Sygn. akt: KIO 3571/23

POSTANOWIENIE
z dnia 13 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Krzysztof Sroczyński**
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 13 grudnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez **wykonawcę Golden Line spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie**
w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zakład Emerytalno-Rentowy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie**

przy udziale: wykonawcy PRAXIS ŁÓDŹ P. I P.spółka jawna z siedzibą w Łodzizgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Golden Line spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie** kwoty 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 3571/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Emerytalno-Rentowy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Sukcesywną dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń eksploatowanych w Zakładzie Emerytalno- -Rentowym MSWiA", nr sprawy: ZER-ZP-10/2023*Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 września 2023 r., za numerem 00394528.

W dniu 27 listopada 2023 r. odwołanie w ramach przedmiotowego postępowania wniósł wykonawca Golden Line spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec odrzucenia przez Zamawiającego –oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty PRAXIS ŁÓDŹ P. I P.spółka jawna z siedzibą w Łodzi.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp – które to przepisy zostały podane przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego – poprzez nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że nie zachodzi przesłanka jej odrzucenia wskazana w tych przepisach, jak również przesłanka wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej,

2. ewentualnie – art. 128 ust. 1 lub ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu „Samooczyszczenia" lub wyjaśnienia jego treści.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w tym w szczególności wskazania na nieprawidłowe uznanie przez Zamawiającego, że dokonane przez Odwołującego samooczyszczenie było nieskuteczne, a przedstawione wyjaśnienia niekompletne lub w inny sposób nieprawidłowe,

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,

a także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego..

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o uwzględnieniu części zarzutów odwołania, w zakresie dotyczącym:

a) negatywnej oceny Zamawiającego w zakresie self-cleaningu Odwołującego,

b) bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania w zakresie art. 226 ust. I pkt 2 lit. a) w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp,

c) nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego na skutek nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez błędną interpretację oceny przedstawionego oświadczenia z art. 125 ust. I ustawy Pzp, odnoszącego się do udziału podmiotu trzeciego

oraz nie uwzględnił zarzutu dotyczącego przedmiotowych środków dowodowych.

Jednocześnie Zamawiający poinformował o dokonaniu w dniu 8.12.2023 r. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, jak również wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

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.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienia wykonawca PRAXIS ŁÓDŹ P. I P.spółka jawna z siedzibą w Łodzi.

Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania oraz odpowiedzi na odwołanie przekazanej przez Zamawiającego, że w dniu 8 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, jak również unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. W uzasadnieniu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 8.12.2023 r. Zamawiający , wskazał, iż dokonuje tej czynności działając na podstawie art.16 ustawy Pzp, opierając się na podstawowych zasadach systemu zamówień publicznych oraz na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2037/23 i KIO 2047/23), zgodnie z którym „*Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie*".

Ponadto w dniu 8.12.2023 r. Zamawiający dokonał ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, w toku której dokonał wyboru wykonawcy PRAXIS ŁÓDŹ P. I P. spółka jawna z siedzibą w Łodzi oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) pzp.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z unieważnieniem czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, jak również czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu 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. Izba zauważa, że Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, jak również unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. 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 odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie 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 wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty, jak również unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

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 czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, jak również unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, tym samym czynności stanowiące podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestały 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 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 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, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie. Na podstawie art. 574 ustawy pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 7 500 zł, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..……..……...