

Sygn. akt: KIO 1769/23

**POSTANOWENIE**  
z dnia 5 lipca 2023 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron w dniu **5 lipca 2023 roku**

**w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

**21 czerwca 2023 roku** przez wykonawcę **TRONUS Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Zespół Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego w Sypniewie z siedzibą w Sypniewie**

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) na rzecz **Odwołującego TRONUS Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania;
3. znosi w pozostałym zakresie koszty między Stronami.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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 1769/23**

**UZASADNIENIE**

Dnia 21 czerwca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm. - zwanej dalej „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **TRONUS Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (dalej jako „Odwołujący”).

Zamawiający: **Zespół Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego w Sypniewie**

**z siedzibą w Sypniewie**, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych na „Dostawę mebli i wyposażenia kuchennego wraz z montażem dla Zespołu Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego w Sypniewie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22.05.2023 r., numer ogłoszenia 2023/BZP 00226913.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „PAG” G.K.

z siedzibą w Pile (dalej: PAG), pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu z postępowania ze względu na swoją niezgodność z warunkami zamówienia określonymi w SWZ;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe GASTRO CENTRUM A.K. z siedzibą w Pile (dalej: GC), pomimo iż oferta podlegała odrzuceniu

z postępowania ze względu na swoją niezgodność z warunkami zamówienia określonymi w SWZ;

3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „PAG” G.K. z siedzibą w Pile, jako najkorzystniejszej i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, pomimo iż powinna ona uzyskać najwyższą ocenę w opisanych w SWZ kryteriach oceny ofert.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert,

- 3) odrzucenie oferty wykonawcy PAG i wykonawcy GC,
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, doznał On uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i potwierdzenia się zarzutów odwołania, oferta złożona przez Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W powyższym zakresie uwzględniony musi być fakt, iż w postępowaniu zostały złożone jeszcze inne oferty, złożone przez wykonawców:

- 1) Unigastro sp. z o.o. z siedzibą w Wrocławiu
- 2) IBD sp. z o.o., z siedzibą w Lęborku.

Jednak w dniu 16 czerwca 2023 r. oferty te zostały przez Zamawiającego odrzucone.

Dodatkowo przy przyjętym w ustawie Pzp trybie badania i oceny oferty (art. 126 ust. 1 ustawy Pzp) Odwołujący co do zasady w każdym etapie ma interes w udzieleniu zamówienia, mając szansę na wybór swojej oferty.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie, bowiem o decyzji Zamawiającego Odwołujący dowiedział się w dniu 16 czerwca 2023 roku. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Do wydania niniejszego postanowienia, w aktach sprawy nie ujawniono zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze Stron postępowania odwoławczego.

W dniu 30 czerwca 2023 roku Zamawiający poinformował Odwołującego i pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, iż w wyniku analizy uzasadnienia i informacji podanych w odwołaniu oraz mając na uwadze zasady udzielania zamówień publicznych, w szczególności wyrażone w art. 16 oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający dopatrył się uchybień w toku czynności oceny ofert. Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnieniu czynności podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania, odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców, których dotyczy odwołanie, jak również odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający podkreślił, że kierował się treścią zapisów SWZ oraz przepisów ustawy Pzp, nie przewidział w ogłoszeniu i SWZ możliwości uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych. Stąd uznał, że nieprawidłowo wzywał wykonawców do uzupełnienia tego typu dokumentów. Z uwagi na okoliczność, że wszystkie oferty w tym zakresie zawierały brak, których nie można było naprawić, Zamawiający pojął decyzję o unieważnieniu całego postępowania.

Jednocześnie Zamawiający wnosil o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W ocenie Zamawiającego stan faktyczny wyczerpuje przywołaną przesłankę umorzenia postępowania. Na dzień rozstrzygnięcia izby brak jest czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a Zamawiający po dokonaniu dodatkowych ustaleń i weryfikacji unieważnił postępowanie.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi zmianami SWZ może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

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).

W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał nowych czynności, w części zgodnych z tymi, do których odnoszą

się zarzuty odwołania, w konsekwencji unieważniając całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiany te nie zostały przez Zamawiającego jedynie zasygnalizowane, ale w zostały jednoznacznie wykonane, na co Zamawiający przedstawił Izbie dowody stanowiące załączniki do pisma procesowego.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Dodatkowo wniosek o umorzenie na wskazanej przez Izbie podstawie prawnej złożył Zamawiający, posiłkując się w tym zakresie stanowiskiem doktryny i orzecznictwa.

Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego.

A jednocześnie z dniem anulowania wyniku postępowania otwierał się wykonawcom ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności Zamawiającego z dnia 30 czerwca 2023 roku, to jest czynności unieważnienia całego postępowania. Podobnie jak w przypadku unieważnienia postępowania spór stał się bezprzedmiotowy.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej i zaniechanie czynności odrzucenia ofert niektórych wykonawców z powodów, na które wskazywał Odwołujący w odwołaniu.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba 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. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący

w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest

w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia

(wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał nowych czynności związanych z badaniem i oceną ofert, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepisu ustawy Pzp – zbędne. Jest to nowa przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego z daniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w , znosi się wzajemnie.

Na podstawie art. 574 Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonych wpisu, o czym

orzeczone w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Pzp.

**Przewodnicząca:.....**