Sygn. akt: KIO 1546/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 16 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2024 r przez MISZ-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ruszkowie Pierwszym, ul. Bogumiła 109 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Koło z siedzibą w Kole, ul. Stary Rynek 1

Uczestnik po stronie zamawiającego - wykonawca K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo KJS K.S. z siedzibą w Kole, ul. Konarskiego 26

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu uiszczonego 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 1546/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym z możliwością negocjacji pn. Budowa boiska wielofunkcyjnego wraz z zadaszeniem o stałej konstrukcji przy Szkole Podstawowej nr 2 w Kole – znak Zp.271.7.2024 zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 2024/BZP 00258098/01 z dnia 2024-03-25.

W dniu 25 kwietnia 2024 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 30 kwietnia 2024 r. wykonawca MISZ-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ruszkowie Pierwszym, ul. Bogumiła 109 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 kwietnia 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący postawił następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez KJS, pomimo, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; b) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy KJS, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu, aby:

a)unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy KJS jako najkorzystniejszej,

b)dokonał ponownego badania i oceny ofert,

c)dokonał odrzucenia oferty złożonej przez KJS ze względu na okoliczności wskazane w odwołaniu,

d)dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę, bowiem gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby odrzucenia oferty KJS, co skutkowałoby uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, za informacją z dnia 25.04.2024 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, że złożona przez niego oferta otrzymała w rankingu oceny i porównania ofert 83,48 pkt, zaś oferta KJS 85 pkt. Postawione w odwołaniu zarzuty zmierzają do odrzucenia oferty KJS, a w konsekwencji do wyboru oferty odwołującego.

Przez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy.
Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić to odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.
W dniu 6 maja 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 7 maja 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo KJS K.S. z siedzibą w Kole, ul. Konarskiego 26. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. W ocenie przystępującego zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczące rzekomego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w zakresie oceny oferty przystępującego oraz wywodzone z nich żądania są nieuzasadnione i nie zasługują na uwzględnienie. Wbrew zarzutom podniesionym w odwołaniu, zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty przystępującego złożonej w postępowaniu.
Przystępujący wskazał, że posiada interes prawny w przystąpieniu po stronie zamawiającego do niniejszego postępowania odwoławczego ze względu na fakt, że może mieć ono istotny wpływ na wynik ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Odwołujący w złożonym odwołaniu wnosi o unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego wybranej jako najkorzystniejsza, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz o odrzucenie oferty przystępującego. Zatem uwzględnienie odwołania wniesionego przez odwołującego w tej sprawie w bezpośredni sposób zagraża interesowi przystępującego, który może zostać pozbawiony możliwości pozyskania zamówienia.
Jednocześnie przystępujący zastrzegł, że z uwagi na krótki ustawowy termin do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, stanowisko merytoryczne wraz z przedłożeniem stosownych dowodów w kwestii zasadności oddalenia odwołania, zostanie szczegółowo przedstawione na późniejszym etapie z zachowaniem obowiązujących przepisów ustawy.
Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 maja 2024 r. udzielonego przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.
W dniu 13 maja 2024 r. odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy, bowiem dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W dniu 9 maja br. zamawiający wystosował pismo, w którym informuje o dokonaniu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. (w załączeniu). Przedmiotowe zawiadomienie zostało opublikowane na platformie zakupowej postępowania i jest dostępne dla wszystkich zainteresowanych. W związku z powyższym, odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego, bowiem dalsze jego prowadzenie stało się zbędne oraz bezprzedmiotowe. Na dzień dzisiejszy odwołanie dotyczy bowiem czynności już nieistniejących.
Z uwagi na powyższe oraz ekonomikę postępowania odwoławczego, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego oraz wydanie stosownego postanowienia w tym zakresie.
Do pisma dołączono informację o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 9 maja 2024 r., z której wynika, że zamawiający w związku z informacjami powziętymi z wniesionego w dniu 30.04.2024 r. odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie przez wykonawcę MISZBUD Sp. z o.o. Ruszków Pierwszy, ul Bogumiła 109, 62-604 Kościelec, w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym z możliwością negocjacji pn. Budowa boiska wielofunkcyjnego wraz z zadaszeniem o stałej konstrukcji przy Szkole Podstawowej nr 2 w Kole informuje o dokonaniu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami zamawiającego może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym 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).
W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.
Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał czynności, zgodnych z żądaniem odwołania i korzystnych dla odwołującego. Zamawiający zadecydował o konieczności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. O fakcie tym zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu.
Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował odwołujący. Dodatkowo wniosek o umorzenie na wskazanej przez Izbie podstawie prawnej złożył odwołujący.
Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.
A jednocześnie z dniem anulowania wyniku postępowania otwierał się wykonawcom ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności zamawiającego. Podobnie jak w przypadku unieważnienia postępowania spór stał się bezprzedmiotowy.
Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy). 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 oferty najkorzystniejszej i zaniechanie czynności wobec innych wykonawców z powodów, na które wskazywał odwołujący w odwołaniu.
Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy 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, 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 - 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 unieważnił sporny wybór, tym samym spór przestał istnieć. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepisu ustawy – zbędne. Jest to 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 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 tej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy, umarzając postępowanie odwoławcze.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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 w całości 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 Izba orzekała o dokonaniu zwrotu odwołującemu uiszczonego wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.
W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy.

Przewodnicząca: …….