

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 6 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Poprawa
Ewa Sikorska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 6 maja 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ELBUDBIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Lustrzana 5, 01-342 Warszawa (Lider Konsorcjum)** i **MEB Technical Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ul. Głogowska 41, 45-315 Opole (Partner Konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin, w imieniu której postępowanie prowadzi: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź, ul. Tuwima 58, 90-021 Łódź**

Uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca **Soon Energy Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, adres: Aleje Jerozolimskie 98, 00-807 Warszawa** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1516/25

postanawia:

1. umorzyć postępowania odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ELBUDBIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Lustrzana 5, 01-342 Warszawa (Lider Konsorcjum)** i **MEB Technical Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ul. Głogowska 41, 45-315 Opole (Partner Konsorcjum)** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

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 1516/25

Uzasadnienie

PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, w imieniu której postępowanie prowadzi: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę dwóch magazynów energii w lokalizacjach: Warta i Jeziorsko, w podziale na dwie części: Część 1: Magazyn energii Warta. Budowa nowej w pełni zautomatyzowanej rozdzielni 15kV, wraz z magazynem energii, liniami kablowymi SN oraz traktem światłowodowym na potrzeby RS Warta”, Część 2: Magazyn energii Jeziorsko. Modernizacja istniejącej rozdzielni 15kV Jeziorsko, wraz z budową magazynu energii oraz traktem światłowodowym na potrzeby RS Jeziorsko”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 151/2024 z dnia 5 sierpnia 2024 r. pod numerem 470368-2024.

W dniu 18 kwietnia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **ELBUDBIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum)** i **MEB Technical sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (Partner Konsorcjum)**, zwani dalej „odwołującym”, wniosli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę **Soon Energy Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zwanego dalej „wykonawcą **Soon Energy**”, w zakresie części 1 zamówienia jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu;
2. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę **Soon Energy** w zakresie części 2 zamówienia jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy **Soon Energy** w zakresie części 1 zamówienia;
4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy **Soon Energy** w zakresie części 2 zamówienia;
5. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ELWOZ Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Miechulinie (Lider Konsorcjum)** oraz **Naatu Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Partner Konsorcjum)**, zwanych dalej „Konsorcjum Elwoz”, w zakresie części 1 zamówienia;
6. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Elwoz w zakresie części 2 zamówienia;

zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. w zakresie części 1:

- a) naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta wykonawcy **Soon Energy** jest zgodna z warunkami zamówienia i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z wymaganiami SWZ w następującym zakresie:
 - nieuwzględnienia nadwyżki mocy w instalacji będącej przedmiotem zamówienia na pokrycie zapotrzebowania wynikającego z potrzeb własnych oraz zrekompensowania strat energii w instalacji i/lub jej urządzeniach, a w konsekwencji nieosiągnięcia wymaganych w pkt 2.9.2 ppkt 1 Załącznika nr 1A do SWZ – PFU Warta parametrów;
 - niespełnienia wymogów dot. ochrony przeciwpożarowej, określonych w pkt 2, pkt 2.8 PFU Warta, a w szczególności wymogu nieprzerwanej pracy magazynu w przypadku pożaru oraz możliwości selektywnego gaszenia modułów bateryjnych, określonego w pkt 2.9.2. ppkt 22 PFU Warta;
 - braku potwierdzenia wymaganego współczynnika wyładowania baterii 1C zgodnie z wymogami pkt 1 załącznika nr 14A do SWZ;

- błędnie określonej oferowanej pojemności startowej systemu w świetle danych zawartych w ofercie i karcie katalogowej;
- niespełnieniu warunku minimalnej sprawności na poziomie 85% wymaganej w pkt 2.9.2 ppkt 16 PFU Warta;
- braku możliwości spełnienia funkcji zasilania awaryjnego poprzez nieuwzględnienie uderzeniowego prądu złączenia niezintegrowanego zewnętrznego transformatora;
- niespełnienie wymagania dot. wymaganej liczby przekształtników AC/DC;

b) naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta Konsorcjum Elwos jest zgodna z warunkami zamówienia i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z wymaganiami SWZ w następującym zakresie:

- niespełnienia wymogów dot. ochrony przeciwpożarowej, określonych w pkt 2, pkt 2.8 PFU Warta, a w szczególności wymogu nieprzerwanej pracy magazynu w przypadku pożaru oraz możliwości selektywnego gaszenia modułów bateryjnych, określonego w pkt 2.9.2. ppkt 22 PFU Warta;
- nieuwzględnienia nadwyżki mocy w instalacji będącej przedmiotem zamówienia na pokrycie zapotrzebowania wynikającego z potrzeb własnych oraz zrekompensowania strat energii w instalacji i/lub jej urządzeniach, a w konsekwencji nieosiągnięcia wymaganych w pkt 2.9.2 ppkt 1 Załącznika nr 1A do SWZ – PFU Warta parametrów;
- braku potwierdzenia wymaganego współczynnika wyładowania baterii 1C zgodnie z wymogami pkt 1 załącznika nr 14A do SWZ;
- niespełnieniu warunku minimalnej sprawności na poziomie 85% wymaganej w pkt 2.9.2 ppkt 16 PFU Warta;
- braku możliwości spełnienia funkcji zasilania awaryjnego poprzez nieuwzględnienie uderzeniowego prądu złączenia niezintegrowanego zewnętrznego transformatora;
- niespełnienie wymagania dot. wymaganej liczby przekształtników AC/DC;

c) naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Soon Energy jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu i zaniechanie dokonania wyboru oferty, która przedstawiała najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. oferty Odwołującego, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i brak zachowania zasady uczciwej konkurencji;

2.w zakresie części 2:

a) naruszenie przepisu art. 107 ust. 2 i 4 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i ustawy Pzp poprzez wadliwe umożliwienie wykonawcy Soon Energy dokonania zmiany treści przedmiotowego środka dowodowego w postaci Załącznika nr 8 do SWZ w toku badania i oceny ofert oraz umożliwienie mu usunięcia błędów (wad merytorycznych) tego Załącznika, podczas gdy przepis art. 107 ust. 2 i 4 ustawy Pzp wyklucza możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy przedmiotowy środek dowodowy, który został złożony wraz z ofertą, zawiera błędy, a przedłożenie nowej wersji wskazanego dokumentu na wezwanie Zamawiającego stanowiło niedozwoloną modyfikację treści oferty złożonej przez tego wykonawcę już po terminie składania ofert, co naruszyło także zasadę przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

b) naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta wykonawcy Soon Energy jest zgodna z warunkami zamówienia i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z wymaganiami SWZ w następującym zakresie:

- niespełnienia wymogów dot. ochrony przeciwpożarowej, określonych w pkt 2, pkt 2.8 PFU Jeziorsko, a w szczególności wymogu nieprzerwanej pracy magazynu w przypadku pożaru oraz możliwości selektywnego gaszenia modułów bateryjnych, określonego w pkt 2.9.2. ppkt 22 PFU Jeziorsko;
- niewystarczająca moc baterii względem wymagań SWZ;
- błędnie określonej oferowanej pojemności startowej systemu w świetle danych zawartych w ofercie i karcie katalogowej;
- braku potwierdzenia wymaganego współczynnika wyładowania baterii 1C wymaganej w pkt 1 załącznika nr 14B do SWZ;
- braku spełnienia warunku minimalnej sprawności na poziomie 85%;
- wskazaniu pojemności nominalnej jako pojemności użytkowej;
- braku możliwości spełnienia funkcji zasilania awaryjnego poprzez nieuwzględnienie uderzeniowego prądu złączenia niezintegrowanego zewnętrznego transformatora;
- niespełnienie wymagania dot. wymaganej liczby przekształtników AC/DC;

c) naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta Konsorcjum Elwos jest zgodna z warunkami zamówienia i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z wymaganiami SWZ w następującym zakresie:

- niespełnienia wymogów dot. ochrony przeciwpożarowej, określonych w pkt 2, pkt 2.8 PFU Jeziorsko, a w szczególności wymogu nieprzerwanej pracy magazynu w przypadku pożaru oraz możliwości selektywnego gaszenia modułów bateryjnych, określonego w pkt 2.9.2. ppkt 22 PFU Jeziorsko;
- nieuwzględnienie nadwyżki mocy w instalacji będącej przedmiotem zamówienia na pokrycie zapotrzebowania wynikającego z potrzeb własnych oraz zrekompensowania strat energii w instalacji i/lub jej urządzeniach, a w konsekwencji nieosiągnięcia wymaganych w pkt 2.9.2 ppkt 1 Załącznika nr 1A do SWZ – PFU Jeziorsko parametrów;
- niewystarczająca względem wymagań z pkt 1.2 tiret 3 PFU Jeziorsko moc baterii;
- braku potwierdzenia wymaganego współczynnika wyładowania baterii 1C wymaganej w pkt 1 załącznika nr 14B do SWZ;
- braku spełnienia warunku minimalnej sprawności na poziomie 85%;
- błędnie określonej oferowanej pojemności startowej systemu w świetle danych zawartych w ofercie i karcie katalogowej;
- braku możliwości spełnienia funkcji zasilania awaryjnego poprzez nieuwzględnienie uderzeniowego prądu złączenia niezintegrowanego zewnętrznego transformatora;
- niespełnienie wymagania dot. wymaganej liczby przekształtników AC/DC;

d) naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Soon Energy jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu i zaniechaniu dokonania wyboru oferty, która przedstawiała najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. oferty Odwołującego, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i brak zachowania zasady uczciwej konkurencji.

3.w zakresie części 1 i 2 - naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Soon Energy i Konsorcjum Elwos w części 1

i 2 jako złożonych przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania, wobec tego, że okoliczności sprawy świadczą o tym, iż mogło dojść do zawarcia pomiędzy ww. przedsiębiorstwami porozumienia w zakresie warunków ofert składanych w postępowaniu, co prowadzi do zakłócenia konkurencji;

Odwolujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Soon Energy jako najkorzystniejszej w części 1 i 2;
- 2.powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części 1 i 2;
- 3.odrzućenie ofert wykonawców Soon Energy i Konsorcjum Elwoz w części 1 i 2;
- 4.ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 i 2 spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 5.a także o zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

W zakresie postępowania dowodowego odwołujący wniosł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów dołączonych do akt postępowania i wskazanych w treści odwołania.

Kopia odwołania została przekazana wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 22 kwietnia 2025 r. przez System zakupowy SWPP2.

W dniu 25 kwietnia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Soon Energy Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą Soon Energy” lub „przystępującym”, zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W dniu 30 kwietnia 2025 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI OCENY I WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY, w treści której zamawiający wskazał, że działając na podstawie art. 16 oraz art. 17 ustawy Pzp, „*unieważnia czynność wyboru Oferty najkorzystniejszej w Części 1 i Części 2 postępowania dokonaną w dniu 08.04.2025r. i przystępuje do powtórzenia czynności badania i oceny Ofert we wskazanych częściach postępowania, z zastrzeżeniem pkt 2 niniejszej informacji. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze najkorzystniejszej Oferty oraz dokonania ponownego badania Ofert i wyboru najkorzystniejszej Oferty, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej minął. Dopuszczalne jest samodzielne podjęcie decyzji o powtórzeniu dokonanych czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o ile Zamawiający uzna, iż podjęte uprzednio czynności są obarczone wadą, tj. gdy stwierdzi, iż uprzednio popełnił błąd. (...)*

Powyższe determinuje wniosek, iż czynności Zamawiającego podejmowane w toku postępowania winny zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia wyłącznie Wykonawcy wybranemu, zgodnie z przepisami Ustawy PZP.

Mając na uwadze powyższe oraz dochowanie należytej staranności w badaniu Ofert i ich ocenie, Zamawiający zmierza do korekty swojego działania by nie uchybić przepisów Ustawy PZP.

2. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż w ramach niniejszej czynności nie podlegają unieważnieniu czynności odrzucenia Ofert w ww. częściach, o których Zamawiający poinformował pismem z dnia 08.04.2025r. Decyzję Zamawiającego w tym zakresie pozostają wiążące.”.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia w przypadku (...) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne”. Zgodnie z tym przepisem podstawą do umorzenia postępowania jest stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował jednak, o jakie sytuacje chodzi. „Dyspozycją tego przepisu objęte są więc 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).

Niewątpliwym jest, że ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego.

W tym stanie faktycznym zamawiający przed otwarciem rozprawy – jak wynika z akt sprawy - unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w Części 1 i Części 2 postępowania dokonaną w dniu 8 kwietnia 2025 r. Oznacza to więc, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie w zakresie obydwu części, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieją.

Powyższe powoduje więc, że spór staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego. Nie istnieje bowiem 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. Tym samym postępowanie odwoławcze stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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) 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, a przez art. 574 ustawy Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu uiszczanego wpisu, w tym przypadku w wysokości 20 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodnicząca:.....

.....

.....