Sygn. akt: KIO 1757/23

POSTANOWIENIE
z dnia 3 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka

Aneta Mlącka

Katarzyna Odrzywolska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 3 lipca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2023 r. przez odwołującego:wykonawcę Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich

przy udziale wykonawcy Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze;

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: wykonawcy Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwoty20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem 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 (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.

Przewodnicząca: ……...

……

……

Sygn. akt: KIO 1757/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *„Budowa/rozbudowa dróg dojazdowych do drogi ekspresowej S-14 i poprawa komunikacji na osiedlach Złotno/Teofilów"* (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 marca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 048-142924.

W dniu 19 czerwca 2023 r. wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności (z dnia 7 czerwca 2023 r.) wyboru oferty wykonawcy Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Wykonawca Trakcja") jako oferty najkorzystniejszej, w tym zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy w związku z zaistnieniem podstawy wykluczenia go z Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.; dalej: „ustawa Pzp"):

1)art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy Trakcja i odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, w której Wykonawca Trakcja podlega wykluczeniu z Postępowania w związku z faktem, iż z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał umowy o zamówienie publiczne z dnia 7 lutego 2019 r. dotyczącej zadania pn. *„Przebudowa torowiska tramwajowego w ciągu ul. Krakowskiej na odcinku od ul. Rollego do ul. Dietla wraz z przebudową istniejącego układu drogowego, chodników, ścieżek, towarzyszącej infrastruktury technicznej, węzła rozjazdów Krakowska-Dietla - Stradomska wraz z przebudową ul. Dietla na odcinku od ul. Bożego Ciała do ul. Augustiańskiej oraz z przebudową istniejącego mostu Piłsudskiego przez rzekę Wisłę*", zawartej w ramach

konsorcjum z Comsa S.A.U. z Gminą Miasto Kraków – Zarząd Dróg Miejskich Krakowa („ZDMK"), c doprowadziło do naliczenia odszkodowania (kary umownej) w wysokości ok. 28,2 mln zł z tytułu nieterminowej realizacji umowy oraz nieterminowych płatności na rzecz podwykonawców w ramach ww. umowy;

2) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i w zw. art. 109 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy Trakcja i odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, w której Wykonawca Trakcja podlega wykluczeniu z Postępowania, albowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa Wykonawca Trakcja przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd/ zataił informacje dotyczące wystąpienia w stosunku do niego okoliczności wskazanych w pkt 1 zarzutów, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowanie przez Zamawiającego, albowiem dotyczyły podstaw wykluczenia Wykonawcy Trakcja z Postępowania wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Trakcja, a w konsekwencji jej wybór jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z Postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp;

4) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Trakcja, która podlega wykluczeniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też Postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Trakcja, jako oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu,
- wykluczenie Wykonawcy Trakcja z Postępowania, a w konsekwencji odrzucenie oferty tego wykonawcy,
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił Wykonawca Trakcja.

W dniu 27 czerwca 2023 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, zawierająca oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania. Ponadto, Zamawiający oświadczył, że w dniu 26 czerwca 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownie rozpoczął procedurę badania i oceny ofert zmierzającą do wyboru oferty najkorzystniejszej. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie:

- *informację z dnia 26 czerwca 2023 r. o unieważnieniu czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Trakcja jako najkorzystniejszej,*
- *potwierdzenie umieszczenia w/w informacji na stronie Postępowania, oraz*
- *potwierdzenie przekazania informacji do wykonawców.*

Izba uznała, że w związku z unieważnieniem przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 7 czerwca 2023 r. dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne. Zaskarżona czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie występuje już w obrocie prawnym. Wobec tego, że przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, postępowanie odwoławcze należy uznać za bezprzedmiotowe. Izba nie ma może orzekać o czynności, która utraciła swój byt, jak i o zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Trakcja, które to zaniechanie może zostać stwierdzone dopiero po zakończeniu czynności badania i oceny ofert. Jak wynika z dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie na chwilę orzekania Zamawiający jest w trakcie przeprowadzania ponowionej czynności badania i oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zaistniała podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 568 pkt 2) ustawy Pzp. W myśl tego przepisu Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Podobne stanowisko było już wielokrotnie zajmowane przez Krajową Izbę Odwoławczą – np. w postanowieniu z dnia 22 czerwca 2023 r. KIO 1683/23 oraz w postanowieniu z dnia 21 czerwca 2023 r. KIO 1701/23.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 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 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.

Przewodnicząca: ……...

……

……