

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 2 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 2 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Light On sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kleczew

Uczestnik po stronie Zamawiającego – wykonawca ZABERD sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Light On sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 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 1322/24

Uzasadnienie

Gmina Kleczew, zwana dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, na realizację zadania pn.: „Wymiana opraw oświetlenia ulicznego na nowe w technologii LED na terenie Gminy Kleczew”, numer referencyjny: IGN.271.1.1.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 lutego 2024 r. numer: 82647-2024, numer wydania: S: 28/2024. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca Light On sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „Odwołującym”) w dniu 29 kwietnia 2024 r. wniósł odwołanie na:

- 1) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy ZaberD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „ZaberD”);
- 2) względnie – zaniechanie czynności wezwania wykonawcy ZaberD do przedstawienia certyfikatu ENEC+ dla wskazanych w uzasadnieniu dziesięciu opraw.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy ZaberD, podczas gdy wykonawca ten wbrew wymogowi Zamawiającego w dokumencie formularz projektowy zastosował różne kąty nachylenia w ramach jednej ulicy, co powoduje, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy ZaberD, podczas gdy wykonawca ten przedstawił certyfikat ENEC+, z którego wynika, że tylko część spośród zaoferowanych przez tego wykonawcę opraw objęta jest tym certyfikatem, co powoduje, że oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a ponadto wykonawca nie przedstawił w wymaganym terminie przedmiotowego środka dowodowego;
- 3) względnie - art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy ZaberD do przedstawienia certyfikatu ENEC+ dla wskazanych w uzasadnieniu dziesięciu opraw, podczas gdy z przedstawionego certyfikatu ENEC+ wynika, że część zaoferowanych przez tego wykonawcę opraw nie jest objęta tym certyfikatem.

W oparciu o powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym:
 - a) odrzucenia oferty wykonawcy Zaberd;
 - b) względnie - wezwania wykonawcy Zaberd do przedstawienia certyfikatu ENEC+ dla wskazanych w uzasadnieniu dziesięciu oprav.

Ponadto, Odwołujący wnosił o obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 15.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W dniu 19 kwietnia 2024 roku Zamawiający przesłał kopię wniesionego odwołania wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

W dniu 22 kwietnia 2024 roku wykonawca ZABERD sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 30 kwietnia 2024 roku Zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, albowiem dotyczy ono czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający sformułował też wniosek ewentualny o oddalenie odwołania w całości.

Jednocześnie z treści odpowiedzi na odwołanie wynikało, że Zamawiający oparł swoje wnioski na tym, że w dniu 26 kwietnia 2024 roku dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu oraz przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Procedura badania i oceny ofert jest w toku.

Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania Zamawiającego – Burmistrza Gminy i Miasta Kleczew.

Ponadto, w dniu 2 maja 2024 roku Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazywał, że stanowisko procesowe Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie jest całkowicie błędne.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Izba zgadza się z Odwołującym, że stanowisko procesowe Zamawiającego jest błędne i, że w opisywanej sytuacji przepis art. 528 pkt 5 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż w dniu 26 kwietnia 2024 roku dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Czynność unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej miała miejsce po wniesieniu przedmiotowego odwołania.

Powyższe oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy też nie. Zatem, postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia, tj. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o powołany powyżej przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym miejscu skład orzekający Izby wskazuje na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w postanowieniu z dnia 14 marca 2024 roku, sygn. akt: KIO 685/24, iż:

„zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy 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.(...)”

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. 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 modyfikacji treści skarżonych postanowień SWZ, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała 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 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.”

Mając powyższe na uwadze Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy 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).

Stosownie do § 9 ust. 2 powołanego rozporządzenia: w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji i nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 zł uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodnicząca:.....