Sygn. akt: KIO 2095/22

POSTANOWIENIE
z dnia 22 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udział stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 22 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę EkoEnergia Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Karniewo

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem 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 (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późń. 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:

Sygn. akt: KIO 2095/22

Zamawiający - Gmina Karniewo [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275

pkt 1 ustawy Pzp na budowę instalacji fotowoltaicznych na budynkach użyteczności publicznej (znak postępowania: RIPP.271.3.2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 lipca 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00249811/01.

W dniu 10 sierpnia 2022 r. wykonawca EkoEnergia Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub

konkursie (Dz. U. z 2020 r., poz. 2452). poprzez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie odrzucenia oferty Prestige bis S. T. w sytuacji, gdy oferta ta nie została sporządzona w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania ofert wymaganymi przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ oferta wina zostać sporządzona w postaci elektronicznej podczas gdy oferta zawiera kserokopię z własnoręcznym podpisem;

2. art. 70 pkt 1 ustawy Pzp § 2 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r., poz. 2452) poprzez jego niezastosowanie w sprawie w sytuacji gdy złożone zasoby podmiotu trzeciego oraz pozostałe podmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawcę Prestige bis S. T. na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie zostały sporządzone w wymaganej postaci elektronicznej;

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Prestige bis S. T. w sytuacji, gdy złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia;

4. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień złożonej oferty i kosztorysu ofertowego albowiem cena zaoferowana w ofercie różni się od ceny podanej w załączonym wadliwie kosztorysie cenowym, co może prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, tj. oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny;

5. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która winna zostać odrzucona;

6. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sprawie w sytuacji, gdy wykonawca Prestige bis S. T. nie wykazał spełnienia warunków w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

a) nie wykazał wykonania co najmniej 10 instalacji fotowoltaicznych o minimalnej mocy 16 kW, w tym dwie o mocy około 40 kW,

b) nie wykazał, że dysponuje osobami (dostępnymi na etapie realizacji zamówienia),posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi, które zgodnie z przepisami pozwolą na zrealizowanie przedmiotowego zadania

ewentualnie

7. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Prestige bis S. T. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. odrzucenie oferty wykonawcy Prestige bis S. T.;

3. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

W dniu 18 sierpnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wskazał, iż uwzględnił część zarzutów przedstawionych w odwołaniu dotyczącą unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 5 sierpnia 2022 r. oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, że czynność unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dokonana została w dniu 11 sierpnia 2022 r. Jednocześnie Zamawiający przystąpił do ponownego badania i oceny ofert, a tym samym na tym etapie nie jest w stanie potwierdzić, czy oferta wykonawcy Prestige bis S. T. podlega odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z warunki zamówienia, gdyż jest to przedmiotem trwającego badania ofert. Zamawiający

oświadczył także, że nie uwzględnia odwołania w części dotyczącej odrzucenia oferty ww.

Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność z art. 63 ustawy Pzp, gdyż oferta została opatrzona podpisem elektronicznym w formacie XADES-BES przez p. S. T. .

Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w części dotyczącej uwzględnionych zarzutów, gdyż w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2022 r. Odwołujący, w odpowiedzi na ww. stanowisko Zamawiającego, wniósł o zniesienie terminu rozprawy z dnia 23 sierpnia 2022 r. i umorzenie postępowania w całości albowiem stało się ono bezprzedmiotowe z uwagi na unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego i przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert. Zdaniem Odwołującego z treści odpowiedzi na odwołanie wynika, że tak naprawdę Zamawiający w całości uznał żądania Odwołującego stąd też wniósł o zwrot w całości dokonanej opłaty od odwołania w kwocie 10 000,00 zł. Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego i mogłyby zostać merytorycznie rozpoznawane na rozprawie (pkt II odpowiedzi na odwołanie). Ponadto Odwołujący wskazał, że sposób badania i oceny ofert oraz ponowny wynik postępowania może być przedmiotem ponownego postępowania odwoławczego w przyszłości.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przypadku zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, co oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie nie istnieje. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty) przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp (por. postanowienie z dnia 17 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3529/21, postanowienie z dnia 17 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3535/21, postanowienie z dnia 9 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3456/21, postanowienie z dnia 12 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1155/22). Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jako czynność najdalej idąca stanowi rezultat wszystkich wcześniej dokonywanych czynności zamawiającego, efekt wieńczący proces badania i oceny ofert. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej prowadzi co do zasady do powtórzenia przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający aktualnie jest na etapie ponownego badania i oceny ofert, a rezultat jego działań nie jest jeszcze znany. W związku z powyższym przyjąć należy, że po dokonaniu ponownej czynności Zamawiającego związanej z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, Odwołującemu będzie przysługiwało prawo do wniesienia środków ochrony prawnej na tę nową czynność zamawiającego. Natomiast odwołanie wniesione przez Odwołującego w dniu 10 sierpnia 2022 r. wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 5 sierpnia 2022 r., która została unieważniona w dniu 11 sierpnia 2022 r., nie posiada już substratu zaskarżenia, będącego 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.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, art. 574

i art. 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: .....