

Sygn. akt: KIO 3099/22

POSTANOWIENIE
z dnia 6 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 6 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2022r. przez odwołującego: **Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe "Mado" A. M.** (ul. Leśna 3, 08-330 Kosów Lacki) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **GMINA - MIASTO SIEDLCE** (ul. Skwer Niepodległości 2, 08-110 Siedlce),

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe "Mado" A. M.** (ul. Leśna 3, 08-330 Kosów Lacki) kwoty **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej kwotę uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze 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**.

.....

Sygn. akt: KIO 3099/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 22 listopada 2022 r. przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe "Mado" A. M. (ul. Leśna 3, 08-330 Kosów Lacki) (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina-Miasto Siedlce na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego pn.: „Konserwację i modernizację oświetlenia drogowego na obszarze Miasta Siedlce”. Numer referencyjny: F.271.47.2022; Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 27.10.2022r. pod nr 2022/BZP 00413118.

Odwołujący w odwołaniu wskazał na (...) *niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:*

I. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Instal – Tech P. I., (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

II. zaniechaniu odrzucenia oferty Instal – Tech P. I. (...)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że (...) *powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem:*

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Instal – Tech P. I. (...) ze względu na to, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Instal – Tech P. I., (...), pomimo iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje.”

Wykonawca wskazał: „*Powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Wybór oferty Instal – Tech P. I., (...) pozbawia zatem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i pozbawia go przez to możliwości osiągnięcia zysku. W przypadku bowiem odrzucenia oferty Instal – Tech P. I. (...) oferta Odwołującego będzie znajdowała się na drugiej pozycji w rankingu. To daje odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia w przyszłości, nie wiadomo bowiem czy oferta wykonawcy Zakład Elektrotechniczny ZELTECH S. P. (...), nie zostanie odrzucona lub wykonawca nie wycofa się z postępowania. Wówczas*

oferta Odwołującego staje się ofertą najkorzystniejszą. Na chwilę obecną Odwołujący nie ma możliwości wniesienia odwołania na ewentualny wybór oferty Zakład Elektrotechniczny ZELTECH S. P. (...), co jednak nie pozbawia go interesu do wniesienia odwołania. Zatem, Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku bezprawnego działania Zamawiającego. Dlatego też, Odwołujący spełnia wymogi określone w przepisie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż posiada interes w uzyskaniu zamówienia (wniesieniu odwołania) oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- I. unieważnienia czynności wyboru oferty Instal – Tech P. I. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- II. dokonania czynności odrzucenia oferty Instal – Tech P. I.,
- III. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego do dnia 6 grudnia 2022 r. nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego żaden z wykonawców. Termin na jego zgłoszenie upływał w dniu 28 listopada 2022 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (w piśmie z dnia 5 grudnia 2022 r.) podał: (...) *działając na podstawie art. 521 i art. 522 ust. 1 ustawy z 11 września 2021 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp” w wyniku wniesionego w dniu 23 listopada 2022r. odwołania przez Odwołującego - Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „MADO” A. M., ul. Leśna 3, 08—330 Kosów Lacki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Konserwacja i modernizacja oświetlenia drogowego na obszarze miasta Siedlce, sygn. F.271.47.2022, oświadcza, że uwzględni odwołanie w całości, w sposób następujący:*

1) *unieważnił czynność wyboru oferty Wykonawcy INSTAL – TECH P. I., ul. Romanówka 1, 08-110 Siedlce (w załączeniu „zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej” z dnia 23 listopada 2022r.),*

2) *powtórzył czynność badania i oceny ofert,*

3) *wezwał Wykonawcę - INSTAL – TECH P. I., ul. Romanówka 1, 08-110 Siedlce a) na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych w zakresie:*

- *„zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby (...)” oraz*

- *wykazu usług (...),*

b) na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia nowego wykazu usług (...) (w załączeniu wezwanie z dnia 28 listopada 2022r.),

4) odrzucił ofertę Wykonawcy INSTAL – TECH P. I., (...) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) ustawy Pzp (w załączeniu Wniosek Komisji Przetargowej)”.

Izba zważyła, co następuje:

Analiza materiału zgromadzonego w aktach sprawy odwoławczej doprowadziła Izbę do przekonania, że postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie stało się zbędne, ponieważ Zamawiający unieważnił zaskarżoną czynność wyboru oferty wykonawcy INSTAL – TECH P. I.. Następnie, jak oświadczył w odpowiedzi na odwołanie z dnia 5.12.2022 r. powtórzył czynność badania i oceny ofert, wezwał wykonawcę - INSTAL – TECH P. I. na podstawie: a) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych w zakresie: „zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby (...)” oraz wykazu usług (...), a na podstawie b) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia nowego wykazu usług (...), 4) odrzucił ofertę Wykonawcy INSTAL – TECH P. I.. Z załączonego wniosku Komisji przetargowej z dnia 2.12.2022 r. na który wskazał Zamawiający w odpowiedzi wynika, że Komisja, co do podstaw odrzucenia oferty zaskarżonej w odwołaniu podała: „*odrzucenie Wykonawcy Instal — Tech P. I., (...) na podstawie art. 226 ust. 1 lit. 2 b ustawy PZP , który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w dniu 28.11.2022r. wystosował do Wykonawcy pismo na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP w celu złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych dokumentów (tj. wykazu usług, zobowiązania podmiotu (...)) bądź złożenia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nowego wykazu usług. Wykonawca do dnia wskazanego w wezwaniu tj. 30.11.2022 r. nie dostarczył Zamawiającemu żądanych dokumentów. Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu wymagany w pkt. 9.2 SWZ. Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 lit. 2 b ustawy Pzp odrzucił ofertę Wykonawcy*”. Komisja przetargowa także wnioskuje o „*wezwanie Wykonawcy ZELTECH (...) na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy PZP do złożenia podmiotowych środków dowodowych wymaganych w dokumentach zamówienia*”. Ta okoliczność była także uwzględniana przez Odwołującego zgodnie z treścią uzasadnienia interesu wykonawca we wniesieniu odwołania.

Zatem w sensie prawnym nie istnieją już czynności, których unieważnienia w postępowaniu przed Izbą domagał się wnoszący odwołanie wykonawca, a mianowicie: unieważnienia czynności wyboru oferty Instal – Tech P. I. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, dokonania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz powtórzenia

czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu. W tych okolicznościach należało uznać zatem, że Zamawiający poprzez dokonanie reasumpcji jego decyzji w postępowaniu o udzielenie zamówienia doprowadził do unicestwienia i wyeliminowania z obrotu prawnego czynności, którym Odwołujący zarzucił w odwołaniu niezgodność z przepisami ustawy PZP, a tym samym Zamawiający zrealizował najdalej idące wnioski odwołania.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na umorzenie tego postępowania na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy PZP koszty postępowania odwoławczego zostały wzajemnie zniesione między stronami. Izba orzekła też o nakazaniu zwrotu wpisu od odwołania uiszczzonego przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....