Sygn. akt: KIO 1499/23

POSTANOWIENIE

z dnia 6 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania **6 czerwca 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**29 maja 2023 r.** przez Odwołującego - **T.N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T.T., ul. Olszynowa 1, 62070 Zakrzewo** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina TarnowoPodgórne, ul. Poznańska 115, 62080 TarnowoPodgórne**

przy udziale wykonawcy **I.W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.I., ul. Fabianowska 131/B3, 62-052 Komorniki** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze;

2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty**7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy **T.N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T.T., ul. Olszynowa 1, 62070 Zakrzewo**.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 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 1499/23

UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„świadczenie usługi cateringowej polegającej na przygotowaniu, dostawie obiadów i wydaniu posiłków oraz obsłudze stołówek w szkołach podstawowych na terenie Gminy Tarnowo Podgórne”* (Numer referencyjny: WOP.271.14.2023), zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznychw dniu 17.04.2023 r. pod nr 2023/BZP 00179926/01 przez: Gmina Tarnowo Podgórne, ul. Poznańska 115, 62080 Tarnowo Podgórne dalej: *„Zamawiającym”*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwana dalej: *„NPzp*” albo *„PZP”* albo *„ustawy Pzp”*.

W dniu 24.05.2023 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pośrednictwem platformy zakupowej: https://platformazakupowa.pl/pn/tarnowo-podgorne) Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie m.in. części 1, 2, 4, 5, 7 zamówienia – I.W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.I., ul. Fabianowska 131/B3, 62-052 Komorniki zwana dalej: *„P.I.”* albo *„Przystępującym”*. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert w zakresie części 1, 2, 4, 5, 7 zamówienia zajęła firma T.N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T.T., ul. Olszynowa 1, 62070 Zakrzewo zwana dalej: *„T.T.”* albo *„Odwołującym”*.

Dnia 29.05.2023 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) odwołanie względem czynności z 24.05.2023 r. w zakresie części 1, 2, 4, 5, 7 zamówienia złożył *T.T.*. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 24.05.2023 r. udzielonego przez właściciela. Zarzucił naruszenie przepisów PZP, które miały wpływ na wynik niniejszego postępowania, tj.:

1) art. 16 pkt 1 PZP poprzez nierówne traktowanie oferentów i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który winien być wykluczony z udziału w zamówieniu ze względu na wprowadzenie w błąd Zamawiającego co do prawdziwości swojej oferty,

2)art. 17 ust. 2 PZP poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami PZP,w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji

usługi, a tym samym oparcie decyzji o wyborze oferty na danych, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;
3)art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie uzyskania od Pyszoty rzetelnychi kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty, podczas gdy Zamawiający był przed jej wyborem o wątpliwościach poinformowany przez innego wykonawcę,
4)art. 226 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez wybór oferty, która została złożona przez wykonawcę, w stosunku co do którego Zamawiający powinien zastosować instytucję wykluczenia w myśl zapisu z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP,
5)art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;
6)art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny i kosztu,

Wnosił o:
1) uwzględnienie odwołania w całości,
2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1, 2, 4, 5 oraz 7,
3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności w postaci:
- badania i oceny ofert w zakresie części 1, 2, 4, 5 oraz 7,
- wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1, 2, 4, 5 oraz 7,
4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez P.I. i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania,
5) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych

Ponadto wnosił o:
1) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty szczegółowo opisane w uzasadnieniu niniejszego środka zaskarżenia;
2) zobowiązanie przez KIO z urzędu P.I. do złożenia do akt sprawy umowy potwierdzającej nieprzerwane posiadanie (ew. najem) nieruchomości położonej w budynku przy ul. Wierzbowej 84 w Wysogotowie od dnia poprzedzającego złożenia oferty do dnia rozprawy, ewentualnie oświadczenia że nie dysponuje takim dokumentem, celem potwierdzenia okoliczności składania nieprawdziwych oświadczeń przez wykonawcę w zakresie miejsc prowadzenia działalności gospodarczej oraz miejsc przygotowywania posiłków, a tym samym przesłanek do wykluczenia P.I. z zamówienia publicznego, a w konsekwencji również zasadności odwołania,
3) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków:
- I.W. - na adres (…),
- D.S. - na adres (…),
- H.O. - na adres (…),
- Ł. P. - na adres (…),
- K.K. - na adres (…),
celem potwierdzenia okoliczności składania nieprawdziwych oświadczeń przez wykonawcę w zakresie miejsc prowadzenia działalności gospodarczej oraz miejsc przygotowywania posiłków, a tym samym przesłanek do wykluczenia P.I. z zamówienia publicznego, a w konsekwencji również zasadności odwołania,
4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Odwołującego:
celem potwierdzenia okoliczności składania nieprawdziwych oświadczeń przez wykonawcę, a tym samym przesłanek do wykluczenia P.I. z zamówienia publicznego, a w konsekwencji również zasadności odwołania.

Zamawiający w dniu 30.05.2023 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pośrednictwem platformy zakupowej: https://platformazakupowa.pl/pn/tarnowo-podgorne) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 01.06.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)P.I. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez właściciela. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: P.I..

W dniu 01.06.2023 r. (e-mailem) Zamawiający odnośnie odwołania wniósł odpowiedź na odwołanie w ramach którego uwzględnił odwołanie w części zarzutów wskazanych w pkt. IV ppkt. 1 i 3 odwołania, w wyniku czego unieważnił decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 1, 2, 4, 5 oraz 7 oraz poinformował, że dokona ponownego badania i ocenę ofert. Pozostałe zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazane w pkt. IV ppkt. 2, 4, 5, 6 odwołania Zamawiający nie uwzględnił. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez Wójta Gminy Tarnowo Podgórne.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze, gdyż dalsze postępowanie stało się zbędne. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny *„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." (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18, w którym SN analizował rozbieżność orzeczniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: 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). Dalej Sąd wywiódł, 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. W konsekwencji 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.

Zbędność postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie wynikła z faktu, że po wniesieniu odwołania Zamawiający w dniu 01.06.2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 24.05.2023 r., która została zaskarżona w odwołaniu, oraz powrócił do czynności badania i oceny ofert. Nadto, niniejsze zostało uzewnętrznione stosownym pismem - z 01.06.2023 r. na platformie zakupowej postępowania: .

Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w której uwzględnił część zarzutów, napisał w czasie teraźniejszym, że czynność tę (o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 1, 2, 4, 5 oraz 7) unieważnił oraz dokona ponownego badania i ocenę ofert, a w jej ramach przeprowadzi postępowanie wyjaśniające w zakresie uwzględnionych zarzutów. Stwierdził: *„(…) Zamawiający uwzględnia odwołanie w części zarzutów wskazanych w pkt. IV ppkt. 1 i 3 odwołania, w wyniku czego unieważnia decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 1, 2, 4, 5 oraz 7 oraz dokona ponownego badania i ocenę ofert. Poniżej Zamawiający przedstawia swoje stanowisko odnośnie poszczególnych zarzutów wskazanych w odwołaniu: 1. Zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wskazany w pkt. IV ppkt. 1 i 3 odwołania – Zamawiający uznaje, że zarzut ten wymaga wyjaśnienia w ramach ponownego badania i oceny ofert z uwagi na potencjalną możliwość, iż wykonawca złożył fałszywe oświadczenie. (…)"*.

Na uwagę zasługuje fakt, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest tym momentem, który wyznacza koniec procesu badania i oceny ofert, w tym analizy istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania czy podstaw odrzucenia oferty. Zamawiający wybierając daną ofertę jako najkorzystniejszą przesądza, że oferta ta nie podlega odrzucaniu, a wykonawca który ją złożył nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Skutkiem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jak ma to miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym było to, że Zamawiający powrócił do etapu badania i oceny ofert. O zakończeniu tego procesu będzie można mówić w momencie zawiadomienia wykonawców o rezultatach badania (np. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej czy unieważnienia postępowania).

Dostrzeżenia wymaga również, że zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy Pzp *odwołanie przysługuje na:*
1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na

projektowane postanowienie umowy;
2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;
3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Z przepisu tego wynika zatem, że odwołanie nie przysługuje wobec zamiaru czy zapowiedzi dokonania bądź niedokonania jakiejś czynności. W tej sytuacji rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów skierowanych wobec historycznych, nieistniejących na moment wyrokowania, czynności Zamawiającego stało się zbędne. Wykonawcom służyć będzie prawo wniesienia odwołania w terminie liczonym od dnia zawiadomienia o ewentualnej nowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej lub czynności unieważnienia postępowania, gdyż dopiero w tym momencie będzie można mówić o istnieniu substratu zaskarżenia (to jest czynności lub zaniechania Zamawiającego).

Inaczej mówiąc zbędność postępowania odwoławczego wynika z faktu, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie w niniejszej sprawie z 24.05.2023 r., nie istnieje na dzień rozpoznawania przedmiotowej sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą, czyli na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Należy bowiem podkreślić, że przepis art. 552 ust. 1 ustawy Pzp obliguje Izbę do uwzględnienia za podstawę stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego. W rozpatrywanej sprawie Zamawiający w dniu 01.06.2023 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z 24.05.2023 r. oraz czynność oceny ofert. Zamawiający poinformował również na platformie zakupowej prowadzonego postępowania 01.06.2023 r., że: *„w związku ze złożonym odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023r. przez firmę T.N. ul. Olszynowa 1 62-070 Zakrzewo, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi cateringowej polegającej na przygotowaniu, dostawie obiadów i wydaniu posiłków oraz obsłudze stołówek w szkołach podstawowych na terenie Gminy Tarnowo Podgórne – część 1, 2, 4, 5, 7 i uwzględnieniem przez Zamawiającego odwołania w części, jako element mogący budzić wątpliwości co do wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1, 2, 4, 5, 7.”.*

Zasadnym jest więc stwierdzenie, że wobec unieważnienia przez Zamawiającego czynności objętych odwołaniem, nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie (por. postanowienie KIO z 17.12.2021 r. o sygn. akt: KIO 3529/21). Skład orzekający wskazuje, że najdalej idącą czynnością w postępowaniu jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność ta obejmuje wszystkie wcześniej dokonywane czynności Zamawiającego, w tym badanie i ocenę ofert. Wobec tego skoro 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 (por. postanowienie KIO z 17.12.2021 r. o sygn. akt KIO 3535/21). Powyższe powoduje zatem, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Nadto należy przyjąć, że po dokonaniu przez Zamawiającego ponownej czynności związanej z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, Odwołującemu będzie przysługiwało prawo do ewentualnego zaskarżenia w drodze odwołania właśnie tej nowej czynności Zamawiającego (por. postanowienie KIO z 17.12.2021 r. o sygn. akt: KIO 3535/21 oraz postanowienie KIOz 09.12.2021 r. o sygn. akt: KIO 3456/21).

Na konieczność umorzenia postępowania odwoławczego w analogicznej sytuacji wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie Izby, przykładowo postanowienie Izby z 04.11.2021 r., sygn. akt: KIO 3094/21 oraz KIO 3105/21

Reasumując, mając na względzie okoliczności przedmiotowej sprawy oraz brzmienie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 NPzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministróww 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) z którego wynika, że w przypadku umorzenia na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty znosi się wzajemnie, a przez art. 574 NPzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 7 500 zł 00 gr.

Przewodniczący:

…….....