

Sygn. akt: KIO 566/23

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 14 marca 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: AK.**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu 14 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2023 r. przez wykonawcę **INERGIS S.A z siedzibą Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Niepołomice**

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **INERGIS S.A z siedzibą Częstochowie** kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy zero złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022, poz. 1710 ze 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.

.....

Sygn. akt: KIO 566/23

**Uzasadnienie**

Zamawiający Gmina Niepołomice prowadzi postępowanie w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Realizacja przedsięwzięć niskoemisyjnych budynków jednorodzinnych w ramach programu STOP SMOG dla Gminy Niepołomice - Etap II”, znak sprawy: ZP.271.2.2023, część (zadanie) nr 3: Wymiana kotłów na kotły gazowe w czterdziestu dwóch budynkach na terenie Gminy Niepołomice. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 stycznia 2023 r., numer ogłoszenia 2023/BZP 00051143/01. Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”).

W dniu 28 lutego 2023 r., Odwołujący, tj. INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

Odwołujący w pkt 4 odwołania, zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 253 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 226 ustawy Pzp poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego i ograniczenie się wyłącznie do podania uzasadnienia prawnego, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- b) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w związku z art. 226 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, że nie zawiera ona żadnych błędów w obliczeniu ceny ani kosztu, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- c) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 226 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że oferta wykonawcy Levada Sp. z o.o., ul. Lindego 17, 30-148 Kraków (dalej „Levada”) nie jest najkorzystniejszą ofertą, a zatem to, że cena tej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie uprawniało i nie uprawnia Zamawiającego do unieważnienia postępowania;
- d) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty wykonawcy Levada za najkorzystniejszą ofertę, mimo że oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność unieważnienia postępowania,

- b) unieważnił czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- c) dokonał ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W dniu 10 marca 2023 r., drogą elektroniczną, wpłynęło do Izby oświadczenie Zamawiającego o częściowym uwzględnieniu odwołania. Zamawiający oświadczył, że dokonuje uznania Odwołania co do części zarzutów przedstawionych w Odwołaniu tj. co do:

- zarzutu zawartego w pkt 4 lit. a) Odwołania w zakresie w jakim Odwołujący zarzuca brak wskazania szczegółowej podstawy faktycznej odrzucenia jego oferty (naruszenie art. 253 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 Pzp),
- zarzutu zawartego w pkt 4 lit. c) w zakresie w jakim Odwołujący zarzuca wzięcie pod uwagę wyłącznie ceny oferty wykonawcy Levada Sp. z o.o. na potrzeby oceny przesłanek zastosowania art. 255 pkt 3 Pzp, w sytuacji gdy wobec uwzględnienia zarzutu zawartego w pkt 4 lit. a), konieczne stało się dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że w związku z dokonaniem częściowego uznania Odwołania dokona następujących czynności w postępowaniu:

- a) unieważni czynność unieważnienia postępowania,
- b) unieważni czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- c) dokona ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym w szczególności dokona ponownej oceny istnienia przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

Zamawiający wskazał, że w pozostałym zakresie odwołanie stało się bezprzedmiotowe i jest niezasadne wobec dokonanego częściowego jego uznania oraz opisanych powyżej czynności Zamawiającego, co uzasadnia umorzenie postępowania przed Izbą zgodnie z art. 522 Pzp oraz art. 568 pkt 2 i 3 Pzp. W przypadku braku uznania przez Izbę podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, w zakresie w jakim Odwołanie nie zostało uznane i w przypadku braku cofnięcia w tym zakresie Odwołania przez Odwołującego, uzasadnione jest oddalenie Odwołania co do zarzutów zawartych w pkt 4 lit. b) i d). W szczególności, Zamawiający stwierdził, że, brak jest także podstaw do oczekiwania przez Odwołującego na tym etapie nakazania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 14 marca 2023 r. Odwołujący, drogą elektroniczną, oświadczył, że przychyła się do wniosku Zamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie, w jakim Zamawiający nie uwzględnił odwołania, albowiem dalsze postępowanie stało się zbędne. W ocenie Odwołującego wniosek taki uzasadnia dokonane przez Zamawiającego częściowe uwzględnienie odwołania oraz jednoznaczna zapowiedź dokonania czynności w postępowaniu. Jednocześnie, na wypadek uznania przez Izbę braku podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 10.03.2023 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

W ocenie Izby, wobec deklaracji Zamawiającego co do dalszych czynności, które jednak nie zostały jeszcze dokonane, nie ziściła się przesłanka umorzenia postępowania określona w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 teże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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), nakazując dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczony tytułem wpisu.

**Przewodniczący:.....**