Sygn. akt: KIO 3041/23

POSTANOWIENIE

z dnia 20 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 20 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2023 r. przez wykonawcę **Praxis Łódź P. i P. sp. j. w Łodzi**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **Golden Line sp. z o.o. w Rzeszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1.**umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2.znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty**15.000,00 zł** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Praxis Łódź P. i P. sp. j. w Łodzi,** stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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 3041/23

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

Skarb Państwa - 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu, zwany dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest „dostawa materiałów eksploatacyjnych jednorazowych do sprzętu komputerowego oraz technicznych środków materiałowych (m.in. tonery - 3 zadania). Numer referencyjny: INF/272/2023".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 lipca 2023 roku nr 2023/S 125-397119.

Wykonawca Praxis Łódź P. i P. sp. j. w Łodzi zwany dalej „odwołującym", w dniu 13 października 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez odrzucenie jego oferty w zadaniu 1 postępowania ze względu na niezgodność oferty z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia, mimo że oferta ta jest zgodna z treścią warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia;

2)ewentualnie - art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania go do wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie przedmiotowych środków dowodowych w zakresie zadania 1,

3)art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp przez wybór oferty złożonej przez Golden Line Sp. z o.o., Świlcza 147G /l, Świlcza 36-072 (dalej: „Golden Line") jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zadaniu 1, mimo, że oferta tego wykonawcy nie jest najkorzystniejszą w postępowaniu w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Golden Line w zadaniu 1 postępowania;

2)unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty w zadaniu nr 1 postępowania;

3)przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem swej oferty;

4)wyboru swojej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zadaniu 1.

Ustalono także, że 16 października 2023 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 i przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

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.

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający w dniu 16 października 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1, która została zaskarżona w odwołaniu, oraz powrócił do czynności badania i oceny ofert.

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, podstaw odrzucenia oferty, czy badania skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstw informacji składanych przez wykonawców. 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 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).

Na konieczność umorzenia postępowania odwoławczego w analogicznej sytuacji wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie Izby, por. przykładowo postanowienie Izby z dnia 4 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3094/21 oraz KIO 3105/21.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę 15.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……