

Sygn. akt: KIO 3218/23

POSTANOWENIE
z dnia 14 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron w dniu 14 listopada 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

30 października 2023 roku przez wykonawcę **SHIM-POL A.M. Borzymowski**

E. Borzymowska-Reszka, A. Reszka Spółka jawna z siedzibą w Izabelinie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Instytut Biotechnologii Przemysłu Rolno-Spożywczego im. prof. W.D. – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie**

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 SHIM-POL A.M. Borzymowski E. Borzymowska-Reszka, A. Reszka Spółka jawna z siedzibą w Izabelinie**, 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:

.....

Sygn. akt KIO 3218/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Instytut Biotechnologii Przemysłu Rolno-Spożywczego im. prof. W.D. – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę kompletnego zestawu chromatografu cieczowego sprzężonego ze spektrometrem mas typu potrójny kwadrupol*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: nr 2023/S 171-536741 z dnia 06.09.2023 r.

Dnia 30 października 2023 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 508 ust. 1, art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) – dalej: „ustawa PZP”, odwołanie złożył wykonawca SHIM-POL A.M. Borzymowski E. Borzymowska-Reszka, A. Reszka Sp. j. z siedzibą w Izabelinie, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego polegających:
I. czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
II. czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jest to oferta prawidłowa i zgodna z warunkami zamówienia,
2. art. 106 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP poprzez odmowę uznania złożonego oświadczenia producenta za przedmiotowy środek dowodowy,
3. art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie oceny i wyboru oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia i najkorzystniejsza w świetle zdefiniowanych kryteriów oceny ofert,
4. art. 253 ust. 2 ustawy PZP poprzez sporządzenie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego w sposób nie wskazujący w sposób zrozumiały przyczyn podjętej decyzji,
ewentualnie:
5. art. 223 ust. 1 ustawy PZP lub art. 107 ust. 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,

a w konsekwencji powyższych zarzutów:

6. naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 255 pkt 2 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz poprzez unieważnienie postępowania i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, pomimo że odrzucenie oferty Odwołującego jest bezpodstawne.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i ponowną ocenę oraz punktację oferty, w tym przyznanie Odwołującemu 20 pkt w kryterium „Parametr dodatkowy 1 (P1) – rozdzielczość mniejsza niż 0,4 Da przy FWHM”, oraz nakazanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wcześniejsze wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy PZP, to oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona i przy odrzuceniu oferty pozostałych wykonawców, oferta Odwołującego uzyskałaby najwyższą liczbę punktów i została wybrana jako najkorzystniejsza. Naruszenia, których dopuścił się Zamawiający skutkują tym, że Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania oraz odrzuceniu oferty Odwołującego w dniu 20.10.2023 r. Tym samym termin do wniesienia odwołania został zachowany. Odwołujący uścił wymagany wpis oraz przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Do dnia wydania niniejszego postanowienia w aktach sprawy nie ujawniono zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze Stron.

W dniu 9 listopada 2023 roku Zamawiający złożył do Izby odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o umorzenie postępowania, wskazując, że dokonał unieważnienia czynności odrzucenia ofert oraz unieważnił czynność unieważnienia postępowania. Zamawiający zaznaczył, że ponownie przeprowadzi badanie ofert i rozstrzygnie prowadzone postępowanie w wyniku czynności powtórzonych.

Izba na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz dostępnej na stronie, na której prowadzone jest postępowanie ustaliła, że Zamawiający, poinformował Wykonawców, że w dniu 08.11.2023 r. unieważnił czynność odrzucenia ofert

i wynik postępowania z dnia 20.10.2023 r. oraz poinformował wszystkich Wykonawców

o unieważnieniu ww. czynności poprzez jednoczesne wysłanie wszystkim Wykonawcom korespondencji z zawiadomieniem poprzez stronę internetową prowadzonego postępowania pod adresem: <https://portal.smartpzp.pl/libprs>

Zamawiający dodatkowo zapewnił bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do informacji o unieważnieniu w/w czynności zamieszczając zawiadomienie na stronie internetowej prowadzonego postępowania pod adresem: .

Wniosek o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp oraz dokonanie zwrotu kwoty 15.000 zł złożył także Odwołujący.

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 zdecydował o konieczności powtórzenia czynności badania i oceny ofert, unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego, a także unieważnił czynność unieważnienia postępowania. O fakcie tym Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnoszą się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Dla składu orzekającego Izby oznacza to weryfikację (autokontrolę) wszystkich czynności, które dotychczas podjął w postępowaniu Zamawiający.

Dalej dostrzeżenia wymaga, 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 odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu całego postępowania.

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 zobowiązana 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 orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczzonego 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.

Przewodniczący..

.....