

Sygn. akt: KIO 1773/22

POSTANOWIENIE
z dnia 21 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 21 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2022 r. przez odwołującego: **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)**,

- zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego:

A. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- Konsorcjum: **Multiconsult Polska Sp. z o.o., Transprojekt Gdański Sp. z o.o.** (ul. Bonifratska 17, 00-203 Warszawa);

- Konsorcjum: **SYSTRA S.A., Biuro Projektowo - Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o.** (rue Henry Farman 72-76 75015 Paryż);

B. wykonawca: **BBF Sp. z o.o.** (ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań) zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Umarza postępowania odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa)** kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 4 lipca 2022 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie w przedmiocie zamówienia publicznego na: opracowanie dokumentacji projektowej w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej E 59, odcinek Kędzierzyn Koźle – Chałupki – dokumentacja projektowa”. Numer referencyjny: 9090/IREZA4/04951/01310/22/P. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w D. Urz. UE w dniu 18 marca 2022 r. pod nr 2022/S 055-1144989. Odwołujący - TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od niezgodnej – zdaniem wykonawcy - z przepisami ustawy Pzp:

1. czynności wyboru oferty Wykonawcy BBF Sp. z o.o. (dalej „BBF”) jako najkorzystniejszej;
2. czynności zaniechania wykluczenia wykonawcy BBF oraz odrzucenia oferty BBF, pomimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, w zakresie doświadczenia Koordynatora w branży mostowej Pana G. F. i/lub przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.
3. zaniechanie wezwania BBF do wyjaśnień w zakresie doświadczenia Koordynatora w branży mostowej - na wypadek nie uwzględnienia powyższego: .

Odwołujący Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

Zarzut 1. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy PZP w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 Ustawy PZP w związku z art. 16 PZP – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBF, pomimo że wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, w zakresie doświadczenia Koordynatora w branży mostowej G. F. i/lub przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

Zarzut 2 ewentualny – na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu 1. Naruszenie art. 128 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 16 ustawy PZP – poprzez zaniechanie wezwania BBF do wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie Koordynatora w branży mostowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. Wykluczenie wykonawcy BBF,
4. Odrzucenia oferty wykonawcy BBF,
5. Na wypadek nie uwzględnienia żądania z pkt. 3 i 4, wezwania BBF do wyjaśnień w zakresie doświadczenia Koordynatora branży mostowej,
6. Ponowną ocenę ofert.

Odwołujący podał, że (...) *posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz poniósł bądź może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP. Odwołujący ma interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający dokonał istotnych czynności z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek czego Odwołujący stracił szansę na uzyskanie zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu*".

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego - wnosząc o uwzględnienie odwołania - przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: (1) Konsorcjum: Multiconsult Polska Sp. z o.o., Transprojekt Gdański Sp. z o.o. ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa (lider) oraz (2) Konsorcjum: SYSTRA S.A., Biuro Projektowo - Konsultingowe BPK Mosty Sp. z o.o. rue Henry Farman 72-76 75015 Paryż (lider).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - wnosząc o oddalenie odwołania - przystąpienie zgłosił wykonawca BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Odwołujący TPF Sp. z o.o. złożył w przedmiotowej sprawie w piśmie z dnia 14 lipca 2022 r. (wpływ do akt sprawy: 18/07/22) wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego wnosząc o: (...)

1. *umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, wobec faktu, że dalsze postępowanie stało się zbędne;*
2. *zwrot wpisu od odwołania*".

W uzasadnieniu wniosku podał: „*W dniu 13.07.2022r. Zamawiający pismem „Informacja o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej” poinformował, że unieważnia*

czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. dowód: Pismo z dnia 13.07.2022. „Informacja o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej”. Wobec powyższego dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne, gdyż – wskutek dokonania przez Zamawiającego czynności unieważnienia czynności z dnia 23.06.2022r. – nie istnieje już podstawa wniesienia odwołania. Co więcej – poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – zrealizowało się pierwsze żądanie odwołania. Obecnie Zamawiający ponownie jest na etapie badania i oceny ofert i nie jest wiadome, jakie będą wyniki tej czynności. A zatem w chwili obecnej przestał istnieć spór poddany pod rozstrzygnięcie Izby – przestał istnieć substrat zaskarżenia (tj. czynność oceny i badania ofert) Zamawiający ponownie jest w toku czynności oceny i badania ofert. Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 26 lutego 2014 roku, sygn. akt III CZP 119/13 wskazał: Do przyczyn umorzenia postępowania objętych przepisem art. 355 k.p.c. należą zdarzenia zaistniałe w toku postępowania (następcze), które sprawiły, że wydanie wyroku stało się zbędne lub niedopuszczalne. Należy do nich cofnięcie przez powoda pozwu ze skutkiem prawnym lub inne przypadki zbędności postępowania i wyrokowania albo niedopuszczalności wyrokowania. (...) Po przeprowadzeniu postępowania i zamknięciu rozprawy sąd, stosownie do art. 316 § 1 k.p.c., wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Stan sprawy obejmuje zarówno okoliczności faktyczne, jak i obowiązujące przepisy, mogące stanowić podstawę prawną rozstrzygnięcia (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 września 1975 r., I CR 526/75, OSNCP 1976, nr 7-8, poz. 171, z dnia 7 marca 1997 r., II CKN 70/96, OSNC 1997, nr 8, poz. 113, z dnia 22 czerwca 2004 r., IV CK 453/03, niepubl., z dnia 8 lutego 2006 r., II CSK 153/05, niepubl., i z dnia 15 lutego 2013 r., I CSK 314/12, niepubl.). Może on różnić się od tego, który istniał w momencie wnoszenia powództwa i był wyznaczony pozwem (art. 187 § 1 k.p.c.), jeżeli podjęte zostały przez strony czynności mające wpływ na żądanie, jego rodzaj i zakres oraz na okoliczności faktyczne przytoczone na uzasadnienie żądania pozwu. Do czynności wpływających na zmianę stanu sprawy istniejącego w chwili wnoszenia pozwu należy również spełnienie świadczenia przez pozwanego w toku postępowania, powodujące wygaśnięcie dochodzonego roszczenia. Jeżeli na skutek spełnienia świadczenia przez pozwanego w toku postępowania doszło do wygaśnięcia objętej roszczeniem wierzytelności, odpadła podstawa do uwzględnienia powództwa. Przekładając powyższe stanowisko Sądu Najwyższego na specyfikę Prawa zamówień publicznych należy uznać, że w każdym przypadku unieważnienie przez Zamawiającego czynności objętej odwołaniem powinno skutkować umorzeniem postępowania odwoławczego wobec: a) zmiany stanu sprawy istniejącego w chwili wnoszenia odwołania; b) wygaśnięcia roszczenia /żądania odwołania o unieważnienie czynności objętej odwołaniem. Odwołujący wskazuje, że Krajowa Izba Odwoławcza właśnie w sytuacji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

oraz powtórnego badania i oceny złożonych ofert umorzyła postępowanie, wskazując na brak substratu zaskarżenia – por. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2021 roku, sygn. KIO 334/21: Zamawiający faktycznie unieważnił czynność wobec której sformułowane były zarzuty w odwołaniu, jednak nadal czynnością objętą odwołaniem jest unieważniona, tj. wybór oferty najkorzystniejszej. Ponieważ Zamawiający nie uwzględnił w drodze formalnej czynności procesowej zarzutów podniesionych w odwołaniu, a Odwołujący tego odwołania nie wycofał, w dniu posiedzenia w sprawie odwoławczej nie było substratu zaskarżenia, co czyniło dalsze postępowanie odwoławcze niecelowym”. Do tego wniosku załączył wskazane w nim pismo z dnia 13 lipca 2022 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 21 lipca 2022 r.) wniósł o oddalenie odwołania w całości, wskazując w jej punkcie II.13, że:

„W dniu 13 lipca 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru ofert z uwagi na wątpliwości dotyczące treści oferty BBF Sp. z o.o. W tym samym dniu Zamawiający wystąpił do BBF Sp. z o.o. o wyjaśnienia wątpliwości dotyczących doświadczenia Pana G. F. oraz o uzupełnienie tego doświadczenia”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

W myśl art. 568 ustawy Pzp: *„Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (...)*

2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; (...)

Odwołujący TPF Sp. z o.o. w piśmie z dnia 14 lipca 2022 r. – jak wyżej wskazano - wniósł o: (...)

- 1. umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Ustawy (...) Prawo zamówień publicznych, wobec faktu, że dalsze postępowanie stało się zbędne;*
- 2. zwrot wpisu od odwołania”.*

Zamawiający – jak wynika z wniosku Odwołującego z dnia 18 lipca br i i odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 lipca br – przekazał wykonawcom w piśmie z dnia 13 lipca 2022 r.

decyzję o unieważnieniu czynności „*wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonaną w dniu 23 czerwca 2022 r. (...)*”.

Izba miała na uwadze, że Zamawiający do dnia 21 lipca br nie uwzględnił w drodze formalnej czynności procesowej żadnego z zarzutów podniesionych w odwołaniu, wnosząc o ich oddalenie, a Odwołujący tego odwołania nie wycofał. Jednakże na dzień 21 lipca 2022 r. w przedmiotowej sprawie odwoławczej z uwagi na unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, której dotyczył pierwszy z zarzutów i podjęcie czynności wnioskowanych w odwołaniu, nie ma substratu zaskarżenia, co czyniło dalsze postępowanie odwoławcze bezprzedmiotowym. Decyzja o unieważnieniu zaskarżonej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty została potwierdzona w odpowiedzi na odwołanie, którą jednocześnie poinformowano o wszczęciu w dniu 13 lipca br także procedury wyjaśnienia (...) *wątpliwości dotyczących doświadczenia Pana G. F. oraz o uzupełnienie tego doświadczenia*”.

W związku z unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty znajduje zastosowanie pierwsza z przesłanek wymieniona w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne. 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. Izba dodatkowo wskazuje, że wydając orzeczenie - zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - 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.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w *sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz.U. poz. 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu w pełnej wysokości, 15.000 zł., co znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....

