Sygn. akt: KIO 1420/23

POSTANOWIENIE
z dnia 1 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 1 czerwca 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 22 maja 2023 r. przez odwołującego: **Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**(ul. Niedźwiedzia 10, 02 -737 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia** (Al. Jerozolimskie 155/115, 02326 Warszawa),
- zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (Konsorcjum firm) **One House sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Based Media S.W. z siedzibą w Warszawie**,

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze;
2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**(ul. Niedźwiedzia 10, 02 -737 Warszawa) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), wpłaconej przez odwołującego 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 (Dz. U. z 2022 r., 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 1420/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 22 maja 2023 r. przez odwołującego: Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego w przedmiocie zamówienia publicznego na: *Prowadzenie działań informacyjnych, edukacyjnych i promocyjnych (kampania społeczna) na temat korzyści zdrowotnych wynikających ze szczepień przeciwko ludzkiemu wirusowi brodawczaka/wirusowi brodawczaka ludzkiego (ang.: HPV – human papillomavirus). Kampania skierowana bezpośrednio do osób dorosłych w wieku około 3550 lat (rodzice dzieci w wieku 1213 lat), pośrednio do pracowników ochrony zdrowia, ogółu społeczeństwa*". Nr ref.: ZZP.ZP.411.53.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu w dniu 10 marca 2023 r. pod numerem 2023/5 050-147093.

Wnoszący odwołanie wykonawca podniósł zarzuty naruszenia:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 i ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ONE HOUSE, pomimo że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu oraz jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na zaoferowaną proporcję budżetu kampanii w Internecie w stosunku do budżetu całego przedmiotu zamówienia, wprost sprzeczną z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia;
2)art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ONE HOUSE, pomimo iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na zastrzeżenia ujęte w treści Planu kampanii w Internecie, wprost sprzeczne z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia;
3)art. 226 ust. i pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ONE HOUSE, pomimo iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na treść złożonych w ofercie elementów kreatywnych niezgodnych z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia;
4)art. 239 ustawy PZP w związku z art. 16 ustawy PZP poprzez dokonanie oceny Oferty DSK w kryterium Spójność zarysu strategii 2 OPZ. podkryterium „*Stopień dostosowania kreacji do założeń wskazanych w OPZ do grupy docelowej* w sposób niezgodny z SWZ i z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców procesie oceny Ofert w ww. kryterium;

ewentualnie (na wypadek nieuwzględnienia zarzutów zmierzających do odrzucenia oferty ONE HOUSE)

5)naruszenie art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty ONE HOUSE w kryterium Spójność Zarysu strategii z

OPZ w sposób niezgodny z SWZ;

6)art. 128 ust. ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia/poprawienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów, które nie zostały opatrzone wymaganym kwalifikowanym podpisem elektronicznym Pana S.W. (członka Konsorcjum), a jedynie podpisem elektronicznym zabezpieczonym pieczęcią Autenti;

w konsekwencji:

7)naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty ONE HOUSE.

(...)

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1)unieważnienia czynności oceny ofert,

2)unieważnienia czynności wyboru oferty ONE HOUSE,

3)ponowienia czynności badania i oceny ofert i odrzucenia oferty ONE HOUSE,

4)ponowienia czynności badania i oceny ofert i zwiększenia przyznanej ofercie DSK liczby punktów w kryterium Spójność zarysu strategii z OPZ,

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów zmierzających do odrzucenia oferty ONE HOUSE:

5)obniżenia przyznanej tej ofercie liczby punktów w kryterium Spójność zarysu strategii z OPZ,

6)wezwania ONE HOUSE do uzupełnienia/poprawienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów, oraz

7)powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

(...)

Odwołujący podał, że (...) *ma interes we wniesieniu odwołania w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w wyniku naruszających przepisy ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę, przejawiającą się w braku możliwości uzyskania Zamówienia i korzyści płynących z jego realizacji. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana w rankingu ofert na drugim miejscu (przyznano jej 56,73 pkt), podczas gdy ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum 1. (...) ONE HOUSE Sp. z o.o. (...) i 2. Based Media S.W.(...), uznanej za najkorzystniejszą przyznano 58,03 pkt (Odwołujący uzyskał o 1.3 punktu mniej niż ONE HOUSE). Zamawiający sprzecznie z przepisami ustawy PZP zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum, w konsekwencji czego pozbawił Odwołującego, który ważną i zgodną z wymogami SWZ Ofertę, szansy na uzyskanie zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania odrzucenia oferty Konsorcjum z Postępowania, jak również w przypadku podwyższenia punktacji Odwołującego lub obniżenia punktacji oferty ONE HOUSE, Odwołujący uzyska zamówienie.*(...)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: One House sp. z o.o. i Based Media S.W. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 31/05/2023) wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W uzasadnieniu wniosku podał w szczególności:

(...) w dniu 30.05.2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 12.05.2023 r." Dalej podał w zakresie tego odwołania, że pozostaje ono bezprzedmiotowe w związku z unieważnieniem przez Zamawiającego tych czynności, które zostały zaskarżone. Wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej podając, że unieważnienie czynności zaskarżonej w odwołaniu prowadzi do braku substratu zaskarżenia, co w konsekwencji stanowi podstawę do umorzenia postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp. W związku z powyższym przyjąć należy, że po dokonaniu ponownej czynności zamawiającego związanej z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, odwołującemu będzie przysługiwało prawo do wniesienia środków ochrony prawnej, właśnie na tę nową czynność zamawiającego. (tak: Postanowienia: KIO 3535/21, KIO 480/22). Cytując kolejne postanowienia podał: (...) *dalsze postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne, gdyż najdalej idącą czynnością w postępowaniu, dokonywaną przez zamawiającego w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej, jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność ta obejmuje wszystkie wcześniej dokonywane czynności zamawiającego, w tym badanie i ocenę ofert. Skoro zatem wynikiem konkretnej oceny zamawiającego, jest wskazanie wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, to a contrario unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej niejako „kasuje" wszystkie czynności zamawiającego związane z badaniem i oceną ofert. Okoliczność, iż zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie polemizuje z odwołującym, nie zmienia faktu, iż na dzień orzekania, wszystkie czynności zamawiającego zostały anulowane".*

Wskazując na art. 552 ust. 1 Pzp podał: (...) Izba wydając orzeczenie jest zobowiązana wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. 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. (...) Aby Izba mogła rozpoznać zarzut - musi on dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia

środka ochrony prawnej. […] Także dostrzeżenia wymaga, że Izba - zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp - 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. Z kolei orzekanie przez Izbę wobec nowej czynności Zamawiającego nie mogło mieć miejsca, albowiem wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania. W konsekwencji, w zakresie wskazanego zarzutu w jego brzmieniu z odwołania, na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp postępowanie odwoławcze zostało umorzone".

W konkluzji podał, że „*W konsekwencji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – zarzuty odwołań wniesionych w dniu 22.05.2023 r. stały się w całości bezprzedmiotowe z uwagi na brak substratu zaskarżenia, którego dotyczyły zarzuty odwołań"* W związku z powyższym wobec unieważnienia czynności zaskarżonych w odwołaniach – wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1420/23 dotyczącej odwołania wniesionego przez wykonawcę Agencja Reklamowa DSK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

W piśmie z dnia 31/05/2023 również Odwołujący podał: „*W nawiązaniu do przekazanej przez Zamawiającego informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z dnia 30.05.2023 r. działając w imieniu dsk wskazuję, iż dsk popiera wniosek Zamawiającego z dnia 31.05.2023 r. o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp*."

Izba zważyła, co następuje:

Działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Zgodnie ze wskazanym ze wskazanym przepisem Pzp:

„Art. 568. Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku:

(…)

2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; (…).

W niniejszej sprawie Odwołujący zakwestionował w odwołaniu kluczową czynność dotyczącą wyboru najkorzystniejszej oferty *Konsorcjum One House* oraz ocenę oferty *Odwołującego. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów co do wybranej oferty i co do punktacji jego oferty w kruterium Spójność zarysu strategii.* Zamawiający z kolei podał, że unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 12.05.2023 r." Podał także, w zakresie tego odwołania, że pozostaje ono bezprzedmiotowe w związku z unieważnieniem przez Zamawiającego tych czynności, które zostały zaskarżone.

Analiza materiału wskazuje, że postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie stało się zbędne. Zamawiający unieważnił zaskarżone czynności, a zatem w sensie prawnym zaskarżone czynności w dacie wydawania postanowienia już nie istnieją.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy Pzp i art. 574-576 tej ustawy oraz w oparciu o przepis § 9 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 uwagi na umorzenie tego postępowania na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp koszty postępowania odwoławczego zostały wzajemnie zniesione między stronami. Izba orzekła też o nakazaniu zwrotu wpisu od odwołania uiszczonego przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

……..……..……..