

Sygn. akt: KIO 2494/22

Postanowienie

z dnia 5 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Małgorzata Rakowska
Magdalena Rams

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 5 października 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2022 roku przez wykonawcę PBO Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu ul. Wojska Polskiego 136A w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąd Okręgowy w Radomiu ul. Piłsudskiego 10 przy udziale wykonawcy EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Stanisława Kostki Potockiego 2B zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2494/22 po stronie zamawiającego

postanawia

1. umarza postępowanie odwoławcze

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy PBO Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia 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 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejsze postanowienia - 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 2494/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Sąd Okręgowy w Radomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Przysusze przy ul. 11 listopada, 26-400 Przysucha” (Numer postępowania:

ZP 226 - 7/21), zwane dalej „Postępowaniem”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówienia zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 5 stycznia 2022 roku, numer: 2022/S 003-004257.

W dniu 22 września 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę PBO Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (dalej Odwołujący) od zaniechań i czynności Zamawiającego dotyczących czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty wykonawcy EBS BUD Sp. z o.o. z 12 września 2022 r. w tym w szczególności zaniechania przyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium „doświadczenie osób pełniących funkcje kierownika budowy

i kierowników robót wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia, przyznania maksymalnej liczby punktów EBS BUD Sp. z o.o. w ww. kryterium oraz zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty EBS BUD oraz naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z rozdz. XIX pkt. 1 ppkt. 3 lit. f) SWZ oraz rozdz. XIX pkt. 2 pkt. 3 lit. f) SWZ dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w Postępowaniu tj. poprzez uznanie, że Inwestycja Żory, w realizacji której uczestniczył p. P. H., wyznaczony do realizacji zamówienia w charakterze kierownika robót w specjalności drogowej, nie spełnia wymogów objętych Kryterium Doświadczenia oraz poprzez zaniechanie przyznania Odwołujący 3 punktów w podkryterium f) doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności inżynierskiej drogowej podczas gdy Odwołujący wykazał maksymalną liczbę zadań (4) w celu wykazania doświadczenia osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności inżynierskiej drogowej (p. P. H.), a wszystkie wskazane zadania, w tym Inwestycja Żory, spełniają objęte Kryterium Doświadczenia wymogi, a tym samym Odwołujący powinien otrzymać maksymalną liczbę punktów (3 pkt) oraz dokonanie oceny oferty Odwołującego z naruszeniem zasady proporcjonalności;

2. art. 253 ust. 1 pkt 1) PZP poprzez brak wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego w zakresie nieprzyznania ofercie Odwołującego maksymalnej liczby punktów w Kryterium Doświadczenia w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. brak wskazania, w którym podkryterium i w odniesieniu do której inwestycji Zamawiający nie przyznał punktów ofercie Odwołującego;

3. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 10 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP

poprzez zaniechanie wykluczenia EBS BUD, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy EBS BUD w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące doświadczenia:

a) osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (specjalność sanitarna) (p. P. K.),

a które podlegały ocenie w ramach kryterium oceny ofert opisanego w rozdz. XIX pkt. 1 ppkt. 3 lit. c) SWZ oraz rozdz. XIX pkt. 2 pkt. 3 lit. c) SWZ;

b) osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności drogowej (p. A. A.), a które podlegały ocenie w ramach kryterium oceny ofert opisanego w rozdz. XIX pkt. 1 ppkt. 3 lit. f) SWZ oraz rozdz. XIX pkt. 2 pkt. 3 lit. f) SWZ;

4. art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez przyznanie ofercie EBS BUD 6 punktów w kryterium oceny ofert opisanym w rozdz. XIX pkt. 1 ppkt. 3 lit. b) SWZ oraz rozdz. XIX pkt. 2 pkt. 3 lit. b) SWZ dotyczącym doświadczenie osoby wyznaczonej do

pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności konstrukcyjno - budowlanej (p. P. S.), podczas gdy 2 ze wskazanych przez EBS BUD inwestycji nie spełniają wymagań

opisanych w ww.

kryterium, a tym samym EBS BUD powinien otrzymać maksymalnie 4 punkty, a nie 6 punktów;

5. art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez przyznanie ofercie EBS BUD 6 punktów w kryterium oceny ofert opisanych w rozdz. XIX pkt. 1 ppkt. 3 lit. c) SWZ oraz

rozdz. XIX pkt. 2 pkt. 3 lit. c) SWZ dotyczącym doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (specjalności sanitarnej) (P. K.) podczas gdy 2 ze wskazanych przez EBS BUD inwestycji nie spełniają wymagań opisanych w ww. kryterium, a tym samym EBS BUD powinien otrzymać maksymalnie 2 punkty, a nie 3 punkty;

6. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez prowadzenie czynności badania i oceny ofert w sposób sprzeczny z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców poprzez niezachowanie jednolitej miary i analogicznej staranności przy weryfikacji doświadczenia podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert wykazanego przez Odwołującego i wykonawcę EBS BUD, w konsekwencji powyższych zarzutów naruszenie:

7. art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy EBS BUD, podczas gdy to oferta Odwołującego powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o:

1. rozpatrzenie i uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
2. dopuszczenie dowodów dokumentacji postępowania i dowodów wskazanych w odwołaniu,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 12 września 2011 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty EBS BUD Sp. z o.o.
4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - a) przyznania ofercie Odwołującego maksymalnej liczby punktów (3 pkt) w podkryterium f) doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności inżynierskiej drogowej, w tym przyznania Odwołującemu punktów w ramach Kryterium Doświadczenia również za realizację przez P. P. H. Inwestycji Żory,
 - b) wykluczenia wykonawcy EBS BUD oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 12 pkt. 2 lit a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP;

ewentualnie

- c) przyznanie ofercie wykonawcy EBS BUD maksymalnie 4 punktów w kryterium dotyczącym doświadczenia osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności konstrukcyjno - budowlanej (p. P. S.);
 - d) przyznanie ofercie wykonawcy EBS BUD maksymalnie 2 punktów w kryterium dotyczącym doświadczenia osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (specjalności sanitarnej) (P. K.);
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania

odwoławczego, w dniu 5 października 2022 r. Zamawiający oświadczył, że związku z uwzględnieniem w dniu 3 października 2022 r. odwołania wniesionego w dniu 22 września 2022 r. przez wykonawcę EBS BUD Spółka z o.o. (sygn. akt KIO 2490/22) unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej

z dnia 12 września 2022 r. i zgodnie z żądaniem zawartym w powyższym odwołaniu, dokonał powtórnego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej — stosownie do treści art. 522 ust. 1 zdanie drugie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wykluczył wykonawcę PBO Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz odrzucił jego ofertę. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

W analizowanym stanie faktycznym, w ocenie Izby zaistniały okoliczności uzasadniające umorzenie postępowania odwoławczego na podst. art. 568 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w formie postanowienia w przypadku stwierdzenia,

że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Izba doszła do przekonania, że w związku z uwzględnieniem odwołania KIO 2490/22 i wykonaniem czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego w tej sprawie, przy braku zgłoszenia przystępującego po stronie Zamawiającego, w dniu 4 października 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 12 września 2022 r. oraz dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Odwołującego na mocy art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp oraz odrzucenia jego oferty na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp. Odwołujący nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2490/22 po stronie Zamawiającego, zatem zgodnie z art. 527 Pzp na czynność Zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu lub wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 Pzp, nie przysługują środki ochrony prawnej.

W ocenie Izby Zamawiający wypełnił ciążyący na nim obowiązek wynikający z treści art. 524 Pzp, polegający na niezwłocznym przesłaniu, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopii odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zamawiający w dniu 26 września 2022 r. powiadomił wykonawców za pośrednictwem Platformie Zakupowej (SmartPZP), na której prowadzone jest postępowanie, że w dniu 22 września 2022 r. wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dwa odwołania, jedno złożone przez wykonawcę EBS BUS Sp. z o.o. oraz drugie, złożone przez wykonawcę PBO Śląsk Sp. z o.o. Zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 525 Pzp oraz załączył kopie obu odwołań. Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2490/22 po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Wobec powyższego, w ocenie Izby zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 527 Pzp, polegające na tym, że Odwołującemu, jako wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 Pzp, który nie przystąpił do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2490/22 nie przysługują środki ochrony prawnej, wobec czynności Zamawiającego, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, uwzględniając odwołanie.

W konsekwencji, na dzień rozpoznania niniejszego odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniały już czynności, wobec których zostało wniesione odwołanie, a Odwołujący utracił status uczestnika postępowania odwoławczego. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Ostatecznie przedmiotowy spór stał się bezprzedmiotowy.

Wobec powyższego, mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak

w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku 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) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę 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. Na podstawie art. 574 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 20 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: