

Sygn. akt: KIO 3051/23

POSTANOWENIE
z dnia 26 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 26 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez wykonawcę **MIRBUD S.A w Skierniewicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Mienia Wojskowego w Warszawie**
postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **20.000,00 zł (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **MIRBUD S.A w Skierniewicach**, 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 3051/23

Uzasadnienie

Agencja Mienia Wojskowego w Warszawie, zwana 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 są roboty budowlane dla zadania inwestycyjnego nr 01741 „Budowa hali sportowej wraz z niezbędną infrastrukturą na terenie K-3789 Wesola”, numer referencyjny: DZP-BP.2611.85.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 kwietnia 2023 roku nr 2023/S 075-227314.

Wykonawca MIRBUD S.A. w Skierniewicach zwany dalej „odwołującym”, w dniu 16 października 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp oraz z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, że nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty TEXOM sp. z o.o. w Krakowie (dalej „TEXOM”), pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, z uwagi na jej niezgodność z przepisami ustawy Pzp w zakresie obligatoryjnego wykonawstwa części robót budowlanych przez podmiot trzeci, udostępniający swoje zasoby doświadczenia, tj. Pre-Fabrykat sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu, do realizacji których te zdolności są wymagane; powyższe skutkowało pogwałceniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz utratą przez Postępowanie waloru przejrzystości i ostatecznie doprowadziło do wyboru oferty TEXOM sprzecznie z przepisami ustawy Pzp, gdyż ocenie została poddana oferta, której Zamawiający w ogóle nie powinien był przyznawać punktów ani klasyfikować w rankingu ofert;

2) art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp oraz z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z cz. VII ust. 2 zdanie drugie Opisu Warunków Udziału (dalej: „OWU”), poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, że nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty TEXOM, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie obligatoryjnego wykonawstwa części robót budowlanych przez podmiot trzeci, udostępniający swoje zasoby doświadczenia, tj. Pre-Fabrykat sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu, do realizacji których te zdolności są wymagane; powyższe skutkowało pogwałceniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz utratą przez Postępowanie waloru przejrzystości i ostatecznie doprowadziło do wyboru oferty TEXOM sprzecznie z przepisami ustawy Pzp, gdyż ocenie została poddana oferta, której Zamawiający w ogóle nie powinien był przyznawać punktów ani klasyfikować w rankingu ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia oferty TEXOM, z uwagi na wystąpienie dwóch niezależnych przyczyn jej odrzucenia,

3) dokonania wyboru swej oferty, jako oferty najkorzystniejszej.

Ustalono także, że 16 października 2023 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej 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, 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 odrzuceniu, 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 rozstrzygnięcie 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 20.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....