

Sygn. akt: KIO 2015/22

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 11 sierpnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 sierpnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **M. ., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą MR System M. L.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Serviceline sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10.000,00 zł (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy M. L., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą MR System M. L., stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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, Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego z siedzibą w Warszawie, prowadzi 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 „ustawą Pzp” lub „Pzp” - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa instalacji elektronicznych zabezpieczeń dot. systemów: Sygnal. Włamania i Napadu, Kontroli Dostępu, telewizji dozorowej, alarmowania ppoż w bud. przy ul. Krakowskie Przedmieście 21/23 w W-wie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 maja 2022 r. nr 2022/BZP 00172806.

1 sierpnia 2022 r. wykonawca M. L., prowadzący w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą MR System M. L., zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z pkt 2.5 i 2.6 Projektu budowlanego (stanowiącego element Załącznika nr 7 do SWZ) przez zaniechanie odrzucenia oferty ServiceLine, pomimo że jest niezgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi obowiązku wykonania części prac objętych przedmiotem zamówienia przez wykonawcę posiadającego certyfikat autoryzowanego instalatora w zakresie wdrożenia i serwisowania systemu zarządzania budynkiem GEMOS;
- 2) art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z Rozdziałem 4 część II ust. 3 pkt 10 SWZ poprzez podanie, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacji wprowadzających w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu, tj. podanie nieprawdziwych informacji dotyczących rzekomego zlecenia podwykonawstwa ELA-COMPIL w celu wywarcia wrażenia, iż oferta ServiceLine jest zgodna z warunkami zamówienia;
- 3) ewentualnie - art. 128 ust. 1 i 4 oraz ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia rozbieżności treści koncesji ze stanem faktycznym oraz do uzupełnienia aktualnej koncesji;
- 4) Art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty ServiceLine pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu;
- 5) 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 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- b. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji wykluczenia ServiceLine z Postępowania oraz odrzucenia oferty złożonej przez ServiceLine;
- c. ewentualnie – gdyby zarzuty zaniechania odrzucenia oferty ServiceLine lub wykluczenia tego Wykonawcy z Postępowania okazały się niezasadne - powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania ServiceLine do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy treścią przedłożonej koncesji a stanem faktycznym oraz uzupełnienia aktualnej koncesji.

Ustalono także, że 11 sierpnia 2022 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie z 11 sierpnia 2022 r., w której oświadczył m.in., że 8 sierpnia 2022 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Do odpowiedzi załączono zawiadomienie zamawiającego z 8 sierpnia 2022 r. o unieważnieniu czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Serviceline sp. z o.o., oraz powtórzeniu 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 8 sierpnia 2022 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 lipca 2022 r., która została zaskarżona w odwołaniu, oraz powrócił do czynności badania i oceny ofert.

Podkreślenia wymaga, 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 czy podstaw odrzucenia oferty. 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 rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów 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 rozliczania 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 10.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....