**Sygn. akt: KIO 2401/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 22 lipca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania w dniu 22 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2024 r. przez **wykonawcę X3D sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Akademię Górniczo – Hutniczą im. S.S. w Krakowie z siedzibą w Krakowie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy 3D Phoenix Maintenance sp. z o. o. z siedzibą w Łomiankach**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy X3D sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie** kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), 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 2401/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Akademia Górniczo – Hutnicza im. S.S. w Krakowie z siedzibą w Krakowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„dostawa drukarki 3D dla WIMiC" (znak sprawy: DE-dzp.272-196/24)*.Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 maja 2024 r., za numerem 2024/BZP 00334977.

W dniu 8 lipca 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca X3D sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec: czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez 3D Phoenix sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp poprzez nieprawidłowe ustalenie, iż Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

2. art. 239 ust. 1 ustawy pzp poprzez wybór oferty 3D Phoenix sp. z o.o., który to podmiot nie złożył oferty w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty 3D Phoenix sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,

oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 17 lipca 2024 r. wpłynął do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek Zamawiającego o umorzenie postępowania, w którym Zamawiający wskazał: *„z uwagi na konieczność ponowienia czynności badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu uchylił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 3.07.2024 r. tj. oferty złożonej przez firmę 3D Phoenix Maintenance Sp. z o. o., ul: Jeziorna 1, 05-092 Łomianki. W związku z powyższym Zamawiający wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że doszło do unieważnienia czynności objętej odwołaniem, a zatem postępowanie odwoławcze stało się w tym zakresie bezprzedmiotowe."* Ponadto, w dniu 18 lipca 2024 r. Zamawiający przekazał do Krajowej Izby Odwoławczej protokół postępowania, w którym stwierdzono, że w dniu 17 lipca 2024 r. Zamawiający unieważnił czynność z dnia 3 lipca 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty) i powrócił do ponownego

badania i oceny ofert.

**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, tj. 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 po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca 3D Phoenix Maintenance sp. z o. o. z siedzibą w Łomiankach.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 3 lipca 2024 r. – „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty" Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy 3D Phoenix sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zgodnie z informacją z dnia 4 czerwca 2024 r. oferty w postępowaniu złożyli 3D Phoenix sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach (w dokumentacji postępowania oferta wykonawcy 3D Phoenix Maintenance sp. z o. o. z siedzibą w Łomiankach) i Odwołujący.

W protokole postępowania stwierdzono, że w dniu 17 lipca 2024 r. Zamawiający unieważnił czynność z dnia 3 lipca 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty) i powrócił do ponownego badania i oceny ofert.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonaniem unieważnienia czynności z dnia 3 lipca 2024 r. może znaleźć 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.

Izba zauważa, że Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał unieważnienia czynności z dnia 3 lipca 2024 r., w której informował o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający odnotował w protokole postępowania, że powrócił do etapu badania i oceny ofert. W postępowaniu złożono dwie oferty stąd wnioskować należy, że ponownym badaniem i oceną będzie objęta każda z nich, w tym oferta Odwołującego. W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym 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. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego z dnia 3 lipca 2024 r. polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego. 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 nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania. 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 unieważnił czynność z dnia 3 lipca 2024 r., którą informował o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego, jednocześnie wskazując, że będzie ponownie badał i oceniał oferty to tym samym czynności stanowiące podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestały istnieć. Zaskarżenie czynności, która już nie istnieje, 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 składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy pzp – zbędne. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej 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. z 2020 r., 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.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

**Przewodniczący: ……...**