Sygn. akt: KIO 2402/23

POSTANOWIENIE z dnia 29 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Adriana Urbanik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 29 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę FASTER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Świętajno

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy FASTER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Olsztynie kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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: ……

Sygn. akt KIO 2402/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Świętajno - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), dalej „ustawa pzp", pn. „Dowóz uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Świętajno poprzez zakup biletów miesięcznych w roku szkolnym 2023/2024" (numer referencyjny: OS.343.2.2023). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 lipca 2023 r., za numerem 2023/BZP 00302155.

W dniu 14 sierpnia 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca FASTER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Olsztynie – dalej „Odwołujący". Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechania czynności Zamawiającego, polegających na:

1) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez PKS Siedlce Sp. z o.o. (ul. Świętojańska 9, 08-110 Siedlce - dalej „PKS Siedlce") jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie jej przez wykonawcę będącego w porozumieniu z wykonawcą Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa

(ul. Makowska 108, 06-300 Przasnysz - dalej jako „C. spółka komandytowa");

2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez C. spółka komandytowa jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie jej przez wykonawcę będącego w porozumieniu z wykonawcą PKS Siedlce;

3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez C. spółka komandytowa podczas gdy oferta powinna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie jej przez wykonawcę będącego w porozumieniu z wykonawcą PKS Siedlce.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz 108 ust. 1 pkt 5 i 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp, art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 art. 15 ust. 1 pkt 5, art. 15 ust. 2 pkt 1 i 2, art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 - dalej jako „uznk") oraz art. 6 ust. 1 pkt 1, 3, 6 i 7 i art. 9 ust. 2 pkt 1 i 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm. - dalej jako „uokik") poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców - PKS Siedlce oraz C. spółka komandytowa, co do których zachodzą wiarygodne przesłanki, iż zawarli między sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji oraz złożyli oferty

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez PKS Siedlce oraz C. Spółka komandytowa na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7

w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

W dniu 28 sierpnia 2023 r. Zamawiający (przed otwarciem rozprawy) złożył

odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnił całość zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w związku z czym dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił oferty złożone przez PKS Siedlce sp. z o.o. i Przewozy Krajowe i Zagraniczne C. sp. k. W związku z powyższym, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy pzp i wzajemne zniesienie kosztów postępowania na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 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.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, to jest 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.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba ustaliła z urzędu, iż na stronie internetowej prowadzonego postępowania Zamawiający w dniu 28 sierpnia 2023 r. opublikował zawiadomienia: o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022.1710 ze zm.). Zamawiający poinformował, że w przedmiotowym postępowaniu dokonano odrzucenia: 1) OFERTY NR 4, złożonej przez wykonawcę PKS Siedlce Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Świętojańska 9, 08-110 Siedlce na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp; 2) OFERTY NR 5, złożonej przez wykonawcę: Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C.

Spółka komandytowa, ul. Makowska 108, 06-300 Przasnysz, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że istnieją przesłanki, iż wyżej wymienieni wykonawcy działają w sposób mający na celu zakłócenie konkurencji, a oferty złożone w prowadzonym postępowaniu mają znamiona nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzuceniem danych ofert w dniu 28 sierpnia 2023 r. jak tego żądał Odwołujący znajduje 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.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny „podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego." (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt III CZP 55/18, w którym Sąd Najwyższy analizował rozbieżność orzeczniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 k.p.c. jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę, że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku). Dalej Sąd wywiódł, że skoro wskutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda -zazwyczaj

w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami - proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie

w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe.

W konsekwencji trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie o charakterze procesowym w postaci umorzenia procesu jest w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego procesu.

W ocenie Izby powyższe rozważania prawne mają zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Izba zauważa, że Zamawiający dokonał w dniu 28 sierpnia 2023 r. żądanego przez Odwołującego unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty wykonawcy PKS Siedlce Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz oferty wykonawcy Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C.

Spółka komandytowa, które to w ocenie Izby czynią zadość postawionym w odwołaniu zarzutom. Zarzuty odwołania dotyczyły niezgodnego z ustawą pzp wyboru oferty jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia danych ofert, i z zarzutami tymi związane było żądanie odwołania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenie danych ofert. Zamawiający dokonał w dniu 28 sierpnia 2023 r. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucił dane oferty, co powoduje bezprzedmiotowość postawionych zarzutów.

W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego 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. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie 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. 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. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy pzp nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 k.p.c., w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy - nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 k.p.c. -interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, to jest obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok Sądu Najwyższego z 25 czerwca 2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13 września 2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18). Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał zmian odpowiadających postawionym zarzutom, tym samym czynność i zaniechanie czynności stanowiące podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestały istnieć. Zaskarżenie czynności i zaniechania czynności, które już nie mają miejsca, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy pzp - zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności i nieistniejącego zaniechania czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

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. 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 7 500 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……