Sygn. akt: KIO 3065/23

POSTANOWIENIE

z dnia 7 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 7 listopada 2023 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 roku przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu

przy udziale wykonawcy ADAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Koziegłówkach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu;

3. znieść w pozostałym zakresie koszty między stronami.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r., poz. 1605 ze zmianami), 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 3065/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wynajem z montażem i demontażem dekoracji świątecznych na terenie miasta Bytomia w sezonach 2023/2024 z możliwością zastosowania opcji.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2023 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 16 października 2023 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe IPB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

1) odrzuceniu przez zamawiającego w dniu 10 października 2023 r. oferty odwołującego z uwagi na:

a) brak potwierdzenia projektu technicznego przez uprawnionego konstruktora,

b) brak opisu zabezpieczenia wszystkich dekoracji w przypadku aktów wandalizmu, w szczególności: sposób działania urządzeń, posiadanie określonych funkcji, posiadanie niezbędnych cech użytkowych, jedynie wskazanie numeru normy wytrzymałościowej IK06(EC 62262:2002),

c) brak parametrów, z których wynika procent obniżenia zużycia prądu po zastosowaniu reduktora mocy w poz. 12 Tabela A Formularza ofertowego, tj. Fiat 126p z choinką na dachu,

d) brak certyfikatów ekologicznych do wglądu,

2) wyborze przez zamawiającego w dniu 10 października 2023 r. oferty wykonawcy Adal sp. z o.o. (dalej: wykonawca lub przystępujący),

3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na jej sprzeczność z warunkami zamówienia, tj.:

a) sprzeczność projektu technicznego złożonego przez Wykonawcę, w zakresie: wymiaru karuzeli (poz. 3), opisu dekoracji poz. 22 (dwa świerki), opisu dekoracji poz. 16 (choinki do labiryntu) oraz sprzeczność opisu dekoracji poz. 28 (Skwer na Stroszku/Choinka),

b) a w przypadku uznania, aczkolwiek błędnego, że podstawy wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 10 października 2023 r. uprawniały Zawiadamiającego do odrzucenia oferty IPB - zaniechaniu odrzucenia oferty także z uwagi

na brak opisu zabezpieczenia wszelkich dekoracji w przypadku aktów wandalizmu, niezastosowanie wymaganych parametrów obniżenia prądu po zastosowaniu reduktora mocy w poz. 12 (Fiat 126p z choinką na dachu), a także brak certyfikatów ekologicznych do wglądu.

Odwołujący zarzucił zamawiającego następujących przepisów:

1) art. 226 ust. I pkt 5 w zw. z art. 107 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez błędne zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, podczas gdy oferta odwołującego oraz przedmiotowy środek dowodowy, jakim jest projekt techniczny odwołującego, odpowiada warunkom zamówienia, w szczególności potwierdza zgodność z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert;

2) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. przez ich niewłaściwe zastosowanie i przedwczesny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, mimo iż podlegała odrzuceniu z przyczyn wskazanych w odwołaniu, jak również bez uprzedniego prawidłowego zbadania i oceny oferty odwołującego, która była korzystniejsza cenowo, niż oferta Wykonawcy;

3) art. 223 ust. 1 oraz art. 107 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści opisu technicznego, w szczególności w zakresie zabezpieczenia dekoracji przed atakami wandalizmu, zastosowanego reduktora zużycia prądu, a także posiadania do wglądu certyfikatów ekologicznych, a wobec tego dokonanie przez zamawiającego we własnym zakresie ustaleń oraz oceny oferty odwołującego, które okazały się błędne i niewłaściwe, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości,

4) art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zarzutu rażącego zaniżenia ceny, w sposób umożliwiający odwołującemu merytoryczne zajęcie w tej sprawie stanowiska;

5) art. 253 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprzedstawienie przez zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego wyczerpującego, rzetelnego oraz przejrzystego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego,

6) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. przez brak zastosowania, polegający na braku odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na:

a) sprzeczność projektu technicznego złożonego przez Wykonawcę, w zakresie: wymiaru karuzeli (poz. 3), opisu dekoracji poz. 22 (dwa świerki), opisu dekoracji poz. 16 (choinki do labiryntu) oraz sprzeczność opisu dekoracji poz. 28 (Skwer na Stroszku/Choinka),

b) a w przypadku uznania, aczkolwiek błędnego, że podstawy wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 10 października 2023 r. uprawniały zawiadamiającego do odrzucenia oferty odwołującego – zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy także z uwagi na brak opisu zabezpieczenia wszelkich dekoracji w przypadku aktów wandalizmu, niezastosowanie wymaganych parametrów obniżenia prądu po zastosowaniu reduktora mocy w poz. 12 (Fiat 126p z choinką na dachu), a także brak certyfikatów ekologicznych do wglądu, a w konsekwencji naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W związku z powyższymi zarzutami, na podstawie przepisu art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a i b PZP, odwołujący wniósł o:

1) merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości;

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) wraz z załącznikami, oferty odwołującego wraz z załącznikami, jak również dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

3) nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 10 października 2023 r. w postaci odrzucenia oferty odwołującego,

b) unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 10 października 2023 r. w postaci wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej,

c) odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia,

d) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym ewentualne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty,

e) ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

f) alternatywnie: w przypadku oddalenia odwołania w zakresie żądania z lit. a, b, d powyżej, a uwzględnienia odwołania w zakresie lit. c, o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p.,

4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, tj. zwrotu uiszczonego przez odwołującego wpisu w

kwocie 7.500 zł, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, jak również ewentualnych kosztów dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej, w wysokości wskazanej na posiedzeniu.

Zamawiający na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2023 roku wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na jego bezprzedmiotowość, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku – o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca ADAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Koziegłówkach.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający po złożeniu odwołania w niniejszej sprawie unieważnił w dniu 17 października 2023 r. wybór najkorzystniejszej oferty oraz przystąpił do ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający nie unieważnił czynności odrzucenia oferty odwołującego. W dniu 20 października 2023 roku zawiadomił o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący w dniu 25 października 2023 r. wniósł drugie odwołanie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, zaskarżając czynności zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, zaniechaniu unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego (mimo jednoczesnego przystąpienia w dniu 20 października 2023 r. do jej merytorycznej oceny), jak również wybór w dniu 20 października 2023 r. oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Dyspozycją wskazanego przepisu objęte są sytuacje, w których czynność zamawiającego, wobec której podniesiono zarzuty odwołania, została przez zamawiającego unieważniona. Wówczas spór staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy P.z.p., nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy, o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy P.z.p., należy analogicznie – jak w art. 316 § 1 K.p.c. – interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązania uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro zamawiający unieważnił w dniu 17 października 2023 r. wybór najkorzystniejszej oferty oraz przystąpił do ponownego badania i oceny ofert, tym samym czynności stanowiące podstawę wniesienia środka ochrony prawnej (wybór, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego i zaniechanie odrzucenia jego oferty) przestały istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezprzedmiotowe, czyli – jak stanowi przepis ustawy P.z.p. – zbędne.

Odnosząc się natomiast do faktu, iż zamawiający nie unieważnił czynności odrzucenia oferty odwołującego, a mimo to przystąpił do jej ponownej oceny i tej oceny dokonał, Izba stwierdziła, że nie mogą istnieć w danym postępowaniu w tym samym czasie dwie sprzeczne ze sobą czynności, tj. czynność odrzucenia oferty odwołującego i czynność polegająca na dokonaniu jej oceny. Stan taki prowadziłby do chaosu prawnego z uwagi na niejasny status kolejnych czynności dokonywanych przez zamawiającego po dokonaniu czynności odrzucenia oferty odwołującego. Stan faktyczny zaistniały w przedmiotowej sprawie doprowadził zatem w ocenie Izby do sytuacji, w której odrzucenie oferty odwołującego zostało unieważnione drogą faktycznie dokonanych czynności kolejnych. W szczególności dokonanie oceny oferty odwołującego w istocie należy uznać za derogującą czynność jej odrzucenia. Tym samym czynność późniejsza zastępuje w tym wypadku czynność wcześniejszą. Dlatego Izba uznała czynność odrzucenia oferty odwołującego za pozbawioną mocy prawnej i doszła do przekonania, że również w przypadku tej czynności zachodzi konieczność umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy P.z.p.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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.

Na podstawie art. 574 ustawy P.z.p. Izba orzekała o dokonaniu zwrotu odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 7 500 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy P.z.p.

Przewodniczący: .....