

Sygn. akt.: KIO 3440/23

POSTANOWENIE
z dnia 1 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Poprawa**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 1 grudnia 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2023 roku przez wykonawcę: **Pollight Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie Al. Ch. Szucha 11b lok. H2 00-580 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Potworów**

ul. Radomska 2A, 26 - 414 Potworów

przy udziale wykonawcy: **Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu ul. Toruńska 9 26-600 Radom zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3440/23

po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Pollight Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie Al. Ch. Szucha 11b lok. H2 00-580 Warszawa** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3440/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Potworów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego w Gminie Potworów”.

Znak sprawy RGK.1.271.10.2023 (zwane dalej: „Postępowaniem”).

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (zwana dalej Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 września 2023 roku 2023 Nr: 2023/S 180-564792.

W dniu 16 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Pollight Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej Odwołującym) wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, zarzucając naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) poprzez wybór oferty złożonej przez Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. ul. Toruńska 9, 26 - 600 Radom, która to oferta powinna zostać odrzucona w świetle art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy w związku z art. 107 ust. 2 i ust. 3 Pzp, w związku z art. 16 Pzp poprzez niezastosowanie się do obowiązku wynikającego z treści przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. ul. Toruńska 9, 26 - 600 Radom, podczas gdy wykonawca ten nie złożył przedmiotowych środków dowodowych wymaganych na podstawie art. 107 Ustawy Pzp. zgodnie z zapisami Specyfikacji Warunków Zamówienia, co w konsekwencji narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wykonawca Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST

Sp. z o.o. nie złożył zarówno wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, które podlegały uzupełnieniu na wezwanie Zamawiającego zgodnie z art. 107 ust. 2, pomimo wystosowanego wezwania przez Zamawiającego, jak

również nie złożył wymaganych przedmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu zgodności z przedmiotowymi kryteriami oceny ofert, które nie podlegały uzupełnieniu w świetle zapisów SWZ jak i art. 107 ust. 3 Ustawy Pzp;

- 3.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. ul. Toruńska 9, 26 - 600 Radom, pomimo, że wykonawca nie potwierdził zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z cechami wymaganymi przez Zamawiającego, a tym samym treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 4.art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp przepisów, co nastąpiło na skutek badania ofert złożonych w postępowaniu z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości i proporcjonalności oraz zaniechań czynności, co do których Zamawiający był zobowiązany w świetle postanowień SWZ, w tym odrzucenia oferty złożonej przez Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o.
- 5.Z ostrożności procesowej, gdyby okazało się że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu pełnej treści oferty złożonej przez Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. ul. Toruńska 9, 26 - 600 Radom i dokumentów składanych na przez tego wykonawcę na wezwania Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 18 Pzp.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 06.11.2023r. polegającej na wyborze oferty Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. ul. Toruńska 9, 26 - 600 Radom jako oferty najkorzystniejszej. Informacja o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej pismo z dnia 06.11.2023r. (przekazana informacja Odwołującemu w dniu 06.11.2023r);
2. nakazanie przeprowadzenia ponownego badania oferty Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. ul. Toruńska 9, 26 - 600 Radom Odwołującego i jej odrzucenia.

Ponadto wniósł o:

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie ich powołania w postępowaniu przed Izbą;
4. dopuszczenie dokumentów udostępnionych Odwołującemu przez Zamawiającego na wniosek Odwołującego;
- 5.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

W dniu 23 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie (datowana na 21 listopada 2023 roku), w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 1-4 petitum odwołania oraz oświadczył o uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 5 petitum odwołania.

W dniu 28 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego (datowane na 27 listopada 2023 roku), w którym poinformował, że Zamawiający ponownie wykonał czynność w postępowaniu zaskarżoną zarzutem podniesionym w pkt 5 petitum odwołania: *w wyniku częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania*

z dnia 16 listopada 2023 tj. w części dotyczącej zarzutu nieudostępnienie pełnej treści oferty złożonej przez Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o., Zamawiający w dniu 21 listopada 2023r. udostępnił kompletną treść oferty z uwzględnieniem dokumentów, które pierwotnie nie były udostępnione, a ich brak stanowił podstawę wniesienia odwołania. W świetle ujawnienia nowych okoliczności wynikających z udostępnionych w dniu 21 listopada 2023r. dokumentów oferty Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o., uległ zmianie stan faktyczny i tym samym pozostałe zarzuty odwołana z dnia 16 listopada 2023r. stają się bezprzedmiotowe.

Biorąc pod uwagę powyższe, wnoszę o zniesienie kosztów postępowania odwoławczego w związku z art. 522 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) i zwrot odwołującemu pełnej wysokości wniesionego wpisu od odwołania, na rachunek bankowy Odwołującego.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z wykonaniem przez Zamawiającego ponownie czynności zaskarżonej zarzutem podniesionym w pkt 5 petitum odwołania oraz oświadczeniem Odwołującego o zmianie stanu faktycznego będącego podstawą zarzutu, a także oświadczeniem że pozostałe zarzuty odwołana stały się bezprzedmiotowe, zastosowanie może znaleźć art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

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).

Ponadto, 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.

W ocenie Izby powyższe rozważania prawne mają zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał ponownej czynności w postaci udostępnienia Odwołującemu kompletnej treści zaskarżonej oferty z uwzględnieniem dokumentów, których Odwołujący pierwotnie nie otrzymał. Ich brak stanowił bowiem podstawę wniesienia odwołania. W konsekwencji powyższego, w świetle ujawnienia nowych okoliczności wynikających z treści udostępnionych dokumentów, zmianie uległ stan faktyczny sprawy i na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym, zarzuty odwołania stały się bezprzedmiotowe.

Dostrzeżenia wymaga, 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 w sprawie w toku postępowania przed Izbą.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono

jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku 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) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie. Na podstawie art. 574 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczzonego wpisu w wysokości 15 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....