

**Sygn. akt: KIO 2407/22**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 28 września 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący:     Bartosz Stankiewicz

Protokolant:         Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 28 września 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2022 r. przez wykonawcę Częstobud Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie przy Alei Bohaterów Monte Cassino 40 (42-200 Częstochowa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu z siedzibą w Sosnowcu przy Placu Medyków 1 (41-200 Sosnowiec)

przy udziale wykonawcy JM Kontrakt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łące przy ul. Cieszyńskiej 27a (43-241 Łąka), zgłaszającego przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 2407/22 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie.
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Częstobud Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie tytułem zwrotu 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 2022 r., poz. 1710) 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

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym pn.: *Modernizacja i przebudowa oraz wyposażenie sal operacyjnych Centralnego Traktu Operacyjnego wraz z zapleczem w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu – I ETAP*, znak sprawy: 45/TP/DOT/2022, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 lipca 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00275700/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 14 września 2022 r. wykonawca Częstobud Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie zwany dalej: „odwołującym”, wniósł odwołanie dotyczące czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy JM KONTRAKT Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 9 września 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM KONTRAKT Sp. z o.o. sp. k., mimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII pkt 1.4. lit. b4 SWZ;
- 2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp przez wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy JM KONTRAKT Sp. z o.o. Sp.k, pomimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;
- 3) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy JM KONTRAKT Sp. z o.o. Sp. k., mimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII pkt 1.4. lit. a SWZ;
- 4) art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów).

Podnosząc ww. zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert - i w ramach tej czynności wykluczenie wykonawcy JM KONTRAKT Sp. z o.o. Sp. k. oraz odrzucenie jego oferty;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

W ramach postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca JM Kontrakt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łące. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia w związku z tym ww. wykonawca uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez zamawiającego, z uwagi na to, że oferta odwołującego uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów, a co za tym idzie w przypadku uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty przystępującego z postępowania odwołujący wciąż może spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Tym samym odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia i może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Jak ustaliła Izba zamawiający w dniu 9 września 2022 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Zgodnie z przedmiotową informacją jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, a oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

W dniu 27 września 2022 r. odwołujący złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie zawierającą argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości. Ponadto zamawiający poinformował, że pismem z dnia 23 września 2022 r., unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wskazując w jego treści, że dostrzegł konieczność ponowienia czynności badania ofert złożonych w postępowaniu, w szczególności w kontekście przedstawionych w nich informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo wraz z odpowiedzią na odwołanie zamawiający przekazał ogłoszenie o unieważnieniu czynności z dnia 23 września 2022 r.

Tego samego dnia pismo procesowe złożył również przystępujący i wskazał w nim, że w pełni popiera zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący w dniu 28 września 2022 r. wniósł pismo procesowe w ramach którego:

- cofnął odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 odwołania, tj. zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII pkt 1.4. lit. a SWZ, (dotyczącego kwestii gazów medycznych);

- w pozostałym zakresie – pozostawił pod rozwagę Izby umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp z jednoczesnym orzeczeniem o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania pomiędzy stronami oraz zwrocie kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej wysokości na konto bankowe odwołującego bądź merytoryczne rozpoznanie odwołania w zakresie podtrzymanym.

**Izba zważyła, co następuje:**

Postępowanie odwoławcze w przedmiotowej sprawie podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z ww. przepisem: *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: (...)*

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

Izba wzięła pod uwagę, że na dzień 28 września 2022 r. w przedmiotowej sprawie odwoławczej z uwagi na unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 9 września 2022 r. ze względu na konieczność ponowienia czynności badania ofert, nie było substratu zaskarżenia, co czyniło dalsze postępowanie odwoławcze bezprzedmiotowym.

W ocenie składu orzekającego w związku z unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty znalazła zastosowanie pierwsza z przesłanek wymienionych w art. 568 pkt 2 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 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zdanie 2 Pzp. Izba dodatkowo wskazuje, że wydając orzeczenie – zgodnie z art. 552 ust. 1 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.

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, tj. 10 000 zł, co znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego. W ocenie składu orzekającego 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 § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, a

przez art. 574 Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu uiszczzonego wpisu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....