Sygn. akt: KIO 2343/23

POSTANOWIENIE

z dnia 21 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Uczestników postępowania
w dniu **21 sierpnia 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 sierpnia 2023 roku** przez wykonawcę **MGGP Spółka Akcyjna**
z siedzibą w Tarnowie (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej z siedzibą w Warszawie,**
przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Arcadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**
z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) oraz (2) Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w warszawie (Partner Konsorcjum),zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

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 MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie,** 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.2022 r., poz. 1710 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 2343/23

UZASADNIENIE

Dnia 7 sierpnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 514 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych
(Dz.U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm. - zwanej dalej „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca **MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie** (dalej jako „Odwołujący").

Zamawiający:**Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej z siedzibą w Warszawie**, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Przegląd i aktualizacja map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego w 3 cyklu planistycznym – ETAP 1, w podziale na części:

- Część nr 1 - Przegląd map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego w 3 cyklu planistycznym.
- Część 2: „Usługi wsparcia merytorycznego przy realizacji Projektu: Przegląd
i aktualizacja map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego w 3 cyklu planistycznym – część 1",
- Część 3: „Zarządzanie Projektem: Przegląd i aktualizacja map zagrożenia powodziowego i map ryzyka powodziowego w 3 cyklu planistycznym".

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu
12 maja 2023 r. pod numerem: 2023/S 092-283558.

Odwołanie złożono w zakresie części 1 zamówienia, wskazując na

1. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: Arcadis Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy (Partner Konsorcjum) – dalej jako „Konsorcjum Arkadis";
2. dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Arkadis;
3. odmowę odtajnienia następujących dokumentów, złożonych przez Konsorcjum Arkadis:

- Koncepcja realizacji zamówienia złożona wraz z ofertą,
- Wykaz osób (Załącznik nr 8 do SWZ) złożony na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 10.07.2023 r., znak: KAZ.2710.22.2023(7),
- Wyjaśnienia złożone na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 21.07.2023 r., w zakresie imienia i nazwiska specjalisty ds. modelowania, którego dotyczą wyjaśnienia,
- Wykaz osób (Załącznik nr 8 do SWZ) złożony na wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1)art. 226 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Arcadis w sytuacji, gdy oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj na podstawie art. 104 k.c.;

2.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Arcadis, która nie jest najkorzystniejszą ofertą w świetle kryteriów oceny ofert określonych
w dokumentach zamówienia, tj. oferty nieprzedstawiającej najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny zamówienia, gdyż najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego, a oferta Konsorcjum Arcadis winna zostać odrzucona;

a z ostrożności

3.art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Arcadis do uzupełnienia pełnomocnictw składanych w toku postępowania, w sytuacji w której konsorcjum Arcadis nie złożyło wymaganych pełnomocnictw;

4.art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.; dalej jako „uznk") poprzez ich niezastosowanie bądź wadliwe zastosowanie i przyjęcie, że wyżej wymienione dokumenty są dokumentami skutecznie zastrzeżonymi i wykazanymi jako tajemnica przedsiębiorstwa, podczas gdy Odwołujący wykazał, że czynność utajnienia dokumentów została dotknięta następującymi uchybieniami:

Uchybienie nr 1 – ogólny brak umocowania Lidera Konsorcjum;
Uchybienie nr 2 – brak umocowania pełnomocnika do dokonania zastrzeżenia;
Uchybienie nr 3 – odrębność oświadczeń Konsorcjantów;
Uchybienie nr 4 – wewnętrzna sprzeczność oświadczeń Konsorcjantów;
Uchybienie nr 5 – wykroczenie Zamawiającego poza zakres zastrzeżenia;
Uchybienie nr 6 – przedwczesne zastrzeżenie;
Uchybienie nr 7 – Brak wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

(1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 1;
(2) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 1;
(3) odrzucenia oferty Konsorcjum Arcadis w zakresie Części 1;
(4) odtajnienia i ujawnienia następujących dokumentów złożonych przez Konsorcjum Arcadis
- Koncepcja realizacji zamówienia złożona wraz z ofertą,
-Wykaz osób (Załącznik nr 8 do SWZ) złożony na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 10.07.2023 r.,
- Wyjaśnienia złożone na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 21.07.2023 r., w zakresie imienia i nazwiska specjalisty ds. modelowania, którego dotyczą wyjaśnienia,
-Wykaz osób (Załącznik nr 8 do SWZ) złożony na wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania. Odwołujący, będący podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą z zakresu
m. in. inżynierii i architektury realizuje i uczestniczy w licznych inwestycjach na rynku infrastruktury i transportu, budownictwa, ochrony środowiska, gospodarki wodnej, rolnictwa, energetyki czy telekomunikacji. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w zakresie Części 1, a na skutek naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy oferta Odwołującego nie została wybrana, co prowadzi do wyrządzenia Odwołującemu szkody. W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w zakresie Części 1. Ponadto, dokumenty złożone przez Konsorcjum Arcadis zostałyby odtajnione
i ujawnione Odwołującemu, co pozwoliłoby mu to na weryfikację dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Konsorcjum Arcadis w zakresie koncepcji realizacji zamówienia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykazu osób jakimi dysponuje przedmiotowy wykonawca i możliwość wniesienia odrębnego odwołania w odniesieniu od tych czynności Zamawiającego, co pozwoliłoby Odwołującemu na uzyskanie zamówienia.

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 28 lipca 2023 roku. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Do niniejszego postępowania odwoławczego, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Arkadis. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

W dniu 18 sierpnia 2023 roku Zamawiający przesłał do Izby stanowisko w sprawie.

Zamawiający wskazał, że w dniu 18 sierpnia 2023 roku poinformował Odwołującego i pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, iż unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpił do ponownego badania i oceny oferty. Informacja o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty została przekazana wykonawcom oraz zamieszczona na stronie postępowania 9na platformie zakupowej Zamawiającego). Odpowiedź na odwołanie została przekazana uczestnikom postępowania w dniu 18.08.2023 r.

Zamawiający wyraził stanowisko, że wobec unieważnienia czynności Zamawiającego brak jest w chwili obecnej substratu zaskarżenia, co czyni prowadzenie postępowania odwoławczego niemożliwym. Jak wskazano w doktrynie: *„Podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. (...) 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".* Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak. SIP Legalis,kom Do art. 568 PZP.

Wobec powyższego Zamawiający wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Wniosek o umorzenie postępowania złożył również Odwołujący wskazując, że odpadła podstawa wniesienia środka ochrony prawnej, a więc brak substratu zaskarżenia, to dalsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne.

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 m.in. w zakresie prawidłowości umocowania pełnomocnika do reprezentowania Konsorcjum Arcadis, a także skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa niektórych dokumentów składanych w postępowaniu. O powyższych nowych czynnościach Zamawiający poinformował Wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Zmiany te nie zostały przez Zamawiającego jedynie zasygnalizowane, ale w zostały jednoznacznie wykonane, na co Zamawiający przedstawił Izbie dowody stanowiące załączniki do pisma procesowego.

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 Zamawiający, 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 z dnia 18 sierpnia 2023 roku, w tym czynności odtajnienia dokumentów

i badania prawidłowości umocowań pełnomocników. 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:.....