

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2024 r. przez wykonawcę Linter Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Rymanów

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie decyzji z dnia 17 października 2024 r. o unieważnieniu postępowania, dokonanie oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Rymanów, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Linter Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Linter Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Rymanów (ul. Mitkowskiego 14a, 38-480 Rymanów) na rzecz odwołującego wykonawcy Linter Energia Sp. z o.o. (ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 23, 35-105 Rzeszów) kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Linter Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3917/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Modernizacja istniejącego oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Rymanów”, nr referencyjny: RIN.271.9.2024, zostało wszczęte ogłoszeniem, opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych 6 sierpnia 2024 r. pod nr 2024/BZP 00445790 przez Gminę Rymanów, ul. Mitkowskiego 14a, 38-480 Rymanów.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej „ustawy Pzp”.

22 października 2024 r. (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożył wykonawca Linter Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 23, 35-105 Rzeszów, od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego z 17 października 2024 r., polegającej na unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 255 pkt 6 w zw. art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędną interpretację i przyjęcie, że zaistniała sytuacja faktyczna pozwala na unieważnienie postępowania na podstawie tego przepisu;
- 2) art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez jego błędną interpretację i przyjęcie, że może on być podstawą do rozszerzającego stosowania normy wynikającej z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, mającej charakter wyjątku.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji z 17 października 2024 r. o unieważnieniu postępowania,
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z dokumentu: Informacji z 17 października 2024 r. o unieważnieniu postępowania - na fakt podstawy unieważnienia, treści uzasadnienia prawnego i faktycznego decyzji zamawiającego o unieważnieniu postępowania.

Zamawiający 24 października 2024 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem Platformy eZamówienia) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. 31 października 2024 r. zamawiający złożył za pomocą środków komunikacji elektronicznej, a następnie 6 listopada 2024 r. bezpośrednio na piśmie, odpowiedź na odwołanie, w której w szczególności wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, od odwołania uiszczono wpis, nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania, odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do złożenia odwołania.

Izba, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez zamawiającego, a także zawnioskowane w toku postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu sprawy izba wzięła pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych:

17 października 2024 r. zamawiający w Informacji o unieważnieniu postępowania podał: „Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie p.n.: „Modernizacja istniejącego oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Rymanów” Postępowanie prowadzone zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, (Dz.U.2024.1320 t.j. z dnia 2024.08.30) zwaną dalej ustawą Pzp —

Na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający informuje, iż przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione.

Uzasadnienie prawne

Zgodnie z treścią art. 255 ust. 6 ustawy Pzp: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia

ze względu na jego wadę, o ile spełnia ona dwa kryteria. Musi to być wada niemożliwa

do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania

o udzielenie zamówienia. Ponadto chodzi o nieprawidłowości rzutujące bezpośrednio

na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest bowiem zawarcie wyłącznie w pełni skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na przeszkodzie stają zatem wyłącznie nieusuwalne wady proceduralne (nie podlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego.

Uzasadnienie faktyczne

Zamawiający unieważnia postępowanie z uwagi na błędną kwalifikację rodzajową zamówienia publicznego. W postępowaniu o wartości szacunkowej 987 552,48. zł netto Zamawiający błędnie określił rodzaj zamówienia „Modernizacji istniejącego oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Rymanów”. W ogłoszeniu o zamówieniu przyjęto, że są to roboty budowlane, a w SWZ, że procedura jest prowadzona w trybie podstawowym bez negocjacji o jakim mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp o wartości poniżej 5.538.000 euro, natomiast po przeanalizowaniu i ustaleniu charakteru głównego przedmiotu zamówienia Zamawiający uznał, że są to dostawy, i tego typu przedmiot zamówienia nie powinien zostać kwalifikowany jako robota budowlana. Niewątpliwie celem zamówienia było dostarczenie opraw oświetleniowych (mienia ruchomego) i taki był główny przedmiot zamówienia.

Główny przedmiot zamówienia ustala się, co do zasady, w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając

je zobowiązaniom drugorzędym, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy

przedmiot i cel umowy.

Pojęcie „główny przedmiot zamówienia” należy utożsamiać z głównym świadczeniem wykonawcy, natomiast zobowiązania drugorzędne ze świadczeniami ubocznymi. Świadczenia uboczne mają charakter instrumentalny względem świadczenia głównego, ponieważ służą jego realizacji lub go uzupełniają.

Jeżeli główny przedmiot zarysowuje się jako dostawa opraw, natomiast pozostały zakres zamówienia obejmuje roboty w celu wyłącznie ich zamontowania, należy uznać

go za towarzyszący przedmiotowi głównemu. W takich uwarunkowaniach zainteresowanymi

w udzieleniu zamówienia będą wykonawcy specjalizujący się w dostawach oświetlenia, a nie stricte wykonawcy robót budowlanych, którzy de facto dla realizacji tak ukształtowanego zamówienia musieliby skorzystać z dostawcy (podwykonawcy) głównego przedmiotu.

W kontekście powyższego, w przypadku nieprawidłowej kwalifikacji rodzajowej zamawiający unieważnia postępowanie.

Co istotne, omawiane nieprawidłowości w konsekwencji dotyczą nie tylko samej kwalifikacji rodzajowej wskazanej w treści ogłoszenia o zamówieniu, lecz wielu innych parametrów postępowania. Niewłaściwa kwalifikacja rodzajowa wiąże się z odmiennym sposobem szacowania wartości zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków zamówienia dla dostawy i roboty budowlanej.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z art. 16 i 17 ust 2 ustawy Pzp. Nie jest zgodne z przepisami ustawy PZP udzielenie zamówienia wykonawcy, który wybrany został w ramach procedury dotkniętej wadą, polegającą na niezachowaniu w postępowaniu przestrzegania zgodności

z zasadami naczelnymi Pzp, wyrażonymi w art. 16 ustawy Pzp, a więc zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasady te, a zwłaszcza zasada uczciwej konkurencji, mają bowiem charakter zasad fundamentalnych dla udzielania zamówień publicznych. Stąd fakt naruszenia zasad z art. 16 Pzp, skutkujący realnym zawężeniem kręgu podmiotów, które złożyły w tym postępowaniu oferty, należy uznać za wadę tego postępowania.

Jedną z najważniejszych czynności zamawiającego na etapie przygotowania postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Czynność ta stanowi podstawę do ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji

do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia, a także umożliwiać wykonawcom bez jakichkolwiek wątpliwości i dodatkowych interpretacji prawidłowe zidentyfikowanie,

z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie niezbędne do jego realizacji, jak również obliczyć cenę oferty zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zamieszczonym w specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej SWZ).

Opis przedmiotu zamówienia publicznego nie powinien tworzyć nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia danego postępowania na konkurencję.

W związku z powyższym przedmiot zamówienia publicznego powinien być opisany w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężenia konkurencji przez niedookreślone dokładnie wymagania oraz nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia.

Czynność ta ma zatem istotne znaczenie z punktu widzenia całego procesu o udzielenie zamówienia publicznego, a wadliwie wykonana rodzi dalsze konsekwencje.

W omawianym przypadku jest to wada nieusuwalna, która uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Na tym tle trzeba zwrócić uwagę na przyczyny unieważnienia umowy o zamówienie. Podstawowy katalog okoliczności wywołujących taki skutek zawiera art. 457 ust. 1 Pzp. Okoliczności wskazane w art. 457 ust. 1 pkt. 1) Pzp odnoszą się do istotnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia, wpływających na przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (przejrzystości, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców).

Zamawiający unieważnia postępowanie, poprzez wskazanie, że są to dostawy z przyczyn opisanych powyżej.”.

Na podstawie ustawy Pzp:

1)art. 16 ust. 1:

„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.”;

2) art. 17 ust. 2:

„2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.”;

3) art. 255 pkt 6:

„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;”;

3)art. 457 ust. 1 pkt 1:

„1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;”.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), izba stwierdziła:

Sporne w sprawie było zaistnienie przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z powodu wady postępowania - błędnego określenia przez zamawiającego rodzaju zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu, że chodzi o robotę budowlaną, a następnie ustalił, że chodzi o dostawę.

Odnosząc się do:

1) zarzutu 1 odwołania: naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędną interpretację i przyjęcie, że zaistniała sytuacja faktyczna pozwala na unieważnienie postępowania na podstawie tego przepisu;

2)zarzutu 2 odwołania: naruszenia art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez jego błędną interpretację i przyjęcie, że może on być podstawą do rozszerzającego stosowania normy wynikającej z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, mającej charakter wyjątku

- izba uznała te zarzuty za zasadne.

W ocenie izby sam błąd zamawiającego, polegający na niewłaściwym określeniu rodzaju przedmiotu zamówienia (zamiast wskazać, że chodzi o dostawę, zamawiający wskazał, że chodzi o roboty budowlane), nie stanowi uzasadnienia zastosowania przez zamawiającego art. 255 pkt 6 w zw. art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i dokonania czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z tego powodu, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie może konwalidować własnych błędów w postępowaniu za pomocą instytucji unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy nie występują przesłanki unieważnienia tego postępowania.

W informacji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia i następnie

na rozprawie zamawiający nie wskazał, jak błąd w określeniu rodzaju zamówienia wpłynął

na postępowanie o udzielenie zamówienia w kontekście opisu przedmiotu zamówienia, warunków zamówienia czy publikatora ogłoszenia o zamówieniu (co mogłoby przełożyć się na krąg wykonawców poinformowanych o postępowaniu o udzielenie zamówienia). Zamawiający wskazał za to na charakter mieszany zamówienia – dostawę i roboty budowlane, a także na to, że większy udział charakteru zamówienia decyduje o zakwalifikowaniu tego zamówienia

do dostaw. Zamawiający nie wskazał, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy podnosili problem błędnego określenia rodzaju zamówienia i jak on miał wpłynąć na realizację zasad postępowania, określonych w art. 16 ustawy Pzp.

Twierdzenia zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, które nie znalazły się w treści informacji o unieważnieniu postępowania, nie mogą skutecznie uzupełniać treści informacji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający dopiero w toku postępowania odwoławczego wskazał na niewłaściwe określenie warunku zamówienia z powodu odniesienia do robót budowlanych w danym punkcie SWZ, nie wskazał natomiast, z jakiego powodu ten warunek był nieadekwatny dla zamówienia mieszanego.

Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 881/22, o konieczności ustalenia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania

o udzielenie zamówienia, jak słusznie podniósł odwołujący, takiego związku przyczynowo-skutkowego zdaniem izby nie ustalili.

Skoro zamawiający nie wskazał w informacji o unieważnieniu postępowania w jaki sposób błąd w określeniu rodzaju zamówienia przełożył się na naruszenie zasad, określonych w art. 16 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to nie mógł unieważnić postępowania o udzielenie zamówienia i w rezultacie nie mógł zaniechać udzielenia

zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Jak podniósł natomiast odwołujący w odwołaniu: „W szczególności opis zamówienia uznać należy za pełny, umożliwiający przedstawienie wykonawcom kalkulacji, które da się ze sobą porównać i odnieść do kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego w specyfikacji.”.

Izba związana jest przy orzekaniu zarzutami odwołania, przez co rozumie się także przytoczone fakty w odwołaniu, i nie orzeka w zakresie wykraczającym poza te zarzuty (art. 555 ustawy Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, izba uznała, że zamawiający naruszył zarzucane mu w odwołaniu przepisy prawa.

W tym stanie rzeczy, izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 ustawy Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie, art. 574 i ustawy Pzp oraz w oparciu

o przepisy ust. 1 pkt 1 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.). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości

10 000,00 zł i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. Wobec uwzględnienia odwołania w całości koszty ponosi zamawiający. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. b 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, to jest koszty wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł), na podstawie wniosku odwołującego o zasądzenie tych kosztów i złożonej faktury.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....