

POSTANOWENIE

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Katarzyna Odrzywolska

Anna Osiecka-Baran

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 8 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Ecoutility sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie - Lider Konsorcjum; GREEN MANAGEMENT GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrówce; KROZMET sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Gmina Śrem z udziałem uczestnika T4B spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Ecoutility sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie - Lider Konsorcjum; GREEN MANAGEMENT GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrówce; KROZMET sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga pośrodknictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie Izby Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 4721/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Śrem prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Budowa nowoczesnego systemu odbioru i zarządzania odpadami komunalnymi w gminie Śrem - II postępowanie”,

nr postępowania: BP.271.28.2024.BS, Część 1 Zamówienia. Przedmiotem Zamówienia w zakresie Części 1 Zamówienia są roboty budowlane (CPV 45330000-9 - Roboty instalacyjne wodno-kanalizacyjne i sanitarne), ogłoszenie o Zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych 11 lipca 2024 r. pod nr 2024/BZP 00408630.

Odwolujący: Konsorcjum składające się z:

- 1) Ecoutility sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie - Lider Konsorcjum
- 2) GREEN MANAGEMENT GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrówce
- 3) KROZMET sp. z o.o. z siedzibą w Marcinkowie

wniósł 23 grudnia 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego dotyczących Części 1 Zamówienia, polegających na:

- 1) wadliwym badaniu i ocenie ofert w Postępowaniu, a w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego jako oferty złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków ubiegania się o zamówienie oraz oferty złożonej w

warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., poz. 1233) - dalej: „u.z.n.k.”;

2)wadliwym uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności odrzucenia oferty Konsorcjum;

3)nierównym traktowaniu wykonawców;

4)ewentualnym zaniechaniu wezwania Konsorcjum do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń;

5)ewentualnym zaniechaniu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień;

6)ewentualnym zaniechaniu wystąpienia do podmiotów wystawiających referencje o przedstawienie informacji na ich temat i dokumentów;

w konsekwencji:

7)dokonaniu przez Zamawiającego wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę spółkę T4B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „T4B”).

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

1. niewystarczające uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 8 sierpnia 2024 r., tj. naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 2 P.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c P.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p., poprzez sporządzenie wadliwego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności, tj. w szczególności:

1.1. niewykazanie, iż oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

1.2. niewykazanie, dlaczego w razie ewentualnego uznania, że na podstawie dotychczas przedłożonych podmiotowych środków dowodowych, Konsorcjum nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, nie powinno ono zostać wezwane do uzupełnienia relewantnych podmiotowych środków dowodowych w oparciu o przepis art. 128 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p.

- co utrudnia bądź uniemożliwia zbadanie toku rozumowania Zamawiającego w Postępowaniu,

2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie polegające na uznaniu, iż oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy okoliczność taka nie znajduje poparcia w żadnych dokumentach lub innych dowodach zgromadzonych w Postępowaniu - przeciwnie:

2.1. w uzasadnieniu zaskarżonej czynności nie uzasadniono na czym polegało rzekome złożenie oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji,

2.2.w wyroku z 4 listopada 2024 r. w sprawie KIO 3724/24, Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO” lub „Izba”) orzekła wprost, że Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie referencji od Zakładu Zagospodarowania Odpadów Olszowa sp. z o.o.,

2.3.w uzasadnieniu czynności Zamawiającego z 3 października 2024 r. dotyczącej m.in. odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że w zakresie spornego warunku dot. doświadczenia odpowiedzi dwóch z trzech wystawców referencji nie budziły na tamten czas wątpliwości Zamawiającego, potwierdzając spełnienie warunku udziału w Postępowaniu,

3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p. poprzez jego błędne zastosowanie w sytuacji w której Konsorcjum spełnia warunek udziału w Postępowaniu, ewentualnie Zamawiający zaniechał z naruszeniem prawa (o czym dalej) wezwania Konsorcjum do uzupełnienia relewantnych podmiotowych środków dowodowych zgodnie z art. 128 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p.,

4. naruszenie art. 16 pkt 1-2 P.z.p. poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji; równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty, poprzez brak uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum w sposób pozwalający na prześledzenie toku rozumowania Zamawiającego, a także poprzez dowolne ustalanie podstaw wykluczenia Konsorcjum z Postępowania,

a także, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku uznania, że przedłożone przez Konsorcjum dokumenty nie są wystarczające dla wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, zarzucił ewentualnie naruszenie art. 128 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p. poprzez błędne uznanie, iż podmiotowe środki dowodowe Odwołującego nie podlegają uzupełnieniu.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert w zakresie Części 1 Zamówienia, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej ofert spółki T4B sp. z o.o.,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 1 Zamówienia.

Skład orzekający izby ustalił, że zamawiający gmina Śrem, dokonał 3 stycznia 2025 r. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Pismem z tego samego dnia gmina Śrem wniosła o umorzenie postępowania odwoławczego, jako bezprzedmiotowego.

Izba w konsekwencji 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.

Zamawiający, po wniesieniu odwołania, dokonał nowych czynności, zgodnych z tymi, do których odnosiły się zarzuty odwołania. Zamawiający poinformował, że w przedmiotowym postępowaniu unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i czynność odrzucenia oferty wykonawców.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba, wydając orzeczenie, bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia, co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie.

Zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl którego podstawą wydania wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy - nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy, o którym mowa w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp należy analogicznie, jak w art. 316 § 1 kpc, interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia.

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. 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. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należało, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego było bezcelowe, czyli jak stanowi przepis Pzp - zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach.

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 uiszczony tytułem wpisu.

Przewodniczący:.....

.....

.....