Sygn. akt KIO 2561/23 POSTANOWIENIE

z dnia 13 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 13 września 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **WEGNER Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **WEGNER Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu** poniesionej z tytułu 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 2023 r. poz. 1605 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 2561/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia pn, „Kontynuacja bud. W ramach zadania inwestycyjnego „Rewitalizacja Miasta Łodzi w obiekcie Policji przy ul. Sienkiewicza 28/30 i Tuwima 12, a rewitalizowanego w ramach projektu „Rewitalizacja Centr". Nr postępowania FZ-2380/35/32/RK. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowano dnia 25 sierpnia 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00116015/14/P.

Odwołujący WEGNER Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu wniósł w dniu 30 sierpnia 2023 r. odwołanie zarzucając naruszenie:

1/ art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp przez wszczęcie i prowadzenie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, pomimo że nie ziściły się przesłanki do jego zastosowania tj. odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;

2/ art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp przez wszczęcie i prowadzenie postępowania , pomimo że zakres zamówienia , poza robotami niezbędnymi do zakończenia robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia, przewiduje również wykonanie innych prac, w tym dostawię wyposażenia;

3/ art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 491 § 1 kodeksu cywilnego przez wszczęcie i prowadzenie postępowania, pomimo że nie ziściły się wszystkie przesłanki do jego zastosowania tj. zamawiający nie odstąpił skutecznie od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 491 § 1 kc, który stanowi: Jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy, podczas gdy zamawiający przekazał oświadczenie o odstąpieniu od umowy 25 maja 2023 r., czyli przed wyznaczonym na dzień 27 maja 2023 r. dodatkowym terminem;

4/ art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 491 § 1 kc przez wszczęcie i prowadzenie postępowania, pomimo że nie ziściły się wszystkie przesłanki do jego zastosowania tj. zamawiający nie odstąpił skutecznie od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 491 § 1 kc, bowiem zamawiający dokonał czynności wyznaczenia wykonawcy dodatkowego terminu przed upływem terminu realizacji umowy, czyli w momencie, w którym wykonawca nie był nawet w opóźnieniu względem terminu umownego;

5/ art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 491 § 1 kodeksu cywilnego przez wszczęcie i prowadzenie postępowania, pomimo że nie ziściły się wszystkie przesłanki do jego zastosowania tj. zamawiający nie odstąpił skutecznie od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 491 § 1 kc, który wprost odnosi się do „zwłoki w wykonaniu

zobowiązania z umowy wzajemnej", zaś wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie umowy w terminie;

6/ art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 491 § 1 kodeksu cywilnego przez wszczęcie i prowadzenie postępowania, pomimo że nie ziściły się wszystkie przesłanki do jego zastosowania tj. zamawiający nie odstąpił skutecznie od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 491 § 1 kc bowiem termin dodatkowy wyznaczony przez zamawiającego nie jest „odpowiedni" w świetle art. 491 § 1 kc;

7/ art. 302 w zw. z art. 301 ust. 1 pkt 4 oraz art. 268 ust. 2 pkt 2 i art. 269 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp i § 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U. poz. 2439) w zw. z art. 16 iv art. 255 pkt 6 ustawy pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia faktycznego zastosowanego trybu negocjacji bez ogłoszenia w sposób, który uniemożliwia dokonanie oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, zatem zamawiający nie zrealizował kluczowego dla tej oceny obowiązku informacyjnego wymaganego przepisami pzp i przepisów wykonawczych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania, które jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nadto dopuszczenie wskazanych dowodów oraz zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia, których dotyczy postępowanie, w tym dokumentacji projektowej, STWiOR ja o załącznik nr 3 do SWZ, formularz cenowy (Tabela elementów scalonych) – załącznik nr 2 do SWZ, w celu wykazania, że zakres zamówienia, poza robotami niezbędnymi do zakończenia robót stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia, przewiduje również wykonanie innych prac w tym dostawę wyposażenia.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

W trakcie posiedzenia i rozprawy strony, przy nieobecności prawidłowo zawiadomionych przystępujących, przedstawiły stanowiska.

Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu ustaliła, co następuje.

Dnia 12 września 2023 r. odwołujący, działając przez pełnomocnika, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.),dalej: „Pzp" w związku z tym, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Wskazał, powołując się na udostępnione mu przez zamawiającego dokumenty prowadzonego postepowania, że Zamawiający unieważnił postępowanie.

Unieważnienie postępowania w zakresie zadania 2 nastąpiło na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, a w zakresie zadania 1 na podstawie art. 255 pkt 7 Pzp.

Od w/w czynności nie wniesiono odwołań. „Unieważniając czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu Zamawiający sprawił, że zniesiony został substrat zaskarżenia w niniejszej sprawie. Zatem nie istnieje już czynność, co do której Odwołujący podniósł zarzuty w odwołaniu."

Podzielając stanowisko odwołującego skład orzekający rozpatrując sprawę na podstawie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego (vide art. 552 ustawy pzp), stoi na stanowisku, że wobec dokonania przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania, postępowanie odwoławcze, wobec braku przedmiotu zaskarżenia, stało się bezprzedmiotowe.

Wobec powyższego, przy zbędności dalszego prowadzenia postępowania odwoławczego, postępowanie to podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 575 ustawy pzp oraz § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), z których wynika, że jeżeli dalsze postępowanie stało się zbędne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy pzp koszty znosi się wzajemnie co oznacza, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: ……...