

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 9 stycznia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, w dniu 9 stycznia 2024 roku, w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2024 roku przez wykonawcę *Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Leśnej*

w postępowaniu prowadzonym przez *Powiat Lubański*

przy udziale:

A) wykonawcy po stronie odwołującego *K.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B.K. F.H.U. BIELAWA z siedzibą w Leśnej*

B) wykonawcy po stronie Zamawiającego *Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej VOYAGER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubaniu*

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy *Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Leśnej* kwoty 15 0000 zł 00 gr (słownie: piętnaście 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.

Przewodniczący.....

Sygn. akt KIO 4706/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Lubański, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Powiatu Lubańskiego”, numer referencyjny: IZP.272.4.2023.

Objawienie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.07.2024 r., nr 135/2024 418017-2024.

W dniu 12 grudnia 2024 roku wykonawca *Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Leśnej* działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320; dalej „ustawa”, „PZP”), wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP - przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Voyager, mimo że nie spełnia on warunku udziału

w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w rozdz. 9 pkt 1.4 SWZ, gdyż nie posiada on wymaganej liczby pojazdów oraz pojazdy na które powołał się w wykazie narzędzi nie odpowiadają parametrom określonym w załączniku nr 1 do Umowy, zaś w treści warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał dysponowania pojazdami o cechach wskazanych w załączniku nr 1 do Umowy pn. „Parametry techniczne i wyposażenie autobusów wymagania minimalne” — czego konsekwencją jest nieprawidłowy wybór oferty wykonawcy Voyager jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Voyager, mimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na świadomym i celowym wprowadzeniu Zamawiającego w błąd odnośnie parametrów i wyposażenia pojazdów, na które powołuje się wykonawca w wykazie narzędzi w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału

w postępowaniu — czego konsekwencją jest nieprawidłowy wybór oferty wykonawcy Voyager jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP - przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Voyager, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim nie przewidział on w ofercie wystarczającej liczby autobusów niskopodłogowych oraz autobusów niskopodłogowych dostosowanych do przewozu osób

niepełnosprawnych do wykonywania usług przewozowych zgodnie

z wymaganiami określonymi w Umowie i Załączniku nr 2.2 do SWZ pn. „Charakterystyka usługi przewozowej” - czego konsekwencją jest nieprawidłowy wybór oferty wykonawcy Voyager jako najkorzystniejszej w postępowaniu; oraz z ostrożności procesowej;

4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i 226 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp - przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że nie podlega ona odrzuceniu, jako że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31.10.2024 r. ws. KIO 3667/24 stanowiący podstawę czynności odrzucenia oferty nie jest prawomocny, został zaskarżony przez Odwołującego skargą z dnia 2.12.2024 r. do Sądu Okręgowego w Warszawie — Sądu Zamówień Publicznych, zaś skarga nie została rozpoznana.

Odwołujący wniósł o:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Voyager jako najkorzystniejszej

w postępowaniu;

2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3)odrzucenia oferty wykonawcy Voyager;

4)przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

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 3 stycznia 2025 roku, przesłany do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący złożył następujące oświadczenie – Wniosek o umorzenie postępowania:

Działając w imieniu Odwołującego „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej” Sp. z o.o. (pełnomocnictwo przy odwołaniu) niniejszym wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp, zainicjowanego odwołaniem z dnia 12.12.2024 r. dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Powiatu Lubańskiego”, nr postępowania IZP.272.4.2023 – w zakresie części 1 i 2 zamówienia.

Wniosek znajduje uzasadnienie w okoliczności, iż zamawiający Powiat Lubański w dniu 18.12.2024 r. poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zmierzającej do wyboru oferty najkorzystniejszej (Informacja o cofnięciu czynności wyboru oferty z dnia 18.12.2024 r. stanowi załącznik do niniejszego wniosku).

Wskutek unieważnienia czynności stanowiących podstawę do wniesienia odwołania oraz wskazania przez Zamawiającego, iż powtórzy czynność badania i oceny ofert – nie istnieje substrat zaskarżenia. Powoduje to, iż dalsze postępowanie stało się zbędne – co uzasadnia umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

Do ww. pisma załączono pismo zamawiającego z dnia 18 grudnia 2024 roku, w który zamawiający podał:

INFORMACJA O COFNIĘCIU CZYNNOŚCI WYBORU OFERTY

Zamawiający informuje, że unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1 i 2 postępowania „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Powiatu Lubańskiego” i przystępuje do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zmierzającej do wyboru oferty najkorzystniejszej.

UZASADNIENIE

Zamawiający dokonał wyboru oferty w części 1 i 2 postępowania „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Powiatu Lubańskiego” złożonej przez Wykonawcę „PKS VOYAGER” Sp. z o.o., ul. Papieża Jana Pawła II 3, 59-800 Lubań. Zamawiający uznał, że podjęte przez niego czynności związane z wyborem Wykonawcy są obarczone wadą. Naprawienie wadliwie podjętej czynności jest konieczne.

Zgodnie z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11.09.2019 roku Zamawiający przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Dlatego biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1 i 2 oraz przystępuje do powtórzenia czynności zmierzających do wyboru oferty.

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, gdzie zgodnie ze stanem faktycznym, zamawiający w dniu 18

grudnia 2024 roku unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2 dokonaną w dniu 2 grudnia 2024 roku, a od której złożono odwołanie w dniu 12 grudnia 2024 roku, oraz zamawiający w piśmie z dnia 18 grudnia 2024 roku złożył jednocześnie oświadczenie o przystąpieniu do czynności zmierzających do ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. 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 unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przystąpienia do ponownego badania i oceny ofert.

W okolicznościach, gdy czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została unieważniona przez zamawiającego (w dniu 18 grudnia 2024 roku) w bezpośrednim powiązaniu ze złożonym odwołaniem w odniesieniu do tej czynności 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 18 grudnia 2024 roku. W ocenie Izby unieważnienie przez zamawiającego w dniu 18 grudnia 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; Postanowienie z dnia listopada 2024 roku sygn. akt KIO 4071/24.

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 uiszczony tytułem wpisu.

Przewodnicząca:.....