

**Sygn. akt: KIO 176/23**

## **POSTANOWIENIE**

**z dnia 30 stycznia 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

po rozpoznaniu w dniu 30 stycznia 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum: R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KRZ R. Z. z siedzibą w Sokołowicach 12E, 56-400 Oleśnica oraz D. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą VOLT-TIM D. R. z siedzibą w Księginicach ul. Sadowa 22 55-100 Księginice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Twardogóra

przy udziale wykonawcy: ITEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krotoszynie ul. Konopnickiej 5 63-700 Krotoszyn, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 176/23 po stronie Odwołującego

### **postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum: R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KRZ R. Z. z siedzibą w Sokołowicach 12E, 56-400 Oleśnica oraz D. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą VOLT-TIM D. R. z siedzibą w Księginicach ul. Sadowa 22 55-100 Księginice 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 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Twardogóra prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawę wraz z rozmieszczeniem i instalacją lamp dla zadania pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Twardogóra”, numer referencyjny IT.271.29.2022.AK, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 228-654244 dniu 25 listopada 2022 roku Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710) zwanej dalej „PZP” lub „ustawa”.

W dniu 20 stycznia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KRZ R. Z. z siedzibą w Sokołowicach 12E, 56-400 Oleśnica oraz D. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą VOLT-TIM D. R. z siedzibą w Księginicach ul. Sadowa 22 55-100 Księginice (dalej jako Odwołujący) wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy Pollight sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. J.Ch. Szucha 11 B lok. H2, 00-580 Warszawa (zwany dalej „Pollight sp. z o.o.”) jako najkorzystniejszej;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Pollight sp. z o.o., pomimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz wykonawca Pollight sp. z o.o. nie złożył w terminie przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 3.7.1. ppkt 1 i 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”);
- 3) przyznaniu Pollight sp. z o.o. dodatkowej punktacji w pozacenowym kryterium oceny ofert „Moc zainstalowana wszystkich opraw oświetleniowych oferowanych przez Wykonawcę” - w liczbie 31,40 pkt, pomimo że wykonawca Pollight sp. z o.o. nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych wymaganych dla przyznania dodatkowej punktacji, a dodatkowo przedstawione przez niego wyliczenia oraz pliki fotometryczne LDT nie potwierdzają wskazanej w ofercie mocy zainstalowanej wszystkich opraw oświetleniowych zaoferowanych przez Pollight sp. z o.o. tj. 92,84 kW (zarzut ewentualny na wypadek nieuznania, że oferta Pollight sp. z o.o. podlega odrzuceniu);
- 4) zaniechaniu wezwania do uzupełnienia aktualnego certyfikatu ENEC lub równoważnego dla oprawy Schreder ALBANY LED, pomimo że przedstawiony wraz z ofertą certyfikat ENEC nie jest aktualny i został zastąpiony certyfikatem 21783/1 Replaces (tłum. z

języka angielskiego: „zastępuje”) Nr 21783 (zarzut ewentualny na wypadek na wypadek nieuznania, że oferta Pollight sp. z o.o. podlega odrzuceniu);

- 5) zaniechania udostępniania Odwołującemu kompletnej korespondencji i dokumentów dotyczących oferty Pollight sp. z o.o., pomimo kilkukrotnego wniosku w tym zakresie, co uniemożliwia pełną weryfikację oferty Pollight sp. z o.o. oraz ewentualne złożenie środków ochrony prawnej, pomimo że obowiązek udostępnienia wynika z przepisów PZP.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 PZP poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza, uwzględniając przyjęte kryteria oceny ofert oraz która podlega odrzuceniu,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pollight sp. z o.o., pomimo spełnienia się przesłanek do odrzucenia oferty na skutek niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia:
  - a) w zakresie zawyżenia strumienia świetlnego w stosunku do plików LDT (nr sytuacji z Załącznika nr 1 do SWZ: 7, 22, 68, 70, 115, 116, 117, 151.167) i wynikającymi w tych sytuacjach niezgodnościami z normą PN-EN 13201:2016;
  - b) w zakresie braku wymaganych w celu weryfikacji obliczeń fotometrycznych co do zgodności z w/w normą plików LDT (nr sytuacji z załącznika nr 3: 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166,169);
  - c) dla sytuacji nr 178 nie załączono obliczeń fotometrycznych ani plików fotometrycznych (Załącznik nr 1 do SWZ);
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pollight sp. z o.o. pomimo że Pollight sp. z o.o. nie złożył w terminie wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 3.7.1. ppkt 1) i 2) SWZ, a złożone przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają wymagań Zamawiającego określonych w postanowieniach SWZ, w tym w załączniku nr 1 do SWZ w zakresie wskazanym w dalszej części odwołania;
- 4) art. 239 ust. 1 PZP poprzez przyznanie dodatkowej punktacji w pozacenowym kryterium oceny ofert „Moc zainstalowana wszystkich opraw oświetleniowych oferowanych przez Wykonawcę” - w liczbie 31,4 pkt, pomimo że wykonawca Pollight sp. z o.o. nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych wymaganych dla przyznania dodatkowej punktacji, o których mowa w pkt 3.7.1. ppkt 1 i 2 SWZ, a dodatkowo przedłożone środki dowodowe nie potwierdzały okoliczności warunkujących przyznanie punktacji zgodnie z SWZ (zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2 i/lub 3, tj. że oferta Pollight sp. z o.o. podlega odrzuceniu z którejkolwiek z tych przyczyn,

ponieważ w takiej sytuacji oferta odrzucona nie jest klasyfikowana w pozacenowych kryteriach oceny ofert)

- 5) art. 107 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie do uzupełnienia certyfikatu ENEC dla oprawy Schreder ALBANY LED (zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 2 i/lub 3, tj. że oferta Pollight sp. z o.o. podlega odrzuceniu z którejkolwiek z tych przyczyn, ponieważ w takiej sytuacji przepis art. 107 ust. 2 PZP nie ma zastosowania);
- 6) art. 74 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 16 PZP poprzez zaniechania udostępniania Odwołującemu kompletnej korespondencji i dokumentów dotyczących oferty Pollight sp. z o.o. (po upływie terminu składania ofert), pomimo kilkukrotnego wniosku w tym zakresie, co uniemożliwia pełną weryfikację oferty Pollight sp. z o.o. oraz złożenie środków ochrony prawnej przez co narusza zasadę jawności, przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców;
- 7) art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP, art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP, ew. w zw. z art. 107 ust. 2 PZP poprzez - w konsekwencji naruszenia przepisów PZP wskazanych powyżej prowadzenie Postępowania niezgodnie z zasadami przejrzystości i równego traktowania wykonawców oraz wybranie oferty złożonej przez wykonawcę Pollight sp. z o.o., która nie była ofertą najkorzystniejszą, naruszając w związku z tym zasadę, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami PZP.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP oferty Pollight sp. z o.o. z przyczyn wskazanych w dalszej części odwołania, ewentualnie, w przypadku uznania przez KIO, że okoliczności wskazane w odwołaniu nie uzasadniają odrzucenia oferty Pollight sp. z o.o. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym nieprzyznanie Pollight sp. z o.o. dodatkowej punktacji w pozacenowym kryterium oceny ofert „Moc zainstalowana wszystkich opraw oświetleniowych oferowanych przez Wykonawcę” (przyznanie 0 pkt),
- 3) w przypadku nieodrzucenia oferty Pollight sp. z o.o. wezwanie do uzupełnienia certyfikatu ENEC dla oprawy Schreder ALBANY LED,
- 4) udostępnienie wszystkich dokumentów i korespondencji dotyczących oferty Pollight sp. z o.o., które nie zostały do tej pory udostępnione Odwołującemu,

5) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert.

W dniu 27 stycznia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający poinformował, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz wnosi o umorzenie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiający nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. Wykonawca ITEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krotoszynie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

#### **Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje**

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień po stronie zamawiającego postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 PZP. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, że 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. Zgodnie z art. 522 ust. 1 in fine PZP, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 PZP umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 PZP.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie Zamawiającego, koszty o których mowa w § 5 pkt

2 rozporządzenia znosi się wzajemnie. Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....