

## POSTANOWIENIE

Warszawa, 8 listopada 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 roku przez wykonawcę M.P. prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane PER-MIR M.P. z siedzibą w Kielcach, ul. Piekoszowska 359D w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Kielecki z siedzibą w Kielcach, ul. Wrzosowa 44

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
  2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy M.P. prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane PER-MIR M.P. z siedzibą w Kielcach, ul. Piekoszowska 359D tytułem zwrotu uiszczanego wpisu.
- Na orzeczenie - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

**Sygn. akt KIO 4044/24**

### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym na zakup działki, opracowanie dokumentacji budowlanej, wybudowanie trzech obiektów z przeznaczeniem na placówki opiekuńczo- wychowawcze dla dzieci i młodzieży- zapewnienie opieki i wychowania dzieciom” pozbawionym opieki biologicznych rodziców” ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00474144/01 z dnia 28 sierpnia 2024 roku.

30 października 2024 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

4 listopada 2024 r. M.P. prowadzący działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane PER-MIR M.P. z siedzibą w Kielcach, ul. Piekoszowska 359D wniósł przez swojego pełnomocnika (pełnomocnictwo z dnia 4 listopada 2024 r. udzielone przez właściciela firmy). Do odwołania dołączono dowód uiszczenia wpisu oraz przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- (a) naruszenie art. 240 ust. 1 w związku z art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy albowiem wykonawca wskazał do punktacji nabyte doświadczenie na trzech inwestycjach jako menadżer projektu gdzie w dwóch przypadkach informacja ta nie potwierdziła się zaś zamawiający pomimo opisanego kryterium nie weryfikuje go należycie albowiem przyjmuje że pełnomocnik wykonawcy jest jego menadżerem (co nie wynika automatycznie „samo z siebie”),
- (b) Naruszenie art. 226 ust.1 pkt. 2) b) albowiem złożona polisa OC o wymaganej wartości 5 000 000,00 zł nie spełniała warunku na dzień składania ofert 12.09.2024 r. gdyż wykonawca zwiększył jej wartość aneksem na dzień 22.10.2024 r.
- (c) Naruszenie art. 226 ust.1 pkt. 2) b) albowiem przedstawiony w wykazie osób Kierownik budowy G.B. nie spełnia wymagań w zakresie doświadczenia i nie w złożonym wykazie osób nie określił jaką funkcję pełnił na wskazanej inwestycji. Ponadto należy zaznaczyć że w rozdz. V ust. 1 pkt 3 a) SWZ zamawiający wymagał dysponowaniem kierownikiem budowy w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń, natomiast wskazany kierownik budowy G.B. uzyskał uprawnienia konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń w grudniu 2023 r., więc nie sposób na obecnym etapie ustalić czy w 2017 r. posiadał wymagane doświadczenie na inwestycji: Przebudowa budynku biurowo-laboratoryjnego gdzie Inwestorem był: Główny Inspektorat Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych w Warszawie oraz czy Pan G.B. pełnił jakąkolwiek funkcję techniczną nie mając wiedzy jakie 2017 r posiadał uprawnienia.
- (d) Naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy w zakresie wskazanym w pkt (b), gdzie zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia innej polisy która na dzień składania ofert spełni warunek odpowiadający wymaganej wartości.
- (e) Naruszenie art. 128 ust.1 i 4 ustawy w zakresie wskazanym w pkt (c), gdzie zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazanego doświadczenia przez kierownika budowy i ewentualnego wezwania do wykazania się innym kierownikiem budowy gdyby na skutek złożonych wyjaśnień nie potwierdził wymaganego doświadczenia.

Wniósł o:

- (a) nakazanie zamawiającemu uchylenie czynności polegającej na wyborze oferty Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GREI G.B.

(b) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GREI

G.B. względnie nakazanie zamawiającemu wezwania Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GREI G.B. do wykazania się polisą OC która spełnia warunek sytuacji ekonomicznej i finansowej na dzień składania ofert oraz wezwania do złożenia wyjaśnień oraz ewentualne wykazanie się kierownikiem budowy który spełni wymagany warunek doświadczenia

(c) Nakazania zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ustawy albowiem w przypadku uwzględnienia tego odwołania jego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą co będzie skutkować udzieleniu odwołującemu zamówienia publicznego. Powyższa okoliczność ewidentnie i w sposób nie budzący wątpliwości świadczy o posiadaniu interesu prawnego we wniesieniu odwołania.

4 listopada 2024 r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania.

7 listopada 2024 r. zamawiający wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy, bo 6 listopada 2024 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GREI G.B..

W załączeniu zamawiający złożył zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 6 listopada 2024 r., w którym oświadczył, że unieważnia wybór oferty najkorzystniejszej z 31 października 2024 r. i przystępuje do powtórzenia czynności badania i oceny oferty, zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Po dokonaniu powtórzenia czynności badania i oceny oferty, nastąpi powtórzenie czynności w zakresie wyniku postępowania, o czym zamawiający zgodnie z art. 253 ustawy, niezwłocznie zawiadomi wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

W uzasadnieniu czynności zamawiający podał, że zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający stoi na stanowisku, że celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej oraz niepodlegającej unieważnieniu umowy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu oraz którego oferta bezsprzecznie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

31 października 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GREI G.B. na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych przedłożył wymagane dokumenty, w tym Polisę OC o wartości 4 100 000,00 zł wraz z aneksem z dnia 22.10.2024 r. podwyższając wartość ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia do wymaganej kwoty 5 000 000,00 zł (rozdz. V ust. 2 pkt 4) lit. b) SWZ). Złożona Polisa OC wraz z aneksem o wymaganej wartości 5 000 000,00 zł nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej posiadanej polisy OC na dzień składania ofert tj. 12.09.2024 r. gdyż wykonawca zwiększył jej wartość aneksem dopiero od dnia 23.10.2024 r. Z powyższego wynika, że wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą w SWZ sumę ubezpieczenia dopiero dniu 22.10.2024 r. tj. 41 dni po upływie terminu składania ofert — 12.09.2024 r.

Zamawiający uznał, że winien ponownie zweryfikować spełnienie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GREI G.B. warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia, składany w celu potwierdzenia spełnienia warunku określonego z Rozdziale V ust. 2 pkt 4) lit. b) SWZ. Zamawiający podjął decyzję o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności uznając, że podjęte uprzednio czynności są obarczone wadą. Zamawiający popełnił błąd wybierając najkorzystniejszą ofertę z naruszeniem ustawy, stąd zachodzi konieczność unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z jednolitą i utrwaloną linią orzecniczą, przyjmuje się iż, do czasu zawarcia umowy zamawiający może w ramach prowadzonego postępowania przeprowadzać czynności, dokonywać unieważnień czynności, czy też powtarzać czynności. Powołał wyrok z dnia 22 lipca 2015 r., KIO 1462/15. Zamawiający jest obowiązany unieważnić każdą dokonaną czynność (unieważnić wybór oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy, odrzucenie oferty, a także unieważnić czynność unieważnienia postępowania), jeżeli dokonanie określonej czynności nastąpiło z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający może samodzielnie unieważnić każdą czynność w postępowaniu, dokonaną z naruszeniem przepisu ustawy, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Takie stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (zob. wyrok z dnia 21 listopada 2013 r., KIO 2591/13; KIO 2593/13 oraz z dnia 29 lipca 2013 r., KIO 1718/13). Jedynym ograniczeniem dla unieważnienia czynności w postępowaniu dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy jest fakt udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). W wyroku z dnia 28 grudnia 2010 r., KIO 2685/10, KIO 2686/10 Krajowa Izba Odwoławcza uznała prawo zamawiającego do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej czynności, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin

na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. W związku z czym, skoro możliwe jest unieważnienie unieważnienia postępowania w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (zob. wyroki z dnia 4 października 2019 r., KIO 1850/19, z dnia 22 stycznia 2019 r., KIO 2608/18, z dnia 26 kwietnia 2017 r., KIO 683/17, z dnia 30 maja 2013 r., KIO 798/16, z dnia 22 lipca 2015 r., KIO 1500/15, z 22.01.2015 r., KIO 2832/14, z dnia 16 lipca 2013 r., KIO 1578/13, z dnia 28 grudnia 2010 r., KIO 2685/10, KIO 2686/10) możliwe jest unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego. Zamawiający ma możliwość kontrolowania swoich czynności i może wycofać się z podjętej decyzji i powtórzyć daną czynność. Korygowanie własnych błędów przez zamawiającego ma duże znaczenie dla procedury. Mechanizm kontrolowania procedury przez zamawiającego i w konsekwencji naprawianie popełnionych błędów należy rozpatrywać w kategorii obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. Zamawiający dokonuje unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu i przystępuje do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty.

#### **Rozważania KIO:**

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

KIO uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

KIO uznała, że zamawiający nie mageneralnego zakazu dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia po wniesieniu odwołania. Jedynym ustawowym zakazem w tym zakresie jest zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 577 ustawy). Zamawiający z tej możliwości skorzystał dokonując unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wniesione odwołanie wskazywało, że czynnością kwestionowaną przez odwołującego był właśnie wybór oferty najkorzystniejszej dokonany 31 października 2024r. Zamawiający 6 listopada 2024 r. czynność tę unieważnił, o czym powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami zamawiającego może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym 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. 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).

W ocenie KIO do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał czynności, zgodnych z żądaniem odwołania i korzystnych dla odwołującego, czyli unieważnił zaskarżoną przez odwołującego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpił do ponowienia czynności badania i oceny ofert.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed KIO nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował odwołujący.

Powyższe oznaczają, że w momencie orzekania przez KIO nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

A jednocześnie z dniem dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej otworzy się wykonawcom ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności zamawiającego.

Aby KIO mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W tej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej, a czynność ta 6 listopada 2024 r. została przez zamawiającego ubezsuteczniona.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy 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 KIO zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed KIO.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, 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 - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 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. KIO jest więc w takim przypadku zobowiązania uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie.

Skoro zamawiający unieważnił sporny wynik postępowania, tym samym spór przestał istnieć. Uznać w takiej sytuacji w ocenie KIO należy, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy – 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 zamawiającego. Orzekanie przez KIO 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 tej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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 w całości 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 Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującym uiszczonego przez nich wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy.

Przewodnicząca:.....