Sygn. akt: KIO 1773/22

POSTANOWIENIE
z dnia 21 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

---

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 21 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2022 r. przez odwołującego: TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa),

- zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego:

A. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- Konsorcjum: Multiconsult Polska Sp. z o.o., Transprojekt Gdański Sp. z o.o. (ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa);

- Konsorcjum: SYSTRA S.A., Biuro Projektowo - Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. (rue Henry Farman 72-76 75015 Paryż);

B. wykonawca: BBF Sp. z o.o. (ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań) zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Umarza postępowania odwoławcze;

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa) kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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.

Sygn. akt KIO 1773/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 4 lipca 2022 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie w przedmiocie zamówienia publicznego na: opracowanie dokumentacji projektowej w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej E 59, odcinek Kędzierzyn Koźle - Chałupki - dokumentacja projektowa”. Numer referencyjny: 9090/IREZA4/04951/01310/22/P. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w D. Urz.

UE w dniu 18 marca 2022 r. pod nr 2022/S 055-1144989. Odwołujący - TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od niezgodnej - zdaniem wykonawcy - z przepisami ustawy Pzp:

1. czynności wyboru oferty Wykonawcy BBF Sp. z o.o. (dalej „BBF") jako najkorzystniejszej;

2. czynności zaniechania wykluczenia wykonawcy BBF oraz odrzucenia oferty BBF, pomimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, w zakresie doświadczenia Koordynatora w branży mostowej Pana G. F. i/lub przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

3. zaniechanie wezwania BBF do wyjaśnień w zakresie doświadczenia Koordynatora w branży mostowej - na wypadek nie uwzględnienia powyższego: .

Odwołujący Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

Zarzut 1. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy PZP w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 Ustawy PZP w związku z art. 16 PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBF, pomimo że wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, w zakresie doświadczenia Koordynatora w branży mostowej G. F. i/lub przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

Zarzut 2 ewentualny - na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu 1. Naruszenie art. 128 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 16 ustawy PZP - poprzez zaniechanie wezwania BBF do wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie Koordynatora w branży mostowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,

2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3. Wykluczenie wykonawcy BBF,

4. Odrzucenia oferty wykonawcy BBF,

5. Na wypadek nie uwzględnienia żądania z pkt. 3 i 4, wezwania BBF do wyjaśnień w zakresie doświadczenia Koordynatora branży mostowej,

6. Ponowną ocenę ofert.

Odwołujący podał, że (...) posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz poniósł bądź może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP. Odwołujący ma interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający dokonał istotnych czynności z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek czego Odwołujący stracił szansę na uzyskanie zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu".

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego - wnosząc o uwzględnienie odwołania - przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: (1) Konsorcjum: Multiconsult Polska Sp. z o.o., Transprojekt Gdański Sp. z o.o. ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa (lider) oraz (2) Konsorcjum: SYSTRA S.A., Biuro Projektowo - Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. rue Henry Farman 72-76 75015 Paryż (lider).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - wnosząc o oddalenie odwołania - przystąpienie zgłosił wykonawca BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Odwołujący TPF Sp. z o.o. złożył w przedmiotowej sprawie w piśmie z dnia 14 lipca 2022 r. (wpływ do akt sprawy: 18/07/22) wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego wnosząc o: (...)

1. umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, wobec faktu, że dalsze postępowanie stało się zbędne;

2. zwrot wpisu od odwołania".

W uzasadnieniu wniosku podał: „W dniu 13.07.2022r. Zamawiający pismem „Informacja o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej" poinformował, że unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. dowód: Pismo z dnia 13.07.2022. „Informacja o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej". Wobec powyższego dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne, gdyż - wskutek dokonania przez Zamawiającego czynności unieważnienia czynności z dnia 23.06.2022r. - nie istnieje już podstawa wniesienia odwołania. Co więcej - poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - zrealizowało się pierwsze żądanie odwołania. Obecnie Zamawiający ponownie jest na etapie badania i oceny ofert i nie jest wiadome, jakie będą wyniki tej czynności. A zatem w chwili obecnej przestał istnieć spór poddany pod rozstrzygnięcie Izby - przestał istnieć substrat zaskarżenia (tj. czynność oceny i badania ofert) Zamawiający ponownie jest w toku czynności oceny i badania ofert. Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 26 lutego 2014 roku, sygn. akt III CZP 119/13 wskazał: Do przyczyn umorzenia postępowania objętych przepisem art. 355 k.p.c. należą zdarzenia zaistniałe w toku postępowania (następcze), które sprawiły, że wydanie wyroku stało się zbędne lub niedopuszczalne. Należy do nich cofnięcie przez powoda pozwu ze skutkiem prawnym lub inne przypadki zbędności postępowania i wyrokowania albo niedopuszczalności wyrokowania. (...) Po przeprowadzeniu postępowania i zamknięciu rozprawy sąd, stosownie do art. 316 § 1 k.p.c., wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Stan sprawy obejmuje zarówno okoliczności faktyczne, jak i obowiązujące przepisy, mogące stanowić podstawę prawną rozstrzygnięcia (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 września 1975 r., I CR 526/75, OSNCP 1976, nr 7-8, poz. 171, z dnia 7 marca 1997 r., II CKN 70/96, OSNC 1997, nr 8, poz. 113, z dnia 22 czerwca 2004 r., IV CK 453/03, niepubl., z dnia 8 lutego 2006 r., II CSK 153/05, niepubl., i z dnia 15 lutego 2013 r., I CSK 314/12, niepubl.). Może on różnić się od tego, który istniał w momencie wnoszenia powództwa i był wyznaczony pozwem (art. 187 § 1 k.p.c.), jeżeli podjęte zostały przez strony czynności mające wpływ na żądanie, jego rodzaj i zakres oraz na okoliczności faktyczne przytoczone na uzasadnienie żądania pozwu. Do czynności wpływających na zmianę stanu sprawy istniejącego w chwili wnoszenia pozwu należy również spełnienie świadczenia przez pozwanego w toku postępowania, powodujące wygaśnięcie dochodzonego roszczenia. Jeżeli na skutek spełnienia świadczenia przez pozwanego w toku postępowania doszło do wygaśnięcia objętej roszczeniem wierzytelności, odpadła podstawa do uwzględnienia powództwa. Przekładając powyższe stanowisko Sądu Najwyższego na specyfikę Prawa zamówień publicznych należy uznać, że w każdym przypadku unieważnienie przez Zamawiającego czynności objętej odwołaniem powinno skutkować umorzeniem postępowania odwoławczego wobec: a) zmiany stanu sprawy istniejącego w chwili wnoszenia odwołania; b) wygaśnięcie roszczenia /żądania odwołania o unieważnienie czynności objętej odwołaniem. Odwołujący wskazuje, że Krajowa Izba Odwoławcza właśnie w sytuacji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórnego badania i oceny złożonych ofert umorzyła postępowanie, wskazując na brak substratu zaskarżenia - por. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2021roku, sygn. KIO 334/21: Zamawiający faktycznie unieważnił czynność wobec której formułowane były zarzuty w odwołaniu, jednak nadal czynnością objętą odwołaniem jest unieważniona, tj. wybór oferty najkorzystniejszej. Ponieważ Zamawiający nie uwzględnił w drodze formalnej czynności procesowej zarzutów podniesionych w odwołaniu, a Odwołujący tego odwołania nie wycofał, w dniu posiedzenia w sprawie odwoławczej nie było substratu zaskarżenia, co czyniło dalsze postępowanie odwoławcze niecelowym". Do tego wniosku załączył wskazane w nim pismo z dnia 13 lipca 2022 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 21 lipca 2022 r.) wniósł o oddalenie odwołania w całości, wskazując w jej punkcie II.13, że:

„W dniu 13 lipca 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru ofert z uwagi na wątpliwości dotyczące treści oferty BBF Sp. z o.o. W tym samym dniu Zamawiający wystąpił do BBF Sp. z o.o. o wyjaśnienia wątpliwości dotyczących doświadczenia Pana G. F. oraz o

uzupełnienie tego doświadczenia”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

W myśl art. 568 ustawy Pzp: „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (...)

2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; (.)

Odwołujący TPF Sp. z o.o. w piśmie z dnia 14 lipca 2022 r. - jak wyżej wskazano - wniósł o: (...)

1. umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Ustawy (.) Prawo zamówień publicznych, wobec faktu, że dalsze postępowanie stało się zbędne;

2. zwrot wpisu od odwołania”.

Zamawiający - jak wynika z wniosku Odwołującego z dnia 18 lipca br i i odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 lipca br - przekazał wykonawcom w piśmie z dnia 13 lipca 2022 r.

decyzję o unieważnieniu czynności „wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonaną w dniu 23 czerwca 2022 r. (...)”.

Izba miała na uwadze, że Zamawiający do dnia 21 lipca br nie uwzględnił w drodze formalnej czynności procesowej żadnego z zarzutów podniesionych w odwołaniu, wnosząc o ich oddalenie, a Odwołujący tego odwołania nie wycofał. Jednakże na dzień 21 lipca 2022 r. w przedmiotowej sprawie odwoławczej z uwagi na unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, której dotyczył pierwszy z zarzutów i podjęcie czynności wnioskowanych w odwołaniu, nie ma substratu zaskarżenia, co czyniło dalsze postępowanie odwoławcze bezprzedmiotowym. Decyzja o unieważnieniu zaskarżonej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty została potwierdzona w odpowiedzi na odwołanie, którą jednocześnie poinformowano o wszczęciu w dniu 13 lipca br także procedury wyjaśnienia (...) wątpliwości dotyczących doświadczenia Pana G. F. oraz o uzupełnienie tego doświadczenia”.

W związku z unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty znajduje zastosowanie pierwsza z przesłanek wymieniona w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne. W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Pzp. Izba dodatkowo wskazuje, że wydając orzeczenie - zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - 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.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

(Dz.U. poz. 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu w pełnej wysokości, 15.000 zł., co znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.