Sygn. akt: KIO 1584/24

POSTANOWIENIE
z dnia 22 maja 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron w dniu **22 maja 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 maja 2024 roku** przez wykonawcę **BBF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarbu Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu**

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Odwołującego BBF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu,** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania;
3. znieść w pozostałym zakresie koszty między Stronami.

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 1584/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarbu Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na *„Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S11 Piła – Poznań, odc. Oborniki – węzeł Poznań Północ wraz z obwodnicą Obornik”.* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29.12.2023 r., pod numerem 00795384-2023.

Dnia 6 maja 2024 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył Wykonawca **BBF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od bezzasadnego wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie określonym w wezwaniu z dnia 26.04.2024 r. (dalej jako: „Wezwanie Zamawiającego nr 1”) w pkt 1, 2 i 3 dotyczących Wykazu Usług, uszczegółowionego w dodatkowym wezwaniu z dnia 26.04.2024 r. (dalej jako: „Wezwanie Zamawiającego nr 2”) oraz w pkt 1 Wezwania Zamawiającego nr 1, a dotyczącym Wykazu osób.

Odwołujący wskazywał na naruszenie następujących przepisów art.: 128 ust. 1 Pzp w zw. art. 128 ust. 6 Pzp oraz Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020.2415, dalej jako: „Rozporządzenie ws. dokumentów”) poprzez bezzasadne wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie określonym w Wezwaniu Zamawiającego nr 1 w pkt 1, 2 i 3 dotyczących Wykazu Usług, uszczegółowionym w Wezwaniu Zamawiającego nr 2 oraz w pkt 1 Wezwania Zamawiającego nr 1, a dotyczącym Wykazu osób.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie

określonym w Wezwaniu Zamawiającego nr 1 w pkt 1, 2 i 3 dotyczących Wykazu Usług i uszczegółowionego w Wezwaniu Zamawiającego nr 2 oraz
w pkt 1 Wezwania Zamawiającego nr 1, a dotyczącym Wykazu osób;
b) powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem podmiotowych środków dowodowych (Wykazu Usług i Wykazu Osób) złożonych przez Wykonawcę w dniu 2.04.2024 r.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę, na co wskazuje nie tylko cena oferty, ale i skierowane do niego wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Wezwania Zamawiającego nr 1 i 2, w przypadku niezadawalającego dla GDDKiA ich wykonania mogą doprowadzić do odrzucenia oferty BBF pomimo tego, że jest ona najkorzystniejsza. Brak zaskarżenia tych czynności może spowodować, że BBF utraci
w przyszłości (przy ostatecznej ocenie ofert) prawo powoływania się na to, że są one bezpodstawne i uchybiają przepisom prawa. Odwołujący posiada interes konieczny do skutecznego wniesienia odwołania, albowiem jego prawa zostały naruszone, a ich efektem może być poniesienie szkody w postaci braku osiągnięcia przychodu z tego zamówienia
i osiągnięcia zysku.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący otrzymał Wezwanie Zamawiającego nr 1 i Wezwanie Zamawiającego nr 2 w dniu 26.04.2024 r. Termin na złożenie odwołania - stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp - upłynął w dniu 6.05.2024 r., a zatem odwołanie złożono w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało braków formalnych.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron.

Pismem z dnia 14.05.2024 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego
o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący złożył wniosek o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Izba na podstawie dokumentacji postępowania dostępnej na stronie, na której prowadzone jest postępowanie ustaliła, że Zamawiający, poinformował Wykonawców w dniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazując, że jest nią oferta Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, 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 Pzp, 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 nowych czynności, związanych
z zarzutami odwołania. Zamawiający zadecydował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, co oznacza, iż ostatecznie Zamawiający doszedł do przekonania, że wezwania skierowane do Odwołującego nie były konieczne. O fakcie wyboru oferty najkorzystniejszej 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. Dla składu orzekającego Izby oznacza to weryfikację (autokontrolę) wszystkich czynności, które dotychczas podjął w postępowaniu Zamawiający.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego.
A jednocześnie z dniem anulowania określonych czynności, 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 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 wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia Wykazu osób.

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 nowych czynności związanych z badaniem i oceną ofert, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu 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 przepisu ustawy Pzp – 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. Jednocześnie wynik czynności ponowionych przez Zamawiającego będzie stanowił podstawę do korzystania ze środków prawnych przez Wykonawców po jego ogłoszeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

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 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 Pzp 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 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Pzp.

Przewodnicząca:.

.....