Sygn. akt: KIO 2522/23

POSTANOWIENIE
z dnia 4 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członek: Bartosz Stankiewicz
Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron postępowania
w dniu **4 września 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 sierpnia 2023 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **1) I.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I.K. IREX z siedzibą w Świętochłowicach (Lider Konsorcjum) oraz 2) IREX-2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach (Członek Konsorcjum) (Odwołujący)**
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miasto Chorzów – Miasto na prawach powiatuz siedzibą w Chorzowie**

postanawia:

1.Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum**
w składzie: 1) I.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I.K. IREX z siedzibą w Świętochłowicach (Lider Konsorcjum) oraz
2) IREX-2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach (Członek Konsorcjum) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania;
3.znieść 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.2023 r., poz. 1605 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:
……
Członkowie:
……
……..

sygn. akt KIO 2522/23

UZASADNIENIE

Dnia 28 sierpnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 zw. z art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm. - zwanej dalej „ustawa Pzp") odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: 1) I.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I.K. IREX z siedzibą w Świętochłowicach (Lider Konsorcjum) oraz 2) IREX-2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach (Członek Konsorcjum) (dalej jako „Odwołujący").

Zamawiający:Miasto Chorzów – Miasto na prawach powiatu z siedzibą w Chorzowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Dowóz uczniów niepełnosprawnych zamieszkałych w Chorzowie do placówek, szkół i ośrodków szkolno – wychowawczych na rok szkolny 2023/2024 tj. od 01 września 2023 r. do 31 sierpnia 2024 r.*" Ogłoszenie o zamówieniu opublikowanego

w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 31.05.2022 r., numer ogłoszenia: 2023/S 103-324362. Wartość zamówienia przekracza progi unijne.

Odwołanie złożono w zakresie części/ Trasy V i VIII zamówienia, wobec:
-wyboru oferty złożonej przez wykonawcę D.J., ul. Kluczborska 12a, 41-508 Chorzów (dalej: *„J.*") jako najkorzystniejszej oferty,
-czynności badania i oceny ofert,
-wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy J. i odrzucenia jego oferty na podstawie i z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania,

-wobec zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,
ewentualnie wobec zaniechania wezwania wykonawcy J. do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia
i spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

a) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J. w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

b) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy J. w sytuacji, w której podlega on wykluczeniu w związku z zawarciem przez wykonawcę J. z innym wykonawcą porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, co Zamawiający mógł stwierdzić obecnie na podstawie wiarygodnych przesłanek, a to z uwagi na wydanie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Decyzji nr RKT-7/2021 z 23.12.2021 r. stwierdzającej zawarcie przez wykonawcę J. oraz Mirosława Mikosza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mikosz Mirosław w Chorzowie niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję, o jakim mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy
o ochronie konkurencji i konsumentów na lokalnym rynku transportu osób niepełnosprawnych, w tym dzieci i młodzieży do szkół i placówek szkolno - wychowawczych na terenie aglomeracji śląskiej, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców
w trakcie przetargów na przewóz dzieci i młodzieży oraz osób niepełnosprawnych, organizowanych przez Gminę Siemianowice Śląskie warunków składanych ofert,
w szczególności zakresu prac lub ceny, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

c) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy J. w sytuacji, w której wykonawca ten nie spełnia określonego w Rozdziale VII. pkt 2. ppkt 3) SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą kwotę oraz nie przedstawił wymaganych w Rozdziale XIII. pkt 3. ppkt 12) SWZ dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu;

d) ewentualnie – **art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy J. do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VII. pkt 2. ppkt 3) SWZ, dotyczącego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą kwotę;

e) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy J. w sytuacji, w której wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia, wymaganych w Rozdziale XIII. pkt 3. ppkt 13) i 14) SWZ;

f) ewentualnie – **art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy J. do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia, wymaganych w Rozdziale XIII. pkt 3. ppkt 13) i 14) SWZ;

g) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy J. jako najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu
w zakresie Części / Trasy V i VIII:

a) unieważnienia wyboru oferty złożonej przez wykonawcę J. jako najkorzystniejszej oferty,

b) dokonania ponownego badania i oceny ofert,

c) wykluczenia z postępowania wykonawcy J. i odrzucenia jego oferty na podstawie i z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania,

d) ewentualnie – wezwania wykonawcy J. do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału
w postępowaniu określonego w Rozdziale VII. pkt 2. ppkt 3) SWZ, dotyczącego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą kwotę oraz wezwania

wykonawcy J. do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia, wymaganych w Rozdziale XIII. pkt 3. ppkt 13) i 14) SWZ,

e) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia w Części / Trasie V i VIII. W tym celu Odwołujący złożył oferty, których treść odpowiada treści SWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz ubiega się o udzielenie mu zamówienia m.in. w Części / Trasie V i VIII. Ponadto Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wykluczenia z postępowania wykonawcy J. i odrzucenia jego oferty w Części / Trasie V i VIII, co skutkowałoby uzyskaniem zamówienia przez Odwołującego w tych Częściach / Trasach. Oferta Odwołującego zajmuje drugie miejsce w obecnej klasyfikacji ofert dla Części / Trasy V i VIII. Uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy J. i zaniechania odrzucenia jego oferty w Części / Trasie V i VIII prowadzić będzie zatem do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ww. Częściach / Trasach.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia w Części / Trasie V i VIII oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

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 17 sierpnia 2023 roku, kiedy Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Do wydania niniejszego postanowienia, w aktach sprawy nie zarejestrowano zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze stron.

W dniu 1 września 2023 roku Odwołujący przesłał do Izby dodatkowe stanowisko w sprawie, wnosząc o jej umorzenie na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Odwołujący zaznaczył, że w dniu 30 sierpnia 2023 r. Zamawiający opublikował informację o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu m.in. w Części / Trasie V i VIII oraz o ponownym podjęciu czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający unieważnił czynności będące podstawą wniesienia odwołania, tym samym czynności stanowiące podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestały istnieć. Biorąc pod uwagę powyższe uznać należy, że w przedmiotowym przypadku zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami Zamawiającego 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, zgodnych z tymi, do których odnoszą się zarzuty odwołania. Zamawiający zadecydował o konieczności powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach objętych odwołaniem. O fakcie tym Zamawiający

poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu.

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 Odwołujący, 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. 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 wobec innych 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 zobowiązania 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 i zdaniem 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 orzekała o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu, o czym orzeczono 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:.....

Członkowie: ……
……