**Sygn. akt: KIO 1069/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 12 kwietnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Iveston Sp. z o.o. w Obornikach w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dopiewo
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy Yocam Sp. z o.o. w Rostworowie

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty pomiędzy stronami i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Iveston Sp. z o.o. w Obornikach, 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 1069/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Dopiewo, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania pn. „Rozbudowa/przebudowa pasa drogi powiatowej polegająca na budowie ścieżki pieszo-rowerowej na odcinku od skrzyżowania ul. Pocztowej (2401P) z ul. Ojca Mariana Żelazka (2391P) w Palędziu do ul. Kolejowej w m. Gołuski", nr postępowania: ROA.271.2.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 16 lutego 2024 r. pod nr 2024/BZP 00206084/01.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Iveston Sp. z o.o. w Obornikach, od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej „PZP") czynności Zamawiającego polegających na: wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę YOCAM sp. z o.o., pomimo braku spełnienia przez ten podmiot warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ, zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy wystąpiły ku temu ustawowe przesłanki w postaci braku wykazania przez Wykonawcę, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, albowiem Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert nie wykonał należycie co najmniej jednej roboty budowlanej (zrealizowaną w ramach jednej umowy) o wartości co najmniej 3.000.000,00 zł brutto, obejmującej co najmniej budowę lub przebudowę drogi/dróg lub drogi pieszo-rowerowej o łącznej długości min. 1.000,00 mb o nawierzchni z kostki brukowej lub masy asfaltowej wraz z kanalizacją deszczową lub sanitarną o łącznej dł. min. 500 mb, zaniechaniu wezwania tego wykonawcy do przedłożenia poprawnych podmiotowych środków dowodowych; 4) zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b lub c PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty YOCAM Sp. z o.o. w sytuacji, gdy jest on wykonawcą, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;
2. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1), naruszenie art. 266 PZP oraz art. 128 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w przypadku uznania, iż podlegają one uzupełnieniu;
3. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1 lub 2), naruszenie art. 16 i art. 17 PZP poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami PZP, a tym samym Zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3)odrzucenie oferty YOCAM Sp. z o.o.

4)wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia ww. wniosków, Odwołujący wniósł o:

1)nakazanie Zamawiającemu wezwanie YOCAM Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej ze szczegółowym wskazaniem zakresu w jakim uzupełnienie to winno nastąpić

2)po upływie zakreślonego do dokonania tej czynności terminu nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności oceny, a w dalszej kolejności badania złożonych ofert.

Należy stwierdzić, iż odwołanie złożono z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 PZP.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Yocam Sp. z o.o. w Rostworowie.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2024 r., w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający poinformował, że uwzględnia odwołanie w całości i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego. Jednocześnie poinformował, że unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpił do czynności badania i oceny ofert.

Dnia 9 kwietnia 2024 r. do akt wpłynęło pismo Przystępującego YOCAM Sp. z o.o. wskazujące na podstawę do umorzenia postępowania w oparciu o art. 568 pkt 2 PZP z uwagi na odpadnięcie substratu zaskarżenia wobec dokonania przez Zamawiającego dnia 4 kwietnia 2024 r. czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Do pisma, Przystępujący dołączył informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zrzut ekranu z platformy, na której prowadzone jest postepowanie. Dnia 11 kwietnia 2024 r. do akt sprawy wpłynął sprzeciw YOCAM Sp. z o.o. wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Przystępujący złożył również w sprawie pisemne stanowisko co merytorycznej treści odwołania, wnosząc o jego oddalenie.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami Zamawiającego po wniesieniu odwołania, postępowanie podlega umorzeniu z uwagi na dyspozycję przepisu art. 568 pkt 2 PZP. Zgodnie z tym przepisem, Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Jakkolwiek Zamawiający jednocześnie oświadczył, że uwzględnia odwołanie w oparciu o art. 522 ust. 2 PZP, zaś mając na względzie dyspozycję art. 523 PZP Przystępujący YOCAM Sp. z o.o. wniósł sprzeciw, to jednak – z uwagi na unieważnienie zaskarżonej czynności – brak jest przedmiotu orzekania przez Izbę.

Jakkolwiek, w ramach przyczyn umorzenia postępowania wskazanych w art. 568 pkt 2 PZP, ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi, to jednak jednolicie wskazuje się, że hipotezą przepisu objęte są sytuacje utraty tzw. substratu zaskarżenia, tj. unieważnienia czynności, które były przedmiotem zaskarżenia. W tej sytuacji, spór staje się bowiem bezprzedmiotowy.

W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z opisanym wyżej przypadkiem, bowiem po wniesieniu odwołania od czynności wyboru oferty, Zamawiający unieważnił tę czynność, a tym samym podjął decyzję o konieczności powtórzenia badania i oceny ofert. O fakcie tym poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu. Słusznie zatem wskazał Zamawiający, jak też Przystępujący, iż postępowanie podlega umorzeniu. Przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą wyznaczonego na dzień 15 kwietnia 2024 r., nie istniały bowiem już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Dla składu orzekającego Izby oznacza to autoweryfikację czynności, które dotychczas podjął w postępowaniu Zamawiający. Innymi słowy, w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołujących. Tym samym, w związku z ostatnimi czynnościami Zamawiającego, w istocie uwzględniającymi żądania Odwołującego, oraz ponownym dokonaniem badania i ocen ofert, a także ponowną czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, Odwołującemu otworzy się nowy termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności Zamawiającego.

Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw do analizy zaskarżonych a unieważnionych następnie czynności Zamawiającego i do ewentualnego stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego, nawet w razie wniesienia sprzeciwu przez uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego. Nie może być zatem podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego stało się zbędne.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy oraz brzmienie art. 568 pkt 2 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do przepisów § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) oraz ust. 2 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. z 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne, koszty znosi się wzajemnie, a jeżeli doszło do tego przed otwarciem rozprawy, to Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: …….. **.....**