

Sygn. akt: KIO 3106/22

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 6 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2022 r. przez wykonawcę **SOLKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Tarnowski Klaster Przemysłowy S.A. z siedzibą w Tarnowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD J. i J. G. Sp. j. z siedzibą w Tarnowie** oraz **Panek Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – wykonawcy **SOLKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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

Zamawiający – Tarnowski Klaster Przemysłowy S.A. z siedzibą w Tarnowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na *przebudowę i rozbudowę budynku wraz ze zmianą sposobu użytkowania na cele administracyjno – socjalne i produkcyjno – magazynowe, dla zadania inwestycyjnego pn. Inkubator Przedsiębiorczości III* (znak postępowania: ZP 3/2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 października 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00380948.

W dniu 23 listopada 2022 r. wykonawca SOLKAN Sp. z o.o. z siedzibą Rzeszowie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż jest ona zgodna z SWZ, gdyż przewiduje 15 miesięczny termin wykonania zamówienia zgodny z Roz. IV.1 SWZ i Roz. XXXI SWZ;
2. ewentualnie, naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, tj. SWZ zawiera sprzeczne informacje co do tego w jaki sposób należało wyliczyć termin wykonania zamówienia, co uniemożliwiło złożenie porównywalnych ofert.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności badania i oceny ofert, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie ponownej oceny i badania ofert, ewentualnie, jeżeli Izba uzna, że dokumenty zamówienia obarczone są wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy wniósł o unieważnienie postępowania.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD J. i J. G. Sp. j. z siedzibą w Tarnowie oraz Panek Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

W dniu 30 listopada 2022 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni najdalej idący

zarzut przedstawiony w odwołaniu i uwzględnić żądanie unieważnienia przedmiotowego postępowania w całości. Niniejsze pismo zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji Zamawiającego.

W dniu 5 grudnia 2022 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że „w związku z częściowym uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego pismem z dnia 30.11.2022 r. cofam odwołanie w pozostałym zakresie”.

W toku posiedzenia niejawnego w dniu 6 grudnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD J. i J. G. Sp. j. z siedzibą w Tarnowie oraz Panek Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oświadczyli, że wnoszą sprzeciwu wobec zarzutu uwzględnionego przez Zamawiającego.

W toku posiedzenia niejawnego Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 30 listopada 2022 r. unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Izba ustaliła, że powyższa czynność nie została zaskarżona w ustawowym terminie na wniesienie odwołania. Zamawiający w toku posiedzenia oświadczył, iż w terminie na wniesienie odwołania wobec ww. czynności nie przekazano mu kopii odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przypadku zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 568 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania oraz 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Art. 552 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje, aby Izba orzekając wzięła za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Zamawiający w dniu 30 listopada 2022 r. unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia, a wobec tej czynności w ustawowo określonym terminie nie został wniesiony środek ochrony prawnej, co oznacza, że unieważnienie postępowania stało się ostateczne. Tym samym niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia formalnie zakończyło się (*vide* art. 7 pkt 18 ustawy Pzp). Powyższe powoduje, że dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, które po wniesieniu odwołania zostało już dokonane, co na moment wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie Izba obowiązana była wziąć pod uwagę (przedmiotem odwołania objęto zaniechanie unieważnienia postępowania, a nie

czynność unieważnienia postępowania z dnia 30 listopada 2022 r., tym samym rozstrzygnięcie niniejszego odwołania mogłoby dotyczyć ewentualnie nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania, a nie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania – jak twierdził Przystępujący, gdyż czynność ta nie została zaskarżona za pomocą środków ochrony prawnej). Merytoryczne rozpoznanie istoty sporu jest pozbawione celu, ponieważ dotyczy ostatecznie unieważnionego, zakończonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, iż na czynność unieważnienia postępowania dokonaną w dniu 30 listopada 2022 r. Wykonawcy nie przysługiwałyby środki ochrony prawnej z uwagi na brzmienie art. 527 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej. Wskazać należy, iż powyższy przepis, jak również art. 528 pkt 5 ustawy Pzp stanowią urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym, zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która ma zapobiegać ponownemu prowadzeniu sporu w tej samej sprawie. Przewidziany w powyższym przepisie zakaz obejmuje czynności wykonane przez zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu albo odpowiadające żądaniu zawartemu w odwołaniu w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu i umorzeniu postępowania odwoławczego przy braku sprzeciwu. Celem ww. przepisu jest bowiem zapobieganie sytuacjom ponownego orzekania o tym samym. Jeżeli zatem przedmiotem odwołania zostanie objęta jedna z ww. czynności, tj. czynność wykonana przez zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu albo zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu na skutek uwzględnienia zarzutów poprzedniego odwołania, wykonawca nie będzie mógł takiej czynności skutecznie zakwestionować za pomocą środków ochrony prawnej, bowiem wniesione odwołanie będzie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

Wskazać należy, iż kwestia uwzględnienia zarzutów odwołania i związanej z tym możliwości umorzenia postępowania odwoławczego została szczegółowo uregulowana w art. 522 ustawy Pzp. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy przywołać należy art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł

sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku stosownie do zdania drugiego ww. przepisu, zamawiający będzie musiał wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Powyższy przepis wskazuje zatem sekwencję zdarzeń zaistniałych w postępowaniu odwoławczym, wywołanych stosownymi oświadczeniami stron i uczestników postępowania, które prowadzą do umorzenia postępowania odwoławczego, tj. złożenie oświadczenia przez zamawiającego o uwzględnieniu części zarzutów odwołania, oświadczenia odwołującego o wycofaniu pozostałych zarzutów oraz oświadczenia wykonawcy przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego o braku sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W przypadku zatem łącznego zaistnienia okoliczności określonych art. 522 ust. 3 ustawy Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze w formie postanowienia, a po stronie zamawiającego aktualizuje się obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem odwołania. Odwołanie wniesione na czynność wykonaną zgodnie z żądaniem poprzedniego odwołania w sytuacji uwzględnienia zarzutów i umorzenia postępowania odwoławczego przy braku sprzeciwu nie będzie przysługiwało. Analogicznie należy traktować sytuacje, w których umorzenie postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem zarzutów i przy braku sprzeciwu następuje w rozstrzygnięciu Izby w formie wyroku.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w oparciu o art. 568 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący:** .....