związania ofertą upływał 3 grudnia 2021 r., co powodowało iż oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą winno być złożone przez wykonawców 3 grudnia 2021 r. Odwołujący wskazał, że krótki termin wyznaczony przez Zamawiającego na złożenie oświadczenia przez Wykonawców wynikał z faktu, iż wcześniej brak było podstawy faktycznej i prawnej do zastosowania dyspozycji art. 307 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że Wykonawcy nie kwestionowali wyznaczonego terminu. Zamawiający wskazał, że wykonawca AWATOR otrzymał wiadomość zawierającą wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą i zapoznał się z nią w dniu 3 grudnia 2021 r. o godz. 14:00:08. Uwzględniając elektroniczną formę komunikowania się przy wykorzystaniu platformy zakupowej Wykonawca miał możliwość przedmiotowe oświadczenie złożyć do godz. 24:00. Brak reakcji ze strony wykonawcy AWATOR należy w ocenie Zamawiającego rozumieć jako nie wyrażenie przez tego wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający zastosował dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp i 6 grudnia 2021 r. odrzucił ofertę wykonawcy AWATOR. Mając jednak na względzie treść art. 253 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp, informację o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne przekaże niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę AWATOR do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych określonych w pkt. 10.3. lit. a) SWZ na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.2.1. SWZ, których w wyznaczonym terminie, tj. do 7 grudnia 2021 r. nie uzupełnił. Z uwagi jednak na fakt, iż oferta ww. Wykonawcy 6 grudnia 2021 r. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp okoliczność ta pozostaje bez wpływu na podjęte przez Zamawiającego decyzje.

Zamawiający dokonał zatem ponownej analizy i oceny ofert, w wyniku której najwyżej oceniona została oferta Odwołującego. Stąd też na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków wyznaczając termin na ich złożenie do 13 grudnia 2021.

Izba zważyła co następuje.

Analiza stanu faktycznego sprawy pozwala na wniosek, że na dzień orzekania nie

budzi wątpliwości fakt, że w sprawie, w związku z unieważnieniem przez Zamawiającego 3 grudnia 2021 r. skarżonej w odwołaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne (vide: Postanowienia KIO w sprawach o sygn. akt KIO 794/21; 1779/21; 2634/21; 2851/21; 3129/21; 3142/21).

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp obliguje Izbę do uwzględnienia za podstawę stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego.

W związku z poczynionymi ustaleniami faktycznymi, Izba uznała, że podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego. Izba uznała, ze podstawa umorzenia postępowania, o której mowa w art. 568 pkt 2) ustawy Pzp zachodzi w sytuacji gdy zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni zaskarżoną w zarzutach odwołania czynność. Unieważnienie zaskarżonej czynności powoduje, że spór staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.

Podkreślić należy, że aby możliwe było rozpoznanie odwołania przez Izbę - musi ono dotyczyć istniejącej czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Pzp). Innymi słowy, na moment orzekania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. W ocenie składu orzekającego prowadzenie w takiej sytuacji postępowania odwoławczego uznać należy za zbędne.

Reasumując, mając na względzie okoliczności przedmiotowej sprawy oraz brzmienie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji umarzając postępowanie odwoławcze.

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 § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, a przez art. 574 ustawy Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 7 500 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący: .....