Sygn. akt: KIO 714/23

POSTANOWIENIE

z dnia 27 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 27 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2022 r. przez odwołującego: Metalzbyt- Hurt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bielsku – Białej (ul. Bardowskiego 2, 43-300 Bielsko-Biała) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie (ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków),

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Metalzbyt-Hurt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bielsku – Białej (ul. Bardowskiego 2, 43-300 Bielsko-Biała) kwoty 13.500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% 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 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.

Sygn. akt: KIO 714/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 14 marca 2023 r. przez wykonawcę Metalzbyt- Hurt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Bielsku – Białej (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa - 3 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Krakowie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem jest: „Dostawa drutu ostrzowego”. Nr referencyjny: 25/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 2023/S 013-033485 w dniu 18/01/ 2023 r.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie w zakresie części pierwszej zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, w zakresie w zakresie części pierwszej zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania;

2. Unieważnienia Postępowania w zakresie części pierwszej zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania;

3. Zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, w zakresie części pierwszej zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania.

Wykonawca stwierdził, że na skutek ww. działań i zaniechań Zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów Ustawy:

1. Art. 16 Ustawy poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz nierówne traktowanie wykonawców, a to poprzez nieuzasadnione unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie części pierwszej zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania, nieuzasadnione unieważnienie Postępowania w zakresie części pierwszej zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania, a w ślad za tym zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części pierwszej zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania;

2. Art. 17 ust. 2 Ustawy poprzez zaniechanie udzielenie zamówienia Odwołującemu jako najkorzystniejszej w zakresie części pierwszej zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania;

3. Art. 239 Ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, w zakresie części pierwszej zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem

Postępowania;

4. Art. 255 pkt 7) Ustawy poprzez unieważnienie Postępowania w zakresie pierwszej części zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania;

5. Art. 263 PZP poprzez unieważnienie Postępowania w zakresie pierwszej części zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania.

W związku z powyższymi naruszeniami Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie niniejszego odwołania w całości w zakresie pierwszej części zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania;

2. Unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty Odwołującego w zakresie pierwszej części zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania;

3. Unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania pierwszej w zakresie części zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania;

4. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie pierwszej części zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem

Postępowania;

5. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wg norm

przepisanych.

Wskazał, że (…) Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania z uwagi na fakt, iż w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, opisanych powyżej, doszło do nieuzasadnionego unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, w zakresie pierwszej części zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania oraz nieuzasadnionego unieważnienia Postępowania zakresie pierwszej części zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania. W związku z powyższym Odwołujący poniesie szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia publicznego (zawarcia umowy) na realizację dostaw objętych przedmiotem Postępowania zakresie pierwszej części zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania, z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu".

Zamawiając w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 22/03/23) wniósł o oddalenie odwołania, a w uzasadnieniu stanowiska wskazał w szczególności: (…).

6. Należy mieć na względzie, że przedmiotem postępowania jest dostawa drutu ostrzowego. Przedmiot umowy służy zabezpieczeniu granicy RP w obliczu pełnoskalowej wojny w bezpośrednim sąsiedztwie Polski, zabezpieczeniu granicy z Federacją Rosyjską przed

potencjalnym i realnym atakiem hybrydowym, a także związany jest ze stale zmieniającym się zapotrzebowaniem wojsk sojuszniczych wykonujących zadania na terytorium RP. Tym samym, czynności Zamawiającego musza być dostosowane do zmieniającej się z dnia na dzień, a nawet z godziny na godzinę sytuacji.

7. Biorąc pod uwagę Pismo przełożonego Zamawiającego, dotyczące zmniejszenia zapotrzebowania na przedmiot zamówienia, Zamawiający uznał, że dokonanie ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybór najkorzystniejszej oferty w trybie art. 263 ustawy pzp może stanowić naruszenie art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2022, poz 1634).

Dowód: - pismo Szefa Szefostwa Eksploatacji Sprzetu Inżynieryjnego i OPBMR z dnia 09.03.2023 r. nr. 10986/23.

8. Powyższe zostało potwierdzone uwagami przekazanymi przez Kontrolerów Departamentu Kontroli Ministerstwa Obrony Narodowej, wykonujących czynności w ramach Kontroli Planowej, której poddany został Zamawiający w terminie 20.02.2023 r. - 17.03.2023 r.

9. Zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

10. Celowość we wskazanym przepisie dotyczy zasadności, przydatności czy — innymi słowy — słuszności wydatku ocenianej przez pryzmat celu i zadania publicznego, któremu ma służyć. Oszczędność jako zasada gospodarki finansami publicznymi służyć ma minimalizacji kosztów związanych z realizacją określonych zadań jednostek sektora finansów publicznych. Wynika z niej potrzeba dokonywania wyborów pomiędzy różnymi sposobami realizacji założonych celów. Celowość i oszczędność reprezentują dwie, uzupełniające się wartości. (…).

(…)

12. Na skutek unieważnienia czynność w postępowaniu Wykonawca ma prawo skorzystać z nowego środka

ochrony prawnej, po tym jak zamawiający dokona nowej czynności, będącej następstwem czynności unieważnionej (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1310/22).

13. Z powyższego wynika, że rzeczywistą czynnością Zamawiającego, która może podlegać kontroli na skutek niniejszego odwołania jest czynność unieważnienia postępowania z dnia 09.03.2023 r.

14. Zgodnie z art. 263 ustawy pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może

dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie.

15. Faktem jest, że z dyspozycji art. 263 Ustawy wynika zatem alternatywa rozłączna. Tym samym, Zamawiający w przewidzianej w tym przepisie sytuacji może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie. Obie te alternatywne czynności podlegają kontroli KIO pod względem ich zgodności z prawem, a Wykonawca może wnieść odwołanie na taką czynność Zamawiającego.

16. Odwołujący nie uzasadnia jednak dlaczego, jego zdaniem, czynności z dnia 09.03.2023 r. polegająca na unieważnieniu postępowania w trybie art. 263 ustawy pzp jako taka miałaby być niezgoda z przepisami ustawy pzp. Jak już wskazano, odwołanie przysługuje zaś jedynie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego.

17. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16, art. 17 ust. 2 oraz art. 239 ustawy pzp, należy wskazać, że w czynnościach Zamawiającego nie sposób doszukać się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, a także zasady proporcjonalności. Znamienne jest, że sam Odwołujący nie sprecyzował na czym takie rzekome naruszenie miałoby polegać. Tymczasem, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy pzp, to Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

18. W przedmiocie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 17 ust. 2 ustawy pzp należy dodać, że substrat zaskarżenia w postaci czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przestał istnieć, a zatem rozpatrywanie odwołania w tym zakresie jest bezprzedmiotowe. Tym bardziej zatem bezprzedmiotowe jest rozpatrywanie odwołania w zakresie zarzutu „zaniechanie udzielenie zamówienia Odwołującemu"

19. Skoro zaś, zgodnie z orzecznictwem, wobec tego że substrat zaskarżenia w postaci czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przestał istnieć na skutek jej unieważnienia, to tym samym całkowicie niezasadne jest twierdzenie Odwołującego o tym, że „czynności dokonane przez Zamawiającego w oparciu o art. 263 Ustawy mając charakter jednorazowy/' oraz „Inaczej mówiąc Zamawiający dokonując w dniu 27 lutego 2023 r. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, na podstawie art. 263 Ustawy, wyczerpał w ten sposób dyspozycję art. 263 Ustawy, a tym samym wyłączył możliwość unieważnienia Postępowania, w zakresie pierwszej części zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania, na podstawie art. 263 Ustawy w zw. z art. 255 pkt 7) PZP."

20. W rzeczywistości bowiem, Zamawiający dokonując unieważnienia poprzedniej czynności, znalazł się ponownie w sytuacji, w której, zgodnie z art. 263 ustawy pzp może

dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie.

21. Podnoszona w uzasadnieniu odwołania kwestia zgodności oferty Odwołującego z SWZ nie jest przedmiotem zarzutu odwołania, dlatego rozważania Odwołującego w tym temacie należy uznać za bezprzedmiotowe. (…)

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Termin na takie zgłoszenie upływał w dniu 20 marca 2023 r. Według informacji podanej przez zamawiającego (pismo z dnia 10/03/23) (…) kopia odwołania została przesłana wykonawcom za pośrednictwem platformy zakupowej w dniu 15.03.2023 r."

Odwołujący w piśmie z dnia 24 marca 2023 r. wskazując na art. 520 ustawy Pzp oświadczył, że cofa (…) odwołanie w całości, w sprawie o sygnaturze akt KIO 714/23, w zakresie w zakresie części pierwszej zamówienia (zadania nr 1) objętego przedmiotem Postępowania (…).

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: „1.Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby".

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący piśmie z dnia 24 marca 2023 r., jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Orzekając o

kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.