Sygn. akt: KIO 1420/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 8 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:**Katarzyna Poprawa**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 8 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą M.S. Usługi Blacharsko-Dekarskie, Nowa Korzeniówka 16 09-530 Gąbin oraz Ł.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą YARDO BLUE Ł.O., ul Kutrzeby 11 87-100 Toruń, w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Konin Plac Wolności 1, 62-500 Konin
Uczestnik po stronie zamawiającego:
wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P.G. oraz W.G. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Trans-Gaj s.c. P.G. i W.G.
ul. Zagórowska 16, 62-500 Konin zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego
o sygn. akt: 1420/24

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze
2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczwykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: M.S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą M.S. Usługi Blacharsko-Dekarskie Nowa Korzeniówka 16, 09-530 Gąbin oraz Ł.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą YARDO BLUE Ł.O.,
ul. Kutrzeby 11, 87-100 Toruń, kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy 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.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 1420/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Konin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Wykonanie Zielonego Podwórka Miejskiego – Parku Tężniowego Pociejewo”, znak sprawy: WP.042.4.2024(dalej: „Postępowanie”). Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) dalej: „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznychnr 2024/BZP 00216869/01 z dnia 23 lutego 2024 r.
W dniu 23 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą M.S. Usługi Blacharsko-Dekarskie, Nowa Korzeniówka 16 09-530 Gąbin oraz Ł.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą YARDO BLUE Ł.O., ul. Kutrzeby 11 87-100 Toruń, zwanych dalej „Odwołującym”.
Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z prawem czynności podjętych przez Zamawiającego poprzez naruszenie art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 Pzp w związku
ze wskazanymi niżej przepisami Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a także w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Trans-Gaj s.c.,
ul. Zagórowska 16, 62-500 Konin (dalej również „Trans-Gaj”), która to oferta podlega odrzuceniu.
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a także w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ANDRA Sp. z o.o. podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Wobec dokonania przez Zamawiającego powyższych naruszeń Odwołujący wniósł
o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2.powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert,
3.odrzucenia oferty złożonej przez Trans-Gaj,
4.dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
5.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

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.

W dniu 7 maja 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynął wniosekZamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie rozstrzygnięcie postępowania odwoławczego jest zbędne, bowiem w sposób istotny zmieniły się okoliczności udzielenia przedmiotowego postępowania (Zamawiający od dnia 1 maja 2024 r. nie posiada zabezpieczenia finansowego na realizację postępowania, w związku z czym dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, na którą zostało złożone odwołanie, po czym unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp). W ten sposób w obrocie prawnym nie istnieje już czynność Zamawiającego, która została zaskarżona.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 6 maja 2024 r. zamieścił na stronie internetowej, na której prowadzone jest postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia informację o „Unieważnieniu decyzji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz unieważnieniu postępowania". Zamawiający wskazał, że unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) – postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W dniu 7 maja 2024 roku Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Ogłoszenie nr 2024/BZP 00312680 z dnia 2024-05-07 o wyniku postępowania, w którym wskazał, że unieważnił przedmiotowe postępowanie.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z unieważnieniem czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, 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.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny „podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego." (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18, w którym SN analizował rozbieżność orzeczniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 kpc jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę, że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku). Dalej Sąd wywiódł, że skoro wskutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda - zazwyczaj w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami - proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe. W konsekwencji trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej

przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie o charakterze procesowym w postaci umorzenia procesu jest w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego procesu.

W ocenie Izby powyższe rozważania prawne mają zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. 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 zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego
w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie przedmiotowy 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 polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty.

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.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

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 dokonał czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, to tym samym, czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała 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. Jest to nowa przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które jest wyznaczone treścią 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 znosi się wzajemnie. Na podstawie art. 574 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 10 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……..…..