

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 10 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: J.G.**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 10 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2023 r. przez wykonawcę:

**Availo sp. z o.o. w Jasionce**

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Rzecznika Finansowego w Warszawie**, z udziałem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego:

**B.S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego B.S. w Poznaniu**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. Umarza postępowanie odwoławcze.**

**2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) 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:.....**

**Uzasadnienie**

Rzecznik Finansowy- adres: Nowogrodzka 47A, 00-695 Warszawa (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. Zm.) (dalej: Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług obsługi infolinii prawnej i poradnictwa e-mailowego dla klientów rynku finansowego na rzecz Biura Rzecznika Finansowego, numer postępowania WAF.ZLA.281.147.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 maja 2023 roku pod numerem 2023/BZP 00237523/01. (dalej: Postępowanie).

W dniu 27 września 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia Availo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce, Jasionka 948, 36-002 Jasionka (dalej: Wykonawca lub Odwołujący) wobec niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, którego treść Zamawiający przekazał wykonawcom 28 września 2023 r.

W dniu 1 października 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia B.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego B.S., ul. Jana Matejki 32/33 lok. 2, 60-768 Poznań (dalej: Przystępujący). Izba wobec zgłoszenia przystąpienia w terminie i wypełnieniu przesłanek określonych art. 525 Pzp uznała przystąpienie za skuteczne.

Odwołujący wnosił odwołanie od niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w Postępowaniu, polegającej na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego, ze względu na uznanie, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk) (art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy), pomimo, że nie zaistniały ku temu podstawy a ustalenia poczynione przez Zamawiającego w toku postępowania w tym zakresie nie polegają na prawdzie, są błędne i nie zostały przez Zamawiającego zweryfikowane, przez co błędnie uznano, że oferta złożona została w warunkach, o których mowa w art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp
2. wyborze oferty Przystępującego, pomimo, że to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą ofertę, biorąc pod uwagę zaproponowaną cenę, doświadczenie wskazanych osób w ofercie oraz pozostałe wymagane kryteria wskazane przez Zamawiającego w SWZ
3. zaniechaniu przez Zamawiającego w Postępowaniu czynności polegającej na skorzystaniu przez Zamawiającego z możliwości na podstawie art. 233 ustawy prawo zamówień publicznych żądania przez Zamawiającego od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub

innych składanych dokumentów lub oświadczeń, przez co poczyniono błędne ustalenia i niepolegające na prawdzie, jakoby Odwołujący świadczył usługi na rzecz podmiotu trzeciego specjalizującego się w udzielaniu pożyczek dla konsumentów na skutek, czego dokonano błędnej oceny w zakresie przesłanek, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 17 Pzp w związku z art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. uznk, poprzez oparcie się Zamawiającego na nieprawidłowych ustaleniach, niemających odzwierciedlenia w rzeczywistości, a przede wszystkim bez braku dowodów, i podania źródeł, tym samym niedochowania staranności w dociekanii prawdy, co skutkowało udzieleniem zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy i błędnym ustaleniem, że doszło do realizacji przesłanek umożliwiających Zamawiającemu odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 prawa zamówień publicznych.

2.art. 233 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy do wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, przez co poczyniono błędne ustalenia i niepolegające na prawdzie, jakoby Wykonawca świadczył usługi na rzecz podmiotu trzeciego specjalizującego się w udzielaniu pożyczek dla konsumentów na skutek, czego dokonano błędnej oceny w zakresie przesłanek, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 7. Pzp.

3.art. 253 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego podania Wykonawcy uzasadnienia faktycznego podejmowanej czynności w taki sposób, aby było możliwe zweryfikowanie jej prawidłowości, wobec zaniechania podania przez Zamawiającego w uzasadnieniu prawdziwych okoliczności (opis faktów, zdarzeń, stanu, źródeł), które wymuszają na Zamawiającym zastosowanie określonej normy prawnej i odrzucenie oferty Wykonawcy.

4.art. 16 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą i w ten sposób dopuszczenie się przez Zamawiającego nierównego traktowania wykonawców, nie zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Wykonawca domagał się nakazania unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający pismem z dnia 5 października 2023 r. wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego jako bezprzedmiotowe wobec dokonania w dniu 2 października 2023 r. czynności unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z unieważnieniem czynności odrzucenia ofert wykonawców – Odwołującego, o czym dodatkowo poinformował pismem z dnia 4 października 2023 r. Zamawiający pismem z dnia 2 października 2023 r poinformował wykonawców o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu. Wykonanie powyższych czynności zostało skutecznie wykazane dowodami.

Pismem z dnia 8 października 2023 r. Przystępujący przyłączył się do wniosku Zamawiającego.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy. W zakresie zarzutów odwołania Izba uznała, że postępowanie podlega umorzeniu jako bezprzedmiotowe.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 2 października 2023 r. z wyjaśnieniami z dnia 4 października 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert. Izba ustaliła również, że Zamawiający pismem z dnia 2 października 2023 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień, co stanowi dodatkowo podjęcie czynności zaniechanej wezwania Odwołującego Zamawiający pismem z dnia 2 października 2023 wezwał bowiem Odwołującego do wyjaśnień w zakresie budzących wątpliwości Zamawiającego powiązań pomiędzy AVAILO Sp. z o.o. a podmiotami: Polkomtel Sp. z o.o.; Rankomat Sp. z o.o. sp. k.; AIQLABS Sp. z o.o.; Everest Finanse S.A. oraz PROFI CREDIT Polska S.A., które stały : podstawą odrzucenia oferty, a które powziął w związku analizą dokumentów złożonych przez Odwołującego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia Wykonawcy, o którym mowa w rozdziale III ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Izba wskazuje, że charakter dokumentów przesądza o trybie żądania wyjaśnień w tym przypadku nie wskazanego odwołaniem przepisu art. 233 Pzp lecz art. 128 Pzp. Biorąc po uwagę treść zarzutów wraz z żądaniem oraz podjęte przez Zamawiającego czynności Izba stwierdziła, że zarzuty Odwołującego stały się bezprzedmiotowe.

Izba uznała, że okoliczności zaistniałe po wniesieniu odwołania, w postaci dokonania przez Zamawiającego czynności zgodnych z żądaniem odwołania to jest unieważnienia czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Odwołującego, a także dodatkowo wezwania doprowadziły do bezprzedmiotowości postępowania odwoławczego. Z chwilą dokonania czynności w ramach Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego zgodnych z żądaniem Odwołującego zarzuty odwołania utraciły swoją aktualność. Tym samym w dacie

zamknięcia posiedzenia i wydania postanowienia prowadzenie postępowania odwoławczego było zbędne i bezprzedmiotowe. Czynności Zamawiającego, stanowiące faktycznie odpowiedź na zarzuty odwołania, dokonane zostały przed otwarciem posiedzenia. W tej sytuacji zastosowanie znajduje norma art. 568 pkt. 2) Ustawy.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 568 pkt 2 Ustawy, w którym wskazana została dodatkowa podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku *stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*, należało uznać, iż opisany stan faktyczny w zakresie dokonanych przez Zamawiającego czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia wypełnia przesłankę innej przyczyny, niż spowodowana oświadczeniem odwołującego o wycofaniu odwołania w całości lub oświadczeniem zamawiającego o uwzględnieniu odwołania (również w części), prowadzącej do zbędności postępowania odwoławczego.

Sąd na posiedzeniu niejawnym, w związku z § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie *postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz. 2453) Izba w sytuacji opisanej w art. 568 pkt. 2 Ustawy, wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach w oparciu o art. 557 Ustawy oraz przepisy § 9 ust. 2 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu uiszczonego w pełnej wysokości.

**Przewodniczący:** .....