Sygn. akt: KIO 2589/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 13 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 13 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 22 lipca 2024 r. przez odwołującego „EVERSPORT" Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Świecie nad Osą przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego Przedsiębiorstwa Robót Budowlanych ASBUD Sp. z o.o. w Kuligach

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz odwołującego „EVERSPORT" Sp. z o.o. w Warszawiekwoty 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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 2589/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Świecie nad Osą z siedzibą Świecie nad Osą 1, 86-341 Świecie nad Osą, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa kompleksu sportowego w miejscowości Świecie nad Osą z budynkami gospodarczo - magazynowymi i zapleczem socjalnym - etap I", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00353288 z dnia 2024-06-05, dalej zwane „postępowaniem".

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym bez negocjacji.

W dniu 22 lipca 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca „EVERSPORT" Sp. z o.o. w Warszawie(dalej zwany „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna): art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1-3 Pzp przepisów, tj.:

1.art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 i ust. 2 Pzp poprzez wybór oferty ASBUD jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, poprzedzony wadliwą czynnością badania i oceny oferty oraz zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

2.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a), b) i c) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ASBUD jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz takiego który nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych przedmiotowych oraz podmiotowych środków dowodowych (względnie pod kątem dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego naruszenie art. 128 ust. 1, ust. 4, ust. 5 Pzp oraz art. 118 ust. 2, ust. 3 i ust. 4 PZP poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy wymagania SWZ były w tym zakresie jednoznacznie),

3.art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp albowiem jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają wymagań SWZ) i naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 6) Pzp albowiem przedłożone przedmiotowe środki dowodowe nie zostały sporządzone lub przekazane w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej

określonymi przez zamawiającego oraz naruszenie art. 107 ust. 2 PZP na skutek umożliwienia dwukrotnego (nieprawidłowego) wezwania ASBUD do przedłożenia/uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych,

oraz ewentualnie innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i „nakazanie zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty ASBUD jako najkorzystniejszej; odrzucenie oferty ASBUD; dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na skutek wykonania zaniechanych czynności."

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych ASBUD Sp. z o.o. Kuligi 32, 13-324 Grodziczno (dalej zwanego „przystępującym"), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego.

W dniu 23 lipca 2024 r. zamawiający przekazał Izbie odpowiedź na odwołanie, w której wskazano, że zamawiający uwzględnia je w całości. Przystępujący, w dniu 25 lipca 2024 r. złożył oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wniósł o oddalenie odwołania.

Dalej Izba ustaliła, że w dniu 2 sierpnia 2024 r. odwołujący przekazał pismo procesowe, w którym wniesiono o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 p.z.p., z uwagi na jego bezprzedmiotowość (zbędność) związaną z czynnościami dokonanymi przez zamawiającego od dnia 23.07.2024 r. tj. unieważnieniem czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz powtórzeniem czynności badania i oceny oferty.

Na podstawie dokumentacji postępowania, przekazanej do akt sprawy w dniu 30 lipca 2024 r. przez zamawiającego, skład orzekający ustalił, że w dniu 23 lipca 2024 r. zamawiający zawiadomił o unieważnieniu „czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty", zgodnie z którą unieważniono rozstrzygnięcie postępowania w postaci wyboru oferty przystępującego. W uzasadnieniu przedmiotowej informacji zamawiający podkreślił, że powtórzy czynność badania ofert wykonawców oraz czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2024 r. zamawiający także wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 p.z.p., z uwagi na uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty przystępującego, co zdaniem zamawiającego powoduje, że dalsze trwanie postępowania nie ma podstawy prawnej, gdyż nie istnieje już czynność od której wniesiono odwołanie.

W dniu 9 sierpnia wpłynęło do Izby stanowisko procesowe przystępującego z wnioskiem o oddalenie odwołania w całości z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych w nim zarzutów, zgodnie z uzasadnieniem przedstawionym w piśmie procesowym.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający stwierdził, że skoro zgodnie z materiałem procesowym, w dniu 23 lipca 2024 r., zamawiający unieważnił czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, od której wniesiono rozpoznawane odwołanie, kontrola legalności czynności zamawiającego w postaci prawidłowości wyboru oferty przystępującego, której wadliwość zarzucili odwołujący, stała się bezprzedmiotowa.

W szczególności, że wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego (art. 552 ust. 1 p.z.p.) – oznacza to, że okoliczności faktyczne dotyczące rozpoznawanego sporu, które ulegną zmianie od momentu wniesienia odwołania do czasu wydania wyroku, powinny zostać uwzględnione przez Izbę. Jeżeli więc dojdzie do zajścia w sprawie okoliczności, których wystąpienie negatywnie wpływa na możliwość zbadania sprawy co do meritum, dalsze procedowanie staje się bezcelowe. Proces powinien zostać umorzony z powodu zbędności wydania wyroku, zaś jego wynik nie powinien mieć charakteru rozstrzygnięcia merytorycznego, a powinien być jedynie jego formalnym zakończeniem. Nie można byłoby bowiem stwierdzić naruszenia przepisów p.z.p. w stosunku do czynności, której już nie ma w obrocie. Doszło do następczego braku substratu zaskarżenia, odwołanie dotyczy bowiem czynności, która została wyeliminowana z obrotu prawnego – w obecnym stanie rzeczy Izba nie mogłaby stwierdzić naruszenia prawa w stosunku do już unieważnionego rozstrzygnięcia postępowania, którego istnienia wymaga art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. (uwzględnienie odwołania wymagana naruszenia przepisów, które miałyby wpływ na wynik postępowania; takiego wyniku przetargu obecnie nie ma w obrocie). Po wniesieniu odwołania doszło do zdarzenia, skutkiem którego wydanie wyroku stało się bezcelowe. Skład orzekający stwierdził, że w takiej sytuacji procesowej –kiedy działania zamawiającego doprowadziły do braku substratu zaskarżenia, uniemożliwiając uwzględnienie odwołania, nie ma podstaw do obciążenia powstałym stanem rzeczy odwołującego, którego odwołanie nie mogłoby zostać uwzględnione.

Warto dodać, że w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do niestandardowej sytuacji, kiedy zamawiający, pomimo wniesionego sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania, dokonuje unieważnienia czynności wyboru (po raz drugi); takie zachowanie zamawiającego należy ocenić negatywnie, na granicy nadużycia prawa do autorewizji. Niemniej, od nowych czynności w postępowaniu, jakie zostaną dokonane przez zamawiającego, przystępującemu będzie przysługiwało prawo do wniesienia własnego środka zaskarżenia, w pełnym zakresie, skoro do tej pory nie ma stanowczego wyniku badania i oceny ofert, a kolejne rozstrzygnięcia postępowania są unieważniane. Izba

nie ma także możliwości rozpoznania sprzeciwu tak, jakby stanowił on odwołanie od czynności, od której go nie wniesiono (od rozstrzygnięcia przetargu, którego już nie ma w obrocie, czy od zdaniem przystępującego czynności zamawiającego zmierzających do wyboru oferty odwołującego). Jeżeli przystępujący uważa, że jakiekolwiek czynności zamawiającego są bezprawne powinien wnieść wobec nich odwołanie, tylko że w tym zakresie konieczne są konkretne czynności/zaniechania zwieńczone zakończeniem badania i oceny ofert w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie podnoszona przez przystępującego widoczna kierunkowość działań zamawiającego.

Obecnie rozpoznawany środek zaskarżenia, z powodu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, nie mógłby zostać uwzględniony i to nie z powodu merytorycznej oceny działania/zaniechania zamawiającego, a z powodu braku substratu zaskarżenia, zatem Izba nie widzi podstaw, aby obciążać odwołującego ewentualnym kosztem wpisu od odwołania, które nie mogłoby zostać uwzględnione z przyczyn formalnych (art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), będących skutkiem unieważnienia wyniku przetargu przez zamawiającego.

Mając zatem na uwadze ustalony stan rzeczy, skład orzekający stwierdził, że należy przychylić się do wniosku odwołującego, bowiem zaszła konieczność zastosowania art. 568 pkt 2 p.z.p. i umorzenia postępowania odwoławczego, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 9 ust. 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

……