Sygn. akt: KIO 4071/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 19 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Katarzyna Poprawa
Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron, w dniu 19 listopada 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 roku przez *wykonawcę* ***STRABAG spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie***

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego ***Agencja Rozwoju Miasta Krakowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie***

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy ***MIRBUD spółka akcyjna z siedzibą w Skierniewicach***

postanawia:

1.Umorzyć postępowanie odwoławcze.

2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczwykonawcy ***STRABAG spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie*** kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……
……
……

Sygn. akt: KIO 4071/24

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – ***Agencja Rozwoju Miasta Krakowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie*** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „***Budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki", przy ul. Piastowskiej w Krakowie – II Etap"***

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2024 r. pod numerem 486754-2024.

W dniu 4 listopada 2024 roku Odwołujący działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.; dalej: ustawa /PZP) wniósł na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w przedmiotowym postępowaniu polegającą na:

-zaniechaniu odrzucenia oferty MIRBUD S. A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice (dalej: „MIRBUD") mimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu z uwagi na niespełnienie przez MIRBUD warunków udziału w Postępowaniu oraz jednocześnie zaistnienia w stosunku do MIRBUD przesłanek wykluczenia z Postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy,

-zaniechania odrzucenia oferty MIRBUD mimo złożenia tej oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia oraz uniemożliwienia innym wykonawcom uzyskania zamówienia w sposób zgody z przepisami ustawy,

-wyborze oferty MIRBUD jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP w zw. z art. 109 ust. 2 PZP i art. 17 ust 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD pomimo spełnienia się stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia z Postępowania, albowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, MIRBUD wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie, w jakim oświadczył w złożonym wykazie osób, iż Pan J.B. kierował pracami dotyczącymi akustyki wnętrz na inwestycjach oznaczonych w wykazie osób

numerem 2 i 3 podczas gdy osoba ta nie pełniła tam takiej funkcji, co w konsekwencji stanowiło wprowadzenie w błąd i na jego podstawie doprowadziło do wyboru MIRBUD niezgodnie z przepisami ustawy;

2)art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 17 ust 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP w zw. z art. 109 ust. 2 PZP przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie wykluczenia MIRBUD pomimo, że zmaterializowały się w stosunku do tego wykonawcy przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP,

a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP;

3)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) oraz pkt 7) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust 1 i 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „znku") i art. 14 ust. 1 znku, a także art. 16 pkt 1) PZP, mające istotny wpływ na wynik Postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na podaniu w celu uzyskania korzyści majątkowej

(tj. uzyskania zamówienia) wbrew prawu i dobrym obyczajom niezgodnych z prawdą informacji zawartych w wykazie osób złożonych Zamawiającemu w dniu 18.10.2024 r. tj. informacji w zakresie w jakim Pan J.B. kierował pracami dotyczącymi akustyki wnętrz na inwestycji oznaczonej w wykazie osób numerem 2 i 3.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

-unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez MIRBUD, jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,

-odrzucenie oferty MIRBUD w Postępowaniu jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z uwagi na niespełnienie warunków udziału

w Postępowaniu, który jednocześnie wprowadził Zamawiającego w błąd

co do spełniania tych warunków,

-odrzucenie oferty MIRBUD jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

-powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział

w Postępowaniu z wyłączeniem oferty MIRBUD, oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący podał w odwołaniu uzasadnienie podnoszonych zarzutów odwołania.

Izba ustaliła:

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,

które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Pismem z dnia 14 listopada 2024 roku, przesłany w tym samym dniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej *STRABAG spółka z ograniczona odpowiedzialnością*
z siedzibą w Pruszkowie złożył wniosek o następującej treści:

Wniosek o zobowiązanie zamawiającego do zajęcia stanowiska procesowego

Działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w aktach sprawy) w imieniu
i na rzecz Strabag Sp. z o.o., w świetle dokonanej przez Zamawiającego czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13.11.2024 roku wnosimy aby Izba zobowiązała Zamawiającego do zajęcia stanowiska procesowego czy dokonana przez niego czynność stanowi uwzględnienie odwołania, a jeżeli tak to w jakim zakresie,
z prośbą o odpowiedź w terminie nie dłuższym niż 5 dni z uwagi na wyznaczony termin rozprawy.

Do tego wniosku zostało załączone pismo zamawiającego z dnia 13 listopada 2024 roku *zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25.10.2024 roku*

W dniu 14 listopada 2024 roku zamawiający skierował do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej informację *o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej*
w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie dokonaną w dniu 13 listopada 2024 roku, która została przekazana wykonawcom w dniu 13 listopada br. oraz została zamieszczona na stronie postępowania. Załączone zostały – pismo z dnia 13 listopada 2024 roku *zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25.10.2024 roku,* informacja o przekazaniu wiadomości wykonawcom biorącym udział

w postępowaniu.
W piśmie z dnia 13 listopada 2024 roku *zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25.10.2024 roku,* zamawiający podał:
Zamawiający informuje, o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 25 października 2024 roku, w wyniku której wyłoniono Wykonawcę MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice, jako Wykonawcę który złożył najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu.
Jednocześnie Zamawiający zawiadamia, iż przystąpi do powtórzenia czynności badania
i oceny ofert.
Uzasadnienie:
Zamawiający pismem z dnia 25 października 2024r. (nr wewnętrzy pisma: ARMK 17.2024/19), wysłał do Wykonawców za pośrednictwem poczty elektronicznej i zamieścił
na platformie e-Zamówienia informację o wyniku postępowania, wybierając ofertę firmy MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice, jako najkorzystniejszą.
W dniu 04 listopada 2024r., wpłynęło odwołanie od Wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05 – 800 Pruszków, dotyczące wyboru oferty MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, a także zaniechaniu odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy.
Po zapoznaniu się z treścią odwołania, Zamawiający uznał za zasadne unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania oraz oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W dniu 18 listopada 2024 roku pismem z tego samego dnia wykonawca MIRBUD spółka akcyjna z siedziba w Skierniewicach przedstawił stanowisko w sprawie oraz wniósł
o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy wszczętego przez Odwołującego pismem z dnia 4 listopada 2024 roku. Ww. wykonawca wskaz między innymi w piśmie:
Przystępujący informuje, iż Zamawiający, pismem datowanym na dzień 13 listopada 2024 r. (opublikowanym na stronie Postępowania w tym samym dniu) poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25 października 2024 r.). Zamawiający
w treści pisma informującego o unieważnieniu czynności wyboru oferty wskazał,
„iż po zapoznaniu się z treścią odwołania, Zamawiający uznał za zasadne unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania oraz oceny ofert złożonych w postępowaniu".
Na skutek dokonanej przez Zamawiającego czynności z dnia 13 listopada 2024 r. polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności, o której mowa w odwołaniu nie ma w Postępowaniu (brak substratu zaskarżenia). W związku
z powyższym, postępowanie toczące się przed Krajową Izbą Odwoławczą z odwołania STRABAG powinno podlegać umorzeniu.
Do pisma wykonawcy MIRBUD spółka akcyjna z siedziba w Skierniewicach załączone zostało pismo zamawiającego z dnia 13 listopada 2024 roku stanowiące zawiadomienie
o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25 października 2024 roku.

Izba stwierdziła:

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy odwoławczej, zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego przedstawionym w dniu 14 listopada 2024 roku, zamawiający w dniu
13 listopada 2024 roku unieważnieni czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25 października 2024 roku. To działanie Zamawiającego stanowi podstawę wydania postanowienia o umorzeniu postępowania, bowiem gdy czynność stanowiąca podstawę odwołania nie istnieje – zbędne jest prowadzenie postępowania odwoławczego opartego
na tej właśnie unieważnionej czynności.
Wymaga podkreślenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na dzień wydania postanowienia, nie istnieje czynność zamawiającego stanowiącą podstawę wniesienia odwołania, co Izba ustaliła w oparciu o przedstawione dokumenty. Zamawiający uprawniony jest do podjęcia czynności polegającej na unieważnieniu wcześniej podjętej czynności w postępowaniu, co jest okolicznością znaną orzecznictwu i doktrynie. Prawem zamawiającego jest podejmowanie czynności w ramach prowadzonej procedury, również czynności polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba podkreśla jednocześnie, że czynność unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jest czynnością podejmowaną w ramach prowadzonej procedury
o udzielnie zamówienia publicznego. Postępowanie odwoławcze stanowi natomiast odrębne i prowadzone obok postępowania o udzielnie zamówienia publicznego postępowanie, przy czym na przebieg postępowania odwoławczego

mają wpływ czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o zamówienie. Podkreślenia wymaga jednocześnie,
że czynności podejmowane w postępowaniu o udzielnie zamówienia przez zamawiającego nie muszą – tak jak to jest w rozpoznawanym przypadku – mieć odwzorowania
w czynnościach jakie może podejmować zamawiający w ramach postępowania odwoławczego. Oznacza to, że zamawiający podejmując czynność w ramach postępowania o zamówienie publiczne (jak w tym przypadku unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej) nie musi podejmować żadnej czynności przewidzianej ustawą w ramach postępowania odwoławczego. Do takiego stanu faktycznego odnosi się regulacja art. 568 pkt 2 ustawy, który został wprowadzony do porządku prawnego w ustawie z 2019 roku. Podkreślenia wymaga, że wcześniejsze regulacje ustawowe tj. ustawa z roku 2004 oraz ustawa z roku 1994 nie przewidywały takiego rozwiązania. Dokonanie przez zamawiającego czynności w postępowaniu o zamówienie polegającej na unieważnieniu czynności jaka stanowiła podstawę wniesienia odwołania skutkuje tym, że uległa dezaktualizacji potrzeba udzielenia żądanej przez odwołującego ochrony prawnej.

W okolicznościach, gdy czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została unieważniona przez zamawiającego (w dniu 13 listopada 2024 roku) w bezpośrednim powiązaniu ze złożonym odwołaniem w odniesieniu do tej czynności – tj. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25 listopada 2024 roku – zbędne jest prowadzenie postępowania odwoławczego opartego na tej unieważnionej czynności. Wymaga podkreślenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na dzień wydania postanowienia, nie istnieje czynność zamawiającego stanowiącą podstawę wniesienia odwołania, co Izba ustaliła w oparciu o dokument z dnia 13 listopada 2024 roku przesłany przez zamawiającego jak również wskazany przez odwołującego, a także przedstawiony przez wykonawca MIRBUD spółkę akcyjną z siedzibą w Skierniewicach. Tym samym nie istnieją faktycznie czynności objęte zarzutami odwołania. W ocenie Izby unieważnienie przez zamawiającego w dniu 13 listopada 2024 roku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wskazanie o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu powoduje, że dalsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne, przestał bowiem istnieć przedmiot zaskarżenia, a w konsekwencji orzekanie przez Izbę co do czynności lub zaniechań, które utraciły swój byt, jest bezprzedmiotowe.

W tym stanie rzeczy wobec spełnienia hipotezy normy wynikającej art. 568 pkt 2 ustawy zaszła podstawa do umorzenia postępowania, co znajduje odzwierciedlenie
w orzecznictwie Izby np. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2022 roku sygn. akt KIO 2557/22; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2022 roku sygn. akt KIO 3052/22; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
12 kwietnia 2023 roku sygn. akt KIO 905/23; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 13 czerwca 2023 roku sygn. akt KIO 1557/23: Postanowienie z dnia 24 stycznia 2024 roku sygn. akt KIO 118/24; Postanowienie z dnia 7 marca 2024 roku sygn. akt 650/24; Postanowienie z dnia 10 kwietnia 2024 roku sygn. akt 1035/24; Postanowienie z dnia 19 sierpnia 2024 roku sygn. akt KIO 2819/24.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania
na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku*w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania,* w oparciu o który to przepis Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca:……..

……

……