

Sygn. akt: KIO 1465/23

POSTANOWENIE
z dnia 5 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 5 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2023 r. przez wykonawcę **ABAPEST ZAKŁAD DDiD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową Nr 2063 w Warszawie**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **ABAPEST ZAKŁAD DDiD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczony tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1465/23

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa Nr 2063 w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest: „*Usługa stałego monitoringu opartego na założeniach systemu HACCP kompleksów wojskowych oraz wykonywanie doraźnych dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez JW. nr 2063*”, numer sprawy: 19/23.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 19.04.2023 r., nr 2023/BZP 00183507.

Wykonawca - ABAPEST ZAKŁAD DDiD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, w dniu 24 maja 2023 r. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, w szczególności:

- wyboru oferty złożonej przez wykonawcę P.B.;
- zaniechania odtajnienia i udostępnienia dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę P.B..

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ustawa ZNK”) poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę P.B. jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć wykonawca ten nie dochował podstawowych obowiązków ustawowych dla wykazania, że przedmiotowe informacje faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym są jawne i powinny zostać uznane przez zamawiającego jako podlegające udostępnieniu;
2. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, w szczególności poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę P.B. jako tajemnica przedsiębiorstwa;
3. art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty, która nie została wybrana zgodnie z kryteriami oceny ofert, gdyż zamawiający nie zweryfikował należycie kryterium ceny, a nawet więcej, uniemożliwił wykonanie takiej weryfikacji przez pozostałych wykonawców zainteresowanych postępowaniem, w tym odwołującemu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości, zaś samo zamówienie zostało udzielone wykonawcy z pogwałceniem przepisów ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem uznania przez zamawiającego treści informacji zastrzeżonych przez wykonawcę P.B. jako informacji jawnych, podlegających udostępnieniu, a w konsekwencji udostępnienie odwołującemu treści wyjaśnień wyliczenia ceny oraz dowodów złożonych przez wykonawcę P.B. w zakresie uznanym przez zamawiającego, jako skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 25 maja 2023 roku wykonawca B.K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „PESTOKIL” B.Ł. zwany dalej: wykonawcą PESTOKIL, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ww. wykonawca nie dołączył dowodu przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu ani odwołującemu. Do przystąpienia wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca ten jedynie załączył dwa dokumenty zatytułowane: „Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego”. Dokumenty te nie stanowią jednak dowodu przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Wprawdzie w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wykonawca PESTOKIL wskazał, że załącznikami do tego pisma są też „potwierdzenie przesłania kopii przystąpienia odwołującemu” (zał. nr 3) oraz „potwierdzenie przesłania kopii przystąpienia zamawiającemu” (zał. nr 4), jednak takie potwierdzenia nie zostały dołączone do przystąpienia. Co więcej, odwołujący w piśmie z dnia 1 czerwca 2023 roku, zatytułowanym: „Wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego” wskazał, że nie otrzymał żadnego prawidłowego przystąpienia, a jedynie jeden z wykonawców – P.B. przesłał mu maila o treści: „w załączeniu zgłoszenie”, która to wiadomość nie zawierała żadnego załącznika. Na potwierdzenie odwołujący załączył zapis tej wiadomości.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że przystąpienie wykonawcy B.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PESTOKIL” B.Ł., do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego jest nieskuteczne, albowiem nie spełnia wymagań określonych w art. 525 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym: zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Jak wynika z powyżej przytoczonych okoliczności faktycznych, które zostały ustalone przez Izbę, wykonawca PESTOKIL nie przesłał w ogóle kopii zgłoszenia przystąpienia co najmniej odwołującemu, a do samego przystąpienia nie załączył dowodów przesłania jego kopii stronom. Tym samym nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 31 maja 2023 r., przed otwarciem rozprawy, zamawiający doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uznaje za zasadne zarzuty podniesione w odwołaniu i uznaje odwołanie w całości.

W dniu 1 czerwca 2023 roku, odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, zatytułowane: „Wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego”, wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. W piśmie tym poinformował, że zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto, wskazał, iż zamawiający przekazał informację o uwzględnieniu odwołania w całości oraz, że odwołujący nie otrzymał żadnego prawidłowego przystąpienia.

Z kopii dokumentacji przekazanej przez zamawiającego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że pismem z dnia 29 maja 2023 r. poinformował on wykonawców, że postanowił anulować rozstrzygnięcie postępowania z uwagi na to, że zaistniała konieczność powtórzenia czynności oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku:

- 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne;
- 3) o którym mowa w art. 522.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W przedmiotowej sprawie zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, co oznacza, że

czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty) przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego w niniejszym postępowaniu zachodzi też przesłanka umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i braku uczestników postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, którzy skutecznie przystąpiliby do tego postępowania.

Mając powyższe na względzie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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).

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) ww. rozporządzenia w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:.....