Sygn. akt KIO 1272/22

POSTANOWIENIE

z dnia 19 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 19 maja 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2022r. przez wykonawcę G. G. prowadzący działalność gospodarczą jako Firma Inżynierska ALOG G. G. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kędzierzyn-Koźle

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy G. G. prowadzący działalność gospodarczą jako Firma Inżynierska ALOG G. kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć 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 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 Kędzierzyn-Koźle - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), pt. „Budowa Przedszkola na osiedlu Cisowa przy ul. Jana Brzechwy w Kędzierzynie-Koźlu".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 2022/BZP 00091144/1 z dnia 18 marca 2022 r.

W dniu 11 maja 2022 r. odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Firma Wielobranżowa Budownictwo-Produkcja-Handel „RAJBUD" R. J. z Leśnicy (dalej: „RAJBUD) wniósł Odwołujący -

wykonawca G. G. prowadzący działalność gospodarczą jako Firma Inżynierska ALOG G. G. . Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp, polegające na nieodrzuceniu oferty RAJBUD, która to oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp polegające na nieodrzuceniu oferty RAJBUD, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

3. art. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, polegające na tym, że zamawiający bezpodstawnie nie wykluczył RAJBUD który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

4. art. 116 ustawy pzp, polegające na tym, że zamawiający zaniechał rzeczywistego ustalenia istnienia przesłanek warunkujących spełnienia warunków postępowania przez wykonawcę wątpliwości co do RAJBUD i zlekceważył obiektywne wątpliwości co do spełnienia przez RAJBUD warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia lub odrzucenia oferty w świetle składanych przez RAJBUD dokumentów i oświadczeń, w tym oferty;

5.w konsekwencji zaś naruszeń wskazanych powyżej naruszenie przepisu z art. 239 ustawy pzp poprzez wybór oferty RAJBUD, którego oferta podlegała odrzuceniu;

6. w konsekwencji zaś naruszeń wskazanych powyżej - naruszenie przepisu z art. 16 oraz 17 ustawy pzp poprzez niezapewnienie przez zamawiającego w toku prowadzenia postępowania zachowania zasad prawidłowego przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym w również uczciwej konkurencji i równego traktowania jego uczestników, w tym przede wszystkim w niezapewnieniu przejrzystości postępowania.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji,:

2. unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

3. nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez RAJBUD;

4. nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy pzp, 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.

Izba ustaliła, że w dniu 18 maja 2022 r. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, z uwagi na

okoliczność, iż od dnia wniesienia odwołania nastąpiła zmiana stanu faktycznego mająca istotny wpływ na przebieg postępowania powodująca, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne, wobec bezprzedmiotowości odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że pierwotnie wybrany wykonawca, tj. wykonawca RAJBUD odmówił z zawarcia umowy o zamówienia publiczne, w związku z czym po ponownym badaniu i ocenie ofert Zamawiający ustalił, że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych i pozytywnej ich ocenie Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Odwołującego. W ocenie Zamawiającego wskazana czynność ma istotny wpływ na przebieg postępowania odwoławczego. Odwołujący bowiem, w dniu 18 maja 2022r. zawiadomiony został o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Tym samym według Zamawiającego, spór jaki miał być rozpatrywany przez Izbę na skutek wniesionego odwołania stał się bezprzedmiotowy. W obecnym stanie faktycznym ustały przesłanki prowadzenia postępowania odwoławczego, albowiem Odwołujący nie ma już interesu w wywodzeniu i popieraniu odwołania, ponieważ osiągnął swój cel w inny sposób.

Zamawiający wraz z powyższym pismem przesłał do Izby pismo z dnia 18 maja

2022r. zawierające Informację o wyniku postępowania tj. informację o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, z którego wynika, że oferta Odwołującego wybrana została jako najkorzystniejsza.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z ponownym wyborem przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Odwołującego, może znaleźć zastosowanie 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.

W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. W konsekwencji przedstawionego wyżej stanu faktycznego, tj. odstąpienia wykonawcy pierwotnie wybranego od zawarcia umowy oraz wyboru w dniu 18 maja 2022r. jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała już czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego.

W konsekwencji powyższego spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie - musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia,

będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty.

Następnie 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 uiszczonego wpisu w wysokości 10 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący: .....