

Sygn. akt: KIO 439/23

## POSTANOWIENIE

z dnia 3 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Poprawa**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 3 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2023 r. przez wykonawcę: **ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce, Jasionka 942, 36 – 002 Jasionka**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Politechnikę Lubelską ul. Nadbystrzycka 38 D, 20 – 618 Lublin**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum **Swietelsky Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Lider Konsorcjum, ul. Cisowa 9, 20-703 Lublin oraz Swietelsky AG – Partner Konsorcjum, Edlbacherstraße 10, A4020 Linz**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 439/23 po stronie zamawiającego

### postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ERBUD INTERNATIONAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce, Jasionka 942, 36 – 002 Jasionka kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia 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 2022 poz. 1710 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 - Politechnika Lubelska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Przebudowa Domu Studenckiego nr 1 Politechniki Lubelskiej w ramach dostosowania do nowelizacji przepisów przeciwpożarowych i podniesienia standardu w pokojach mieszkalnych” – znak postępowania: KP-272-PNU-91/2022. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (zwana dalej Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2022/S 216-620691-PL z dnia 09 listopada 2022 r.

W dniu 17 lutego 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Erbud International Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce (zwanego dalej Odwołującym) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań czynności Zamawiającego tj. od:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Swietelsky Sp. z o.o.- Lider Konsorcjum, ul. Cisowa 9, 20-703 Lublin, Swietelsky AG – Partner Konsorcjum, Edlbacherstraße 10, A4020 Linz, (zwanym dalej „Wykonawcą” lub „Konsorcjum Swietelsky”) dokonanej 7 lutego 2023 r.,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 i ust. 2 Pzp, w zw. z art. 7 pkt 27 Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z przepisami ustawy i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że oferta wskazanego Wykonawcy przewiduje realizację zamówienia w całości przy udziale podwykonawców, tj. mimo wskazania przez Wykonawcę w ofercie, że całość wykonania zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, ewentualnie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia określonymi w Rozdziale XXI pkt 1 i 2 SWZ i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej,

mimo że oferta wskazanego Wykonawcy przewiduje realizację zamówienia w całości przy udziale podwykonawców,

- b) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 58 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 462 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, w związku z tym, że jest sprzeczna z ustawą Pzp, bowiem przewiduje realizację zamówienia w całości przez podwykonawców, ewentualnie mającej na celu obejście przepisów tej ustawy dotyczących braku możliwości powierzania podwykonawcom realizacji całości zamówienia, czy też obejście przepisu zobowiązującego do udzielenia zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami,
- c) naruszenie art. 239 ust 1 Pzp, art. 16 pkt 1 Pzp, art. 16 pkt 2 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy mimo naruszeń wskazanych powyżej w pkt a) – b), co w konsekwencji doprowadziło do prowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Swietelsky;
- 2) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert,
- 3) odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Swietelsky,
- 4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

W dniu 2 marca 2023 r. wpłynęło do Prezesa krajowej Izby Odwoławczej pismo Zamawiającego, w którym Zamawiający poinformował, że w dniu 27 lutego 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert. Mając na względzie powyższe, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, względnie o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt. 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

*Zgodnie ze stanowiskiem doktryny „podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.”* (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18, w którym SN analizował rozbieżność orzecniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 kpc jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę, że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku). Dalej Sąd wywiódł, że skoro wskutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda - zazwyczaj w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami - proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe. W

konsekwencji trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie o charakterze procesowym w postaci umorzenia procesu jest w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego procesu.

W ocenie Izby powyższe rozważania prawne mają zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała już czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie przedmiotowy spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba wydając orzeczenie 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 w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18). Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment

zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy Pzp – zbędne. Jest to nowa przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp 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) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę 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. Na podstawie art. 574 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczanego wpisu w wysokości 20 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....