Sygn. akt KIO 74/23

POSTANOWIENIE

z dnia 18 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Rakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu
18 stycznia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
9 stycznia 2023 r. przez wykonawcę **Gajek Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Fiszera 14, 80-231 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, ul. Żelazna 59 A, 00-848 Warszawa (prowadzący postępowanie: Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku, ul. ks. Fr. Rogaczewskiego 9/19, 80-804 Gdańsk)**
przy udziale wykonawcy **Enerko Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Skrajna 41a, 25-650 Kielce** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.
2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy**Gajek Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Fiszera 14,**
80-231 Gdańsk kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 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: ……

Sygn. akt KIO 74/23

UZASADNIENIE

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie - prowadzący postępowanie: Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku, zwane dalej „Zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie prac elektrycznych, mechanicznych w MEW Michałowo w celu jej uruchomienia".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 października 2022 r. pod nr 2022/S 206-588086.

W dniu 9 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Gajek Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na bezzasadnym wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Enerko Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, zwanego dalej „wykonawcą Enerko", zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1.art. 128 ust. 4 oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, pomimo że Zamawiający powinien żądać od wykonawcy Enerko wyjaśnień, a następnie wezwać do poprawienia błędnie złożonego przez Enerko Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). W części III JEDZ „Podstawy wykluczenia", w sekc C: „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi", na pytanie: „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) winny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?", wykonawca Enerko udzielił odpowiedzi: „Nie". Podmiot związany z wykonawcą Enerko, tj. Instytut OZE sp. z o.o., zarejestrowany pod tym samym adresem co Wykonawca, tj. ul. Skrajna 41a, 25-650 Kielce, był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia na „Wykonanie prac elektrycznych, mechanicznych w MEW Michałowo w celu jej uruchomienia", w związku z tym, udzielona w JEDZ odpowiedź była nieprawidłowa.
2.art. 85 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie w stosunku do wykonawcy Enerko, podczas gdy Zamawiający winien był podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy Enerko w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przez przekazanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem w przygotowanie postępowania podmiotu Instytut OZE sp. z o.o., który należy z Wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej. Zamawiający nie zapewnił też wykonawcy Enerko możliwości udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji (art. 85 ust. 2 ustawy Pzp).
3.art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a ustawy Pzp w związku z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie tych

przepisów, pomimo że Zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy Enerko, bowiem doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania podmiotu Instytut OZE sp. z o. o, (który należy z Wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów), w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia na „Wykonanie prac elektrycznych, mechanicznych w MEW Michałowo w celu jej uruchomienia". Odwołujący stawia ten zarzut z ostrożności procesowej, w razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że Zamawiający zastosował wobec wykonawcy Enerko wymogi opisane w art. 85 ust. 1 i art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej i poinformowanie o tym wykonawców, że oferta wykonawcy Enerko otrzymała maksymalną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert i została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, podczas gdy nie było podstaw prawnych do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.
5. art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, przez ich niezastosowanie, ponieważ Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w sposób nie zapewniający przejrzystości.

Odwołujący wniósł o:

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wezwania Wykonawcy Enerko do złożenia wyjaśnień treści JEDZ oraz poprawienia treści JEDZ, zgodnie z zarzutem nr 2,
3. przekazania Odwołującemu wszelkich istotnych informacji, które Zamawiający przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem podmiotu, który należy z wykonawcą Enerko do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w przygotowanie postępowania oraz przez nienależyte wskazanie w protokole postępowania środków mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji (art. 85 ust. 1 ustawy Pzp). Zamawiający nie zapewnił też wykonawcy Enerko możliwości udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji (art. 85 ust. 2 ustawy Pzp).
4. odrzucenia oferty wykonawcy Enerko, w razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że Zamawiający zastosował wobec wykonawcy Enerko wymogi opisane w art. 85 ust. 1 i art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.
5. powtórzenia oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 10 stycznia 2023 r. przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia informację o wniesieniu odwołania.

W dniu 11 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, zgłosił przystąpienie Enerko Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, zwany „wykonawcą Enerko".

W dniu 12 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynął wniosek, w którym Zamawiający oświadczył, że w dniu 12 stycznia 2023 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie prac elektrycznych, mechanicznych w MEW Michałowo w celu jej uruchomienia", do którego zostało wniesione odwołanie o sygnaturze KIO 74/23. Do złożonego wniosku Zamawiający załączył zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 12 stycznia 2023 r.

Jednocześnie, działając na podstawie art. 568 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia w przypadku (…) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne". Zgodnie z tym przepisem podstawą do umorzenia postępowania jest stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował jednak, o jakie sytuacje chodzi. „Dyspozycją tego przepisu objęte są więc sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego." (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Niewątpliwym jest, że ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze

należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego. W tym stanie faktycznym Zamawiający przed otwarciem rozprawy unieważnił zaskarżoną w odwołaniu czynność (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty), co oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. Unieważnienie zaskarżonej czynności powoduje więc, że spór staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność Zamawiającego. Nie istnieje bowiem tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy też nie. Tym samym postępowanie odwoławcze stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty) przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w , znosi się wzajemnie, a przez art. 574 ustawy Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 15 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący: ……