

Sygn. akt: KIO 3119/23

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 20 października 2023 r. przez wykonawcę **Timko sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Poznaniu**
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 **Timko sp. z o.o. w Warszawie**, 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 3119/23

Uzasadnienie

Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Poznaniu, 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 z wniesieniem i instalacją aparatury medycznej wraz z przeszkoleniem personelu w ramach projektu pn. Budowa Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu centrum medycyny interwencyjnej (etap I CZSK) z podziałem na 4 części”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 lipca 2023 roku nr 2023/S 132-420292.

Wykonawca Timko sp. z o.o. w Warszawie zwany dalej „odwołującym”, w dniu 20 października 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 3.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp przepisów, tj.:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez:

a. niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na odrzuceniu jego oferty w sytuacji, gdy nie zaistniały podstawy dla jego zastosowania, tj. w przypadku, gdy oferta złożona przez niego jest zgodna z warunkami zamówienia, co doprowadziło do nieuprawnionego odrzucenia jego oferty i w konsekwencji zaniechania wyboru przez Zamawiającego w części 3 jego oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

b. niewłaściwe niezastosowanie tego przepisu polegające na nieuprawnionym zaniechaniu odrzuceniu oferty Famed w części 3 w sytuacji, gdy z oferty tego wykonawcy jednoznacznie wynika, że złożył on ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, co doprowadziło do wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w części 3 oferty, która powinna zostać odrzucona

2) art. 253 ust. 1 Pzp przez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na zaniechaniu wskazania przyczyn faktycznych i prawnych odrzucenia jego oferty, co doprowadziło do stanu, w którym on nie ma wystarczających informacji o okolicznościach, z powodu których Zamawiający odrzucił jego ofertę,

3) ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa w punkcie 1. lit. a. powyżej – naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp poprzez niewłaściwe niezastosowanie tego przepisu polegające na zaniechaniu żądania przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert jego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, pomimo że po stronie Zamawiającego powstały wątpliwości co do zgodności jego oferty z warunkami zamówienia, co doprowadziło do przedwczesnego i nieuprawnionego odrzucenia oferty jego w części 3.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części 3 z dnia 10 października 2023 r.,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert w części 3 postępowania, w tym:
 - a. unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty,
 - b. ewentualnie – wezwanie go do wyjaśnień co do treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń,
 - c. odrzucenia oferty Famed jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
3. i w konsekwencji wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w części 3 postępowania.

Ustalono także, że 25 października 2023 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 3 oraz czynność odrzucenia oferty odwołującego w tej części 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 25 października 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 3 i czynność odrzucenia oferty odwołującego w tej części, które zostały zaskarżone 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.)” J.J., Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: D.W., J.J., S.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:.....