Sygn. akt: KIO 1341/23

POSTANOWIENIE
z dnia 22 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 22 maja 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2023 r. przez: **wykonawcę J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytom, ul. Łokietka 4** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gmina Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Bytomiu, ul. Smolenia 35**
przy udziale **wykonawcy M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M. z siedzibą w Stanicy, ul. Gliwicka 25** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1341/23 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **Umorzyć postępowanie,**
2. **Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytom, ul. Łokietka 4** tytułem zwrotu 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 (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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 1341/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni poza pasem drogowym na terenie miasta Bytomia na okres 12 miesięcy” (postępowanie nr Z129/60081) zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U./S S33 z dn. 15/02/2023 nr 97802-2023-PL.
W dniu 5 maja 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania w zadaniu 1 i 2.
W dniu 15 maja 2023 r. wykonawca J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytom, ul. Łokietka 4. Odwołanie zostało wniesione przez właściciela firmy. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 15 maja 2023 r.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów), tj.:
1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M., mimo że wykonawca na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny pomimo skierowania do niego wezwania do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
2. art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co do istotnych części składowych oferty, które są niższe o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, tj.:
a. zadanie nr 1 - utrzymanie terenów poza pasem drogowym:
a) zieleń - prace interwencyjne na wskazanie PZ - usuwanie powalonych drzew,
b) oczyszczanie - prace podstawowe - oczyszczanie terenów zieleni i rabat z wszelkich zanieczyszczeń znajdujących się na nich:
- 5 razy w tyg. (pn, wt, śr, czw, pt),
- 6 razy w tyg. (pn, wt, śr, czw, pt, sb),
c) oczyszczanie - prace podstawowe - odśnieżanie ciągów pieszych na wskazanie PZ,
d) oczyszczanie - prace podstawowe - oczyszczanie wybiegów dla psów (pn - sb),

b. zadanie nr 2 - utrzymanie terenów poza pasem drogowym:
a) zieleń - prace interwencyjne na wskazanie PZ - usuwanie powalonych drzew,
b) oczyszczanie - prace podstawowe - oczyszczanie terenów zieleni i rabat z wszelkich zanieczyszczeń znajdujących się na nich:
- 5 razy w tyg. (pn, wt, śr, czw, pt),
- 6 razy w tyg. (pn, wt, śr, czw, pt, sb),
c) oczyszczanie - prace podstawowe - odśnieżanie ciągów pieszych na wskazanie PZ,
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M., mimo że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem wykonawca DROMAR w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał, że do realizacji zamówienia zamierza używać soli drogowej, podczas gdy jest to niezgodne z warunkami zamówienia, z uwagi na przedmiot realizowanych usług (utrzymanie poza pasem drogowym, tj. terenów zielonych, ciągów pieszych i dróg osiedlowych), gdzie możliwość użycia środków chemicznych jest wykluczona, gdyż są to nawierzchnie nieutwardzone, żwirowe, gruntowe, a także w pobliżu zadrzewień, jak również okoliczność ta wskazuje na obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 10) ustawy , bowiem ww. okoliczność wskazuje na wadliwe ustalenie przedmiotu umowy a tym samym jego obliczenie, co skutkuje istnieniem błędu w obliczeniu ceny,
4. [zarzut ewentualny] w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 lub zarzutu nr 3, których skutkiem powinno być odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M. z postępowania, odwołujący stawia również zarzut naruszenia art. 227, art. 232 i 238 ustawy – przez zaniechanie przeprowadzenia aukcji elektronicznej, mimo że zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w rozdziale XXXIII SWZ, gdzie określił, że zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli w danym postępowaniu zostaną złożone co najmniej 2 oferty nie podlegające odrzuceniu (a w tym postępowaniu oferty złożyli Odwołujący oraz wykonawca Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M., którego oferty zamawiający nie odrzucił – a mimo tego zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty bez przeprowadzenia aukcji).
Odwołujący wskazał również, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 , Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić to odwołanie.
Wniósł o:
1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 1 i 2 oraz:
a) odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M.,
b) ewentualnie nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert - i w ramach tej czynności:
- nakazanie zamawiającemu wezwanie wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w pozycjach wskazanych w zarzucie nr 2,
c) ewentualnie nakazanie dokonania oceny ofert w ramach kryterium cena po wcześniejszym przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, o której mowa w rozdziale XXXIII SWZ,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostały przywołane w treści uzasadnienia, a które zostaną złożone przez odwołującego na rozprawie w ramach pisma procesowego,
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.
Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez zamawiającego. Odwołujący złożył ofertę w zakresie zadania nr 1 i 2 i w klasyfikacji jego oferta znajduje się na drugim miejscu.
W przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania odrzucenia oferty wykonawcy DROMAR z postępowania, odwołujący uzyska zamówienie. W zakresie zarzutu ewentualnego, odwołujący również posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem przez nieprzeprowadzenie aukcji elektronicznej przez zamawiającego, odwołujący stracił możliwość zaoferowania nowej, obniżonej ceny – a w konsekwencji stracił możliwość uzyskania niniejszego zamówienia.
Wskazał bowiem, że interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy wykonawca, który został sklasyfikowany w rankingu ofert.
W dniu 16 maja 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 19 maja 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych I Komunalnych "Dromar" M.K. z siedzibą w Stanicy, ul. Gliwicka 25. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 maja 2023 r. udzielonego przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom postępowania.

Przystępujący podniósł, że jest wykonawcą i złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę w Postępowaniu na Zadanie nr 1 i Zadanie nr 2. Oferta przystępującego została prawidłowo i zgodnie z prawem wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu w ramach Zadania nr 1 i Zadania nr 2 (tej czynności dotyczy odwołanie).

Oferta przystępującego jest zgodna z wymaganiami dokumentów zamówienia w postępowaniu i została należycie skalkulowana. W odwołaniu ZUKTZJW postawiono m.in. zarzuty zaniechania odrzucenia oferty DROMAR. Tym samym odwołanie ZUKTZJW jest nakierowane na wyeliminowanie z postępowania oferty złożonej przez przystępującego. W przypadku uwzględnienia odwołania ZUKTZJW przystępujący utraciłby możliwość realizacji zamówienia i pozyskania zysków płynących z ww. kontraktu, a w konsekwencji poniósłby szkodę. Wobec powyższego przystępujący posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego i utrzymaniu prawidłowych i zgodnych z prawem czynności zamawiającego polegających na uznaniu, że w stosunku do oferty DROMAR nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty DROMAR. Wykazane powyżej okoliczności jednoznacznie przesądzają o uprawnieniu przystępującego do wniesienia przedmiotowego przystąpienia.

Wskazał jednocześnie, że zamawiający pismem z dnia 16.05.2023 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 1 i w Zadaniu nr 2 oraz przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert, wskazując, że „Zamawiający dostrzegł konieczność ponownej weryfikacji oferty złożonej w ramach postępowania na Zadanie 1 i Zadanie 2 przez wykonawcę: Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M.", tym niemniej zamawiający nie uwzględnił odwołania ZUKTZJW w zakresie żadnego z postanowionych zarzutów, a odwołanie dotyczy czynności wyboru oferty z dnia 5 maja 2023 roku.

Przystępujący wskazał jednocześnie, że zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne i powinny zostać oddalone, względnie, w warunkach unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powrotu do badania ofert, Izba winna umorzyć postępowanie na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym Izba umarza postępowania odwoławcze, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, co ma miejsce, gdy na chwilę posiedzenia przed Izbą upadł substrat zaskarżenia.

Jednocześnie przystępujący zastrzegł sobie możliwość rozbudowania stanowiska w piśmie procesowym lub na posiedzeniu i rozprawie przed KIO.

Odwołujący złożył pismo, w którym wskazał, że w związku z przesłanym zawiadomieniem o terminie posiedzeń Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach sygn. akt. KIO 1341/23, który zostały wyznaczone na dzień 24.05.2023r. godz. 9.30, wnosi na podstawie art. 568 pkt. 2) ustawy o umorzenie postępowania odwoławczego i w związku z tym o zniesienie terminów posiedzeń Krajowej Izby Odwoławczej.

Wniosek powodowany jest czynnością zamawiającego, który w dniu następnym po wniesieniu przez odwołującego odwołania tj. w dniu (16.05.23r.) poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu, iż unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i przystępuje do ponownego badania i oceny ofert.

W związku z powyższym w ocenie odwołującego postępowania odwoławcze powinny zostać umorzone, gdyż nie istnieje substrat zaskarżenia.

W załączniku przekazał dokument potwierdzający ww. czynność zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z informacji o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszych ofert oraz o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert z dnia 16 maja 2023 r. wezwania skierowanego do przystępującego do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej oceny oraz wezwania skierowanego do przystępującego do wyjaśnień treści oferty.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 16 maja 2023 r. zamawiający poinformował, że unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszych ofert w Zadaniu 1 i Zadaniu 2: Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M. 44-145 Stanica, ul. Gliwicka 25, dokonana w dniu 5 maja 2023 r. i przystępuje do powtórzenia czynności oceny i badania ofert.

Decyzję swoją zamawiający uzasadnił następująco:

W dniu 5 maja 2023 r. zamawiający w postępowaniu nr DNP.260.2.2023.PN.U - Zadanie 1 i Zadanie 2 dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert. Za najkorzystniejszą w Zadaniu 1 i Zadaniu 2 została wybrana oferta wykonawcy: Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M., 44-145 Stanica, ul. Gliwicka 25.

Po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający dostrzegł konieczność ponownej weryfikacji oferty złożonej w ramach postępowania na Zadanie 1 i Zadanie 2 przez wykonawcę: Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M., w szczególności pod kątem wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co do istotnych części składowych oferty oraz ustalenia, czy zaoferowane przez wykonawcę usługi spełniają wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w SWZ.

Zamawiający zamierza wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a następnie dokonać ponownego badania złożonych ofert. Następnie zamawiający ponownie dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym wszyscy wykonawcy zostaną

poinformowani.
Kierując się zasadami udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 i 17 ustawy, zamawiający dokona ponownej oceny ofert oraz dokona wyboru najkorzystniejszej oferty na zasadach określonych w ww. ustawie.
W dniu 16 maja 2023 r. zamawiający działając zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie ceny złożonej oferty w zakresie rażąco niskiej ceny.
W ofercie w zakresie Zadania 1 zachodzą uzasadnione wątpliwości co do części składowej ceny ofertowej. O istotności tej stanowią następujące fakty:
Wykonawca Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M., 44-145 Stanica ul. Gliwicka 25 zaoferował dla Zadania 1 realizację zamówienia za ceny jednostkowe, które są niższe o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług:
A. w zakresie utrzymania terenów poza pasem drogowym:
1.Oczyszczanie prace podstawowe - Oczyszczanie terenów zieleni i rabat z wszelkich zanieczyszczeń znajdujących się na nich:
a)5 razy w tyg. (pn., wt.,śr., czw., pt.)
b)6 razy w tyg. (pn., wt., śr., czw., pt., sb.)
2.Oczyszczanie wybiegów dla psów (pn. - sb.)
Wykonawca zaoferował realizację zamówienia za ceny jednostkowe, które są niższe o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz od średniej cen jednostkowych dla danej czynności przewidzianej w ofercie powiększonej o należny podatek od towarów
1usług w zakresie utrzymania terenów poza pasem drogowym:
1. Zieleń - Prace interwencyjne na wskazanie PZ - Usuwanie powalonych drzew
W ofercie w zakresie Zadania 2 zachodzą uzasadnione wątpliwości co do części składowej ceny ofertowej. O istotności tej stanowią następujące fakty: wykonawca Zakład Usług Drogowych i Komunalnych D.M., 44-145 Stanica ul. Gliwicka 25 zaoferował dla Zadania 2 realizację zamówienia za ceny jednostkowe, które są niższe o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług:
A. w zakresie utrzymania terenów poza pasem drogowym:
1. Oczyszczanie prace podstawowe - Oczyszczanie terenów zieleni i rabat z wszelkich zanieczyszczeń znajdujących się na nich:
a)5 razy w tyg. (pn., wt.,śr., czw., pt.)
b)6 razy w tyg. (pn.,., wt.,śr., czw., pt., sb.]
Wykonawca zaoferował realizację zamówienia za ceny jednostkowe, które są niższe o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz od średniej cen jednostkowych dla danej czynności przewidzianej w ofercie powiększonej o należny podatek od towarów i usług w zakresie utrzymania terenów poza pasem drogowym:
1. Zieleń - Prace interwencyjne na wskazanie PZ - Usuwanie powalonych drzew
Mając na względzie powyższe, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie określonym art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, tj.:
1)zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
4)zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
5)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
6)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
7)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
8)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.
Wykonawca zobowiązany jest złożyć wyczerpujące wyjaśnienia wraz z dowodami dotyczące powodów zaoferowania tak niskich cen i przekonać zamawiającego, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym, że realne jest wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.
Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco

niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.
Wyjaśnienia należy złożyć w terminie do dnia 19.05.2023 r. poprzez platformę przetargową lub poprzez pocztę elektroniczną na adres: z..
W dniu 16 maja 2023 r. zamawiający działając zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty - Zadanie 1 i Zadanie 2.
W związku ze złożonymi wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 31.03.2023 r. tj. w szczególności przedstawienia faktury za zakup soli drogowej, zamawiający powziął wątpliwość dotyczącą stosowania przez wykonawcę środków chemicznych w celu realizacji zamówienia.
Mając powyższe na względzie, zamawiający wezwał do wyjaśnienia treści oferty przez wskazanie na jakiej rodzaju/typu nawierzchni zamierza stosować sól drogową.
Wyjaśnienia należy złożyć w terminie do dnia 19.05.2023 r. poprzez platformę przetargową lub poprzez pocztę elektroniczną na adres: z..
Na dzień 22 maja 2023 r. do Izby nie wpłynęło stanowisko procesowe zamawiającego, a Izba ustaliła, że brak jest odwołania przystępującego od czynności zamawiającego podjętych w dniu 16 maja 2023 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.
Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 ustawy.
Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.
Odwołujący stoi na stanowisku, że nie istnieje przedmiot zaskarżenia, a przystępujący również dostrzega podstawę do umorzenia postępowania z uwagi na upadek substratu zaskarżenia.
Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Izba umarza postępowanie, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny Komentarz do Prawa Zamówień Publicznych Art. 568 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/J. Jarnicka - Stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. 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.
W badanej sprawie zamawiający nie unieważnił postępowania, ale unieważnił zaskarżoną przez odwołującego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zobowiązał się do ponowienia czynności badania i oceny ofert, co więcej poczynił pierwsze czynności z tym badaniem związane wzywając przystępującego do wyjaśnień w zakresie treści oferty, jak i oferowanej ceny. Tym samym czynność, która była sporna pomiędzy stronami przestała istnieć. Na gruncie kodeksu postępowania cywilnego kwestię zbędności postępowania cywilnego reguluje art. 355 kpc, który stanowi, że Sąd umorzy postępowanie, jeżeli powód ze skutkiem prawnym cofnął pozew, strony zawarły ugodę lub została zatwierdzona ugoda zawarta przed mediatorem albo z innych przyczyn wydanie wyroku stało się zbędne lub niedopuszczalne. Sąd Najwyższy odnosząc się do pojęcia zbędności w uchwale Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18 wskazał:
„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).
Niedopuszczalność wydania wyroku traktowana jest natomiast jako rezultat pojawienia się nieusuwalnych przeszkód procesowych, tj. odpadnięcia dodatnich lub pojawienia się ujemnych, bezwzględnych przesłanek procesowych niepodlegających skutecznej konwalidacji.”
Dalej analizował stanowiska orzecznictwa i doktryny przemawiające za oddaleniem, albo umorzeniem postępowania, aby ostatecznie wywieść, 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. Stanowisko to

nawiązuje zatem silnie do założenia, że proces cywilny, a zwłaszcza orzeczenie rozstrzygające sprawę co do istoty, nie jest celem samym w sobie. Stanowi on jedynie instrument dla osiągnięcia celu w postaci udzielenia ochrony prawnej prawom i obowiązkom stron wynikającym z norm prawa materialnego, w zakresie i w formach żądanych przez te strony. Idąc powyższym tokiem rozumowania, 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.

Ubocznie, w piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, że interes prawny stanowi przesłankę procesową dochodzenia roszczenia, której brak powinien skutkować uznaniem niedopuszczalnością wydania wyroku. W takim przypadku logiczną konsekwencją byłoby także przyjęcie umorzenia postępowania w razie następczej utraty interesu prawnego.”.

Zamieszczoną w art. 355 § 1 KPC wzmiankę o zbędności wydania wyroku w sprawie za słuszną uważa J. Kot (Forma orzeczenia, s. 49–50), za podstawę zbędności wydania wyroku w sprawie uznając zrzeczenie się roszczenia, zawarcie ugody. Tak samo H. Pietrzkowski (Przekształcenia podmiotowe, s. 33), który powołując się na stanowisko W. Berutowicza (Znaczenie prawne, s. 59), wskazuje, że przyczyną zbędności wydania wyroku w sprawie jest zniknięcie sporu między stronami albo rezygnacja stron z rozstrzygnięcia sporu.

Kierując się analogią przepisów procesowych na gruncie postępowania cywilnego i odwoławczego, Izba stoi na stanowisku, że skoro nie ma już czynności, która była podstawą sporu pomiędzy odwołującym, a zamawiającym, to odpadł substrat zaskarżenia, a wydanie merytorycznego rozstrzygnięcia jest zbędne. W tym zakresie w całości Izba popiera i uznaje za własne stanowisko wyrażone w postanowieniu z dnia 2 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3080/22, ponad to podobnie wypowiedziała się Izba w postanowieniach z dnia 29 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 3036/22 i 2 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3052/22.

Z tego względu Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 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), nakazując dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Zgodnie z wyżej powołanym przepisem rozporządzenia, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Biorąc powyższe od uwagę wszelkie koszty postępowania, w tym związane z wpisem od odwołania, Izba zniosła wzajemnie między stronami.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……