

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 6 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników w dniu 6 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PROSPER” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PROSPER” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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 2610/24

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę wkładek bezpiecznikowych, zwór, osłon oraz wkładek typu topik dla PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź w podziale na 6 części (wewnętrzny identyfikator: POST/DYS/OLD/GZ/01430/2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 93/2024 z dnia 14 maja 2024 r. pod numerem 283669-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 24 lipca 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PROSPER” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu w zakresie części 6. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUH ELBUD-IMPEX Sp. z o.o. (dalej jako „ELBUD”) w części nr 6 Postępowania, pomimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w szczególności z § 1 ust. 3 lit. b) Załącznika nr 2 do SWZ (Projekt umowy), wedle którego: „3. Wykonawca zobowiązuje się, że dostarczany Zamawiającemu w ramach Umowy Asortyment będzie: (...) b) fabrycznie nowy - tj. wyprodukowany nie wcześniej niż 12 miesięcy przed datą dostawy (...)” w zw. §1 ust. 1 i 4 i §4 ust. 1 Załącznika nr 2 do SWZ (Projekt umowy), wedle których wykonawca zobowiązany jest do sukcesywnych dostaw topików i osłon (tzw. zamówień szczegółowych) przez okres 12 miesięcy, liczony od dnia podpisania umowy przez obie Strony zgodnie z wymogami określonymi w Umowie, bowiem spółka ZRE Gdańsk S.A. w upadłości wskazana w ofercie jako producent oferowanych przez ELBUD topików i osłon nie produkuje już tych topików i osłon, nie produkowała ich przed datą złożenia oferty, w dacie złożenia oferty, obecnie, ani nie będzie ich produkować w przyszłości z uwagi na ogłoszoną upadłość i likwidację majątku;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 - 3 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty ELBUD, podczas gdy wykonawca ten w wyniku przynajmniej niedbalstwa lub lekkomyślności, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, a mogące mieć i realnie mające wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, odnoszące się do zobowiązania do sukcesywnego dostarczania Zamawiającemu przez okres 12 miesięcy fabrycznie nowego, tj. wyprodukowanego nie wcześniej niż 12 miesięcy przed datą dostawy częściowej asortymentu zaoferowanego w części nr 6 Postępowania produkcji ZRE Gdańsk S.A., podczas gdy producent tego asortymentu – spółka ZRE Gdańsk w upadłości S.A. nie

produkowała tego asortymentu przed datą złożenia oferty, w dacie złożenia oferty, obecnie, ani nie będzie go produkować w przyszłości z uwagi na ogłoszoną upadłość i likwidację majątku;

3.art. 226 ust. 1 pkt w zw. z art. 387 § 1 oraz w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ELBUD I w części nr 6 Postępowania jako nieważnej na podstawie przepisów ustawy - Kodeks cywilny ze względu na brak możliwości realizacji przez ELBUD świadczenia objętego przyszłą umową w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z warunkami Zamówienia i treścią oferty z uwagi na fakt, że oferowane przez ELBUD topiki i osłony nie są już produkowane przez wskazanego w ofercie producenta topików i osłon – spółkę ZRE Gdańsk S.A. w upadłości, nie były produkowane w dacie złożenia oferty, ani wcześniej i nie będą produkowane w przyszłości z uwagi na ogłoszoną upadłość i likwidację majątku spółki ZRE Gdańsk S.A. w upadłości, co uniemożliwia realizację przez okres 12 miesięcy od dnia podpisania przez obie strony umowy sukcesywnej dostawy fabrycznie nowych, tj. wyprodukowanych nie wcześniej niż 12 miesięcy przed datą dostawy częściowej topików i osłon (tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ELBUD w części nr 6 Postępowania zmierzającej do zawarcia umowy nieważnej na podstawie przepisów KC, tj. art. 387 § 1 KC, zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna);

ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1) - 3) powyżej;

4.art. 107 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania spółki ELBUD do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci karty katalogowej odnoszącej się do zaoferowanych topików i osłon produkcji ZRE w części 6 Postępowania, pomimo że złożona przez ELBUD karta katalogowa nie dotyczy produktu – topików i osłon oferowanych przez wykonawcę ELBUD w części nr 6 Postępowania (zarzut ewentualny w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 - 3 powyżej);

5.art. 107 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania spółki Asaj Sp. z o.o. (dalej jako „Asaj”) do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci karty katalogowej odnoszącej się do zaoferowanych topików i osłon produkcji Badox Sp. z o.o. w części 6 Postępowania, pomimo że złożona przez Asaj karta katalogowa nie dotyczy produktu – topików i osłon oferowanych przez wykonawcę Asaj w części nr 6 Postępowania;

6.art. 232 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej:

–wykonawcy ELBUD, pomimo że oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawach wskazanych w pkt 1)-3) powyżej (a ewentualnie - w przypadku nieuwzględnienia zarzutów zmierzających do odrzucenia oferty ELBUD – ELBUD, którego oferta nie została zweryfikowana pod kątem braku podstaw odrzucenia wskazanych w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w odniesieniu do jej zgodności z warunkami zamówienia w zakresie wymaganym postanowieniami SWZ statuującymi obowiązek przedłożenia kart katalogowych oferowanych produktów – zarzut 4) powyżej) i

–wykonawcy Asaj, którego oferta nie została zweryfikowana pod kątem braku podstaw odrzucenia wskazanych w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w odniesieniu do jej zgodności z warunkami zamówienia w zakresie wymaganym postanowieniami SWZ statuującymi obowiązek przedłożenia kart katalogowych oferowanych produktów,

pomimo, że do udziału w aukcji zamawiający zaprasza jedynie wykonawców zweryfikowanych zgodnie z wymogami SWZ i ustawy Pzp, których oferty nie podlegają odrzuceniu, co stanowi naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu w części nr 6 postępowania: unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, unieważnienia czynności oceny ofert, ponowienia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty ELBUD; ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia żądania wskazanego w pkt 4) powyżej: wezwania wykonawcy ELBUD do uzupełnienia karty katalogowej odnoszącej się do zaoferowanych topików i osłon (żądanie ewentualne w przypadku nieuwzględnienia żądania w zakresie odrzucenia oferty ELBUD); wezwania wykonawcy Asaj do uzupełnienia karty katalogowej odnoszącej się do zaoferowanych topików i osłon. Jednocześnie, gdyby po wniesieniu niniejszego odwołania Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną w części nr 6 Postępowania, Odwołujący wniósł o unieważnienie przedmiotowej aukcji z przyczyn wskazanych w zarzutach 1)-6) odwołania.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 25 lipca 2024 r. przekazał wykonawcom za pośrednictwem platformy zakupowej kopię odwołania, wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W ustawowym terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 2 sierpnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Zamawiający

wskazał także, że unieważnił czynność zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, o czym poinformował wykonawców 25 lipca 2024 r. i przystąpi do powtórnego badania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, natomiast po jego stronie w ustawowym terminie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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).

Przewodnicząca: