

Warszawa, 13 czerwca 2024 r.

POSTANOWIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego **13 czerwca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **22 maja 2024 r.**

przez wykonawcę: **Adamietz sp z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Budowa hali sportowej w Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Strzelcach Opolskich*” oraz „*Remont kompleksu sportowego ORLIK 2012 przy Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Strzelcach Opolskich*” (OR.272.3.2024.KSZCH/IG)

prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Strzelecki** [„Zamawiający”]

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: **Częstobud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** [„Przystępujący”]

orzeka:

- 1.Umarza postępowanie odwoławcze, którego dalsze prowadzenie stało się zbędne.**
- 2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Na niniejsze 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**.

Uzasadnienie

Powiat Strzelecki{dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.){dalej: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa hali sportowej w Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Strzelcach Opolskich* oraz „*Remont kompleksu sportowego ORLIK 2012 przy Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Strzelcach Opolskich*” (OR.272.3.2024.KSZCH/IG)Ogłoszenie o tym zamówieniu 20 lutego 2024 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00210699. Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

17 maja 2024 r. Zamawiający zawiadomił o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Częstobud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie{dalej: „Częstobud”, „Wykonawca” lub „Przystępujący”}.

22 maja 2024 r. Adamietz sp z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich{dalej: „Odwołujący”} wniósł odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

- 1.Art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Częstobudu, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdyż z działu 4.6., poz.432. przedłożonego kosztorysu ofertowego (dla zadania nr 1), wynika, że Wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie wykonania zabudowy czerpni wolnostojących, co jest wprost sprzeczne m.in. z postanowieniami Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych {„STWiORB”}, jak i przygotowanym przez Zamawiającego przedmiarem robót, czyli z warunkami zamówienia wynikającymi z tych dokumentów zamówienia.
- 2.Art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 – przez wezwanie Częstobudu do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, co faktycznie doprowadziło do przeprowadzenia negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą oraz zmiany treści oferty Częstobudu.
- 3.Art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Częstobudu, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie przedłożonego kosztorysu ofertowego w takim zakresie, w jakim Wykonawca sporządził jego fragment odmiennie niż nakazywały dokumenty zamówienia, co doprowadziło do faktycznego uniemożliwienia weryfikacji ceny części elementów, które winny składać się na ofertę złożoną w tym postępowaniu.
- 4.Art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez

zaniechanie odrzucenia oferty Częstobudu, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym, sztucznym zaniżeniu wartości ujętej w dziale 4.3. poz. 202. kosztorysu ofertowego (dla zadania nr 1), dotyczącej wykonanie posadzki sportowej w sali, co w rezultacie pozwoliło Wykonawcy obniżyć wartość globalną swojej oferty i uzyskać zamówienie, czego nie można jednak uznać za uczciwą konkurencję.

5.Art. 16 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, polegające na czynnościach i zaniechaniach, o których mowa w zarzutach z pkt 1.-4.

Zarzuty z pkt 1.-4. Zostały dodatkowo sprecyzowane przez podniesienie okoliczności faktycznych i prawnych w uzasadnieniu odwołania,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Ponownego badania i oceny ofert.
- 3.Odrzucenia oferty Częstobudu.
- 4.Wyboru oferty Adamietzu za najkorzystniejszą.

6 czerwca 2024 r. wpłynęło do Izby pismo Zamawiającego (opatrzone datą „06.05.2024 r.”), w którym poinformował o unieważnieniu wyboru oferty oraz o tym, że powtórzy badani i ocenę ofert.

11 czerwca 2024 r. wpłynęło do Izby pismo Przystępującego, w którym wniósł on o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp, co następująco uzasadnił:

- 1)*Odwołanie zostało wniesione w dniu 22 maja 2024 r. w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Częstobud sp. z o.o., która to czynność została dokonana w dniu 17 maja 2024 r. (Dowód nr 1 – Odwołanie w aktach postępowania)*
- 2)*Zawiadomienie o wniesieniu odwołania zostało przekazane Przystępującemu w dniu 23 maja 2024 roku. W konsekwencji 3-dniowy termin na złożenie przystąpienia (z uwzględnieniem art. 509 ust. 2 ustawy Pzp) upływał w dniu 27 maja 2024 roku. (Dowód nr 2 – Przystąpienie w aktach postępowania)*
- 3)*W dniu 5.06.2024 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wskazał, że powtórzy czynność badania i oceny ofert. (Dowód nr 3 – pismo z dnia 5.06.2024.r – w załączeniu)*
- 4)*W tym samym dniu poinformował Przystępującego o poprawieniu innych omyłek, wzywając Przystępującego do złożenia sprzeciwu. (Dowód nr 4 – w załączeniu)*
- 5)*W dniu 5 czerwca 2024 r. Przystępujący wyraził zgodę na poprawienie omyłek. (Dowód nr 5 – w załączeniu)*
- 6)*W dniu 6 czerwca 2024 r. Przystępujący został wezwany do wyrażenia zgody na wybór oferty Częstobud Sp. z o.o. z uwagi na upływ terminu związania ofertą. (Dowód nr 6 – w załączeniu)*
- 7)*W dniu 6 czerwca 2024 r. Częstobud Sp. z o.o. wyraził zgodę na wybór Naszej oferty. (Dowód nr 7 – w załączeniu)*
- 8)*W dniu 7 czerwca 2024 r. Zamawiający ogłosił ponowny wybór oferty Częstobud Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. (Dowód nr 8 – w załączeniu)*

Mając na uwadze fakt, że przedmiotem odwołania wniesionego pismem z dnia 22 maja 2024 r. była czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 17 maja 2024 r., a czynność ta została unieważniona, a dodatkowo Zamawiający dokonał nowych czynności w zakresie badania i oceny oferty Przystępującego, w tym w szczególności poprawienia omyłek, w stosunku do której to czynności podnoszono zarzut zaniechania, od dnia 5 czerwca 2024 r. brak jest już czynności stanowiącej substrat zaskarżenia, a tym samym odwołanie podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt. 2) ustawy Pzp.

Z kolei 12 czerwca 2024 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego (opatrzone datą 11 czerwca 2024 r.), w którym wniósł on o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, który uzasadnił z powołaniem się na otrzymane od Zamawiającego zawiadomienie z 5 czerwca 2024 r. o unieważnieniu wyboru najkorzystniej oferty oraz ponownym badaniu i ocenie ofert.

Powyższa okoliczność wychodzi naprzeciw żądaniom Odwołującego wskazanym w treści odwołania z dnia 22 maja 2024 roku. Odwołujący, wskazując na okoliczności przemawiającymi za dokonaniem błędnej decyzji Zamawiającego o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy (Częstobud Sp. z o.o.), wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W konsekwencji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, czynności tej nie ma w postępowaniu (brak substratu zaskarżenia).

Skoro więc Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, substrat zaskarżenia z odwołania z dnia 22 maja 2024 r. należy uznać za nieistniejący. Wydaje się zatem, że Krajowa Izba Odwoławcza nie ma podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania. Substrat zaskarżenia odwołania „odpadł”, a zatem dalsze prowadzenia postępowania odwoławczego stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W tej

sytuacji niniejsze postępowanie odwoławcze powinno zostać umorzone.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadził ponownie badanie i ocenę ofert, w tym dokonał nowych czynności względem oferty Częstobudu, a następnie ponownie wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą – jak to wynika z dokumentów załączonych do pisma Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Z art. 568 pkt 2 pzp wynika, że Izba umarza postępowanie odwoławcze w razie stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny (niż cofnięcie odwołania lub uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego) zbędne lub niedopuszczalne.

W tej sprawie po wniesieniu odwołania na skutek czynności Zamawiającego – który nie tylko cofnął prowadzone postępowanie do wcześniejszej fazy, ale w wyniku powtórnego badania i oceny ofert ponownie wybrał ofertę Przystępującego, przestał istnieć tzw. substrat zaskarżenia, co czyni orzekanie o zarzucanych naruszeniach przepisów ustawy pzp bezprzedmiotowym, czyli dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego w tej sprawie jest zbędne.

Należy nadmienić, że ta nowa czynność Zamawiającego podlega ewentualnemu zaskarżeniu odrębnym odwołaniem, w którym Odwołujący będzie mógł się również odnieść do powtórzonych i nowych czynności Zamawiającego względem oferty Przystępującego.

Z uwagi na powyższe Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 2 w zw. z art. 568 pkt 2 pzp – umorzyła postępowanie odwołanie po przeprowadzeniu posiedzenia z udziałem Stron i Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 lit a (*per analogiam*) 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. poz. 2437) – nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej przez niego tytułem wpisu.