Sygn. akt: KIO 323/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 12 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka
Andrzej Niwicki

Anna Osiecka-Baran

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. w Pinczynie w postępowaniu prowadzonym przez Teatr Muzyczny w Poznaniu przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Adamietz Sp. z o.o. w Strzelcach Opolskich oraz Adamietz Warszawa Sp. z o.o. w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty pomiędzy stronami i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. w Pinczynie, 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 323/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Teatr Muzyczny w Poznaniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania pn. „Budowa nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu", oznaczenie sprawy: TM.ZP/252-03/c2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 czerwca 2023 r., nr 2023/S 105-329885.

W dniu 29 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Dekpol Budownictwo Sp. z o.o., od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm., dalej „PZP") czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Adamietz Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich (Lider) oraz Adamietz Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Partner), dalej jako „Konsorcjum Adamietz" lub „Wykonawca" z postępowania i zaniechaniu odrzucenia jego oferty oraz wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Adamietz z postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co mogło (i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Adamietz, pomimo że została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;
3. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „ZNKU") oraz w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Adamietz, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ZNKU;
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Adamietz, pomimo że została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie określonym w uzasadnieniu odwołania;
5. art. 16 pkt 1 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty niezgodnie ze wskazanymi w odwołaniu przepisami PZP, w tym

wybór – jako najkorzystniejszej – oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez Wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i który powinien zostać wykluczony z postępowania;

6. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez wybór oferty, której Zamawiający przyznał zbyt dużą liczbę punktów w kryteriach pozacenowych, co miało wpływ na wynik postępowania i czym Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów wskazanych w pkt 1-6:

7. art. 128 ust. 1 i 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Adamietz do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie wskazanym szczegółowo w treści odwołania, pomimo że Konsorcjum Adamietz nie wykazał spełniania tych warunków oraz zaniechanie wezwania tego Wykonawcy do wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych, pomimo iż ich treść budzi wątpliwości lub nie zawiera informacji wystarczających do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wykluczenia z postępowania Konsorcjum Adamietz oraz odrzucenia jego oferty albo przyznania ofercie Adamietz w kryteriach oceny ofert mniejszej liczby punktów, ewentualnie:
3) wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przesłana wykonawcom drogą elektroniczną w dniu 19 stycznia 2024 r.

Należy stwierdzić, iż odwołanie złożono z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) PZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Adamietz Sp. z o.o. w Strzelcach Opolskich oraz Adamietz Warszawa Sp. z o.o. w Warszawie.

Pismem z dnia 7 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, iż wobec zarzutów odwołania podjął decyzję o unieważnieniu czynności oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu oraz unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ww. postępowaniu dokonanej w dniu 19 stycznia 2024 r. Wskazał jednocześnie, iż: „W ocenie Zamawiającego zarzuty podniesione przez Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. wymagają zbadania i zweryfikowania w drodze odrębnych czynności Zamawiającego. Jednocześnie uwzględnienie zarzutów Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. byłoby na obecnym etapie co najmniej przedwczesne, a tym samym nieuzasadnione."

Pismem z dnia 8 lutego 2024 r. przekazanym do Krajowej Izby Odwoławczej drogą elektroniczną – Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 PZP z uwagi na jego zbędność.

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, w ramach powyższych przyczyn umorzenia postępowania, 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 i badania oraz oceny ofert, Zamawiający unieważnił te czynności, a tym samym podjął decyzję o konieczności ich powtórzenia. O fakcie tym 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 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. 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 jego wyniku na podstawie art. 557 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 tiret pierwsze 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: ……. **.....**

……..……

…….