Sygn. akt: KIO 2713/22

POSTANOWIENIE
z dnia 27 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik - Zawalska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 października 2022 r. Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 października 2022 r. przez wykonawcę:

ASH R. S. (ul. Słowackiego 20A, 07-417 Ostrołęka)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Łęczyca (ul. Konopnickiej 14, 99-100 Łęczyca)

przy udziale wykonawcy

FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. (Kudrowice 12, 95-200 Pabianice)

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

   odwołuj ącego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą 100 % należnego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) 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:

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji przez Gmina Łęczyca (ul. Konopnickiej 14, 99-100 Łęczyca) (dalej: „Zamawiający”) na: zmniejszenie emisji zanieczyszczeń wymiana źródeł ciepła na terenie Gminy Łęczyca w formule „zaprojektuj i wybuduj” (Numer referencyjny: GPI.272.1.2022, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowum Unii Europejskiej nr 352942-2022-PL w dniu 1 lipca 2022 r., sprostowanie nr 398964-2022-PL w dniu 22 lipca 2022 r.) (dalej: „Postępowanie”) w dniu 14 października 2022 r. do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez wykonawcę, którym jest ASH R.S. (ul. Słowackiego 20A, 07-417 Ostrołęka) (dalej: „Odwołujący" lub „Wykonawca").

Pismem z dnia 20 października 2022 r. przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k (Kudrowice 12, 95 - 200 Pabianice) (dalej: „Przystępujący" lub „FlexiPower").

Wykonawca wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) (dalej: „Ustawa" lub „Pzp") czynności i zaniechań Zamawiającego skutkujących naruszeniem Ustawy:

1. Odrzucenie oferty Odwołującego - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego wobec niezłożenia podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub

spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. złożenia 225 egzemplarzy protokół częściowych dot. wykonanego zadania przez Odwołującego w JEDZ, w sytuacji gdy Odwołujący złożył protokół odbioru końcowego, z którego wynika, iż prace zostały wykonane

należycie, oraz w terminie umownym,

2. Zaniechanie wezwania FlexiPower do wykazania posiadania przez osoby wykazane

w JEDZ uprawnień o których mowa V ust. 9 pkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwane również: „SWZ") - naruszenie art. 128 § 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty FlexiPower, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do wykazania posiadania przez osoby wykazane w JEDZ uprawnień o których mowa V ust. 9 pkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia, w sytuacji gdy złożone dokumenty i oświadczenia były niekompletne, co z kolei uniemożliwiło Zamawiającemu przeprowadzenie stosownej weryfikacji złożonej oferty,

3. Utajnienie oferty złożonej przez FlexiPower w zakresie załącznik nr 9 dot. wykazu oferowanych kotłów oraz zaniechanie odtajnienia oferty złożonej przez FlexiPower w zakresie załącznik nr 9 dot. wykazu oferowanych kotłów - naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z 16 Pzp poprzez naruszenie zasady jawności postępowania wskutek bezpodstawnego utajnienia części dokumentów przedłożonych przez FlexiPower tj. Załącznika nr 9 do oferty wykazu oferowanych kotłów, oraz zaniechanie odtajnienia przedmiotowych dokumentów w sytuacji gdy wykonawca ten nie jest producentem kotłów, a oferuje wyłącznie kotły powszechnie dostępne na rynku ogólnym, natomiast zaniechanie odtajnienia przedmiotowych dokumentów skutkuje na obecną chwilę brakiem możliwości zbadania zgodności oferowanych kotłów ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, a w konsekwencji naruszenie przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Ustawy i poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób nieprzejrzysty

i w konsekwencji

4. wybór w Postępowaniu oferty FlexiPower jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu dokonania: 1.Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej; 2.Unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego; 3.Unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty FlexiPower 4.Ponownego badania i oceny złożonych ofert; 5.Odtajnienia dokumentów złożonych w toku niniejszego postępowania przez FlexiPower w zakresie załącznika nr 9 dot. wykazu oferowanych kotłów.

Pismem z dnia 20 października 2022 r. Zamawiający uwzględnił zarzut:

1. Naruszenia art 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego wobec niezłożenia podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji gdy wykonawca złożył wymagane środki dowodowe oraz

2. Naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 Ustawy w zw. z 16 Ustawy poprzez naruszenie zasady jawności postępowania wskutek bezpodstawnego utajnienia części dokumentów przedłożonych przez FlexiPower tj. Załącznika nr 9 do oferty wykazu oferowanych

kotłów, oraz zaniechanie odtajnienia przedmiotowych dokumentów w sytuacji gdy wykonawca ten nie jest producentem kotłów, a oferuje wyłącznie kotły powszechnie dostępne na rynku ogólnym.

W pozostałym zakresie tj. co do zarzutu naruszenia art. 128 § 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania FlexiPower do wykazania posiadania przez osoby wykazane w JEDZ uprawnień o których mowa V ust. 9 pkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający wniósł o jego oddalenie wskazując, że zgodnie z dokumentami zamówienia na etapie badania i oceny ofert nie wymagał przedłożenia dodatkowych podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu a jedynie oświadczenia we wskazanym zakresie, tj. nie wymagał złożenia dokumentu potwierdzającego nabycie uprawnień budowlanych, a tym samym nie był uprawniony do wezwania do jego złożenia. Zamawiający powołał się na § 10 Rozporządzenia 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 zgodnie z którym „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji zamawiający może, zamiast podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 6-9, żądać oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.”

Pismem z dnia 26 października 2022 r. Wykonawca cofnął odwołanie w zakresie zarzutu nieuwzględnionego przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Zamawiający i Odwołujący przesłali pisma procesowe Przystępującemu oraz, że Przystępujący został prawidłowo zawiadomiony terminie posiedzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba stwierdza, że Ustawa nie wskazuje terminu, w jakim przystępujący do postępowania

odwoławczego może złożyć oświadczenie o sprzeciwie, co do uwzględnienia odwołania

przez zamawiającego. Termin ten skorelowany jest jednak ze skutkami procesowymi zależnymi od chwili uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Wobec złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o uznaniu odwołania w części przed rozprawą, to moment zamknięcia posiedzenia Izby stanowił termin stanowczy na złożenie oświadczenia o sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania. Jest to etap, na którym zapada decyzja Izby o skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie, zaś do tego konieczne jest istnienie w sprawie sporu podlegającego rozstrzygnięciu. Skutkiem prawnym braku sprzeciwu uczestnika postępowania jest materialny zanik sporu, będącego warunkiem możliwości wydania merytorycznego rozstrzygnięcia. Z uwagi na brak oświadczenia Przystępującego, co do sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w części przez Zamawiającego, Izba zobligowana jest, w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego, do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego poprzez umorzenie postępowania odwoławczego. Niestawiennictwo wykonawcy na posiedzeniu nie wstrzymuje postępowania odwoławczego, wobec dyspozycji art. 549 ust. 4 Ustawy. Tym samym Izba stwierdziła, że niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego przystępującego na posiedzeniu stanowi o rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym oraz obrony swoich praw, a także wyczerpuje drugą przesłankę - braku zgłoszenia sprzeciwu, o której mowa w art. 522 ust. 3 Ustawy.

Wobec złożenia przed rozprawą przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu części zarzutów odwołania oraz przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu złożonego odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego a także wobec nie wniesienia przez Przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów przez Zamawiającego Izba uznała, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania w trybie art. 568 pkt. 3) w zw. z art. 522 ust. 3 Ustawy. Odwołanie zostało w zakresie nieuwzględnionym skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy zgodnie z art. 520 Ustawy przewidującym, że: „1. Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa”. Stąd zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania w trybie art. 568 pkt. 3) w zw. z art. 522 ust. 3 Ustawy.

Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się bez udziału stron i uczestników w związku z

§ 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. poz. 2453) Izba w sytuacji opisanej w art. 568 Ustawy, wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 Ustawy w zw. z § 9 ust. 2 lit. b) 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 100 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji

Przewodniczący: .....