Sygn. akt: KIO 1426/23

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: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. I.S. – przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „FABRYKA KOMUNIKACJI SPOŁECZNEJ - I.S." oraz P.P. – przedsiębior prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „FABRYKA KOMUNIKACJI SPOŁECZNEJ - P.F przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Fabryka Komunikacji Społecznej P.P., I.S. s.c., 2. Fabryka Komunikacji Społecznej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** 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:
A. wykonawca **Agencja Reklamowa DSK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;**
B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **One House sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **B.M. z siedzibą w Warszawie**,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. I.S. – przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „FABRYKA KOMUNIKACJI SPOŁECZNEJ - I.S." oraz P.P przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „FABRYKA KOMUNIKACJI SPOŁECZNE. P.P." przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Fabryka Komunikacji Społecznej P.P., I.S. s.c.,2. Fabryka Komunikacji Społecznej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** 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 1426/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 22 maja 2023 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. I.S. – przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „FABRYKA KOMUNIKACJI SPOŁECZNEJ - I.S." oraz P.P. przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „FABRYKA KOMUNIKACJI SPOŁECZNEJ - P.F przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Fabryka Komunikacji Społecznej P.P., I.S. s.c., 2. Fabryka Komunikacji Społecznej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie(Odwołujący lub Konsorcjum)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 wykonawcy podnieśli zarzuty naruszenia:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 2 lit. c PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: One Hoouse sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz

B.M. dalej „Konsorcjum One House", której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2.ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum One House:

a.art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez nieprawidłową ocenę oferty Konsorcjum One House ww. wykonawców w ramach kryterium z pkt IX ppkt 2.2 tiret 2 SWZ - Plan kampanii w Internecie (łączna liczba kliknięć w modelu CPC, CPV oraz CPM) i przyznanie punktacji ofercie ww. wykonawcy, mimo iż powinna otrzymać 0 pkt w tym kryterium;

b.art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum One House do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pana A.G., mimo iż złożony dokument w imieniu B.M. jest nieprawidłowy, tj. nie jest pełnomocnictwem podpisanym zapomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego w imieniu S.W..

3.art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Agencja Reklamowa DSK sp. z O.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „DSK", pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

***1.**unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;*

***2.**powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w*

***3.**odrzucenie oferty Konsorcjum One House oraz Oferty DSK;*

***4.**ewentualnie w przypadku oddalenia zarzutu w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum One House;*

a.obniżenia punktacji oferty wykonawcy poprzez przyznanie jej 0 pkt w ramach całego kryterium pkt IX ppkt 2.2 tiret 2 SWZ - Plan kampanii w Internecie (łączna liczba kliknięć w modelu CPC, CPV oraz CPM);

b.wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum w imieniu B.M.;

c.*dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.*

Odwołujący podał, że (...) *ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący jest wykonawcą który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Jak wynika z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta złożona przez Odwołującego plasuje się na trzecim miejscu rankingu ofert pod kątem ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż prawidłowe działanie Zamawiającego powinno polegać na odrzuceniu Oferty Konsorcjum One HOL.se (względnie obniżeniu punktacji ofercie tego wykonawcy) oraz oferty DSK, gdyż są to oferty niezgodne z dokumentami zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości fakt, że w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie możliwości realizacji zamówienia".*

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili: wykonawca Agencja Reklamowa DSK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawieoraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: One House sp. z o.o. i B.M. 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 1426/23 dotyczącej odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. oraz Fabryka Komunikacji Społecznej Sp. z o.o. na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

W piśmie z dnia 30/05/23 Odwołujący także wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wniosku wskazał – jak Zamawiający - naunieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 12 maja 2023 r. i powołując art. 574 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. wniósł o zwrot kwoty 15.000 zł uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przystępujący wykonawca Agencja Reklamowa DSK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiew piśmie z dnia 31/05/23 także poparł ten wniosek podając: „*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 konkurencyjnej *wykonawcy DSK. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych do ofert tych wykonawców.* 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 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.

……..……..