Sygn. akt: KIO 1316/22

POSTANOWIENIE
z dnia 31 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Renata Tubisz

Anna Wojciechowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 31 maja 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2022 r. przez: K. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SANTEX K. C. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim, ul. Wspólna 13B w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Jodłowa z siedzibą w Jodłowej, Jodłowa 1A
przy udziale wykonawcy Multikop spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzeszynie 567 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1316/22 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz K. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SANTEX K. C. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim, ul. Wspólna 13B tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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:.....

Członkowie: .....

Sygn. akt KIO 1316/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w gminie Jodłowa”, nr ref. ZP.271.1.2022, zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu publicznym zostało opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lutego 2022 r. pod nr. 2022/S 031-078459.

W dniu 6 maja 2022 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 16 maja 2022 r. odwołanie wniósł K. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SANTEZ K. C. z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 maja 2022 r. udzielonego przez właściciela firmy. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 16 maja 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Multikop jako złożonej przez wykonawcę, który:

a. podlega wykluczeniu z Postępowania z uwagi na zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo wprowadził w błąd zamawiającego co do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, a co doprowadziło do wyboru jego oferty (względnie: przedstawił ww. informacje w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa);

b. nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, bowiem złożone w postępowaniu dokumenty (przekazane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy) wskazują na brak opracowania przez Multikop dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacyjnej o długości niemniejszej niż 7 km, podczas gdy opracowanie takiej dokumentacji stanowiło warunek udziału w Postępowaniu;

2. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Multikop ze względu na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, bowiem z dokumentu gwarancji wynika, że:
a. będzie ona płatna na pierwsze żądanie zamawiającego z zastrzeżeniem braku protestu Gwaranta, podczas gdy gwarancja zapłaty wadium powinna być bezwarunkowa, nieodwołalna oraz płatna na pierwsze żądanie zamawiającego, bez względu na stanowisko Gwaranta;
b. żądanie zapłaty wadium należy zgłosić przed datą ważności wadium, która pokrywa się z upływem terminu związania ofertą Multikop (15 czerwca br.), podczas gdy gwarancja zabezpieczająca wypłatę wadium powinna umożliwić zamawiającemu zgłoszenie żądania również w rezultacie zdarzeń, które nastąpiły ostatniego dnia okresu związania ofertą i obowiązywania gwarancji wadialnej.

Względnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów z pkt. 1) i 2) powyżej, odwołujący zarzucił zamawiającemu również naruszenie:

3) art. 128 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Multikop do udzielenia wyjaśnień odnośnie należytego opracowania dokumentacji projektowej oznaczonej w wykazie usług jako „Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej na budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z przyłączami w msc. Wola Lubecka, gm. Ryglice", w tym w szczególności długości projektowanej sieci kanalizacji sanitarnej w sytuacji, gdy złożone dokumenty podmiotowe nie potwierdzały opracowania dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacyjnej o długości niemniejszej niż 7 km, co stanowiło warunek udziału w postępowaniu;

4) art. 128 ust. 5 ustawy przez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do Dorzecza Białej o udostępnienie informacji i dokumentów potwierdzających opracowanie przez Multikop dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacyjnej o długości niemniejszej niż 7 km w sytuacji, gdy złożone dokumenty podmiotowe nie potwierdzały opracowania dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacyjnej o żądanej długości.

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. odrzucenia oferty Multikop;

3. dokonania ponownego wyboru ofert z pominięciem oferty Multikop.

Względnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia żądań z pkt. 2 i 3, o nakazanie zamawiającemu:

4. wezwania Multikop do udzielenia wyjaśnień odnośnie należytego opracowania dokumentacji projektowej oznaczonej w wykazie usług jako „Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej na budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z przyłączami w msc. Wola

Lubecka, gm. Ryglice", w tym w szczególności długości projektowanej sieci kanalizacji sanitarnej. Ponadto o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;

2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący jest wykonawcą, który nie podlega wykluczeniu z postępowania i który jako jedyny złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, błędnie sklasyfikowaną przez zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert, podczas gdy - w rezultacie odrzucenia oferty Multikop - powinna ona zostać uznana za najkorzystniejszą. Powyższe przesądza w ocenie odwołującego, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy. Wpływ naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy na wynik postępowania

W dniu 17 maja 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 20 maja 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Multikop spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzeszynie 567. Przystępujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, która zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert oraz została uznana przez zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołanie wniesione przez Santex zmierza do odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na rzekome niespełnianie przez Multikop warunków udziału w postępowaniu, jak również do odrzucenia oferty Multikop jako złożonej przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania. W razie uwzględnienia odwołania to oferta Santex zostanie sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, co uniemożliwi przystępującemu pozyskanie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji, uwzględnienie odwołania spowodowałoby u przystępującego szkodę w postaci utraty korzyści, jakie przystępujący osiągnąłby uzyskując zamówienie.

Przystąpienie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 maja 2022 r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 30 maja 2022 r. przystępujący przedstawił swoje pisemne stanowisko, w którym wniósł o oddalenie w całości odwołania, oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów dołączonych do tego pisma procesowego na okoliczności wskazane w treści pisma.

W dniu 30 maja 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu z pkt 3 odwołania tj. zarzutu ewentualnego, w myśl którego zamawiający zdaniem odwołującego naruszył art. 128 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Multikop do udzielenia wyjaśnień odnośnie należytego opracowania dokumentacji projektowej oznaczonej w wykazie usług jako „Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej na budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej wraz z przyłączami w msc. Wola Lubecka, gm. Ryglice", w tym w szczególności długości projektowanej sieci kanalizacji sanitarnej w sytuacji, gdy złożone dokumenty podmiotowe nie potwierdzały opracowania dokumentacji projektowej budowy sieci kanalizacyjnej o długości niemniejszej niż 7 km. i wniósł oddalenie odwołania w pozostałej części,

Jednocześnie poinformował, że zamawiający w dniu 30 maja 2022 r., unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zgodnie z treścią żądania odwołania wezwał przystępującego do udzielenia dalszych wyjaśnień.

Zamawiający zaznaczył, że uwzględnił zarzut nr 3 odwołania, w dniu 30 maja 2022 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwał przystępującego do udzielenia dalszych wyjaśnień zgodnie z żądaniem odwołania.

Podkreślił jednak, iż w ocenie zamawiającego z przedłożonych przez Multikop dokumentów podmiotowych, referencji i wyjaśnień nie sposób wywieść, jakoby dokumenty te wskazywały,

że wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziałem 9.1.4.1. lit. a) SWZ. Zamawiający otrzymał w szczególności wykaz wykonanych zamówień oraz referencje potwierdzające, że zamówienia te zostały wykonane należycie. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów podważających prawdziwość oświadczenia wykonawcy Multikop, a jedynie wskazał na okoliczności, które w jego ocenie powodują wątpliwości co do zakresu zrealizowanych prac, a konkretnie co do długości projektowanej sieci kanalizacji sanitarnej. W konsekwencji czego, Zarzut nr 1 stawiany przez odwołującego w ocenie zamawiającego uznać należy za bezzasadny.

W dniu 31 maja 2022 r. odwołujący wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt. 2 ustawy podnosząc, że wobec unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpienia przez zamawiającego do ponownego badania i oceny ofert odpadł substrat zaskarżenia i orzekanie w sprawie stało się bezprzedmiotowe.

Zamawiający i przystępujący pozostawili wniosek do uznania Izby. Przy czym zamawiający nie kwestionował, że odpadł substrat zaskarżenia podnosił natomiast, że taka sytuacja nie jest objęta normą art. 568 pkt. 2 ustawy.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 568 ust. 2 ustawy Izba umarza postępowanie jeżeli dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W tym zakresie Izba oparła się na uchwale Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18

W orzeczeniu tym SN analizował rozbieżność orzeczniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego. Sąd dostrzegł rozbieżność stanowisk między umorzeniem postępowania na podstawie art. 355 KPC, a oddaleniem powództwa ze względu na utratę interesu prawnego w toku procesu.

Sąd poczyniła w tym zakresie uwagi o charakterze ogólnym odnoszące się do art. 355 par. 1

kpc.

Przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 KPC jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę, że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku).

Niedopuszczalność wydania wyroku traktowana jest natomiast jako rezultat pojawienia się nieusuwalnych przeszkód procesowych, tj. odpadnięcia dodatnich lub pojawienia się ujemnych, bezwzględnych przesłanek procesowych niepodlegających skutecznej

konwalidacji.

Ostatecznie Sąd Najwyższy wywiódł, że:

Skoro wskutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda - zazwyczaj w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami - proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe. Stanowisko to nawiązuje zatem silnie do założenia, że proces cywilny, a zwłaszcza orzeczenie rozstrzygające sprawę co do istoty, nie jest celem samym w sobie. Stanowi on jedynie instrument dla osiągnięcia celu w postaci udzielenia ochrony prawnej prawom i obowiązkom stron wynikającym z norm prawa materialnego, w zakresie i w formach żądanych przez te strony. Idąc powyższym tokiem rozumowania, trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie o charakterze procesowym w postaci umorzenia

procesu jest w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego

procesu.

Ubocznie, w piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, że interes prawny stanowi przesłankę procesową dochodzenia roszczenia, której brak powinien skutkować uznaniem niedopuszczalnością wydania wyroku. W takim przypadku logiczną konsekwencją byłoby także przyjęcie umorzenia postępowania w razie następczej utraty interesu prawnego.

Izba dostrzega, że te rozważania Sądu Najwyższego przenoszą się na grunt niniejszej sprawy. Odwołujący osiągnął bowiem cel jaki przyświecał mu w tym postępowaniu, jeśli nie wyeliminować konkurencji, to chociażby (w zarzutach ewentualnych) doprowadzić do unieważnienia wyboru i ponownego badania ofert. Taka sytuacja na skutek czynności zamawiającego z 30 maja 2022 r. nastąpiła, odwołujący uzyskał wynik, który założył wnosząc odwołanie, tym samym prowadzenie tego postępowania stało się zbędne.

Mając to na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 568 pkt. 2 ustawy.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 2
w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

(Dz.U. poz. 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu w pełnej wysokości, tj. 20 000zł., co znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:.....

Członkowie: .....