Sygn. akt: KIO 1031/23

POSTANOWIENIE z dnia 24 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 24 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2023 r. przez Odwołującego – Ascalor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Radawska 10, 37-522 Wiązownica, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Świętokrzyskie Centrum Onkologii w Kielcach, ul. Stefana Artwińskiego 3, 25-734 Kielce

przy udziale

Wykonawcy – Project Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Al. Bohaterów Września 9, bud.10, lok. 209, 00-973 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – Ascalor Sp. z o.o. kwoty 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze 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 1031/23

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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Świętokrzyskie Centrum Onkologii w Kielcach, w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 Ustawy, którego przedmiotem jest zarządzanie projektem wraz ze sprawowaniem nadzoru inwestorskiego przy realizacji projektu „Wymiana źródła ciepłą dla Świętokrzyskiego Centrum Onkologii i Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach” w trybie zaprojektuj i wybuduj (sygn. postępowania: AZP.2411.01.2023.MK), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11.01.2023 r. 2023/BZP 00023898, wobec czynności z dnia 4.04.2023 r. polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty własnej, Wykonawca – Ascalor Sp. z o.o. z siedzibą w Wiązownicy, wniósł w dniu 11.04.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1031/23).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez uznanie, że Ascalor Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na brak dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia (Koordynatora Realizacji Projektu oraz Specjalisty ds. Rozliczeń) i w rezultacie odrzucenie oferty Ascalor Sp. z o.o. w sytuacji, gdy zarówno Pan A. S., jak też Pani J. M. posiadają wymagane przez Zamawiającego doświadczenie i w rezultacie brak było podstaw do odrzucenia oferty;

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 i ust. 2 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty Wykonawcy Ascalor Sp. z o.o. z powołaniem się, iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (jak się wydaje z uwagi na niezasadnie zarzucone Ascalor Sp. z o.o. podanie nieprawdziwych informacji w postępowaniu), w sytuacji gdy Ascalor Sp. z o.o. nie podało nieprawdziwych informacji w toku postępowania, a niezależnie od tego, wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu z uwagi na wyżej wymienioną przyczynę wymaga zastrzeżenia tego w dokumentacji przetargowej, czego Zamawiający nie uczynił, a w związku z tymi okoliczności takie nie mogą samoistnie stanowić podstawy odrzucenia oferty bądź wykluczenia z udziału w postępowaniu;

3. art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez niewykluczenie z udziału w postępowaniu Wykonawcy Project Energy Sp. z o.o. pomimo tego, że Wykonawca ten uczestniczył w przygotowaniu postępowania sporządzając wniosek aplikacyjny wraz z dokumentacją, w tym audytami ex ante oraz Program Funkcjonalno – Użytkowy dla przedmiotu projektu, a co za tym idzie miał znacznie większą wiedzę na temat przedmiotu postępowania niż pozostali wykonawcy (w tym

co do kosztorysu inwestorskiego i przyjętych kosztów obsługi projektu), a jego udział w postępowaniu, wbrew tezom zawartym w złożonych wyjaśnieniach, doprowadził do zakłócenia konkurencji w szczególności z uwagi na brak wiedzy

pozostałych wykonawców co do zakresu obowiązków umownych związanych z obsługą umów zawartych z instytucjami finansującymi i brak możliwości konkurencyjnej wyceny kosztów realizacji tych usług (w szczególności w zakresie obowiązków określonych w pkt 4 oraz 6 ppkt 6, 9, 22, 23, 26, 28, 30, 34, 39 swz, a zakłócenie konkurencji na obecnym etapie postępowania nie może być usunięte w inny sposób niż poprzez wykluczenie Project Energy Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu;

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Project Energy Sp. z o.o. w sytuacji, gdy Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;

5. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Project Energy Sp. z o.o. w sytuacji gdy:

a) przyjęty koszt działań polegających na zarządzaniu projektem (przez 12 miesięcy) oraz obsłudze umów zawartych z instytucjami finansującymi w wysokości 3.690 zł. brutto jest rażąco zaniżony mając szczególnie na względzie to, że zarządzanie projektem oraz obsługa umów z instytucjami finansującymi stanowią jeden z najistotniejszych elementów zamówienia i nie jest realna realizacja obowiązków umownych z tym związanych za podaną kwotę, co potwierdza sam Wykonawca Project Energy Sp. z o.o., który w wyjaśnieniach wskazał, iż w pozycji cenowej koszty zarządzania projektem nie ujął żadnych kosztów związanych z zarządzaniem projektem (a jedynie koszty związane z jego rozliczeniem i to również w rażąco niskiej wysokości);

b) kwota 1.230 zł brutto za przeprowadzenie promocji projektu jawi się jako rażąco niska, gdyż w kwocie tej nie jest możliwe przeprowadzenie praktycznie jakiejkolwiek promocji projektu, chyba że podanie tej kwoty wynikało z tego, że Projekt Energy Sp. z o.o. uczestnicząc w przygotowaniu postępowania oraz wniosku aplikacyjnego i dokumentacji do niego miał wiedzę, niedostępną innym wykonawcom, że Zamawiający wymaga minimalnych czynności promocyjnych, które mogą zostać zrealizowane za podaną kwotę,

co musi skutkować uznaniem, że ofert Wykonawcy Projekt Energy Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę (co do wymienionych istotnych części składowych) i została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jak też czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania Projekt Energy Sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – Projekt Energy Sp. z o.o.

Zamawiający w dniu 21.04.2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż w dniu 21.04.2023 r. unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp uznając, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Czynność ta znosi wszystkie czynności w postępowaniu, w tym stanowiące przedmiot zaskarżenia. W konsekwencji, czynności wobec których wniesione zostało odwołanie utraciły swój byt i nie istnieje substrat zaskarżenia. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne

Na posiedzeniu w dniu 24.04.2023 r. Izba uznała, iż postępowanie odwoławcze stało się zbędne w związku z decyzją o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, co prowadziło do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Ustawy. W ocenie składu orzekającego decyzja o unieważnieniu postępowania prowadzi do uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również uchylenia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, w tym znaczeniu, iż jako dalej idąca prowadzi do zniesienia postępowania w całości. Tym samym, nawet gdyby czynność unieważnienia postępowania została objęta zaskarżeniem w drodze odwołania (do czego wykonawcom przysługuje prawo do 26.04.2023 r.), wówczas ewentualne uchylenie tej czynności będzie prowadziło do potrzeby powtórzenia czynności w postępowaniu. Na obecnym etapie i stanie postępowania przetargowego rozpoznanie zarzutów wobec czynności, które faktycznie nie wywołują żadnych skutków w postępowaniu, gdyż zostały zniesione decyzją o unieważnieniu postępowania, stało się zbędne. Rozpoznanie zarzutów wobec oceny ofert nie może zakończyć się zmianą wyniku postępowania, w tym nakazem powtórzenia czynności w postępowaniu. Należy również zauważyć, iż przyczyna unieważnienia postępowania nie jest związana z żadną z okoliczność wskazanych w podstawie zarzutów, co ewentualnie mogłoby mieć znaczenie przy rozpoznaniu odwołaniu na czynność unieważnienia postępowania. Nie można w tej sytuacji uznać, aby rozstrzygnięcie w przedmiocie czynności

oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej miało jakiekolwiek znaczenie dla dalszych czynności w postępowaniu przetargowym.

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 pkt 2 Ustawy wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu.

Przewodniczący: ……