

Sygn. akt: KIO 3177/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 10 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Joanna Stankiewicz-Baraniak Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 10 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r. przez wykonawcę Elfeko spółkę akcyjną z siedzibą w Gdyni przy ul. Hutniczej 20a (81-061 Gdynia) w postępowaniu prowadzonym przez Energa-Operator spółkę akcyjną z siedzibą w Gdańsku przy ul. Marynarki Polskiej 130 (80-557 Gdańsk) Oddział w Koszalinie z siedzibą w Koszalinie przy ul. Morskiej 10 (75-950 Koszalin)

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy ATREM spółki akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy przy Placu Kościeleckich 3 (85-033 Bydgoszcz)

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Elfeko spółki akcyjnej z siedzibą w Gdyni, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.
3. Znieść w pozostałym zakresie koszty między Stronami.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3177/24

Uzasadnienie

Energa-Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku Oddział w Koszalinie zwana dalej „zamawiającym”, w imieniu i na rzecz której działa ENERGA Logistyka Sp. z o.o., Biuro Zakupów Operacyjnych z siedzibą w Płocku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. Wykonanie robót budowlano-montażowych dla zadania „Przebudowa Stacji Transformatorowej 110/15 kV GPZ Białogard o numerze referencyjnym: P/5/0021/2024, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 czerwca 2024 r., pod numerem 347549-2024 (numer wydania Dz.U. S: 113/2024).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 2 września 2024 r. wykonawca Elfeko S.A. z siedzibą w Gdyni (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Atrem S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (zwanego dalej jako: „Atrem” lub „Wykonawca”) z uwagi na zaistnienie w stosunku do tego Wykonawcy przesłanek wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, tj. z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie historii kontraktowej;
- wyboru oferty Atrem jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Atrem, pomimo ziszczenia się w stosunku do tego Wykonawcy przesłanek wykluczenia, gdyż Wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd (poprzez zatajenie informacji na temat przeszłości kontraktowej), mające istotne znaczenie dla decyzji

podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu, polegające na udzieleniu przeczącej odpowiedzi na pytanie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia („JEDZ”) dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której

wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje

w związku z tą wcześniejszą umową?, gdy tymczasem informacja ta jest nieprawdziwa wobec nałożenia na Atrem kary umownej w toku realizacji umowy, przedmiotem której było: Zaprojektowanie, dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu bezpieczeństwa Portu Lotniczego Poznań - Ławica oraz wymiana fragmentu ogrodzenia Portu Lotniczego („Umowa”), która realizowana była na rzecz zamawiającego – Portu Lotniczego Poznań-Ławica Sp. z o.o. („Port Lotniczy”), co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty złożonej przez Atrem jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2) art. 16 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- wykluczenie wykonawcy Atrem i odrzucenie Jego oferty;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu (z pominięciem oferty Atrem).

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Atrem S.A. z siedzibą w Bydgoszczy. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia w związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 6 września 2024 r. zamawiający złożył pismo, z którego wynikało, że tego samego dnia unieważnił dokonaną w dniu 21 sierpnia 2024 r. czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, celem wykonania czynności związanych z ponowną oceną ofert.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie budziło wątpliwości, że w związku z dokonanymi czynnościami zamawiającego znalazł zastosowanie art. 568 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne. Warto w tym miejscu dodać, że odwołanie koncentrowało się wyłącznie na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Atrem oraz na czynności wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu została dokonana w dniu 21 sierpnia 2024 r. Jak ustaliła Izba z informacji przekazanej od

zamawiającego, w dniu 6 września 2024 r. została unieważniona czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, która miała miejsce w dniu 21 sierpnia 2024 r. Ponadto z informacji przekazanej od zamawiającego w dniu 6 września 2024 r. wynikało, że ocena ofert w postępowaniu zostanie ponownie przeprowadzona.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny Podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą 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).

W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Zamawiający po wniesieniu odwołania unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, a do tej czynności odnosiło się odwołanie. Ponadto zamawiający stwierdził, że dokona ponownej oceny ofert w postępowaniu, co oznaczało, że czynność badania i oceny ofert w postępowaniu nie została jeszcze zakończona.

Dodatkowo, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18, w którym SN analizował rozbieżność orzecniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 kpc. jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę, że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku). Dalej Sąd wywiódł, że skoro wskutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda – zazwyczaj w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami – proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe. W konsekwencji trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której

potrzeba udzielenia żądanej przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w

sprawie o charakterze procesowym w postaci umorzenia procesu jest w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego procesu.

Wobec nowych czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności zamawiającego (art. 513 pkt 1 Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. Następnie dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 Pzp Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania odwoławczego. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Skład orzekający wskazał, że treść art. 552 ust. 1 Pzp – podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc., w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy o którym mowa w przepisie art. 552 ust. 1 Pzp należy analogicznie – jak w art. 316 § 1 kpc. – interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25 czerwca 2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13 września 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 zobowiązana uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro zamawiający dokonał unieważnienia zaskarżonych czynności, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która 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 należało, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego było bezcelowe, czyli jak stanowi przepis Pzp – zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez odwołującego

podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności przedmiotowej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 Pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

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 Pzp Izba orzekała o dokonaniu zwrotu odwołującemu uiszczonego wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący: