

Sygn. akt: KIO 3954/24

POSTANOWENIE
z dnia 7 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard
Tetzlaff**

Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 października 2024 r.** przez wykonawcę **DCAC Sp. z o.o., ul. Zygmunta Krasińskiego 48, 05-120 Legionowo** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PGE Inwest 21 Sp. z o.o., ul. Mysia 2, 00-496 Warszawa**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

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

Odwołującego **DCAC Sp. z o.o., ul. Zygmunta Krasińskiego 48, 05-120 Legionowo** kwoty **20 000 zł 00 gr**
(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę uiszczonego wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.**

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 3954/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, sektorowego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego w formule „zaprojektuj i wybuduj pod klucz” (EPC - Engineering, Procurement and Construction) przedsięwzięcia inwestycyjnego dotyczącego budowy „Rozproszonych Magazynów Energii” w zakresie pakietu 26 instalacji ME o łącznej mocy co najmniej 107 MW wraz z wyprowadzeniem mocy oraz z serwisem (nr POST/PGE/INW21/DZ/00237/2024), opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.08.2024 r. pod nr OJ S 2024/S 157-486122 przez: **PGE Inwest 21 Sp. z o.o., ul. Mysia 2, 00-496 Warszawa** zwana dalej: „**Zamawiającym**”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwana dalej: „**Pzp**” albo „**PZP**” albo „**pzp**”.

W dniu 20.10.2024 r. (poprzez publikację na stronie internetowej prowadzonego postępowania, pod adresem: oraz poprzez przesłanie bezpośrednio do wykonawców za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE) Zamawiający poinformował o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w ramach którego wskazał także o odrzuconiu wniosku do udziału w postępowaniu DCAC Sp. z o.o., ul. Zygmunta Krasińskiego 48, 05-120 Legionowo zwana dalej: „**DCAC Sp. z o.o.**” albo „**Odwołującym**”.

Dnia 25.10.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 20.10.2024 r. złożył DCAC Sp. z o.o. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem oraz za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE). Odwołanie zostało podpisane przez P. Z. osobę ujawnioną w załączonym do odwołania KRS-ie i umocowaną do samodzielnej reprezentacji. Zarzucił naruszenie w zakresie zarzutu nr 1 pkt 1.1., zarzut dotyczy zastosowania art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 176 ust. 2 w zw. z art. 362 pkt 1 PZP, tj. czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskutek:

1.1. przyjęcia przez Zamawiającego, że wskazanie przez Odwołującego inwestycji pod nazwą „Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu – budowa tunelu pod Świną” jako doświadczenia zawodowego Kierownika robót budowlanych, w sytuacji, gdy OPW wymagał wskazania „nazwy zadania inwestycyjnego z obszaru elektroenergetycznego lub przemysłowego, polegającego na budowie lub przebudowie budynku lub budowli (w rozumieniu przepisów ustawy Prawo Budowlane z dnia 7 lipca 1994 r.)” oznacza niespełnienie warunku określonego w pkt 11.1.4 lit. „b” lp. 5 OPW z uwagi na fakt, iż zdaniem Zamawiającego wskazane zadanie inwestycyjne jest inwestycją drogową a nie inwestycją z obszaru elektroenergetycznego lub przemysłowego, pomimo że Zamawiający nie zakwestionował (w szczególności nie wystosował w tym zakresie wezwania z art. 128 ust. 1 PZP) tej samej inwestycji wskazanej jako doświadczenie zawodowe dla funkcji Kierownika robót elektrycznych i teletechnicznych wskazanego w

pkt 6 Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, dla którego OPW wymagał wskazania nawet bardziej wyspecjalizowanego doświadczenia, tj. „zadania inwestycyjnego polegającego na budowie lub przebudowie sieci elektroenergetycznej prądu przemiennego średniego napięcia (SN) lub wysokiego napięcia (WN) lub najwyższego napięcia (NN) lub budowy jednostek wytwórczych energii elektrycznej lub magazynujących energię elektryczną, w skład którego wchodziły elementy automatyki zabezpieczeniowej systemów monitoringu i nadzoru oraz układów teletransmisji” – co wprowadziło Odwołującego w błąd co do tego, iż ww. doświadczenie zawodowe (budowa tunelu pod Świną) stanowi w ocenie Zamawiającego inwestycję z obszaru elektroenergetycznego oraz przemysłowego w rozumieniu pkt 11.1.4 lit. „b” lp. 5 OPW;

1.2. naruszenia art. 128 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do poprawienia błędu w zakresie doświadczenia zawodowego dla Kierownika robót budowlanych poprzez wskazanie innego doświadczenia zawodowego dla Kierownika robót budowlanych oraz w zakresie doświadczenia zawodowego dla funkcji Kierownika robót elektrycznych i teletechnicznych wskazanego w pkt 6 Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, pomimo że: a) wezwanie z dnia 6 października 2024 r. w odniesieniu do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dot. dysponowania Kierownikiem robót budowlanych wzywało wyłącznie do poprawienia błędu w zakresie uprawnień zawodowych Kierownika robót budowlanych a nie do poprawienia błędu także w zakresie doświadczenia zawodowego Kierownika robót budowlanych; b) w doktrynie prawa zamówień publicznych przyjmuje się, iż wezwanie kierowane do wykonawcy powinno precyzyjnie wskazywać uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, a powtórne wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu jest niedopuszczalne tylko wówczas, gdy dotyczy tego samego zakresu czynności wskazanych już w wezwaniu; c) zgodnie z logiką, jeśli budowa tunelu pod Świną nie odpowiadała warunkom udziału w postępowaniu, to Zamawiający powinien był wezwać Zamawiającego do poprawienia błędu w zakresie doświadczenia zawodowego także dla Kierownika robót elektrycznych i teletechnicznych wskazanego w pkt 6 Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia; 1.3. naruszenia art. 174 ust. 3 PZP, poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, że wskazanie jako doświadczenia zawodowego Kierownika robót budowlanych inwestycji pod nazwą „Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu – budowa tunelu pod Świną” w sytuacji, gdy OPW wymagał wskazania „nazwy zadania inwestycyjnego z obszaru elektroenergetycznego lub przemysłowego, polegającego na budowie lub przebudowie budynku lub budowli (w rozumieniu przepisów ustawy Prawo Budowlane z dnia 7 lipca 1994 r.)” nie spełnia warunku określonego w pkt 11.1.4 lit. „b” lp. 5 OPW z uwagi na fakt, iż zdaniem Zamawiającego wskazane zadanie inwestycyjne jest inwestycją drogową a nie inwestycją z obszaru elektroenergetycznego lub przemysłowego, pomimo że: a) budowa tunelu pod Świną – z racji rozmiaru przedsięwzięcia – obejmowała również roboty budowlane z obszaru elektroenergetycznego, czego dowodzi dowód zgłoszony w pkt 2 petitum; b) użyte w OPW pojęcie „zadania inwestycyjnego” jest pojęciem niezdefiniowanym w PZP i nie zostało zdefiniowane w OPW, wskutek czego próba interpretowania tego pojęcia – na etapie odrzucenia wniosku – zawężając, w celu wyłączenia z jego zakresu robót budowlanych z obszaru elektroenergetyki stanowiących część większego przedsięwzięcia – narusza wymaganie precyzyjności OPW;

1.4. naruszenia art. 128 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do złożenia w wymaganej przez § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452) formie zaświadczenia Naczelnika Kujawsko – Pomorskiego Urzędu Skarbowego w Bydgoszczy z dnia 6 września 2024 r., które zostało złożone w niewłaściwej formie na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 6 października 2024 r. do jego złożenia, pomimo że: a) Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia ww. zaświadczenia w formie wymaganej przez przepisy a jedynie do jego złożenia w ogóle; b) w doktrynie prawa zamówień publicznych przyjmuje się, iż wezwanie kierowane do wykonawcy powinno precyzyjnie wskazywać uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, a powtórne wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu jest niedopuszczalne tylko wówczas, gdy dotyczy tego samego zakresu czynności wskazanych już w wezwaniu. Wnosił o rozstrzygnięcie odwołania, poprzez jego uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu: 1. w pierwszej kolejności – w razie uwzględnienia zarzutu nr 1.3. – zaproszenia Odwołującego do dialogu; 2. z ostrożności procesowej, w razie uwzględnienia zarzutu nr 1.1. – 1.2. - wykonania czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 PZP do poprawienia błędu w zakresie doświadczenia zawodowego Kierownika robót budowlanych;

Zamawiający w dniu 28.10.2024 r. (za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 31.10.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w

trybie art. art. 521 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut 1 ppkt 1.1 odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Kierownika Zamawiającego - P.Z. PGE Inwest 21 Sp. z o.o.

W dniu 07.11.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Odwołujący złożył pism, w ramach którego wycofał odwołanie w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego, tj. w części co do zarzutów nr 1.2., 1.3., i 1.4. Na podstawie art. 522 ust 3 PZP wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i ewentualnych uczestników. Pismo zostało podpisane tak jak odwołanie.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części a pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane. Do postępowania odwoławczego nie zgłosił się Przystępujący. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 NPzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem: *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 NPzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....