**Sygn. akt KIO 3480/23**

**POSTANOWIENIE**
**z dnia 30 listopada 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Małgorzata Rakowska**

**Ewa Sikorska**

**Robert Skrzeszewski**

po rozpoznaniu w dniu 30 listopada 2023 r. w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
20 listopada 2023 r. przez wykonawcę **E.M. Sp. z o.o., ul. Składowa 3,**
**08-140 Mordy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu,**
**ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań**
przy udziale wykonawcy **My Way K.S., Szadłowice 63, 88-140 Gniewkowo** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1.Umarza postępowanie odwoławcze.
2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy**E.M. Sp. z o.o., ul. Składowa 3, 08-140 Mordy** kwoty
**10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., 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 3480/23**

**UZASADNIENIE**

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad - prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, zwana dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zaprojektowanie, budowa i rozbudowa ekranów akustycznych wzdłuż drogi S11 obwodnica Ostrowa Wlkp."

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 września 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00381231/01.

W dniu 20 listopada 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca E.M. Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Mordy, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1.nieprawidłowego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę My Way K.S. z siedzibą w Gniewkowie, zwanego dalej „wykonawcą „My Way", oraz wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę na okoliczność braku rażąco niskiej ceny i w efekcie zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo iż wykonawca My Way nie wykazał, że cena Jego oferty nie jest rażąco niska;
2.zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy My Way, pomimo iż oferta wykonawcy My Way jest niezgodna z warunkami zamówienia;
3.zaniechania wykluczenia wykonawcy My Way pomimo, iż wykonawca nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu z postępowanie, nie przeprowadził również prawidłowej procedury self-cleaning;
4.zaniechania wykluczenia wykonawcy My Way i w efekcie odrzucenia oferty wykonawcy My Way, pomimo, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

ewentualnie

5.zaniechania wezwania wykonawcy My Way do uzupełnienia wykazu robót budowlanych lub jego wyjaśnienia, pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

co w konsekwencji doprowadziło do

6.zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy My Way i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę My Way.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 224 ust. 1ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy My Way z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego że:

- wykonawca ten był wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonej w postępowaniu i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena, jaką zaoferował za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia;
- cena ofertowa wykonawcy My Way nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego;

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy My Way jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo iż z treści złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wprost wynika, iż wykonawca My Way przewidział realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymogami Zamawiającego ujętymi w dokumentach zamówienia;

3)art. 110 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy My Way z Postępowania, pomimo faktu, iż wykonawca My Way został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa dodatkowych ekranów akustycznych przy autostradzie A-1 Toruń – Stryków na odc. od Węzła Czerniewice do granicy województw kujawsko-pomorskiego i łódzkiego od km 163+900 do km 219+805”, co miało miejsce już po uprzednim wykluczeniu tego wykonawcy z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przeprowadzeniu procedury self-cleaning, co oznacza, iż wykonawca My Way nie spełnił wymaganych przesłanek skutecznego self-cleaning, o którym mowa w art. 110 ust. 1 ustawy Pzp, zaś po drugim z rzędu wykluczeniu z postępowania wykonawca My Way nie przeprowadził ponownej, skutecznej procedury self-cleaning;

4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty My Way i wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo iż wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej

ewentualnie, na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż nie istnieją przesłanki do wykluczenia wykonawcy My Way i odrzucenia jego oferty

5)art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania My Way do uzupełnienia (poprawienia) podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych lub wezwania do wyjaśnienia treści wykazu robót budowlanych, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy My Way, podczas gdy wykonawca My Way nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

a w konsekwencji powyższego;

6)art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)odrzucenie oferty wykonawcy My Way oraz wykluczenie My Way z postępowania;

ewentualnie, na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż nie istnieją przesłanki do wykluczenia wykonawcy My Way i odrzucenia jego oferty; wezwania wykonawcy My Way do uzupełnienia (poprawienia) podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych lub wezwania do wyjaśnienia treści wykazu robót budowlanych

3)dokonanie ponownego badania i oceny ofert, i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą, która zostanie przedstawiona na rozprawie.

Zamawiający w dniu 21 listopada 2023 r. kopię wniesionego odwołania przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego.

W dniu 24 listopada 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca My Way K.S.zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Odwołujący w dniu 28 listopada 2023 r. złożył do Izby wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego, załączając do wniosku pismo Odwołującego z dnia 28 listopada 2023 r., w którym wskazał na czynność dokonaną przez Zamawiającego i w tych okolicznościach brak substratu zaskarżenia, wnosząc jednocześnie o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Do przedmiotowego wniosku Odwołujący załączył także pismo Zamawiającego z dnia 24 listopada 2024 r. - „Zawiadomienie o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej", w treści którego Zamawiający podał, że „Zamawiający informuje, że w dniu 24.11.2023 r. unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej dokonany w niniejszym postępowaniu dnia 13.11.2023 r." oraz, że „Zamawiający informuje także o unieważnieniu czynności odrzucenia ofert w niniejszym postępowaniu, o której informował dnia 13.11.2023 r."

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia w przypadku (…) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne". Zgodnie z tym przepisem podstawą do umorzenia postępowania jest stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował jednak, o jakie sytuacje chodzi. „Dyspozycją tego przepisu objęte są więc 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).

Niewątpliwym jest, że ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego. W tym stanie faktycznym Zamawiający przed otwarciem rozprawy unieważnił zaskarżoną w odwołaniu czynność (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy wykonawca My Way K.S.) co oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. Ponownej ocenie Zamawiającego podlega bowiem oferta wykonawcyMy Way K.S, która była przez Odwołującego kwestionowana. Unieważnienie zaskarżonej czynności oraz ponowne badanie ofert powoduje więc, że spór staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność Zamawiającego. Nie istnieje bowiem tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy też nie. Tym samym postępowanie odwoławcze stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy 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, a przez art. 574 ustawy Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 10 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

**Przewodniczący:** ……..

……..

……..