

Sygn. akt: KIO 1542/20

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kudrowicach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Zawiercie,**

przy udziale **Solartime Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. z i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Zawiercie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa instalacji odnawialnych źródeł energii w podregionie sosnowieckim – Irządze, Łazy, Poręba, Sosnowiec, Szczekociny, Zawiercie*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 maja 2018 r. pod numerem 2018/S 099-225524.

W dniu 6 lipca 2020 r. wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. wniósł odwołanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I i III zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie wyboru ofert najkorzystniejszych w części I i III zamówienia, w sytuacji, w której uwzględnione zarzuty odwołania dotyczyły jedynie części II i w razie rozpoznania uwzględnionego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą nie mogłyby stanowić o ukształtowaniu sytuacji wykonawców w części I i III wobec faktu, że odwołanie nie obejmowało zarzutów skierowanych wobec unieważnionych w dniu 26 czerwca 2020 r. czynności,
- 2) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie wyboru ofert najkorzystniejszych w części I i III zamówienia, w sytuacji, w której Odwołujący został wybrany zgodnie z przepisami ustawy i nie ujawniły się okoliczności uzasadniające konieczność ponownego badania ofert,
- 3) art. 7 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie wyboru ofert najkorzystniejszych w części I i III zamówienia, w oparciu o uwzględnione odwołanie wykonawcy dotyczącego części II, pomimo braku obiektywnych przesłanek na rozciągnięcie skutku uwzględnienia tego odwołania na pozostałe części,
- 4) art. 7 ust. 1. w zw. z art. 91 ust. 1, art. 179 ust. 1, art. 180 w zw. art. 182 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 181 ustawy Pzp, poprzez nieproporcjonalne i nieprzejrzyste rozszerzenie uprawnień wykonawców, którzy nie kwestionowali czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I i III z dnia 20 kwietnia 2020 r., wskutek dopuszczenia możliwości ponowienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w obu częściach,

a w konsekwencji otwarcia nowego terminu do kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty w drodze środków ochrony prawnej.

Odwołujący wskazał, że w dniu 20 kwietnia 2020 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty we wszystkich częściach postępowania. W zakresie części I, II i III za najkorzystniejszą została uznana oferta Odwołującego. W dniu 26 czerwca 2020 r. Zamawiający unieważnił czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzył czynności oceny i badania ofert w zakresie części I, II i III zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, dokonanie powyższych czynności w zakresie części I i III zamówienia jest niezgodne z ustawą z uwagi na fakt, że ich uzasadnienie faktyczne opiera się na wystąpieniu rzekomej wady w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty ustalonej przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym zakończonym umorzeniem na posiedzeniu w dniu 18 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. KIO 922/20. Jak wynika z treści uzasadnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w części I i III, motywacją Zamawiającego do dokonania przedmiotowych czynności był wynik postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, niekwestionowany przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w dniu 29 kwietnia 2020 r. wykonawca Hymon Energy Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia Wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. sp.k. oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z II części postępowania, wskazując na naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 i 4., art. 26 ust. 3 i 4, art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy obejmowały procedurę uzupełniania dokumentów potwierdzających zdolność finansową lub kredytową, zaś dotyczące zaniechania odrzucenia oferty – obejmowały niezgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający odwołanie to uwzględnił, w związku z czym zobligowany był do przeprowadzenia czynności zgodnie z żądaniem odwołania, a zatem wykluczył Odwołującego z II części postępowania oraz odrzucił jego ofertę w tym zakresie.

Odwołujący przystąpił w ustawowym terminie do postępowania po stronie Zamawiającego. Wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego Wykonawca nie złożył jednak sprzeciwu. Decyzja ta podyktowana była faktem, że zasadne okazały się stawiane przez Hymon Energy Sp. z o.o. zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, skutkujące odrzuceniem oferty FlexiPower Group. Wobec zaistniałej sytuacji procesowej, mimo że Odwołujący kwestionował w całości zarzuty odwołania zmierzające do wykluczenia go z części II postępowania, nie istniał po jej stronie interes we wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów i przejęcia roli przeciwnika odwołania w postępowaniu odwoławczym, z uwagi na fakt, że oddalenie odwołania w tym zakresie,

wobec zasadności zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, doprowadziłoby do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że motywacja Zamawiającego do dokonania czynności unieważnienia wyboru ujawniona w treści uzasadnienia informacji z 26 czerwca 2020 r. wyraża się w formule, że uzyskanie informacji wskutek uwzględnienia odwołania Hymon Energy Sp. z o.o. powoduje konieczność reasumpcji wyboru i ponowienia badania ofert. Z powyższego uzasadnienia wynika zatem, że Zamawiającemu można przypisać wolę rozciągnięcia argumentacji Hymon Energy sp. z o.o. na części I, III i IV i wykluczenia Odwołującego na tej podstawie, że nie spełnia on warunku sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt. 5.2.2. SIWZ warunek określony przez Zamawiającego został spełniony jeżeli Wykonawca wykazał, że posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę minimum: 2.000.000 zł dla części I, 9.000.000 zł dla części II, 3.500.000 zł dla części III, 400.000 zł dla części IV. Warunek ten rozszerzony był o zastrzeżenie, że w przypadku złożenia oferty kumulatywnie na więcej niż jedną część zamówienia, wykonawca zobowiązany był wykazać posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę stanowiącą sumę kwot dla odpowiednich zadań. W przypadku Odwołującego była to kwota 14.900.000 złotych.

Odwołujący podniósł, że jeżeli nawet zachodziła wobec niego przesłanka wykluczenia, to złożenie oferty w tej części nie mogło wywołać skutku zastrzeżonego w 5.2.2. SIWZ, czyli rozszerzenia stawianego warunku sytuacji ekonomicznej do 14.900.000 złotych.

Niezależnie od twierdzenia Odwołującego, że spełnił kryteria zdolności finansowej i ekonomicznej dla wszystkich czterech części, podkreślił on, że za zasadnością zarzutów odwołania przemawiają argumenty dotyczące ewentualnych skutków unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jaką jest – co wywieść można z uzasadnienia zawiadomienia o czynności – wykluczenie Odwołującego z części I i III i dokonanie wyboru innych ofert. Taki zamiar Zamawiającego jest – zdaniem Odwołującego – niezasadny. Skoro Odwołujący nie jest wskutek wykluczenia z postępowania jego uczestnikiem w części II, a oferta w tym zakresie *ex lege* na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznana jest za odrzuconą, to sama niekwestionowana przez Hymon Energy Sp. z o.o. w odwołaniu zdolność kredytowa w wysokości 12.100.000 złotych przekracza wymaganą zdolność kredytową potwierdzającą sytuację ekonomiczną dla spełnienia warunków udziału w części I, III i IV postępowania (5.900.000 złotych).

Odwołujący podkreślił, że wykluczenie jest najdalej idącą sankcją wobec wykonawcy, zamykającą wykonawcy możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia, a więc zamykającą drogę do porównywania ofert. Wobec związania zarówno Zamawiającego jak i Odwołującego wykluczeniem w zakresie części II, ocena ofert oraz ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu odbyć powinna się z tym założeniem, że Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w części I, III i IV. Skutek wykluczenia Odwołującego determinuje, że nawet sama niekwestionowana w odwołaniu Hymon Energy zdolność kredytowa wykonawcy wystarczy do spełnienia warunków postawionych w SIWZ przez Zamawiającego. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na tej tylko przesłance, że Zamawiający uwzględnił odwołanie skutkujące wykluczeniem w części II jest zatem skutkiem niepoprawnego wnioskowania Gminy Zawiercie. Skoro bowiem Zamawiający dokonał takiego wykluczenia w jednej z części, to z uwagi – na wynikające ze związania – niespełnienie przesłanek podmiotowych zmienił wymagania sytuacji ekonomicznej stawiane temu wykonawcy, jako dopuszczonemu do składania oferty jedynie w części I, III i IV.

Odwołujący zaznaczył, że uwzględnione odwołanie Hymon Energy Sp. z o.o. w zakresie wniosków wiąże Zamawiającego jedynie w części II – wynika to literalnie z treści odwołania oraz faktu, że Hymon Energy jako wykonawca, który nie składał oferty w pozostałych częściach nie posiadał interesu w wykluczeniu Odwołującego z innych części postępowania, co negatywnie warunkuje rozciągnięcie uwzględnienia zarzutów na części I, III i IV. Niezależnie jednak od powyższego, Odwołujący nie podlega przesłankom wykluczenia w ww. częściach. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Odwołujący złożył, na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, opinie bankowe z 11 lutego 2020 r. oraz z 9 stycznia 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 27 marca 2020 r., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia informacji banku lub SKOK, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wskazując, że o ile złożona opinia potwierdza spełnienie warunku dla każdej części odrębnie, to nie potwierdza spełnienia warunku posiadania środków lub zdolności kredytowej w kwocie łącznej dla czterech zadań. Wobec nieprecyzyjnego uzasadnienia wezwania wykonawca wyjaśnił w piśmie z 30 marca 2020 r., że warunek został potwierdzony poprzez wykazanie kumulatywnej zdolności finansowej i kredytowej. W istocie załączone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 opinie bankowe potwierdzały, że w okresie miesiąca poprzedzającego złożenie oferty Odwołujący posiadał kumulatywną zdolność finansową lub kredytową w wysokości przenoszącej wartość 14.900.000 złotych. Zestawienie całkowitych średnich miesięcznych obrotów oznacza bowiem, że saldo konta księgowego (różnica między stroną Wn, a Ma) przenosiło środki o wysokości co najmniej liczby ośmiocyfrowej

w dolnym przedziale. Oznacza to, że każdorazowo suma dostępnych środków (saldo dostępnego) wraz ze zdolnością kredytową w powyższych okresach nie mogła być mniejsza niż kwota 14 900 000 zł przy uwzględnieniu, że zdolność kredytowa w opiniach z 9 stycznia 2020 r. oraz 11 lutego 2020 r. określona była na wysokość 12.100.000 złotych. Powyższe okoliczności potwierdzają zaświadczenia wydane przez ING Bank Śląski z dnia 1 lipca 2020 r., mianowicie w okresach:

- od 1 września 2019 r. do 30 listopada 2019 r. (okres z załączonej na wezwanie z art. 26 ust. 1 opinii bankowej)
- od 1 października 2019 r. do 31 grudnia 2019 r. (okres z załączonej na wezwanie z art. 26 ust. 1 opinii bankowej)
- od 21 grudnia 2019 r. do 21 stycznia 2020 r. (okres miesiąca poprzedzającego dzień składania oferty)
- każdorazowo wartość kumulatywna obu zdolności przenosiła wysokość 14.900.000 złotych.

W związku z powyższym, niezależnie od okoliczności podnoszonych w uzasadnieniu odwołania Hymon Energy sp. z o.o., Odwołujący spełniał warunek określony w pkt 5.2.2. SIWZ, warunek ten został wykazany i nie istnieją podstawy do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania w częściach I, III i IV. Tym samym decyzja Zamawiającego o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i III jest nieprawidłowa, gdyż nie zachodziły przesłanki uzasadniające dokonanie autokorekty własnej decyzji.

Odwołujący podniósł, że celem postępowania jest – zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp – wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym unieważnianie czynności, która cel ten spełnia (z której wynika wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z ustawą) stoi w sprzeczności z zasadą przejrzystości oraz uczciwej konkurencji oraz zasadą obiektywizmu i legalizmu określonymi w art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że o ile Zamawiający ma prawo korygować czynności dokonane przez siebie w postępowaniu jako jego gospodarz, czynności te winny czynić zadość zasadom uczciwej konkurencji. Żaden z konkurujących z Odwołującym w części I i III wykonawców nie kontestował zasadności i zgodności z prawem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I i III. Unieważnienie wyboru oraz doprowadzenie do ponownego badania ofert i w konsekwencji „nowego” wyboru powoduje nieproporcjonalne i nieprzejrzyste rozszerzenie uprawnień wykonawców, którzy pomimo faktu, że nie kwestionowali czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I i III z dnia 20 kwietnia 2020 r., wskutek dopuszczenia możliwości ponowienia czynności wyboru najkorzystniejszej

oferty w obu częściach otrzymają nowe uprawnienie do kwestionowanie wyboru najkorzystniejszej oferty w drodze środków ochrony prawnej, dla których termin będzie płynął od dokonania nowego wyboru. Ponieważ uprawnienia do kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej przysługują wykonawcom, których oferty zostały ocenione niżej niż oferta najkorzystniejsza, kwestionowana czynność w sposób nieuzasadniony zasadami proporcjonalności wzmacnia pozycję innych wykonawców biorących udział w postępowaniu względem odwołującej. Pozostawanie w mocy czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowny proces badania ofert miałoby taki wpływ na wynik, że czynności podejmowane przez Zamawiającego w stosunku do oferty Odwołującego mogłyby być kwestionowane w drodze środków ochrony prawnej przez innych wykonawców, mimo że termin taki upłynął już jednokrotnie po wyborze z dnia 20 kwietnia 2020 r. Uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty będzie skutkowało tym, że zamówienie zostanie udzielone zgodnie z przepisami ustawy i bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w części I i III oraz nakazanie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia dalej w oparciu o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 20 kwietnia 2020 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Solartime Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 3.1. SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 1068 instalacji solarnych, 2034 mikroinstalacji fotowoltaicznych, 692 instalacji z pompą ciepła powietrzną na potrzeby ciepłej wody lub centralnego ogrzewania oraz 162 instalacji z kotłem na biomasę — pellet w ramach programu pn. „Budowa instalacji odnawialnych źródeł energii w podregionie sosnowieckim — Irządze, Łazy, Poręba, Sosnowiec, Szczekociny, Zawiercie” na nieruchomościach

prywatnych zlokalizowanych w: gminie Irządze, gminie Łazy, gminie Poręba, gminie Sosnowiec, gminie Szczekociny oraz gminie Zawiercie, w podziale na cztery części:

- Część I: dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 1068 instalacji solarnych: wykonanie dokumentacji projektowych instalacji solarnych na prywatnych budynkach lub na gruncie należących do mieszkańców gmin Irządze, Łazy, Poręba, Sosnowiec, Szczekociny i Zawiercie oraz dostawa elementów instalacji i przeprowadzenie na miejscu montażów instalacji solarnych w oparciu wykonaną dokumentację projektową wraz z uruchomieniem i instruktażem;
- Część II: dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 2034 mikroinstalacji fotowoltaicznych: wykonanie dokumentacji projektowych 2034 mikroinstalacji fotowoltaicznych na prywatnych budynkach lub na gruncie należących do mieszkańców gmin Irządze, Łazy, Poręba, Sosnowiec, Szczekociny i Zawiercie, dostawa elementów instalacji i przeprowadzenie na miejscu montażu instalacji wraz z infrastrukturą towarzyszącą i przyłączeniem do wewnętrznej instalacji elektroenergetycznej w oparciu o wykonaną dokumentację projektową wraz z uruchomieniem instalacji i instruktażem;
- Część III: dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 692 instalacji z pompą ciepła powietrzną: wykonanie dokumentacji projektowych 692 instalacji z pompą ciepła powietrzną na potrzeby ciepłej wody lub centralnego ogrzewania w prywatnych budynkach lub na gruncie należących do mieszkańców gmin Irządze, Łazy, Poręba, Sosnowiec, Szczekociny i Zawiercie oraz dostawa elementów instalacji i przeprowadzenie na miejscu montażów instalacji pomp ciepła powietrznych w oparciu wykonaną dokumentację projektową wraz z uruchomieniem i instruktażem;
- Część IV: dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 162 instalacji kotłów na pellet: wykonanie dokumentacji projektowych 162 instalacji kotłów na pellet w prywatnych budynkach należących do mieszkańców gmin Irządze, Łazy, Poręba, Sosnowiec, Szczekociny i Zawiercie oraz dostawa elementów instalacji i przeprowadzenie na miejscu montażów instalacji kotłów na pellet w oparciu wykonaną dokumentację projektową wraz z uruchomieniem i instruktażem.

W punkcie 5.2.2. SIWZ Zamawiający określił następujący warunek w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej:

Zamawiający określa, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę minimum:

- 1) 2.000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych) dla części I;
- 2) 9.000.000,00 zł (słownie: dziewięć milionów złotych) dla części II;

- 3) 3.500.000,00 zł (słownie: trzy miliony pięćset tysięcy złotych) dla części III;
- 4) 400.000,00 zł (słownie: czterysta tysięcy złotych) dla części IV.

Po wyborze w dniu 20 kwietnia 2020 r. oferty Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k., w dniu 29 kwietnia 2020 r. wykonawca Hymon Energy Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie części II zamówienia, zarzucając Zamawiającemu m.in. zaniechanie wykluczenia Flexipower Group z uwagi na niewykazanie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu Hymon Energy, a Flexipower Group, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec tego uwzględnienia. W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze (postanowienie z 18 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 922/20).

Wykonując żądania uwzględnionego odwołania Zamawiający w dniu 26 czerwca 2020 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w zakresie części II zamówienia.

Ponadto w tej samej dacie Zamawiający poinformował o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzeniu czynności badania i oceny ofert również w zakresie części I i III zamówienia. Zamawiający podał następujące uzasadnienie tej decyzji:

(...) W dniu 29.04.2020r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej odwołanie przez Wykonawcę HYMON ENERGY sp. z o.o. ul. Dojazd 16a, 33-100 Tarnów, w zakresie części II. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w zakresie części II postępowania m.in.:

- 1) *art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt. 12 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Flexipower Group z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty wykonawcy Flexipower Group za odrzuconą, pomimo że Wykonawca Flexipower Group nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;*
- 2) *art. 26 ust. 3 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 4 ustawy pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego kolejnego wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu z tych samych względów co poprzednio jak i poprzez uwzględnienie przez Zamawiającego przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dokumentów, których wykonawca Flexipower Group nie złożył w odpowiedzi na wcześniejsze wezwanie do uzupełnienia (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) ale dopiero w odpowiedzi na późniejsze wezwanie do złożenia wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy pzp);*

Nadmienić należy, iż zarzuty te miały również wpływ na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie części III postępowania przez Wykonawcę FLEXIPOWER GROUP sp. z o.o. sp.k., Kudrowice 12, 95-200 Pabianice.

Do toczącego się postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca: FLEXIPOWER GROUP sp. z o.o. sp.k., Kudrowice 12, 95-200 Pabianice.

Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania, zarzutami odwoławczymi sformułowanymi przez Odwołującego, uzasadnieniem tych zarzutów oraz żądaniami w odwołaniu, postanowił uwzględnić odwołanie w całości.

W dniu 18.06.2020r. odbyło się posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej, które to, z racji braku sprzeciwu przystępującego do odwołania po stronie Zamawiającego, zostało umorzone.

W związku z powyższym uznać należy, że Wykonawca FLEXIPOWER GROUP sp. z o.o. sp.k. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu co do żadnej części postępowania. Dlatego też Zamawiający podjął decyzje o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uznał dokonane przez siebie czynności (wybór najkorzystniejszej oferty) z dnia 20.04.2020 .r za obarczone wadą, uzasadniającą ich unieważnienie.

Na dzień wyrokowania w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania. Według oświadczenia Zamawiającego, trwa badanie spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. 2. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne

Art. 7 ustawy Pzp stanowi:

- ust. 1: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
- ust. 2: Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.
- ust. 3: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach I i III nie narusza żadnego z przywołanych przepisów ustawy, które zostały wskazane w odwołaniu.

Po pierwsze zauważenia wymaga, że Izba ocenia czynności Zamawiającego ex post, nie podlegają natomiast uprzedniej ocenie Izby przewidywane przez wykonawców działania zamawiającego. Jak stanowi art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem przedmiotem odwołania może być dokonana przez Zamawiającego czynność lub zaniechanie określonej czynności.

Z uwagi na powyższe, w niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba nie miała podstaw dokonywać oceny, czy Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej, czy też brak jest podstaw do takiego wykluczenia. Obecnie, na dzień wyrokowania, nie zaistniała czynność w postaci wykluczenia Odwołującego z postępowania, badanie spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu jest w toku. Jeśli czynność taka zostanie dokonana, wykonawcy będzie przysługiwać prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W związku z tym ocenie Izby podlegała wyłącznie kwestia tego, czy Zamawiający mógł unieważnić czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I i III zamówienia.

Odnosząc się do tej kwestii, po pierwsze należy stwierdzić, że nie ma wątpliwości, iż skutki procesowe orzeczenia wydanego w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 922/20 dotyczą tylko tego, co w tamtym postępowaniu było przedmiotem sporu. W związku z uwzględnieniem w całości zarzutów zawartych w odwołaniu wykonawcy Hymon Energy, Zamawiający – stosownie do art. 186 ust. 3 ustawy Pzp – miał prawny obowiązek dokonania czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego przez siebie odwołania, które dotyczyło

części II zamówienia. Nie oznacza to jednak, że istniał zakaz weryfikacji prawidłowości czynności podjętych przez Zamawiającego w zakresie części I i III.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający ma prawo weryfikowania i ewentualnego korygowania swoich czynności. Żaden przepis ustawy (w tym również żaden z przepisów, których naruszenie zarzuca Odwołujący) nie stoi na przeszkodzie temu, aby Zamawiający, kiedy poweźmie wątpliwości co do prawidłowości swoich wcześniejszych działań, unieważnił dokonaną czynność i ponownie przeanalizował, czy była ona prawidłowa. Biorąc pod uwagę, że celem postępowania przetargowego jest dokonanie zgodnego z przepisami wyboru oferty i udzielenia zamówienia, to w sytuacji, gdy ujawniają się przesłanki, które budzą jakąkolwiek wątpliwość, autoweryfikacja czynności Zamawiającego jest nie tylko dopuszczalna, ale i uzasadniona. Zamawiający bowiem musi działać z poszanowaniem wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości. Skoro w jednej z części postępowania wybór oferty okazał się nieprawidłowy, to Zamawiający powinien ocenić, czy analogiczna sytuacja nie zachodzi w przypadku innych części. Ignorowanie wątpliwości w tym zakresie mogłoby narazić Zamawiającego na zarzuty naruszenia ww. zasad, a w przypadku zamówień finansowanych ze środków unijnych – dodatkowo na korekty finansowe związane z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Dlatego nie sposób oczekiwać, że mimo poważnych wątpliwości Zamawiający, zamiast przeanalizować ponownie sytuację, będzie ignorował te wątpliwości i uporczywie stał na stanowisku, że raz dokonany wybór oferty musi pozostać w mocy.

Naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie sposób natomiast dopatrzeć się w unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, biorąc pod uwagę, że czynność taka umożliwia jedynie ponowne zbadanie dokumentów, a efekt tego badania jest obecnie nieznany. Nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że naruszenie równego traktowania polega na tym, że ewentualny ponowny wybór oferty Odwołującego niezasadnie otworzy innym wykonawcom termin do zaskarżenia tego wyboru. Zauważyć należy, że w przypadku wniesienia takiego odwołania Izba będzie zobowiązana z urzędu ustalić, czy odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego, że wniesienie odwołania przed zakończeniem ponownego badania ofert przez Zamawiającego, uzasadnione było tym, że odwołanie wniesione po takiej czynności mogłoby zostać odrzucone jako dotyczące czynności zgodnej z żądaniami uwzględnionego odwołania, co do którego uwzględnienia Odwołujący nie wniósł jako Przystępujący sprzeciwu. Zauważyć należy, że żądania odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 922/20 nie odnosiły się do części I i III zamówienia, brak jest zatem podstaw do twierdzenia, że określona w art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

przesłanka odrzucenia odwołania będzie odnosiła się do ewentualnego odwołania dotyczącego tych części, które nie były do tej pory przedmiotem postępowania odwoławczego.

Dodatkowo Izba zauważa, że niezrozumiałe jest zarzucanie przez Odwołującego, że Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Pierwszy z tych przepisów dotyczy bezstronności i obiektywizmu osób prowadzących postępowanie o udzielenie zamówienia, tymczasem Odwołujący nie podnosił żadnych okoliczności faktycznych, które by taką bezstronność i obiektywizm podważały. Drugi z ww. przepisów zobowiązuje do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie wiadomo, na czym miałyby polegać naruszenie tego przepisu w sytuacji, gdy zamówienie nie zostało udzielone. Co więcej, na dzień orzekania nie została nawet wybrana oferta najkorzystniejsza, brak jest więc również podstaw do zarzucenia Zamawiającemu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: