

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 15 luty 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolantka: Aldona Karpińska

na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 15 lutego 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 r. przez odwołującego: **Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne "TRAKT" Bobrzak, Teclaw sp. j. z/s w Kutnie** (Woźniaków 110, 99300 Kutno) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Nieborów** (Aleja Legionów Polskich 26, 99416 Nieborów),

- uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **RAWO Infrastruktura Sp. z o.o. z/s w Łodzi** (ul. Targowa 35, 90-043 Łódź),

postanawia:

Jmorzyc postępowanie odwoławcze;

wskazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

wołującego: **Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne "TRAKT" Bobrzak, Teclaw sp. j. z/s w Kutnie** (Woźniaków 110, 99300 Kutno) kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego od odwołania.

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.

.....

Sygn. akt: 321/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 r. przez: wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne "TRAKT" Bobrzak, Teclaw sp. j. z/s w Kutnie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: Gminę Nieborów. Przedmiotem zamówienia publicznego: „Modernizacja obiektu „Bursy” – etap III.” Nr postępowania: 3/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00538238.

Wykonawca podał, że wnosi odwołanie (...) wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, dotyczących:

a. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę RAWO Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi pomimo, że Wykonawca ten:

- nie wykazał spełnienia warunku niezbędnego doświadczenia polegającego na budowie oczyszczalni ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 100 m3 na dobę,
- nie wskazał adresu poprzednio wykonywanych prac w zakresie budowy oczyszczalni ścieków, tj. nie wykonał wezwania Zamawiającego dot. podmiotowych środków dowodowych,
- nie wskazał adresu miejsca wykonania oczyszczalni ścieków o obrotowych złożach biologicznych, tj. nie wykonał wezwania Zamawiającego dot. przedmiotowych środków dowodowych,

b. wyboru oferty RAWO Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi jako oferty najkorzystniejszej, która powinna ulec odrzuceniu.

2. Wskazanym powyżej czynnościom zarzucił naruszenie:

- a) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 p.z.p. poprzez: dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez RAWO Infrastruktura sp. z o.o. i zaniechania jej odrzucenia, pomimo że oferta ta nie odpowiada treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie określonego w rozdziale XIV ust. 1 pkt 4) lit. a) warunku dotyczącego niezbędnego doświadczenia poprzez wykazanie wykonania co najmniej jednego zamówienia polegającego na budowie oczyszczalni ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 100 m3 na dobę, podczas gdy wykonawca nie wykazał spełnienia tego warunku bowiem przedstawił na potwierdzenie spełnienia warunku rozbudowę i przebudowę części technologicznej oczyszczalni ścieków w Lipcach Reymontowskich.
- b) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b, c p.z.p. w zw. z art. 124 p.z.p. w zw. z art. 274 ust. 1 p.z.p. poprzez: dokonanie wyboru oferty złożonej przez RAWO Infrastruktura sp. z o.o. i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo braku uczynienia zadość przez RAWO Infrastruktura sp. z o.o. wezwaniu z dn. 12.01.2024 r. wystosowanego przez Zamawiającego w celu uzyskania niezbędnych informacji w zakresie podmiotowych środków dowodowych potrzebnych do właściwej realizacji postępowania przetargowego, podczas gdy RAWO Infrastruktura sp. z o.o. nie wskazała adresu poprzednio

wykonywanych prac w zakresie budowy oczyszczalni ścieków.

c)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b, c p.z.p. w zw. z art. 107 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez: dokonanie wyboru oferty złożonej przez RAWO Infrastruktura sp. z o.o. i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo braku uczynienia zadość przez RAWO Infrastruktura sp. z o.o. wezwaniu z dn. 08.01.2024 r. wystosowanego przez Zamawiającego w celu uzyskania niezbędnych informacji w zakresie przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających zgodność oferowanych robót z wymaganiami Zamawiającego, podczas gdy Wykonawca RAWO Infrastruktura sp. z o.o. nie dopełnił obowiązku wskazania miejsca wykonania oczyszczalni o technologii tożsamej z tą, w która miała zostać zastosowana zgodnie z przedmiotem zamówienia, tj. oczyszczalni ścieków w technologii obrotowych złóż biologicznych.

3. Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci:

a.wydruku zakładki kontakt ze strony internetowej Gminy Lipce Reymontowskie na wykazanie faktów adresu urzędu Gminy Lipce Reymontowskie oraz braku wskazania przez Wykonawcę RAWO Infrastruktura sp. z o.o. faktycznego miejsca wykonania oczyszczalni,

b.wydruku z KRS Zakładów Drobiarskich „Koziegłowy” sp. z o.o. na wykazanie faktów adresu rejestrowego Zakładów Drobiarskich „Koziegłowy” sp. z o.o. oraz braku wskazania przez Wykonawcę RAWO Infrastruktura sp. z o.o. faktycznego miejsca wykonania oczyszczalni,

c.oświadczeń Bio-set i Kingspan z dnia 26 stycznia 2024 roku na wykazanie faktów braku dostarczenia przez tych producentów oczyszczalni ścieków w technologii obrotowych złóż biologicznych na inwestycję na terenie Zakładu Drobiarskiego Koziegłowy.

4. Wobec wyżej podniesionych zarzutów, wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

a.unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

b. dokonanie ponownej oceny, badania ofert i odrzucenia oferty złożonej przez RAWO Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi,

(...)

Odwołujący wskazał: „W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta Odwołującego zajmie pierwsze miejsce w rankingu ofert, co pozwoli na pozyskanie zamówienia. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania”

Zamawiający w piśmie z dnia 9/02/24) podał: (...) informuję, iż Zamawiający w całości uznał zarzuty Odwołującego tj. Przedsiębiorstwo BudowlanoProdukcyjne „TRAKT” Bobrzak, Teclaw Spółka jawna, Woźniaków 110, 99-300 Kutno wykonał następujące czynności:

1) unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty Wykonawcy RAWO Infrastruktura Sp. z o.o., ul. Targowa 35, 90-043 Łódź

2) unieważnił czynność zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. Wykonawcy RAWO Infrastruktura Sp. z o.o., ul. Targowa 35, 90-043 Łódź.”

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca RAWO Infrastruktura Sp. z o.o., **z/s w Łodzi** (Przystępujący lub uczestnik). Przystępujący w piśmie z dnia 13/02/24 podał w szczególności: (...)

1.zgłaszam sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości

2.wnoszę o oddalenie w całości odwołania wniesionego w dniu 29 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne „TRAKT” Bobrzak, Teclaw sp. j. oraz zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania w postaci wpisu oraz kosztów reprezentacji pełnomocnika”. W uzasadnieniu stanowiska podał: (...) Uwzględniając wezwanie z dnia 9.02.2024 r. w przedmiocie doręczenia pisemnego stanowiska zawierającego odniesienie się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, niniejszym przedstawiam stanowisko Przystępującego — zgłaszającego sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania, w tym odnoszę się do zarzutów odwołania: (...) W konkluzji wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego jednocześnie podał: (...) Przystępujący wskazuje ponadto, że wątpliwości budzi sposób w jaki Zamawiający uwzględnił odwołanie wniesione przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne „TRAKT” Bobrzak, Teclaw Spółka jawna. W pierwszej kolejności w dniu 1.02.2024 r. — jeszcze przed uwzględnieniem odwołania — dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a dopiero później w dniu 9.02.2024 r. — poinformował o uwzględnieniu odwołania”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w piśmie z dnia 9 lutego 2024 r. poinformował, że: (...) *w całości uznał zarzuty Odwołującego tj. Przedsiębiorstwo Budowlano Produkcyjne „TRAKT” Bobrzak, Teclaw Spółka jawna(...) i wykonał następujące czynności: (1) unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy RAWO Infrastruktura Sp. z o.o., (...) (2) unieważnił czynność zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy”.*

Do tego pisma załączył skierowane do wykonawców pisma z dnia 31/01/2024 i z dnia 1/02/24, w których powiadamiał ich o tych czynnościach. W tych pismach wskazując na podstawę prawną z art. 16 i art. 17 ustawy Pzp oraz nawiązując do decyzji z dnia 24/01/2024 o wyborze najkorzystniejszej oferty i informując o popełnionym błędzie - także podał, że powtórzy czynność badania i oceny ofert. Do dnia 15 lutego 2024 r. te czynności nie zostały zaskarżone. Wartość szacunkowa tego przedmiotu zamówienia nie przekracza progów unijnych o jakich stanowi art. 3 ustawy Pzp. Zatem uwzględniając art. 515 pkt 2 lit. a) Pzp mogły być one zaskarżone w terminie 5 dni od daty powzięcia informacji.

Izba ponadto stwierdziła, że podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą: a) *zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę RAWO Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz b) wyboru oferty RAWO (...) jako oferty najkorzystniejszej, która powinna ulec odrzuceniu*”. W związku z tymi zarzutami, wnoszący odwołanie żąda: a) *unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; b) dokonanie ponownej oceny, badania ofert i odrzucenia oferty złożonej przez RAWO (...).*

Z informacji przekazanej w piśmie z dnia 9/02/24 nie wynika uwzględnienie pierwszego z zarzutów dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy RAWO, a drugie z wymienionych żądań związane z tym zarzutem nie zostało na dzień 15.02.2024 r. wykonane. W toku posiedzenia Zamawiający podał, że procedura oceny oferty po unieważnieniu wyboru nie została zakończona.

Przystępujący na posiedzeniu wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie drugiego zarzutu dotyczącego unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. W zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia jego oferty oświadczył, że sprzeciw dotyczył również tego zarzutu.

Analiza materiału w tej sprawie po pierwsze nie potwierdziła, że Zamawiający w piśmie z dnia 9 lutego 2024 r. poinformował Prezesa KIO, że uwzględnił zarzuty w całości. Z informacji nie wynika bowiem, że po unieważnieniu czynności podjął (czy podejmie) działania związane z oceną oferty Przystępującego. Poinformował bowiem tylko o unieważnieniu czynności związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty. Izba zauważa, że te czynności stały się prawomocne z uwagi na brak ich zaskarżenia.

Z kolei z pism skierowanych do wykonawców (pismo z 31/01/24), w których powołał się na przepisy ustawy Pzp jej art. 16 i art. 17, a które odnoszą się do zasad udzielania zamówień publicznych, wynika, że czynności zostały podjęte w ramach samokontroli. Nie było zatem możliwe skuteczne wniesienie przez Przystępującego sprzeciwu wobec informacji przekazanej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 lutego 2024 r. Zamawiający, podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów odwołania, czy to w całości, czy w części, zobowiązany jest poinformować o tym w pierwszej kolejności w odpowiedzi na odwołanie skierowanej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 521 ustawy Pzp. Ważne jest bowiem, aby wola uwzględnienia w całości lub w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu została wyrażona w sposób niebudzący wątpliwości. I od takiej czynności możliwe jest wniesienie sprzeciwu w rozumieniu art. 523 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem: „1. *Uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.*”

W tym stanie faktycznym – prawomocna czynność unieważniająca wybór najkorzystniejszej oferty, której dotyczy pierwszy z zarzutów dokonana została – jak już wskazywała Izba - w ramach samokontroli. Także w ramach samokontroli Zamawiający zadeklarował wykonawcom w pismach ocenę oferty Przystępującego, co jest związane z drugim zarzutem. Natomiast pismo z 9/02/24 skierowane do Prezesa KIO nie zawiera informacji o stanowisku Zamawiającego w takim zakresie. Tym samym sprzeciw jak i próby rozciągnięcia sprzeciwu na drugi z zarzutów Izba uznała za bezskuteczne.

Izba ponadto stwierdza, że dokonanie prawomocnej czynności unieważniającej wybór najkorzystniejszej oferty na tym etapie postępowania czyni drugi z zarzutów – zaniechania odrzucenia oferty RAWO – bezprzedmiotowym, albowiem kluczowy zarzut dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty stanowiący podstawę do sformułowania zarzutów i wniesienia odwołania na dzień rozpoznania odwołania przestał istnieć, co powoduje *de facto* brak substratu zaskarżenia

w postępowaniu.

W konkluzji Izba stwierdza, że w tym stanie rzeczy zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie w oparciu o art. 568 pkt 2 Pzp. Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie stało się zbędne. W sensie prawnym bowiem nie istnieje już czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, której unieważnienia w postępowaniu przed Izbą domaga się w odwołaniu wykonawca. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która uprawomocniła się i tym samym kolejna czynność która zostanie wykonana przez tego zamawiającego, przykładowo związana z ponowną oceny ofert, i jej wynik będą mogły być przedmiotem odrębnego odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 lit.b oraz § 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).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

.....