Sygn. akt: KIO 2948/20

WYROK
z dnia 1 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący:Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2020 r. przez odwołującego IBG Instalbud Sp. z o.o. w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Zbrosławice przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „Moduł" Sp. z o. o. w Stróżówce przystępującego po stronie zamawiającego
orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego IBG Instalbud Sp. z o.o. w Rzeszowie i zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

……

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt: 2948/20

Zamawiający – Gmina Zbrosławice, ul. Oświęcimska 2, 42-674 Zbrosławice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Przezchlebiu - etap I", ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 listopada 2019 r. pod numerem 628924-N-2019, zwane dalej jako „postępowanie".

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 12 listopada 2020 r. odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „Moduł" Sp. z o.o. w Stróżówce, wniósł wykonawcaIBG Instalbud Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów (dalej zwany jako „odwołujący").

We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP przez zaniechanie zastosowania, podczas gdy oferta Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budowlane „MODUŁ" Sp. z o. o. z siedzibą w Gorlicach nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu;
2.art. 90 ust. 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp przez zaniechanie zastosowania, podczas gdy oferta Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budowlane „MODUŁ" Sp. z o. o. z siedzibą w Gorlicach zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, za którą nie można wykonać pełnego zakresu przedmiotu zamówienia opisanego SIWZ oraz Programem Funkcjonalno-Użytkowym, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa;
3.art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP i art. 89 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez niezastosowanie, pomimo zaistnienia podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „MODUŁ" Sp. z o. o. z siedzibą w Gorlicach z udziału w postępowaniu i tym samym uznania jego oferty za odrzuconą, wobec wprowadzenia zamawiającego w błąd w skutek przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd, mających w tej sprawie istotny wpływ na decyzje zamawiającego dokonane w trakcie czynności oceny ofert wyrażające się w sklasyfikowaniu oferty jako najkorzystniejszej wg. ustalonego kryterium oceny ofert;
4.art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP w zw. z art. 22a PZP poprzez niezastosowanie, pomimo zaistnienia podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „MODUŁ" Sp. z o. o. z siedzibą w Gorlicach z udziału w postępowaniu i tym samym uznania jego oferty za odrzuconą, wobec nie wykazania przez tego Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
5.art. 91 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budowlane „MODUŁ" Sp. z o. o. z siedzibą w Gorlicach jako najkorzystniejszej wg. ustalonego kryterium oceny ofert, pomimo że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu, a Wykonawca wykluczeniu z udziału w dalszym postępowaniu.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania zaniechanej czynności wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „Moduł" Sp. z o.o. w Stróżówce (zwanego także „wykonawcą Moduł") i odrzucenia jego oferty, powtórzenia czynności oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty odwołującego. Wniesiono także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W przedmiocie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Moduł z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, odwołujący podniósł, że w toku czynności badania i oceny ofert wykonawca został wezwany przez zamawiającego, w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., gdyż jego cena jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Drugą w kolejności jest oferta odwołującego z ceną 15 085 950,00 zł, która jest ceną uwzględniająca pełny zakres zamówienia opisany PFU i SIWZ, a także jest ceną realną za wykonanie przedmiotowego zadania. Wykonawca Moduł, w odpowiedzi

na wezwanie zamawiającego, złożył wyjaśnienia, które nie wykazują że jego cena jest rażąco niska, a załączone dowody nie potwierdzają prawidłowości wyliczeń wykonawcy.

W ocenie odwołującego z treści wyjaśnień wynika, że oferta wykonawcy Moduł nie odpowiada treści SIWZ, bowiem nie uwzględnia pełnego zakresu robót z PFU (str. 25 do 39), tj. brakuje wyceny komory stabilizacji tlenowej - mieszadła prętowe wraz z korytami odpływowymi (dostawa i montaż) 2 kpl., komory stabilizacji tlenowej - dekanter (dostawa i montaż) 2 kpl., spow - stacja powietrza i koagulantu - montaż dmuchaw i armatura na rurociągach wewn. budynku dmuchaw, spow - stacja powietrza i koagulantu - instalacja dozowania koagulantu PIX ze zbiornikiem, spow - stacja powietrza i koagulantu - rurociągi powietrza miedzy stacją dmuchaw a projektowanym reaktorem, RB - reaktor biologiczny - armatura i montaż na rurociągach technologicznych w obrębie reaktora, ZR1, ZR2, RB - żurawik do obsługi mieszadeł 19 kpl., ZbOS, PS, KST1, KST2 - żurawik do obsługi pomp 4 kpl, PS - armatura i rurociągi w pompown ścieków Nadto brak innych robót określonych w SIWZ, tj. ogrodzenia, drogi, instalacje techniczne, geodezja, geologia. Według odwołującego wartość robót, które nie zostały ujęte w ofercie wykonawcy wynosi 1 078 292,00 zł, zgodnie z przedstawionymi tabelami (załącznik nr 5 do odwołania). Zatem oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., ponieważ nie odpowiada treści SIWZ.

Ponadto, zdaniem odwołującego, wykonawca Moduł w wyjaśnieniu sposobu kalkulacji ceny posłużył się ogólnikowymi stwierdzeniami oraz informacjami o swojej firmie i wykonanych robotach. Informacje te nie są dowodem i nie potwierdzają rzetelności wyliczenia ceny zmówienia, kosztów poszczególnych elementów robót, nakładów i ilości pracy sprzętu oraz robocizny przyjętych do wyceny. Wykonawca nie potwierdził wyceny całości zakresu zamówienia, posługuje się ogólnymi, scalonymi cenami jednostkowymi, nie dającymi się zweryfikować pod względem poprawności przyjętych ilości i nakładów r-g, m-g, co pokazano przez odwołanie się do str. 4 i 5 kalkulacji wykonawcy Moduł. Odwołujący zauważył również, że w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny podano dwa warianty wyceny robót. Wariant a - bazujący na pracy własnej i wariant b - zakładający udział w robotach ziemnych i innych pracach podwykonawcy, firmy Spólnik, którego nie zgłoszono w ofercie. Wyjaśnienia budzą zatem uzasadnione wątpliwości co do ich rzetelności oraz co do zdolności zrealizowania pełnego zakresu zamówienia przez wykonawcę. Zatem wykonawca Moduł nie wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, do czego obliguje go art. 90 ust. 2 p.z.p., więc jego oferta powinna zostać odrzucona na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., odwołujący podniósł, iż w wypełnionym załączniku nr 8 do SIWZ, w podpunkcie 2 dotyczącym doświadczenia projektanta automatyki, wykonawca Moduł wskazał pana M.H., w tabeli zestawiającej doświadczenie zawodowe tej osoby wskazano trzy dokumentacje projektowe, w tym projekt „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Kaczorach". Natomiast zgodnie z dokumentacją projektową, dostępną pod wskazanym przez odwołującego linkiem, pan M.H. nie został podany jako członek zespołu projektowego na to zadanie, ani w branży elektrycznej, ani w branży AKPiA.

Odwołujący wskazał na pkt 13.2.4 SIWZ i przedstawił proces wzywania wykonawcy Moduł przez zamawiającego do składania wyjaśnień w tym zakresie. W opinii odwołującego w wyniku postępowania wyjaśniającego wykonawca nie przedstawił dowodu na to, że informacje dotyczące doświadczenia pana M.H. są prawdziwe. Członek zespołu to osoba wymieniona w dokumentacji projektowej, co w wezwaniu podkreślił także zamawiający, a pan M.H. nie został wskazany w przedmiotowej dokumentacji. Rzeczone wyjaśnienia miały istotny wpływ na wynik postępowania, zatem zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę z postępowania, zamiast czego ponownie wezwano go do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca odmówił dalszego wyjaśniania.

Zdaniem odwołującego wykonawca Moduł w sposób niedbały przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez jednostkę zamawiającą w przetargu. Wykonawca nie dołożył należytej staranności wymaganej od profesjonalisty i na dwukrotne wezwanie nie przedstawił informacji, które dowiodłyby, że pan M.H. samodzielnie, lub jako członek zespołu projektowego, posiada wymagane w pkt 13.2.4. SIWZ doświadczenie, zaś zamawiający zaniechał wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., zaniechano też uznania jego oferty za odrzuconą na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1-3 p.z.p., uzasadniono w sposób następujący. Odwołujący przywołał warunek udziału w postępowaniu z pkt 6.2.3.1. SIWZ i argumentował, że 9 października 2020 r. wezwano wykonawcę Moduł do uzupełnienia wykazu robót budowlanych, w wyniku czego wykonawca złożył wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ wraz ze świadectwem przejęcia robót i referencjami. Z dokumentów tych wynika, iż wykonawca z potencjału podwykonawcy - Zakładu Budownictwa Ogólnego „Moduł" B. G. . Zatem załączone do wykazu dokumenty zgodnie z SIWZ miały potwierdzić, iż minimum jeden podmiot udostępniający zasoby musi posiadać pełne doświadczenie wskazane w warunku udziału w postępowaniu, kiedy podwykonawca nie był ani liderem konsorcjum realizującego zadania, ani nie realizował całości zamówienia.

W pierwszym zadaniu, wymienionym w wykazie robót budowlanych, tj. „Rozbudowa oczyszczalni ścieków w Dobczycach", wskazany podwykonawca, jako partner konsorcjum, wraz z OTECH - lider konsorcjum, wykonał roboty za kwotę 10 510 105,09 zł brutto, co stanowi 45% zamówienia. Natomiast co do drugiej inwestycji, tj. „Rozbudowa i modernizacja systemu gospodarki wodno-ściekowej w gminie Siechnice - modernizacja oczyszczalni ścieków w Siechnicach", firma ta była partnerem konsorcjum P.T.H.U.HYDRO-MARKO i zrealizowała roboty za 5 294 794,35 z brutto, co stanowi 22,6 % całkowitej wartości robot wynoszącej 23 357 700,00 zł brutto. Jednocześnie, na podstawie przedłożonych świadectw przejęcia robót, nie można potwierdzić zakresu robót wykonanych firmę „Moduł" B. G. w ramach tych inwestycji, a jedynie to, że firma nie zrealizowała całości zamówienia. Zatem, w opinii odwołującego, podmiot trzeci nie posiada wymaganego w warunku doświadczenia.

Odwołujący dodał, że skoro wykonawca Moduł w całości korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, to ten podmiot powinien realizować całość zamówienia w zakresie budowy (lub rozbudowy lub przebudowy) oczyszczalni ścieków komunalnych wraz z jej wyposażeniem technologicznym o przepustowości nie mniejszej niż 6 000 RLM, a nie tylko część tych robót, co wynika z treści zobowiązania podmiotu trzeciego. Taki brak powoduje, że nie wykazano spełnienia warunku udziału w przetargu z pkt 6.2.3.1. SIWZ, więc wykonawca powinien zostać wykluczony.

Mając na uwadze powyższe, według odwołującego, zamawiający dokonał niezgodnej z prawem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o ustalone w SIWZ kryteria oceny ofert, czym naruszył również przepis art. 91 ust. 1 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie, na okoliczności wskazane w jego uzasadnianiu. Wniesiono także o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Zamawiający wskazał, że w dniu 16 listopada 2020 r. unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym poinformowano wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, w tym także przystępującego i odwołującego. Na dowód czego przedłożono informację o unieważnieniu rozstrzygnięcia wraz z potwierdzeniem przesłania jej pełnomocnikowi odwołującego i zaznaczono, że zawiadomienia pozostałych wykonawców znajdują się w przekazanej Izbie dokumentacji postępowania. Zamawiający dodał, że jego decyzja jest uzasadniona koniecznością dalszego badania i oceny złożonych ofert pod katem ich zgodności z SIWZ lub przepisami p.z.p. W ramach ponownego badania ofert, w najbliższym możliwym terminie, zostaną wysłane do wykonawcy Moduł wezwania o: udzielnie wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., udzielenie ponownych wyjaśnień na kanwie 90 ust. 1 p.z.p., udzielenie wyjaśnień w oparciu art. 26 ust. 3 p.z.p. co do zakresu zadań referencyjnych, uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. wykazu robót budowlanych wraz z dowodami należytego wykonania. Ponadto, także w odniesieniu do oferty odwołującego zachodzi konieczność powtórzenia czynności związanych z oceną i badaniem jego oferty.

Dalej zamawiający podkreślił, że nie podziela jakichkolwiek argumentów zawartych w odwołaniu, jednak dostrzegł konieczność ponownej oceny oferty wykonawcy Moduł oraz spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej. O ile bowiem zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. jest całkowicie bezpodstawny, ponieważ zamawiający inaczej ocenia treść wyjaśnień przystępującego i nie widzi podstaw do potwierdzania doświadczenia z kryterium oceny ofert dodatkowymi dokumentami, to pozostałe zarzuty powodują konieczność dodatkowego wyjaśnienia, szczególnie, że zadanie jest finansowane ze środków zewnętrznych. Jak również, dalsze prowadzenie postępowania wyjaśniającego wpisuje się w założenia dyrektyw zamówieniowych, w szczególności co do konieczności kontynuacji procedury wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny przystępującego.

Następnie zamawiający zauważył, iż dokonane przez niego unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ma nierozerwalny wpływ na inne czynności, odrzucenia lub zaniechania odrzucenia poszczególnych ofert, wykluczenia lub zaniechania wykluczenia wykonawców z postępowania. Innymi słowy, unieważnienie czynności wyboru oferty oznacza zrobienie „kroku w tył", postępowanie przetargowe cofa się z etapu po wyborze oferty do etapu, który ma miejsce po otwarciu ofert. Przesądza to o bezzasadności odwołania, które dotyczy czynności już unieważnionych przez zamawiającego. Obecnie, nie istnieje zarówno czynność wyboru, jak i zaniechanie wykluczenia przystępującego i zaniechanie odrzucenia jego oferty. Odwołanie w całości dotyczy czynności nieistniejących, zatem brak jest substratu zaskarżenia.

W ocenie zamawiającego unieważnienie rozstrzygnięcia postępowania powoduje także, iż nie zachodzą przesłanki do uwzględnienia odwołania, wskazane w art. 192 ust. 2 p.z.p., nawet jeżeli którykolwiek z zarzutów – co nie ma miejsca w niniejszej sprawie – okazałoby się uzasadniony, ponieważ odwołujący zaskarżył czynności nieistniejące, które nie mogą mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. Ponadto, dokonanie czynności w postępowaniu, nawet jeżeli pokrywa się z żądaniami odwołania, z formalnego punktu widzenia nie jest tym samym, co uwzględnienie odwołania, o którym mowa w art. 186 ust. 2 p.z.p., a które jest czynnością procesową w postępowaniu odwoławczym.

Ostatecznie też, wskutek wykonania czynności pokrywających się z żądaniami odwołania, zdaniem zamawiającego, odwołujący nie posiada dłużej interesu w jego popieraniu. Dopiero po zakończeniu badania i oceny ofert zamawiający ponownie zdecyduje o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również o tym, których z wykonawców należy wykluczyć z postępowania, a których oferty podlegają odrzuceniu. Tym samym, obecnie dokonana czynność unieważnienia rozstrzygnięcia przetargu powinna w pełni odpowiadać interesowi odwołującego, ponieważ oferta jego konkurenta nie jest już ofertą najkorzystniejszą.

Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „Moduł" Sp. z o.o., Stróżówka 67, 38-300 Gorlice (dalej zwanego jako „przystępujący"), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe ustnie do protokołu.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, iż odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Izba ustaliła, że odwołanie dotyczy czynności i zaniechań zamawiającego, które doprowadziły do wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej, zgodnie z informacją o wyniku przetargu z dnia 6 listopada 2020 r. Jedynie dodatkowo wynika to z *petitum* odwołania, które odwołujący wniósł wobec wyboru oferty przystępującego (art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p.). Dalej skład rozpoznający spór ustalił, że zgodnie z materiałem procesowym, w dniu 16 listopada 2020 r., zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej, o czym poinformowano wykonawców (korespondencja elektroniczna z 16.11.2020 r. w aktach sprawy). Na moment wyrokowania nie dokonano rozstrzygnięcia postępowania, zamawiający powrócił do etapu badania ofert, w ramach którego do przystępującego zostało wysłane wezwanie z 24 listopada 2020 r., zaś do odwołującego zostało wysłane wezwanie z 20 listopada 2020 r.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności podniesione w odwołaniu, stwierdziła, że ustalony stan rzeczy powoduje, że odwołanie należało oddalić ze względu na dyspozycję art. 192 ust. 2 w zw. z art. 191 ust. 2 p.z.p. Unieważnienie rozstrzygnięcia przetargu spowodowało, że nie ma decyzji zamawiającego (wyniku postępowania), której można byłoby przypisać naruszenie przepisów ustawy. Ponadto, odwołujący nie posiada interesu w podtrzymywaniu wniesionego środka zaskarżenia (art. 179 ust. 1 p.z.p.), bowiem nie została spełniona przesłanka poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, skoro zaskarżona czynność, z którą wiązała się ewentualna szkoda odwołującego, na dzień wyrokowania nie istnieje.

W ramach uwag natury ogólnej należy zauważyć, że dokonanie przez jednostkę zamawiającą unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie jest niczym niespotykanym w postępowaniach o udzielenie zamówienia

publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie rozstrzygała sprawy w tym zakresie, co spowodowało wykształcenie się linii orzeczniczej, zgodnie z którą odwołanie wobec czynności wyboru oferty, której nie ma już w przetargu, podlega oddaleniu (*vide* wyrok Izby z dnia 3 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1693/20, KIO 2014/20 i obszernie przywołane tam orzecznictwo).

Koniecznym wydaje się przypomnienie, że co do zasady nie ma żadnych przeszkód, aby jednostka zamawiająca unieważniła rozstrzygnięcie postępowania i wróciła do etapu badania i oceny ofert, by poprawić swoje błędy. Ustawodawca nie wprowadził konieczności zawieszenia czynności w przetargu, uznając za celowe pozostawienie w tym zakresie swobody zamawiającemu, który – zarówno z własnej inicjatywy, jak i w wyniku analizy postawionych mu zarzutów – jest uprawniony do autorewizji swoich działań w postępowaniu. Jest to skorelowane z obowiązkiem nałożonym na skład orzekający, określonym w art. 191 ust. 2 p.z.p., aby wydając wyrok uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem stan istniejący na moment zamknięcia rozprawy. Skoro więc Izba zobligowana jest do uwzględnienia czynności zamawiającego, które miały miejsce także po wniesieniu odwołania, aż do czasu zamknięcia rozprawy, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej – będącej czynnością, od której wniesiono odwołanie – ma niebagatelny wpływ na sytuację procesową odwołującego.

Brak decyzji o wyborze, będącej wynikiem oceny i badania ofert w przetargu, powoduje, że w takiej sytuacji nie sposób stwierdzić naruszenia przepisów ustawy p.z.p., co jest konieczne do uwzględnienia odwołania (art. 192 ust. 2 p.z.p.). Odwołujący zarzucił bowiem zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i wykluczenia go z przetargu, co jest ściśle związane z unieważnioną czynnością wyboru oferty przystępującego w postępowaniu. Dokonując rozstrzygnięcia przetargu zamawiający kończy etap analizy, w którym bada zajście przesłanek skutkujących koniecznością eliminacji wykonawców z przetargu – z powodu wad przedmiotowych oferty, czy ze względu na sytuację podmiotową przedsiębiorcy. Jeżeli zaś zniesiono decyzję o rozstrzygnięciu, następuje powrót do etapu weryfikacji, i nie ma możliwości stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy wobec czynności przyszłych, których zamawiający dopiero dokona, a które na dzień wyrokowania jeszcze nie nastąpiły. Badanie takie nie jest możliwe nawet w sposób czysto hipotetyczny i znacząco wykroczyłoby poza rozpoznawany spór. Natomiast wobec zniesienia czynności wyboru oferty przystępującego, nie istnieje już czynność zaskarżona odwołaniem, której oceny legalności przez Krajową Izbę Odwoławczą żądał odwołujący (art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p.).

Na wybór oferty najkorzystniejszej składają się wszystkie działania zamawiającego prowadzące do wyłonienia najlepszego wykonawcy w postępowaniu, w tym także zarzucane zaniechanie wykluczenia i zaniechanie odrzucenia oferty konkurencji. Wynika to wprost z orzecznictwa Sądu Najwyższego, gdzie wskazuje się, iż w rozdziale 4 działu drugiego p.z.p. – wybór najkorzystniejszej oferty, unormowane zostały zasady składania ofert przez wykonawców, przesłanki ich odrzucenia, w tym środki mające umożliwić zamawiającemu ocenę czy przesłanki te zachodzą oraz przesłanki dokonania wyboru oferty, którą zamawiający uznaje za najkorzystniejszą w świetle SIWZ. Na ostateczny wynik tego etapu postępowania o udzielenie zamówienia składają się więc kolejno czynności mające na celu ustalenie w odniesieniu do każdej ze złożonych ofert, czy nie powinna podlegać odrzuceniu, a następnie ocena ofert, które nie zostały odrzucone przez pryzmat wymagań określonych w SIWZ. (*vide* uchwały SN z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt: III CZP 56/17 oraz sygn. akt: III CZP 58/17). Warto zaznaczyć, że powyższe orzeczenia dotyczą wskazania zakresu pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty" z art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. Norma ta stanowi podstawę prawną dotyczącą dopuszczalność rozpoznania przez skład orzekający niniejszego odwołania.

Skoro zatem unieważniono podstawę zaskarżenia, to nie istnieje decyzja zamawiającego, której można zarzucić naruszenie ustawy (art. 192 ust. 2 p.z.p.). Kiedy unieważniono końcowy efekt badania i oceny ofert, eliminując z obrotu rozstrzygnięcie przetargu, następuje brak substratu zaskarżenia. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej znosi skutki poprzednich czynności i zaniechań zamawiającego, które wykonawca będzie mógł zaskarżyć po dokonaniu ponownego wyboru, o ile jednostka zamawiająca ponownie podejmie niekorzystną dla odwołującego decyzję.

Natomiast gdy odwołujący zdecyduje się podtrzymać wniesiony środek zaskarżenia –pomimo zniesienia rozstrzygnięcia przetargu – skład orzekający zobowiązany jest do wydania rozstrzygnięcia merytorycznego. Zaś zgodnie z art. 191 ust. 2 p.z.p., Izba nie orzeka według stanu faktycznego i prawnego obowiązującego w dacie wniesienia odwołania, a zobligowana jest uwzględnić zmiany, które nastąpiły od momentu wniesienia środka zaskarżenia do momentu zamknięcia rozprawy. Odwołujący, który wobec zmiany stanu rzeczy nie zdecydował się na wycofanie odwołania i podtrzymał żądanie dokonania oceny przez skład orzekający legalności działania zamawiającego, w sytuacji braku przedmiotu zaskarżenia, musi się liczyć z materialnoprawnym skutkiem oddalenia odwołania – z powodu braku możliwości stwierdzenia przez Izbę naruszenia prawa. Innymi słowy, nie można stwierdzić naruszenia prawa z powodu decyzji zamawiającego, której w przetargu już nie ma.

Unieważnione rozstrzygnięcie nie powoduje skutków prawnych, czynność nie istnieje, również nie może spowodować chociażby hipotetycznej szkody, a odwołujący nie ma interesu w popieraniu środka zaskarżenia wobec zniesionej czynności. Dopiero rozstrzygnięcie przetargu spowoduje przesądzenie, która oferta nie podlega odrzuceniu i który wykonawca nie podlega wykluczeniu, i dopiero wtedy będzie można zarzucić zamawiającemu zaniechanie w tym przedmiocie. Nawet jeżeli w odpowiedzi na odwołanie podjęto próbę polemiki z odwołującym, co do zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., do dnia wyrokowania nie ma wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem brak jest substratu zaskarżenia, co uniemożliwia uwzględnienie odwołania. I jedynie na marginesie należy zauważyć, że w pkt I ppkt 1 i 2 wezwania z dnia 24 listopada 2020 r. zamawiający kontynuuje postępowanie wyjaśniające w tym przedmiocie, więc okoliczności faktyczne zarzutu wprowadzenia w błąd są nadal weryfikowane w ramach badania oferty przystępującego.

Oceny działania zamawiającego nie zmienia też okoliczność, podnoszona przez odwołującego, że na stronie internetowej zamawiającego nie zamieszczono informacji o unieważnieniu przetargu, ponieważ decyzję o unieważnieniu skutecznie doręczono stronom poprzez korespondencję elektroniczną. Brak jednoczesnego zamieszczenia informacji na stronie internetowej mógłby być oceniany najwyżej jako naruszenie art. 92 ust. 2 p.z.p., ale takiego zarzutu nie postawiono w odwołaniu i ostatecznie zamawiający dopełnił obowiązku, który nakłada na niego ta norma, umieszczając tą informację na swojej stronie przed zamknięciem rozprawy.

Konkludując, Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie, bowiem w ustalonym stanie rzeczy nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Z przepisu tego wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być jedynie stwierdzenie kwalifikowanego naruszenia ustawy p.z.p., czyli takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie unieważniono czynność będącą podstawą wniesienia odwołania, do dnia wyrokowania przetarg nie został rozstrzygnięty, zatem nie mogło się

potwierdzić zarzucane przez odwołującego naruszenie norm p.z.p., co skutkowało oddaleniem odwołania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania – obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) złożył się uiszczony przez wykonawcę wpis od odwołania.

Skład orzekający nie uwzględnił wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzeczy kosztów zastępstwa procesowego, gdyż do zamknięcia rozprawy nie przedłożono na tę okoliczność żadnego dokumentu. Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty strony, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności koszty związane z wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600,00 zł. W tym zakresie Izba orzeka w oparciu o szczególne regulacje, wprowadzone do systemu prawa na potrzeby postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, które wymagają nie tylko złożenia formalnego wniosku, a warunkują uwzględnienie wniosku strony od przedłożenie do akt sprawy rachunku – dowodu poniesienia tych kosztów. W przypadku więc braku (lub niemożliwości przedłożenia takiego dowodu) skład orzekający nie ma podstaw do uwzględnienia wniosku o zasądzenie kosztów wynikających z § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

……