

POSTANOWIENIE
z dnia 25 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 25 stycznia 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie FS&P Arcus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz A. P. Architekci spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Wojskową Akademię Techniczną z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy GRAPH'IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 117/23 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie FS&P Arcus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz A. P. Architekci spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: 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

Zamawiającego – Wojskową Akademię Techniczną z siedzibą w Warszawie - prowadzący postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej i kosztorysowej na budowę Kompleksu Dydaktycznego Wojskowej Akademii Technicznej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2022 r. r. pod numerem 2022/S 075-201919.

W dniu 13 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty), na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm. dalej: ustawa), wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie FS&P Arcus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz A. P. Architekci spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie wobec niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności odrzucenia oferty GRAPH'IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej „GRAPH'IT”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty GRAPH'IT, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 5 Pzp;
- 2) Art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty GRAPH'IT, pomimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny stanowiący jednocześnie o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia;
- 3) Art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty GRAPH'IT.

Odwołujący wniósł:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez GRAPH'IT.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił w dniu 16 stycznia 2023 roku wykonawca GRAPH'IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszając przystąpienie po stronie Zamawiającego. W treści pisma zawierającego zgłoszenie do przystąpienia wykonawca zawarł uzasadnienie wniosku o odrzucenie odwołania podając, że Izba badała już zasadność zarzutu rażąco niskiej ceny w sprawie o sygn. akt KIO 3316/22.

W dniu 18 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego *Odpowiedź na odwołanie*. Zamawiający podał, że wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3316/22 odtajnił wskazane w nim informacje z wyłączeniem danych dotyczących szczegółowej kalkulacji ceny oferty, nazw kontrahentów, opisu autorskich rozwiązań technologicznych, udostępniając je Odwołującemu. Zamawiający, jednocześnie, w dniu 3 stycznia 2023 roku powiadomił wykonawców o czynności unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy GRAPH'IT i powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Zamawiający podał, że na dzień złożenia odwołania, tj. 13 stycznia 2023 roku nie zakończył jeszcze swoich czynności, podjętych w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie doszło do odrzucenia ani do wyboru oferty Wykonawcy GRAPH'IT, a tym samym zaniechania jej odrzucenia, na którą to czynność zostało złożone odwołanie. Zamawiający podał, że Odwołujący z jednej strony przytacza w odwołaniu stan faktyczny zaistniały po wydaniu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, z drugiej zaś kwestionuje czynności Zamawiającego podjęte przed ww. wyrokiem, na dzień dzisiejszy unieważnione. W takim stanie rzeczy, Zamawiający wobec braku materialnych przesłanek, stanowiących podstawę wniesienia odwołania, określonych w art. 513 ustawy, wniósł o uznanie odwołanie za przedwczesne.

Pismem z dnia 24 stycznia 2023 roku Odwołujący przedstawił swoje stanowisko wnosząc o oddalenie wniosku Zamawiającego, jak i GRAPH'IT o odrzucenie odwołania, wniosku Zamawiającego o oddalenie odwołania jako przedwczesnego. W prezentowanym stanowisku podał, że wyrokiem z dnia 29 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3316/22, Krajowa Izba Odwoławcza w ramach częściowego uwzględnienia odwołania, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 2 i 3 PZP (przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy GRAPH'IT Sp. z o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia zastrzeżenia tego dokumentu), nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie wyjaśnień rażąco

niskiej ceny złożonych pismem z dnia 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę GRAPH'IT Sp. z o.o. z wyłączeniem danych dotyczących szczegółowej kalkulacji ceny oferty, nazw kontrahentów, opisu autorskich rozwiązań technologicznych. W ww. wyroku Izba również wskazała, że nie w związku z uwzględnieniem 1 zarzutu jw. nie podlegały rozpoznaniu pozostałe zarzuty podnoszone jako ewentualne. tj.

- zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty GRAPH'IT pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu;

- zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty GRAPH'IT, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 5 Pzp;

- zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia co doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wskazał, że w związku z powyższym wiosek GRAPH'IT sformułowany w piśmie z dnia 16 stycznia 2023 r. o odrzucenie odwołania z uwagi na to, że Izba sprawie sygn. akt KIO 3316/22 badała już zasadność zarzutu rażąco niskiej ceny oferty GRAPH'IT i w tym zakresie oddaliła odwołanie jest nieuzasadniony.

Odwołujący podał, że Zamawiający wykonując wyrok Izby pismem z dnia 3 stycznia 2023 r. poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzeniu czynności badania i oceny ofert oraz pismem z tego samego dnia przekazał częściowo odtajnione dokumenty firmy GRAPH'IT Sp. z o.o., z wyłączeniem danych dotyczących szczegółowej kalkulacji ceny oferty, nazw kontrahentów, opisu autorskich rozwiązań technologicznych. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2023 r. nie zakończył on jeszcze swoich czynności, podjętych w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podał również odwołując się do ww. wyroku, że Izba, po uwzględnieniu zarzutu zaniechania udostępnienia wyjaśnień GRAPH'IT w zakresie rażąco niskiej ceny, nakazała Zamawiającemu, w ramach czynności badania i oceny ofert, jedynie udostępnić ww. wyjaśnienia, a nie nakazała natomiast dokonania innych czynności. W świetle wyroku Zamawiający był zobowiązany w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert dokonać jedynie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez GRAPHIT, a nie dokonania innych, bliżej nawet przez samego Zamawiającego niesprecyzowanych, czynności badania i oceny ofert. Podał, że nie jest wiadome Odwołującemu jakich czynności obecnie Zamawiający dokonuje.

Odwołujący podał również, że w dniu 19 stycznia 2023 r. wystąpił na podstawie art. 74 ust. 1 PZP o udostępnienie protokołu postępowania, jednakże protokołu nie otrzymał. Odwołujący uzasadniał, że od momentu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty upłynęły już 3 tygodnie. Do dnia dzisiejszego - jak twierdzi Zamawiający - nie zakończył on czynności badania i oceny ofert i nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie jest również wiadomym jakie inne czynności podejmuje obecnie Zamawiający.

Odwołujący w prezentowanym stanowisku podkreślił, że odwołanie dotyczy zaniechania czynności odrzucenia oferty GRAPH'IT. Wyjaśnił również, że jak sam Zamawiający zauważył, art. 513 pkt 2 ustawy stanowi, że odwołanie przysługuje na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Na dzień dzisiejszy Zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty GRAPHIT, co więcej 1 grudnia 2022 r. uznał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. Wyrokiem z dnia 29 grudnia 2022 r. Izba nie nakazała odrzucić oferty tego wykonawcy, a jedynie nakazała odtajnić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez GRAPHIT, otwierając tym samym Odwołującemu drogę do wniesienia odwołania w zakresie zarzutów ewentualnych niepoddanych rozpoznaniu – Izba wskazała w tymże wyroku: *W zakresie powyższych zarzutów będzie przysługiwało Odwołującemu prawo wniesienia środka ochrony prawnej w formie odwołania – w terminie ustawowym liczonym od dnia, w którym dokumenty nieskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa – wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zostaną przez Zamawiającego odtajnione i udostępnione wykonawcom, w tym Odwołującemu.*

Odwołujący wyjaśnił, że licząc zatem od tego momentu tj. 3 stycznia 2023 roku udostępnienia dokumentów, ustawowy termin 10 dni na wniesienie odwołania, 13 stycznia 2023 r. był ostatnim dniem na skorzystanie przez Odwołującego z przysługującego środka ochrony prawnej, tj. odwołania na zaniechanie czynności odrzucenia oferty GRAPHIT. Odwołujący uzasadniał tym niezasadność wniosku Zamawiającego sformułowanego w piśmie z dnia 18 stycznia 2023 r. o przedwczesności odwołania, podnosząc, że odwołanie zostało wniesione w terminie i jako takie powinno zostać rozstrzygnięte co do meritum.

Odwołujący za niezasadny uznał wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy, bowiem Zamawiający go nie uzasadnił. Izba odrzuca odwołanie na podstawie ww. przepisu jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Odwołujący podkreślił ponownie, że przedmiotem odwołania jest czynność zaniechania odrzucenia oferty GRAPHIT. Odwołujący podał, że nie dotyczy ono

zatem czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku z dnia 29 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3316/22, tj. czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podał, że brak jest nie tylko podstaw faktycznych do odrzucenia odwołania, ale i prawnych. Art. 528 ustawy zawiera zamknięty katalog okoliczności, których zaistnienie będzie skutkowało koniecznością odrzucenia odwołania bez jego merytorycznego rozpoznania. Żadna z ww. przesłanek w stosunku do wniesionego odwołania nie wystąpiła.

Odwołujący podał też, że okoliczności niniejszej sprawy wskazują, że działania Zamawiającego podejmowane w postępowaniu, a w szczególności te po wydaniu wyroku w dniu 29 grudnia 2022 r. utrudniają Odwołującemu korzystanie ze środków ochrony prawnej. Niedokonanie ponowne wyboru najkorzystniejszej oferty do dnia dzisiejszego bez żadnego uzasadnienia oraz złożenie wniosku o oddalenie odwołania jako przedwczesnego (ze świadomością, że Izba w uzasadnieniu wyroku sygn. akt KIO 331/22 wyraźnie wskazała, od jakiego momentu należy liczyć termin na wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty GRAPHIT) świadczy o celowym działaniu Zamawiającego, zmierzającym do uniemożliwienia rozpatrzenia przez Izbę odwołania co do meritum, tj. co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty GRAPHIT. Odwołujący podał, że wycofując odwołanie na skutek pisma Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2023 r. i wniesieniu odwołania, tak jak chce tego Zamawiający, po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, spotkałby się z zarzutem ze strony Zamawiającego o wniesieniu odwołania z przekroczeniem terminu na jego wniesienie bo przecież, Izba w wyroku sygn. akt KIO 3316/22 wyraźnie ten termin określiła. Należy podkreślić z całą mocą, że Odwołujący wniósł odwołanie w terminie jednoznacznie wskazanym przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 stycznia 2022 r.

Odwołujący podał, że okoliczność, że Zamawiający, który dotychczas podtrzymywał stanowisko o prawidłowości ceny oferty GRAPHIT, nie ponowił wyboru oferty najkorzystniejszej niezwłocznie po wykonaniu czynności nakazanej przez Izbę, tj. po udostępnieniu odtajnionej części wyjaśnień, świadczy wyłącznie o złej woli Zamawiającego i zamiarze wykorzystania skomplikowanej procesowo sytuacji.

Odwołujący wniósł w przypadku gdyby Izba uznała, iż – z uwagi na brak dokonania przez Zamawiającego ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej – odwołanie na chwilę obecną nie nadaje się do rozstrzygnięcia, na podstawie art. 550 ust. 1 ustawy wniósł o odroczenie rozprawy na termin późniejszy, przypadający w czasie po dokonaniu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem czasu niezbędnego na wniesienie przez

Odwołującego odrębnego odwołania od tej czynności, a następnie o połączenie obu spraw obecnego postępowania odwoławczego z postępowaniem odwoławczym dotyczącym odwołania jakie zostanie wniesione na czynność ponownego wyboru do wspólnego rozpoznania. Odwołujący nie może bowiem ponieść w tej sytuacji negatywnych konsekwencji „rozgrywek” procesowych Zamawiającego i zostać pozbawiony możliwości skutecznego zaskarżenia wyboru oferty GRAPH'IT.

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

Izba ustaliła, że wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3316/22, Izba w sentencji orzeczenia wyrzekła:

1. *umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia informacji – imion i nazwisk osób oraz posiadanych przez te osoby uprawnień - wskazanych w załączniku nr 4 i załączniku nr 5 złożonych w ofercie wykonawcy GRAPH'IT Sp. z o.o.;*
2. *uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 2 i 3 Pzp, przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy GRAPH'IT Sp. z o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia zastrzeżenia tego dokumentu i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych pismem z dnia 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę GRAPH'IT Sp. z o.o. z wyłączeniem danych dotyczących szczegółowej kalkulacji ceny oferty, nazw kontrahentów, opisu autorskich rozwiązań technologicznych,*
3. *oddala odwołanie w pozostałym zakresie,*

W wyroku tym Izba wskazała zarzuty jakie podniósł Odwołujący:

(...)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż podejmując ww. czynności lub dopuszczając się zaniechań, naruszył – poza wynikającymi z uzasadnienia odwołania – następujące przepisy:

1) art. 18 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy GRAPH'IT dotyczących rażąco niskiej ceny, dokumentów złożonych w celu oceny w kryteriach oceny ofert oraz uzasadnienia zastrzeżenia tych dokumentów, pomimo braku wykazania

przesłanek uprawniających do objęcia informacji tam wskazanych tajemnicą przedsiębiorstwa;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1):

2) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty GRAPH'IT pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu;

3) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty GRAPH'IT, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 5 Pzp;

4) art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

W treści uzasadnienia powyższego wyroku Izba podała:

(...)

W związku z uwzględnieniem przez Izbę zarzutu nr 1 w części, co może mieć istotne znaczenie dla Odwołującego w kontekście sformułowanych w odwołaniu zarzutów ewentualnych, nie podlegały rozpoznaniu na tym etapie zarzuty ewentualne, tj.:

- zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty GRAPH'IT pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu;

- zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty GRAPH'IT, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 5 Pzp;

- zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy.

W zakresie powyższych zarzutów będzie przysługiwało Odwołującemu prawo wniesienia środka ochrony prawnej w formie odwołania - w terminie ustawowym liczonym od dnia, w którym dokumenty nieskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa – wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zostaną przez Zamawiającego odtajnione i udostępnione wykonawcom, w tym Odwołującemu.

Powyższe dotyczy także możliwości kwestionowania treści wykazów (załącznik nr 4 i nr 5) złożonych w ofercie GRAPH'IT po odtajnieniu części informacji - w terminie ustawowym na

wniesienie odwołania liczonym od dnia udostępnienia przez Zamawiającego odtajnionych informacji, do czego Zamawiający się zobowiązał uwzględniając w części dany zarzut.

Powyższe uprawnienie wykonawców potwierdził jednoznacznie Trybunał Sprawiedliwości UE w cytowanym powyżej wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 wskazując, że: „Artykuł 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r., należy interpretować w ten sposób, iż: w przypadku stwierdzenia w toku rozpatrywania odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, że instytucja zamawiająca ma obowiązek ujawnić odwołującemu się informacje, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność, oraz że ze względu na nieujawnienie tych informacji naruszono prawo do skutecznego środka prawnego, stwierdzenie to nie musi koniecznie prowadzić do wydania przez tę instytucję zamawiającą ponownej decyzji o udzieleniu zamówienia, o ile krajowe prawo proceduralne pozwala sądowi rozpatrującemu sprawę na zastosowanie w toku postępowania środków przywracających poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego lub na uznanie, że odwołujący się może ponownie wnieść odwołanie od już podjętej decyzji o udzieleniu zamówienia. Bieg terminu na wniesienie takiego odwołania może rozpocząć się dopiero w dniu, w którym ów odwołujący się uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.”

Izba ustaliła, że pismem z dnia 3 stycznia 2023 roku - INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY ORAZ POWTÓRZENIU CZYNNOŚCI BADANIA I OCENY OFERT Zamawiający powiadomił wykonawców w zakresie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że:

Działając na podstawie art. 18 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2022r., w sprawie o sygn. akt KIO 3316/22, Zamawiający informuje, że unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtarza czynność badania i oceny ofert.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.

U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska zawarte w pismach procesowych złożonych przez Zamawiającego *Odpowiedź na odwołanie* z dnia 18 stycznia 2023 roku oraz Odwołującego *Pismo procesowe* z dnia 24 stycznia 2023 roku, oraz w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Izba dopuściła dowód wnioskowany przez Odwołującego tj. dowód z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3316/22. Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego i nie dopuściła dowodu zgłoszonego przez Odwołującego przy piśmie procesowym tj.: *wniosek o udostępnienie protokołu postępowania odpowiedź Zamawiającego na wniosek Odwołującego o udostępnienie protokołu* jako bezprzedmiotowych dla rozpoznania tej sprawy odwoławczej.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 stycznia 2023 roku od zaniechania czynności odrzucenia oferty GRAPH'IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej „GRAPH'IT”).

Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Zgodnie z art. 528 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;
- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego;
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;

6) odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3316/22 Izba w wyroku między innymi uwzględniła odwołanie w części (w części tego zarzutu 1 zostało wydane postanowienie o umorzeniu z uwagi na uwzględnienie, co oznacza, że nie podlegało ocenie merytorycznej Izby) w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 2 i 3 Pzp, przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy GRAPH'IT dotyczących rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia zastrzeżenia tego dokumentu i nakazała zamawiającemu: *unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych pismem z dnia 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę GRAPH'IT Sp. z o.o. z wyłączeniem danych dotyczących szczegółowej kalkulacji ceny oferty, nazw kontrahentów, opisu autorskich rozwiązań technologicznych.*

W zakresie czynności nakazanych przez Izbę w wyroku, w wyniku uwzględnienia zarzutu 1 w części poddanej ocenie merytorycznej, Zamawiający obowiązany był:

- unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzyć czynność badania i oceny ofert, w tym *odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych pismem z dnia 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę GRAPH'IT Sp. z o.o. z wyłączeniem danych dotyczących szczegółowej kalkulacji ceny oferty, nazw kontrahentów, opisu autorskich rozwiązań technologicznych.*

Odwołanie natomiast złożone jest wobec niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności odrzucenia oferty GRAPH'IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej „GRAPH'IT”).

Tym samym odwołanie, złożone jest wobec zaniechania czynności jaka nie była objęta orzeczeniem Izby, a Zamawiający w dniu 3 stycznia 2023 roku wykonał wyrok Izby unieważniając czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i informując o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert oraz udostępnił dokumenty określone w wyroku Izby z dnia 29 grudnia 2022 roku.

Wnioskowana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia odwołania tj. art. 528 pkt 5 ustawy nie znajduje uzasadnienia, bowiem odwołanie nie dotyczy czynności jakie zostały wykonane przez Zamawiającego zgodnie z wyrokiem, a jakie to zostały powyżej w uzasadnieniu tego postanowienia przytoczone przez Izbę. Nadmienić należy również, że

Zamawiający w zakresie tego wniosku nie przedstawił w piśmie procesowym uzasadnienia tego stanowiska, w tym nie wskazał podstaw faktycznych takiego wniosku. Izba z urzędu rozpoznaje przesłanki odrzucenia odwołania i w tym przypadku Izba nie stwierdziła zaistnienia podstawy odrzucenia odwołania.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania podniesionego przez uczestnika postępowania odwoławczego w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego – o odrzucenie odwołania z uwagi na to, że Izba badała już zasadność zarzutu rażąco niskiej ceny w sprawie o sygn. akt KIO 3316/22, Izba wniosek ten uznała za niezasadny i nie stwierdziła podstawy do odrzucenia odwołania.

Na wstępie należy wskazać, że dla podniesionego wniosku wykonawca nie podniósł żadnej argumentacji faktycznej.

W ocenie Izby nie zaistniała podstawa odrzucenia tego odwołania na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy dlatego, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego, bowiem w ocenie Izby przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie sygn. akt KIO 3316/22 nie były okoliczności które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, na jakie powołuje się obecnie w odwołaniu Odwołujący.

W orzecznictwie Izby, ale również sądów powszechnych i Sądu Najwyższego - uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2013 r. III CZP 58/13 - utrwaliła się jednolita obecnie praktyka, że w postępowaniu odwoławczym możliwe jest kształtowanie zarzutów ewentualnych. Tym samym, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 roku sygn. akt XXIII Zs 53/21 należy podać: *Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie sPzp.*

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego

Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z dnia 4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt III CZP 58/13, OSNC 2014, nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r. (sygn. akt IV CR 403) wskazując, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu. Wniosek więc jest taki, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą uwzględnienie zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego, a tym samym i braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności faktycznych dotyczących żądania ewentualnego skoro żądanie ewentualne nie jest przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego.

W wyroku z 29 grudnia 2022 roku Izba jednoznacznie w punkcie 2 podał, że w części poddanej merytorycznej ocenie uwzględniła zarzut 1 i nakazała określone czynności. Zarzut 1 w wymienionym wyroku stanowił zarzut główny, a kolejne trzy zarzuty podniesione były ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1). Wymaga podkreślenia, że zarzut pierwszy był wielowątkowy i dotyczył również treści dokumentów wymaganych na potrzeby oceny ofert w ramach kryterium nr 2 i nr 3, tj. załącznika nr 4 i nr 5 do SWZ, który to zarzut 1 w tej części nie był przez Izbę uwzględniony. W treści wyroku sygn. akt KIO 3316/22, w punkcie 3 wyrzeczono: *oddala odwołanie w pozostałym zakresie.*

Jak podał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyżej cytowanym orzeczeniu przy uwzględnieniu żądania zasadniczego *Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym.* Wymaga odnotowania również, że w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 grudnia 2022 roku Izba podała jednoznacznie również, że *nie podlegały rozpoznaniu na tym etapie zarzuty ewentualne.* Nie podlegały one rozpoznaniu, bowiem nie mogły być rozpoznawane i co do tych zarzutów Izba nie mogła wyrzekać. Potwierdza to również fakt braku jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego w zakresie, jak twierdzi uczestnik postępowania odwoławczego, badania zasadności zarzutu rażąco niskiej ceny – nie przedstawił uzasadnienia, bowiem nie miał się do czego odnieść. Konstrukcja zrzutu ewentualnego jest w zasadzie taka, że rozpoznanie zarzutu podstawowego niweczy zarzuty ewentualne, po prostu w postępowaniu ich nie ma i nie wymagają one w takiej sytuacji żadnego odniesienia w sentencji orzeczenia.

W sposób jednoznaczny Izba w wyroku z dnia 29 grudnia 2022 roku w punkcie 1 umorzyła w części zarzutu 1 postępowania z powodu jego uwzględnienia – co skutkowało

nierozpoznawaniem merytorycznym w tej części – a w części zarzutu 1 skierowanego do rozpoznania na rozprawie uznała zarzut za zasadny czemu dała wyraz w punkcie 2 wyroku oraz nakazała określone czynności, to jednocześnie pozbawiło to bytu i nadało charakter bezprzedmiotowości zarzutów ewentualnych. Natomiast zarzut 1 w części uznany za niezasadny został wyrzeczony przez Izbę w punkcie 3 wyroku, gdzie Izba wyrzekła, że *oddala odwołanie w pozostałym zakresie*.

W konsekwencji skoro zarzuty ewentualne pozbawione zostały bytu z uwagi na rozstrzygnięcie merytoryczne w zakresie zarzutu 1 polegające na częściowym uwzględnieniu, a następnie w zakresie tego zarzutu częściowym oddaleniu i częściowym jego umorzeniu, to nie sposób wywieść z tego, że rozpoznaniu poddane zostały zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny – zarzuty ewentualne. Jednocześnie brak jakiegokolwiek uzasadnienia wniosku o odrzucenie odwołania zgłoszonego przez uczestnika również dowodzi tego, że nie ma podstaw do uznania zasadności spełnienia przesłanek z ww. przepisu.

Izba, na dzień wydania tego postanowienia, ustaliła że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została unieważniona, w wyniku wykonania wyroku z dnia 29 grudnia 2022 roku, czynność Zamawiającego z dnia 1 grudnia 2022 roku wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła również, że nie została na dzień złożenia odwołania tj. 13 stycznia 2023 roku dokonana w postępowaniu o udzielenie zamówienia jakakolwiek inna czynność, w tym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej czy też czynność odrzucenia jakiejkolwiek ofert. Z informacji pochodzącej od Zamawiającego, a przekazanej za pismem z dnia 18 stycznia 2023 roku wynika, że Zamawiający – po unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 3 stycznia 2023 roku pozostaje w procesie badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 253 ustawy niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wynikający z powyższego przepisu obowiązek informacyjny realizuje ustawowe zasady jawności i przejrzystości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz co istotne realizowany jest jednocześnie w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy w postępowaniu złożyli oferty. Zgodnie z powyższym, wykonawcy uzyskują informację o wykonawcach wybranych, wykonawcach którzy złożyli oferty ale również o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Z ustaleń dokonanych przez Izbę, które nie były kwestionowane w żaden sposób przez strony postępowania odwoławczego – wynika jednoznacznie, że 3 stycznia 2023 roku Zamawiający przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przekazał dokumenty jakie Izba w wyroku z dnia 29 grudnia 2023 roku nakazała odtajnić. Mając na uwadze treść art. 253 ustawy wymaga wskazania, że w dniu 3 stycznia 2023 roku Zamawiający nie powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach którzy złożyli oferty w postępowaniu oraz o ewentualnych odrzuconych w postępowaniu ofertach. Wyjaśnia się w tym miejscu, że czynności, o których obowiązek informacyjny zgodnie z art. 253 ustawy nałożony został na Zamawiającego wykonuje on równocześnie w stosunku do wszystkich wykonawców i kompleksowo co do informacji określonych tym przepisem. Oznacza to w kontekście tego postępowania odwoławczego, że aby skutecznie kwestionować zaniechanie odrzucenia ofert GRAPH'IT Zamawiający musiał dokonać wszystkich innych czynności i co najważniejsze przekazać informację o nich wykonawcy. Dla skutecznego podnoszenia zarzutów wobec czynności podjętych czy też zaniechanych przez Zamawiającego, niezbędne jest podjęcie lub zaniechanie tych czynności przez Zamawiającego. W przypadku wnoszenia odwołania *wobec niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności odrzucenia oferty GRAPH'IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej „GRAPH'IT”)* – jaką to czynność kwestionuje Odwołujący – niezbędne jest zakończenie przez Zamawiającego procesu badania i oceny ofert oraz zakomunikowanie tego wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu, zgodnie z art. 253 ustawy. W rozpoznawanej sprawie odwoławczej, Zamawiający po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 3 stycznia 2023 roku, nie zakomunikował wykonawcom zakończenia procesu badania i oceny ofert.

W ocenie Izby zaistniały w sprawie stan faktyczny skutkuje umorzeniem postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia w przypadku (...) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Na podstawie ww. przepisu ustawy podstawą do umorzenia postępowania jest stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Regulacja powyższa wymaga przeprowadzenia indywidualnej oceny każdego przypadku dotyczącego danego stanu faktycznego .

W rozpoznawanej sprawie zostało wniesione odwołanie od czynności - *wobec niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności odrzucenia oferty GRAPH'IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej „GRAPH'IT”)* - która na moment wydania postanowienia nie istnieje. Czynność ta nie istniała również na moment wnoszenia odwołania.

W orzecznictwie jednoznacznie przyjmuje się, że unieważnienie przed terminem rozpoznania sprawy odwoławczej zaskarżonej czynności, np. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności / zaniechania odrzucenia oferty powoduje, że spór staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność Zamawiającego. W takich przypadkach postępowanie zostaje umorzone. Tym samym jeżeli odwołanie wniesione zostało od czynności / zaniechania Zamawiającego, która w ogóle nie istniała na dzień wniesienia odwołania – tak jak ma to miejsce w rozpoznawanym przypadku – to spór wywołany wniesionym odwołaniem również jest bezprzedmiotowy i w konsekwencji musi prowadzić do umorzenia postępowania odwoławczego.

Należy podkreślić, że tak jak w przypadku unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej po wniesieniu odwołania, tak również w przypadku, gdy w ogóle brak jest czynności / zaniechania podnoszonego przez Odwołującego (jak w rozpoznawanej sprawie odwoławczej) nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy podnoszonych w zarzutach odwołania, czy też nie. W takim przypadku Izba nie ma do czego odnosić zarzutów odwołania, bowiem nie istnieje czynność / zaniechanie Zamawiającego, które kwestionowane są przez Odwołującego.

Dla oceny spełnienia przesłanek umorzenia postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy, obojętna pozostaje przyczyna unieważnienia czynności, tak jak w tym przypadku nie ma znaczenia, że unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nastąpiło w wyniku wykonania wyroku Izby. Istotnym jest z punktu widzenia tych przesłanek zaistnienie danej okoliczności, a nie jej przyczyna.

Tym samym postępowanie odwoławcze stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia czynność / zaniechanie Zamawiającego w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechania czynności odrzucenia oferty GRAPH'IT nie istnieją (podnoszone w odwołaniu zaniechanie czynności odrzucenia oferty GRAPH'IT), co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy. W ramach przesłanek odrzucenia odwołania brak jest podstawy związanej z przedwcześnieścią złożenia odwołania,

jednakże zasadne jest umorzenie z uwagi na zbędność takiego postępowania odwoławczego z powodu braku substratu zaskarżenia.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, Izba podkreśla w tym miejscu, że jednoznacznie Odwołujący oświadczył, że został poinformowany w dniu 3 stycznia 2023 roku o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzeniu czynności badania i oceny ofert oraz pismem z tego samego dnia zostały przekazane częściowo odtajnione dokumenty GRAPH'IT z wyłączeniem danych dotyczących szczegółowej kalkulacji ceny oferty, nazw kontrahentów, opisu autorskich rozwiązań technologicznych.

Nieprawdziwe i niezgodne ze stanem faktycznym było stanowisko Odwołującego wyrażone w ww. piśmie, a mianowicie, że po uwzględnieniu zarzutu zaniechania udostępnienia wyjaśnień GRAPH'IT w zakresie rażąco niskiej ceny, Izba wyrokiem z dnia 29 grudnia 2022 roku nakazała Zamawiającemu, w ramach czynności badania i oceny ofert, jedynie udostępnić ww. wyjaśnienia, a nie nakazała natomiast dokonania innych czynności. Z wyroku sygn. akt KIO 3316/22 jednoznacznie wynika, że Izba nakazała *unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych pismem z dnia 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę GRAPH'IT Sp. z o.o. z wyłączeniem danych dotyczących szczegółowej kalkulacji ceny oferty, nazw kontrahentów, opisu autorskich rozwiązań technologicznych.* Odwołujący wybiórczo czyta zatem wyrok Izby, bo dostrzega nakazany obowiązek powtórzenia czynności badania i oceny ofert ale nie dostrzega już nakazanego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (wybór z dnia 1 grudnia 2022 roku).

Odwołujący podał, że Zamawiający na dzień 24 stycznia 2023 roku nie dokonał czynności odrzucenia oferty GRAPHIT, jednocześnie podał, że na dzień 1 grudnia 2022 r. uznał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą, oraz podał, że wyrokiem z dnia 29 grudnia 2022 r. Izba nie nakazała odrzucić oferty tego wykonawcy, a jedynie nakazała odtajnić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez GRAPHIT – takie stanowisko jest jedynie w części prawdziwe, co do stanu faktycznego, bowiem wyrokiem z 29 grudnia 2022 roku Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co Odwołujący skrzętnie pomija w części swojej argumentacji, jak również to, że Zamawiający pismem z dnia 3 stycznia 2023 roku unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zgodnie z wyrokiem powtarza czynność badania i oceny ofert. Skoro Zamawiający powtarza czynność badania i oceny ofert i nie zakończył tego procesu, co wynika z tego, że nie wykonywał jeszcze obowiązku informacyjnego z art. 253 ustawy to fakt, że nie dokonał odrzucenia oferty GRAPHIT jest jedynie wynikiem powyższego.

Wymaga podkreślenia, że od dnia 3 stycznia 2023 roku nie istnieje w obiegu już czynność z dnia 1 grudnia 2022 roku wyboru oferty GRAPHIT, ponieważ w wyniku wykonania wyroku z dnia 29 grudnia 2022 roku została ona unieważniona (unieważniona czynność wyboru oferty najkorzystniejszej). Ustawa, poza przepisami związanymi z określeniem terminu związania ofertą, nie nakłada na Zamawiającego żadnego rygoru czasowego co do wykonania czynności związanych z powtórzeniem czynności badania i oceny ofert. Niezrozumiałą jest zatem argumentacja Odwołującego, że *Zamawiający, który dotychczas podtrzymywał stanowisko o prawidłowości ceny oferty GRAPHIT, nie ponowił wyboru oferty najkorzystniejszej niezwłocznie po wykonaniu czynności nakazanej przez Izbę, tj. po udostępnieniu odtajnionej części wyjaśnień, świadczy wyłącznie o złej woli Zamawiającego i zamiarze wykorzystania skomplikowanej procesowo sytuacji.* Nie można się zgodzić z tym stanowiskiem bowiem, po pierwsze sytuacja procesowa Odwołującego nie jest w żadnej mierze skomplikowana – Zamawiający unieważnił czynności zgodnie z wyrokiem Izby i ponowił czynność badania i oceny ofert, co oznacza, że musi zakończyć proces badania i oceny ofert, a następnie podać zgodnie z obowiązkiem informację o dokonanych czynnościach. Zamawiający dokona zatem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, od której przysługiwać będzie zainteresowanemu i uprawnionemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Tym samym, podanie tych informacji czyli dokonanie określonych czynności otworzy wykonawcom, którzy złożyli oferty, drogę do skarżenia tych czynności czy wynikających zaniechań Zamawiającego na drodze postępowania odwoławczego. Można by określić tą sytuację jako „klasyczną” w zakresie postępowania czy to o udzielenie zamówienia publicznego czy też postępowania odwoławczego.

Izba podkreśla, że podstawą wykonania czynności przez Zamawiającego był wyrok Izby, tj. wyrzeczenie w punkcie 2 wyroku z dnia 29 grudnia 2022 roku sygn. akt KIO 3316/22.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami art. 553 ustawy o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku, w pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. W zakresie każdego z ww. orzeczeń Izba z urzędu sporządza uzasadnienie, które zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa (art. 559 ust. 1 i 2 ustawy). Szczegółowo zakres orzeczenia – wyroku czy postanowienia – określa § 37 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie *postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020r. poz. 2453). W ocenie Izby,

Odwołujący powołując się na treść uzasadnienia wyroku, błędnie ustalając stan faktyczny w oparciu o wyrok przez pominięcie nakazanej w wyroku czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przedstawia uzasadnienie skuteczności wniesienia odwołania w terminie 13 stycznia 2023 roku i zasadności kwestionowanej czynności, w sposób nieprawidłowy, przez odwołanie się do treści uzasadnienia wyroku. To nie uzasadnienie orzeczeni tworzy określony stan, lecz wyrok Izby. Natomiast uzasadnienie orzeczenia zawierające między innymi uzasadnienie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia nie stanowi wyroku Izby, lecz jego uzasadnienie. Potoczne odniesienie do *wyroku* jako całości, czyli wyroku i uzasadnienia, i na tej podstawie czyli w oparciu o uzasadnienie, a nie treści wyroku, budowanie zarzutów odwołania oraz kwestionowanie czynności / zaniechań, co do której te zarzuty są budowane, w żaden sposób nie uzasadnia skutecznego wniesienia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy w zw. z § 9 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) zgodnie z którym, 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.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w postanowieniu.

Przewodniczący: