

Sygn. akt: KIO 1022/19

WYROK
z dnia 17 czerwca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 17 czerwca 2019 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2019 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ł.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Comfort-Therm Ł.K. z siedzibą Wróblewo – Osiedle, M.B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Mabo M.B. z siedzibą w Sierpcu, Comfort-Therm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Polską Akademię Nauk Muzeum Ziemi w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ł.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Comfort-Therm Ł.K. z siedzibą Wróblewo – Osiedle, M.B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Mabo M.B. z siedzibą w Sierpcu, Comfort-Therm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ł.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Comfort-Therm Ł.K. z siedzibą Wróblewo – Osiedle, M.B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Mabo M.B. z siedzibą w Sierpcu, Comfort-Therm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ł.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Comfort-Therm Ł.K. z siedzibą Wróblewo – Osiedle, M.B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Mabo M.B. z siedzibą w Sierpcu, Comfort-Therm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku na rzecz Zamawiającego Polskiej Akademii Nauk Muzeum Ziemi w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Polska Akademia Nauk Muzeum Ziemi w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Wykonanie izolacji pionowej i poziomej piwnic oraz izolacji poziomej posadzek piwnic i posadzek parteru na gruncie w budynku Muzeum Ziemi w Warszawie, Aleja Na Skarpie 20/26*

5 czerwca 2019 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust.1,2,3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na

- wyborze oferty jako oferty najkorzystniejszej oferty Termo Export Przedsiębiorstwo Robót Termoizolacyjnych i Antykorozyjnych z siedzibą w Warszawie,
- zaniechaniu wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez wprowadzenie w błąd Zamawiającego w zakresie doświadczenia Kierownika budowy, błędne przyjęcie doświadczenia w zakresie kierownika budowy, które nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, błędną oceną doświadczenia kierownika budowy w zakresie wykazu przedłożonego przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert wraz z dokonaniem czynności odrzucenia oferty Termo Export Przedsiębiorstwo Robót Termoizolacyjnych i Antykorozyjnych z siedzibą w Warszawie, obciążenie kosztami odwołania Zamawiającego, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego wszelkich kosztów wywołanych wniesieniem niniejszego odwołania w całości.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem złożył najkorzystniejszą ofertę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W przypadku uznania zasadności niniejszego odwołania Odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie, gdyż jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą w obliczu zsumowania punktów wg kryteriów oceny ofert.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że w toku postępowania o udzielenie Zamówienia złożył ofertę uwzględniając wagi kryterium:

- cena: 1 582 835, 99 zł brutto zł,
- okres gwarancji i rękojmi: 48 m-cy,
- doświadczenie kierownika budowy - 20 pkt / 30 pkt (wg oceny Zamawiającego),

(dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 29 maj a 2019 roku)

W dniu 31 maja 2019 roku Zamawiający w informacji o wyborze oferty wskazał, że jako najkorzystniejszą wybrano ofertę przedstawioną przez Termo Export Przedsiębiorstwo Robót Termoizolacyjnych i Antykorozyjnych z siedzibą w Warszawie.

Ponadto z uwagi na fakt, że cena oferty znacząco przekracza budżet Zamawiającego podjął decyzję o unieważnieniu postępowania.

Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził.

W dniu 03 czerwca 2019 roku Odwołujący uzyskało od Zamawiającego kartę oceny swojej oferty jak również wykaz doświadczenia kierownika budowy złożony przez Wykonawcę, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. W wyniku analizy powyższych dokumentów stwierdzono co następuje:

Oferta wybrana jako najkorzystniejsza zawiera wykaz doświadczenia kierownika budowy w osobie inż. J. S. .

Zamawiający wymagał w SIWZ cyt.: "Zamawiający w ramach kryterium „doświadczenie Kierownika budowy” będzie przyznawał punkty za dodatkowe doświadczenie osoby jako Kierownik budowy (wskazanej w Załączniku nr 05B do SIWZ) przy realizacji robót budowlanych spełniających wymagania opisane w Rozdziale VII ust. 1 pkt. 2 lit. c) tiret 2 SIWZ tj. w ramach obiektu wpisanego do rejestru zabytków".

Wykonawca wskazał w kolumnie nr 1, że wskazana osoba pełniła funkcję kierownika robót, inspektora nadzoru (funkcja kierownika robót czy też Inspektora nadzoru znacząco różni się od funkcji Kierownika budowy), co czyni wykaz niezgodny z wymaganiami postawionymi w SIWZ. Ponadto podniósł Odwołujący, wykaz sprzeczny jest chociażby z art. 24 ustawy Prawo budowlane, które jednoznacznie wskazuje, że nie można łączyć tych funkcji.

Na podstawie tak wypełnionej tabeli Wykonawca winien otrzymać 0 pkt a nie 30 pkt.

W wykazie nie wskazano nazwy zadania, a jedynie nazwę obiektu z dopiskiem izolacja pionowa i pozioma, natomiast postanowienia SIWZ przesadzają o tym, że należało wskazać nazwę całej roboty budowlanej w taki sposób, aby była ona identyfikowalna, ponieważ w przypadku takiego ujęcia inwestycji jakiego dokonał Wykonawca podzielono jedną robotę budowlaną na 6 części dotyczących różnych skrzydeł budynku Sejmu. Z informacji uzyskanych z Kancelarii Sejmu wynika, że nie prowadzono 6 postępowań na izolację pionową i poziomą.

W poz. 8 i 9 wykazu doświadczenia kierownika budowy podano budynki mieszkalne przy ulicy Siedleckiej 25 i 29 gdzie akurat nasze konsorcjum jest Generalnym Wykonawcą wykonującym zlecenie na rzecz ZGN Praga Północ, wobec czego pragniemy Państwa poinformować, iż Safage nie pełni już tam funkcji Inwestora Zastępczego wobec czego Pan inż. J.S. nie jest Inspektorem Nadzoru a tym bardziej kierownikiem robót.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego oferta winna zostać oceniona w zakresie doświadczenia kierownika na 0 pkt lub wykonawca winien zostać wykluczony z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

W zakresie złożonej przez Odwołującego oferty należy stwierdzić, że zgodnie z wykazem doświadczenia kierownika budowy zawiera on nazwę całej budowy w skład której wchodziło wykonanie izolacji pionowej i poziomej zgodnie z warunkiem postawionym w SIWZ, wobec czego nie zgadzamy się z oceną, że wykazaliśmy tylko doświadczenie dla 4 robót powyżej jednej opisanych w Rozdziale VII ust. 1pkt. 2 lit. c) tiret 2 SIWZ , bowiem z warunku i wykazu wynikało, iż należało wskazać nazwę zamówienia w skład którego wchodziły roboty w zakresie izolacji pionowej i poziomej, a nie sam adres budynku z dopiskiem - „izolacja pionowa i pozioma”

Powyższe doprowadziło do sytuacji w której w wyniku zaniechania Zamawiającego polegającego na nie wykluczeniu oferty złożonej przez Wykonawcę Termo Export Przedsiębiorstwo Robót Termoizolacyjnych i Antykorozyjnych, lub błędnym uznaniu złożonego przez nich wykazu jako prawidłowy nasza oferta została pozbawiona możliwości wyboru jako oferty najkorzystniejszej a tym samym możliwości pozyskania zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wskazane naruszenia przepisów ustawy skutkowały wyborem oferty najkorzystniejszej wbrew przepisom prawa i postanowieniom SIWZ. Mając na uwadze przytoczone zarzuty oferta najkorzystniejsza winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, iż błędnie przyznano jej punkty w zakresie doświadczenia kierownika budowy bądź też wykonawca winien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona za podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Powyższe naruszenia pozbawiły Odwołującego możliwości pozyskania zamówienia ponieważ w przypadku gdyby Zamawiający procedował zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz przepisami ustawy to oferta Odwołującego okazałaby się ofertą najkorzystniejszą, a tym samym Konsorcjum uzyskałoby przedmiotowe zamówienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 czerwca 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 31 maja 2019 roku.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze, że Zamawiający w dniu 5 czerwca 2019 roku unieważnił czynność z dnia 31 maja 2019 roku tj. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz uwzględniając treść ww. przepisu ustawy Izba odwołanie oddaliła.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie *regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym z dnia 17 czerwca 2019 roku *Odpowiedź na odwołanie*. Izba uwzględniła również stanowisku przedstawione przez Zamawiającego do protokołu.

VI.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W postępowaniu pod nazwą *Wykonanie izolacji pionowej i poziomej piwnic oraz izolacji poziomej posadzek piwnic i posadzek parteru na gruncie w budynku Muzeum Ziemi w Warszawie, Aleja Na Skarpie 20/26* ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 maja 2019 roku pod numerem 544568-N-2019.

W dniu 31 maja 2019 roku, za pismem z tej samej daty, Zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i zawiadomienie o unieważnieniu postępowania.

W dniu 5 czerwca 2019 roku Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty jako oferty najkorzystniejszej oferty Termo Export Przedsiębiorstwo Robót Termoizolacyjnych i Antykorozyjnych z siedzibą w Warszawie oraz zaniechaniu wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

W dniu 5 czerwca 2019 roku Zamawiający za pismem z tej samej daty zawiadomił wykonawców o *unieważnieniu czynności podjętych przez Zamawiającego – dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty wraz z czynnością unieważnienia postępowania z dnia 31.05.2019*. Zamawiający w piśmie tym wskazał między innymi, że mając na uwadze dostrzeżone nieścisłości w toku czynności dotychczasowego badania i oceny ofert unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność unieważnienia postępowania tj. czynność z dnia 31.05.2019r. Zamawiający poinformował, że dokona ponownego badania i oceny złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a o wyniku powtórzonej czynności badania i oceny ofert powiadomi wykonawców odrębnym pismem po dokonanych czynnościach.

Odwołującego w wiadomości emaliowej przesłanej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2019 rok, po pierwsze potwierdził otrzymanie wiadomości o wyznaczonym terminie posiedzenia Izby z udziałem stron, a po drugie podał, że *przesyłam pismo Zamawiającego w którym stwierdza, iż unieważnia wybór oferty najkorzystniejszej w wraca do etapu ponownej oceny ofert*. Do tej wiadomości emaliowej został załączony załącznik – Zawiadomienie o unieważnieniu czynności podjętych przez Zamawiającego.

Odwołujący, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia z udziałem stron na posiedzenie to nie przybył.

Izba zważyła:

Na wstępie Izba wskazuje, że brak udziału w posiedzeniu z udziałem stron i w rozprawie Odwołującego nie stanowił przeszkody w rozpoznaniu sprawy. Zgodnie z § 21 Rozporządzenia z dnia 22 marca 2010 roku *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (tj. Dz. U. z 2018 roku poz. 1092 ze zmianami) niestawiennictwo strony prawidłowo zawiadomionej o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Odwołujący o terminie rozprawy został zawiadomiony w dniu 7 czerwca 2019 roku, co potwierdził przesłaną do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2019 roku odpowiedzią, którą powtórzył w dniu 12 czerwca 2019 roku.

Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast stosownie do przepisu art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Izba, mając na uwadze przywołany przepis art. 192 ust. 2 ustawy, wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zatem na moment wyrokowania w sprawie.

Izba wskazuje, że kwestionowane przez Odwołującego w odwołaniu naruszenia wynikające z podjętych czynności zostały zniesione przez Zamawiającego czynnością z dnia 5 czerwca 2019 roku, gdzie Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność unieważnienia postępowania. Z treści tego pisma wynika również, że Zamawiający o wyniku powtórzonej czynności badania i oceny ofert powiadomi wykonawców – co oznacza, że czynność badania i oceny ofert zostanie również powtórzona przez Zamawiającego, a więc wcześniejsza czynność badania i oceny ofert została zniesiona przez Zamawiającego. Oznacza to, że nie tylko zarzucane przez Odwołującego w odniesieniu do tego wyboru naruszenia przepisów prawa, ale przede wszystkim sama czynność kwestionowana w odwołaniu, utraciły swój byt.

Izba podkreśla, że orzeczenie winno rozstrzygać o zarzutach a także żądaniach kierowanych wobec kwestionowanych czynności. Podkreślenia wymaga, że Izba nie może pominąć w dniu wyrokowania tych czynności, które wydarzyły się w postępowaniu o udzielenie zamówienia już po wniesieniu odwołania, a które mają znaczenie dla jego prawidłowego rozpoznania i wyrokowania. W tej sprawie, na moment wydania orzeczenia, kwestionowane w odwołaniu czynności zostały przez Zamawiającego unieważnione.

Izba podkreśla z całą stanowczością, że wyeliminowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 31 maja 2019 roku czyni bezprzedmiotowymi wszystkie zarzuty sformułowane wobec wyboru, badania, oceny oferty kwestionowanego wykonawcy jak również oferty Odwołującego, bowiem Zamawiający wskazał, że powiadomi wykonawców o powtórzonej czynności badania i oceny ofert.

Należy podkreślić w tym miejscu, że Zamawiający nie uwzględnił odwołania z dnia 5 czerwca 2019 roku ani w całości ani w części, co potwierdził również w trakcie rozprawy. Obowiązujący przepis art. 186 ust. 2 oraz ust. 3a ustawy w sposób jasny i precyzyjny określa, że Zamawiający może dokonać czynności uwzględnienia odwołania w całości lub w części, jednakże czynności te muszą zostać dokonane przez Zamawiającego, tj. musi zostać złożone przez Zamawiającego stosowne oświadczenie, bowiem czynność taka Zamawiającego rodzi skutki w postępowaniu zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców. Uwzględnienie zarzutów odwołania jest prawem Zamawiającego, a nie jego obowiązkiem, a żaden przepis ustawy nie zabrania Zamawiającemu dokonywać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że na gruncie obowiązujących przepisów, brak jest podstaw do przyjęcia, że złożenie odwołania zawiesza w jakikolwiek sposób możliwość podejmowania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu. Żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie – ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, co oznacza, że należy przyznać Zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności. Zamawiający w rozpoznawanej sprawie skorzystał właśnie z takiej możliwości, podjął działania mające na celu eliminację z postępowania o udzielenie zamówienia nieprawidłowości, które zostały ujawnione przez wniesienie odwołania przez Odwołującego, jednakże zarzutów odwołania nie uwzględnił.

W tym miejscu wyjaśnić należy również, że fakt unieważnienia przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności podjętych wcześniej przez Zamawiającego nie przekłada się automatycznie na sytuację Odwołującego w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący miał pełną świadomość podjętych przez Zamawiającego w dniu 5 czerwca 2019 roku czynności, jednakże Odwołujący w postępowaniu odwoławczym – które to postępowanie jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – nie podejmował żadnych działań. Odwołanie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa poddano pod rozpoznanie.

Izba podkreśla, że rozstrzygnięcie o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności nie może wpłynąć w żaden sposób na wynik postępowania – którego to wyniku aktualnie nie ma – bowiem podstawa wniesienia odwołania na dzień wyrokowania nie istnieje.

W tym miejscu Izba, za uzasadnieniem orzeczenia z 30 stycznia 2017 roku sygn. akt KIO 38/17 (z odniesieniem do orzeczenia z 9 stycznia 2015 roku sygn. akt KIO 2763/14), stawia pytanie, „jakie znaczenie i skutek oceny o zasadności zarzutów kierowanych wobec uchylonej czynności, miałyby rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, jeśli jednocześnie już funkcjonuje w postępowaniu ponowiona czynność Zamawiającego, zastępująca tę, o której rozstrzygnięto.(...) Należy zatem uznać, że także zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia za uznaniem, że jakakolwiek ocena czynności i zaniechań Zamawiającego w danym postępowaniu winna odnosić się jedynie do tych czynności, jakie istnieją na moment wydania orzeczenia. W innym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, że w danym postępowaniu będą istniały równocześnie zdublowane czynności, z których żadnej nie sposób będzie przyznać prymatu. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia zatem za uznaniem, że nie jest właściwą oceną czynności już nieistniejącej, unieważnionej przez Zamawiającego, (...)”

W obliczu powyższego Izba wskazuje, że popieranie odwołania przez Odwołującego było niezasadne, bowiem treść tego dowołania i stawiane zarzuty odnosiły się do czynności Zamawiającego, które na moment orzekania w sprawie już nie istniały, zostały przez Zamawiającego zniesione w dniu 5 czerwca 2019 roku. Uwzględniając powyżej przedstawione ustalenia i wywody Izby, Izba odwołanie oddaliła.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: