

Sygn. akt: KIO 3051/23

POSTANOWIENIE
z dnia 26 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 26 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez wykonawcę **MIRBUD S.A. w Skierniewicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Mienia Wojskowego w Warszawie**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20.000,00 zł (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy MIRBUD S.A. w Skierniewicach, stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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

Agencja Mienia Wojskowego w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem są roboty budowlane dla zadania inwestycyjnego nr 01741 „Budowa hali sportowej wraz z niezbędną infrastrukturą na terenie K-3789 Wesoła”, numer referencyjny: DZP-BP.2611.85.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 kwietnia 2023 roku nr 2023/S 075-227314.

Wykonawca MIRBUD S.A. w Skierniewicach zwany dalej „odwołującym”, w dniu 16 października 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp oraz z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 226 ust.1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, że nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty TEXOM sp. z o.o. w Krakowie (dalej „TEXOM”), pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, z uwagi na jej niezgodność z przepisami ustawy Pzp w zakresie obligatoryjnego wykonawstwa części robót budowlanych przez podmiot trzeci, udostępniający swoje zasoby doświadczenia, tj. Pre-Fabrykat sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu, do realizacji których te zdolności są wymagane; powyższe skutkowało pogwałceniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz utratą przez Postępowanie waloru przejrzystości i ostatecznie doprowadziło do wyboru oferty TEXOM sprzecznie z przepisami ustawy Pzp, gdyż ocenie została poddana oferta, której Zamawiający w ogóle nie powinien był przyznawać punktów ani klasyfikować w rankingu ofert;
- 2) art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp oraz z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 226 ust.1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z cz. VII ust. 2 zdanie drugie Opisu Warunków Udziału (dalej: „OWU”), poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, że nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty TEXOM, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie obligatoryjnego wykonawstwa części robót budowlanych przez podmiot trzeci, udostępniający swoje zasoby doświadczenia, tj. Pre-Fabrykat sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu, do realizacji których te zdolności są wymagane; powyższe skutkowało pogwałceniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz utratą przez Postępowanie waloru

przejrzystości i ostatecznie doprowadziło do wyboru oferty TEXOM sprzecznie z przepisami ustawy Pzp, gdyż ocenie została poddana oferta, której Zamawiający w ogóle nie powinien był przyznawać punktów ani klasyfikować w rankingu ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia oferty TEXOM, z uwagi na wystąpienie dwóch niezależnych przyczyn jej odrzucenia,
- 3) dokonania wyboru swej oferty, jako oferty najkorzystniejszej.

Ustalono także, że 16 października 2023 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze, gdyż dalsze postępowanie stało się zbędne. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.*

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający w dniu 16 października 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która została zaskarżona w odwołaniu, oraz powrócił do czynności badania i oceny ofert.

Na uwagę zasługuje fakt, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest tym momentem, który wyznacza koniec procesu badania i oceny ofert, w tym analizy istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, podstaw odrzucenia oferty, czy badania skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstw informacji składanych przez wykonawców. Zamawiający wybierając daną ofertę jako najkorzystniejszą przesądza, że oferta ta nie podlega odrzuceniu, a wykonawca który ją złożył nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Skutkiem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej było to, że zamawiający powrócił do etapu badania i oceny ofert. O zakończeniu tego procesu będzie można mówić w momencie zawiadomienia wykonawców o rezultatach badania (np. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej czy unieważnienia postępowania).

Dostrzeżenia wymaga również, że zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy Pzp *odwołanie przysługuje na:*

- 1) *niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;*
- 2) *zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;*
- 3) *zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.*

Z przepisu tego wynika zatem, że odwołanie nie przysługuje wobec zamiaru czy zapowiedzi dokonania bądź niedokonania jakiejś czynności. W tej sytuacji rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów skierowanych wobec historycznych, nieistniejących na moment wyrokowania, czynności zamawiającego stało się zbędne. Wykonawcom służyć będzie prawo wniesienia odwołania w terminie liczonym od dnia zawiadomienia o ewentualnej nowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej lub czynności unieważnienia postępowania, gdyż dopiero w tym momencie będzie można mówić o istnieniu substratu zaskarżenia (to jest czynności lub zaniechania zamawiającego).

Na konieczność umorzenia postępowania odwoławczego w analogicznej sytuacji wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie Izby, por. przykładowo postanowienie Izby z dnia 4 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3094/21 oraz KIO 3105/21.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych

kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę 20.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: