

POSTANOWENIE
z dnia 19 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w Warszawie w dniu 19 lipca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2023 r. przez: **wykonawcę E.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Hurtownia Materiałów Elektro- Instalacyjnych Candela- 1 E.J. z siedzibą w Głogówku, ul. Dworcowa 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Ozimek z siedzibą w Ozimku, ul. ks. Jana Dzierżona 4B

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum w składzie A.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INELTECH A.B. z siedzibą w miejscowości Schodnia, ul. ks. Piotra Gołąba, nr 2, R.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KRZ R.Z. z siedzibą w miejscowości Sokołowice, Sokołowice 12E, D.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą VOLT-TIM D.R. z siedzibą w Księginicach, ul. Sadowa 22** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1946/23 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 9 000zł. 00 gr (Słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcę E.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Hurtownia Materiałów Elektro- Instalacyjnych Candela- 1 E.J. z siedzibą w Głogówku, ul. Dworcowa 8 tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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 1946/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Modernizacja oświetlenia ulicznego z zastosowaniem opraw ledowych oraz montaż instalacji fotowoltaicznych” Część nr 1 Modernizacja oświetlenia ulicznego z zastosowaniem opraw ledowych. Część nr 2 Montaż instalacji fotowoltaicznych zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00098783/01.

W dniu 30 czerwca 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 5 lipca 2023 r. E.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Hurtownia Materiałów Elektro- Instalacyjnych Candela- 1 E.J. z siedzibą w Głogówku, ul. Dworcowa 8 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 lipca 2023 r. udzielonego przez właściciela firmy. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) Art. 109 ust.1 pkt 8) ustawy w związku z art. 226 ust.1 pkt 2) a) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum firm: INELTECH ARTUR BATOR Ul. Gołąba 2, 46040 Schodnia, K.R. Sokołowice 12E, 56-400 Oleśnic VOLT-TIM R.D. ul. Sadowa 22, 55-100 Księginice (dalej także jako „konsorcjum”), mimo tego, że konsorcjum w wyniku działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć wpływ (a nawet miało) na decyzje podejmowane przez zamawiającego, co powinno doprowadzić do odrzucenia oferty konsorcjum.

2) Z ostrożności procesowej art. 109 ust.1 pkt 10) ustawy w związku z art. 226 ust.1 pkt 2) a) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, pomimo tego, że konsorcjum w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje, które wprowadziły w błąd zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję zamawiającego.

3) Z ostrożności procesowej stawiam zarzut naruszenia art.112 ust.1 ustawy w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) b) przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, pomimo, że oferta konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym oferta konsorcjum powinna zostać odrzucona z powodu niespełnienia warunków; konsorcjum bowiem nie legitymuje się doświadczeniem żądanym przez zamawiającego w postaci jednej roboty budowlanej polegającej na montażu, serwisie i konserwacji na kwotę 1 000 000 złotych (lub ewentualnie wykonanie

dwóch robót budowlanych po 600 000 złotych każda), a przedstawił doświadczenie w postaci 26 zleceń (29 protokołów), które są pracami dodatkowymi i eksploatacyjnymi,

4)W konsekwencji zarzutu dotyczącego niespełnienia warunków udziału w postępowaniu stawiam zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust.1 ustawy przez brak wezwania do uzupełnienia dokumentów w sytuacji niespełnienia warunków udziału w postępowaniu,

5)art. 252 ust.1 ustawy przez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty – konsorcjum firm: INTELTECH ARTUR BATOR Ul. Gołąba 2, 46-041 Schodnia, K.R. Sokołowice 12E, 56-400 Oleśnica VOLT-TIM R.D. ul. Sadowa 22, 55-100 Księginice

2)odrzczenia oferty konsorcjum na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt a) ustawy w związku z przepisem art. 109 ust. 1 pkt 8) lub art. 109 ust.1 pkt 10) ustawy

3)ponowny wybór ofert bez oferty konsorcjum

w konsekwencji zarzutu określonego w pkt 4 i 5 o nakazanie zamawiającemu uznania, że konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz wezwanie konsorcjum do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy , w szczególności odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku.

Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia, gdyż oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą. Gdyby zamawiający postępował zgodnie z przepisami prawa to uznałby, że konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym odrzuciłby ofertę konsorcjum, względnie wezwałby do uzupełnienia dokumentów. Odrzucenie oferty konsorcjum spowodowałoby wybór jako oferty najkorzystniejszej -ofertę odwołującego. Względnie wezwanie do uzupełnienia dokumentów mogłoby spowodować, że konsorcjum nie przedstawi wymaganego doświadczenia, co powoduje, że zamawiający wybierze ofertę odwołującego. Utrzymanie w mocy tego rozstrzygnięcia powoduje, że zamawiający wybrał wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a wykonawca, który je spełnia nie został wybrany.

W dniu 6 lipca 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 10 lipca 2023 r. po stronie zamawiającego zgłosiło swój udział Konsorcjum w składzie:

A.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INELTECH A.B. z siedzibą w miejscowości Schodnia, ul. ks. Piotra Gołąba, nr 2, R.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KRZ R.Z. z siedzibą w miejscowości Sokołowice, Sokołowice 12E,

D.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą VOLT-TIM D.R. z siedzibą w Księginicach, ul. Sadowa 22 wnosząc o odrzucenie ww. odwołania jako spóźnionego na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy, względnie oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, tj. odrzuceniu, względnie oddaleniu odwołania. Zamawiający w dniu 30 czerwca 2023 roku poinformował o ponownym wyborze oferty konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Części nr 1 postępowania (pierwszy wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej miał miejsce 6 kwietnia 2023 roku).

Odwołujący stawia zarzuty zmierzające do odrzucenia oferty przystępującego z postępowania w zakresie Części nr 1, ewentualnie wezwania go do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie Części nr 1 dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie), ponieważ kwestionuje prawidłowość i skuteczność wykazania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego. Uwzględnienie odwołania skutkować zatem może odrzuceniem oferty przystępującego z postępowania w zakresie Części nr 1, ewentualnie koniecznością uzupełnienia dokumentów dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie Części nr 1 dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia). W wyniku uwzględnienia odwołania oferta przystępującego utraciłaby więc status oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji przystępujący zostałby (lub co najmniej mógłby zostać) pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia objętego postępowaniem w zakresie Części nr 1. Może zatem ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i osiągnięcia zysku wynikającego z jego realizacji. Odrzucenie odwołania, względnie jego oddalenie, skutkiem czego będzie utrzymanie decyzji zamawiającego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie Części nr 1 postępowania, umożliwiające przystępującemu zawarcie umowy i wykonanie zamówienia objętego postępowaniem w Części nr 1, leży więc w interesie przystępującego. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw z dnia udzielonych przez właścicieli firm wspólnie ubiegających się o zamówienie, zgodnie z odpisami z CEIDG. Do

zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

W dniu 17 lipca 2023 r. przystępujący przedstawił pisemne stanowisko, w którym wniósł o odrzucenie odwołania wniesionego przez odwołującego w dniu 5 lipca 2023 roku na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy, ponieważ odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Wprawdzie odwołujący, uzasadniając dochowanie terminu na wniesienie odwołania, wskazał na 30 czerwca 2023 roku, kiedy to zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Części nr 1, to pominął jednak okoliczność, że 30 czerwca 2023 roku oferta przystępującego została wybrana po raz drugi (pierwszy wybór miał miejsce 6 kwietnia 2023 roku). Wszystkie okoliczności faktyczne, które stanowią podstawę do wniesienia odwołania, tj. kwestionowany wykaz robót oraz dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia podlegały ocenie zamawiającego już przy pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 6 kwietnia 2023 roku, ponieważ zostały złożone na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 28 marca 2023 roku. Były zatem znane lub przy dochowaniu należytej staranności mogły być znane odwołującemu przy pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej. Powinien on zatem wnieść odwołanie już wówczas, jeżeli uznawał, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na naruszenia, jakie obecnie powołuje w odwołaniu. Z ostrożności przystępujący wniósł również o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

W dniu 18 lipca 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania wniesionego przez odwołującego w dniu 5 lipca 2023 r. na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy, albowiem odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zamawiający podzielił stanowisko przystępującego i przedstawił okoliczności faktyczne związane z badaniem oferty przystępującego w zakresie złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 18 lipca 2023 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Termin posiedzenie z udziałem stron był wyznaczony na dzień 19 lipca 2023 r.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i ust. 2 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie aż do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania.

Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a) 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) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy - odwołującemu zwraca się 90% wpisu. W związku z powyższym odwołujący spełnił warunki do zwrotu wpisu. Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiszczył wpis w wysokości 10 000,00 zł., to do zwrotu pozostała kwota 9 000,00 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji postanowienia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: