Sygn. akt KIO 2178/23

POSTANOWIENIE
z dnia 4 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:M.T.
Anna Osiecka-Baran
Beata Pakulska-Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 4 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu25 lipca 2023 r. przez wykonawcę **PORR spółka akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie**
przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Wodnych Ekologicznych „EKO-WOD" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Świdnicy,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
oraz przy udziale wykonawcy **BUDIMEX spółka akcyjna w Warszawie** i wykonawcy **SINOHYDRO CORPORATION LIMITED w Pekinie, Chińska Republika Ludowa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,
2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **PORR spółka akcyjna w Warszawie** kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę, uiszczoną 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.

Przewodniczący:……
……
……

Sygn. akt KIO 2178/23

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

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest ochrona przeciwpowodziowa i osiągnięcie korzystnego bilansu wodnego w rejonie Odry Środkowej – cofka stopnia wodnego Malczyce; numer referencyjny: WR.ROZ.2710.6.2023.

Izba ustaliła, na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 15 lipca 2023 r. Na tą czynność Zamawiającego wykonawca PORR spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) w dniu 25 lipca 2023 r. wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex oraz oferty SINOHYDRO pomimo, że oferty: (i) są niezgodne z warunkami zamówienia oraz (ii) zawierają błąd w obliczeniu ceny, co uniemożliwia rozliczenie dotacji uzyskanej na finasowanie inwestycji w ramach limitów rocznych ustalonych w postanowieniach SWZ oraz spowoduje utratę środków niewykorzystanych w 2023r. i 2024r.;

2) art. 239 ust. 1 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez wybór oferty BUDIMEX jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że oferta: (i) jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz (ii) zawiera błąd w obliczeniu ceny, co uniemożliwia rozliczenie dotacji uzyskanej na finasowanie inwestycji w ramach limitów rocznych ustalonych w postanowieniach SWZ oraz spowoduje utratę środków niewykorzystanych w 2023r. i 2024r.;

3) art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień BUDIMEX z dnia 22.05.2023r. oraz

wyjaśnień SINOHYDRO z dnia 6.06.2023r. pomimo, że Wykonawcy nie przedstawili sposobu ani założeń kalkulacji ceny oferty w odniesieniu do możliwości rozliczenia ceny ofertowej w ramach limitów rocznych w 2023r. i 2024r.

W dniu 28 lipca 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 15 lipca 2023 r.

W dniu 31 lipca 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedz na odwołanie, w której wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego, ponieważ jego zdaniem stało się ono zbędne. Zamawiający wskazał, że „w dniu 28 lipca 2023 r. poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonaniu dodatkowych czynności w ramach kwalifikacji podmiotowej oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

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. Zbędność postępowania wynika z faktu, że zamawiający po wniesieniu odwołania unieważnił swoją czynność, która stanowiła przedmiot postępowania odwoławczego. Tym samym zamawiający wyeliminował z obrotu prawnego decyzję dotyczącą oceny ofert. W tej sytuacji rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów odwołania stało się zbędne."

Izba uznała wniosek Zamawiającego o umorzenie postępowania za uzasadniony.

Zgodnie z przywołanym przepisem, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne, ponieważ Zamawiający unieważnił czynność, która była podstawą do wniesienia odwołania. Zamawiający również podjął czynności w ramach ponownego badania i oceny ofert – w dniu 28 lipca 2023 r. wezwał wykonawcę BUDIMEX „do poprawienia JEDZ oraz do wyjaśnień". Izba zauważyła że to wezwanie nie koreluje z zarzutami rozpatrywanego odwołania, ale jednak potwierdza, że trwa powtórna ocena ofert. Wynikiem będzie ponowny wybór oferty najkorzystniejszej – nowa czynność, na którą będzie przysługiwało odwołanie. Powstaje pytanie, czy, jeżeli Zamawiający powtarzając czynność, nie podejmie żadnych działań w związku z naruszeniami zgłoszonymi w rozpatrywanym odwołaniu, i w tym zakresie powtórzona czynność będzie identyczna, jak czynność z dnia 15 lipca 2023 r., to czy odwołanie na nową czynność nie zostanie odrzucone na podstawie art. 515 ust. 3 Prawa zamówień publicznych – ponieważ zostało złożone po upływie przepisanego terminu, biegnącego „od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia". Na takie pytanie, zdaniem składu orzekającego, trzeba odpowiedzieć przecząco – będzie to nowa czynność Zamawiającego, na którą będzie przysługiwało odwołanie odnoszące się do każdego jej elementu, nawet, jeżeli będzie identyczny jak poprzednio. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia rozpatrywanie odwołania, którego przedmiotem jest zgodność ofert ze specyfikacją i prawidłowość obliczenia ceny jest bezcelowe – trwa ocena ofert. Nie da się obecnie przewidzieć, czy wynik postępowania się zmieni, czy będzie taki sam, jak poprzednio. Co prawda nie ma obecnie zasady koncentracji środków ochrony prawnej, wprowadzonej przez Prawo zamówień publicznych w 2004 r., jednak w ocenie Izby nie stoi to na przeszkodzie w dążeniu do efektywności postępowania odwoławczego.

W tym stanie rzeczy Izba, wydała postanowienie, w którym umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Prawa zamówień publicznych 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.

Przewodniczący:……

……

……