

POSTANOWIENIE
z dnia 9 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

wobec cofnięcia w dniu 9 stycznia 2015 r. przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2014 r. przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji w Gdańsku, przy udziale wykonawcy Przembud Gdańsk S.A.w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie kwoty 18 000 zł 00 gr [osiemnastu tysięcy złotych, zero groszy] stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 2763/14

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Generalne wykonawstwo robót pn.: „Komisariat Policji Gdańsk Śródmieście - budowa nowej siedziby” wraz z opracowaniem projektu wykonawczego*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w dniu 23 grudnia 2014 r. wniósł odwołanie wobec:

- 1) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę Przembud Gdańsk S.A. w Gdańsku, której oferta powinna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu;
- 2) zaniechanie wykluczenia Przembudu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z podaniem nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania oraz w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału kadrowego w odniesieniu do wykazanych projektantów w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń przez okres minimum 5 lat, z zastrzeżeniem ewentualnego nakazania uprzedniego dodatkowego wezwania tego wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, jednak bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów z uwagi na dokonanie już wcześniej wezwania wybranego wykonawcy w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
- 3) zaniechanie wykluczenia Przembudu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z podaniem nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania oraz w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału kadrowego w odniesieniu do wykazanego projektanta w specjalności elektrycznej i elektroenergetycznej bez ograniczeń przez okres minimum ewentualnie:
- 4) zaniechanie wezwania Przembudu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, o ile nie potwierdzi się zarzut podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, z zastrzeżeniem uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;

- 5) zaniechanie wykluczenia Przembudu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z podaniem nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania oraz w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału kadrowego w zakresie wykonawstwa w odniesieniu do osoby wykazanej na stanowisko Kierownika robót do sprawowania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie o specjalności sieci i instalacje telekomunikacyjne bez ograniczeń, ewentualnie:
- 6) zaniechanie wezwania Przembudu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, o ile nie potwierdzi się zarzut podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, z zastrzeżeniem uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący, na posiedzeniu, cofnął odwołanie wobec faktu, że Zamawiający unieważnił kwestionowany w odwołaniu wybór najkorzystniejszej oferty z 16 grudnia 2014 r. oraz dokonał ponowionej czynności z 7 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W związku z tym, że po złożeniu odwołania na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wiążące się z tym wyborem czynności i zaniechania związane z oceną uprawnień czterech osób wskazanych jako potencjał techniczny [16 grudnia 2014 r.] Zamawiający unieważnił ten wybór, a także w dniu 7 stycznia 2015 r. dokonał nowej czynności w tym zakresie, Odwołujący cofnął odwołanie.

Na gruncie analizowanej sprawy, czynność kwestionowana w odwołaniu, stanowiąca wybór najkorzystniejszej oferty oraz jej pozytywna ocena przez Zamawiającego zostały zatem unieważnione. Oznacza to tyle, że nie tylko zarzucane w odniesieniu do tego wyboru naruszenia przepisów prawa, ale przede wszystkim sama czynność kwestionowana w odwołaniu, utraciły swój byt. Zamawiający bowiem w dniu 30 grudnia 2014 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z treścią art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Orzeczenie winno zatem rozstrzygać o zarzutach i żądaniach kierowanych wobec kwestionowanych czynności, uwzględniając zarazem wszystkie okoliczności, także te które nastąpiły po wniesieniu odwołania, a wpływają na ocenę zarzutów stawianych w odwołaniu. W analizowanej sprawie, na moment wydania orzeczenia, kwestionowane w odwołaniu czynności – wybór oferty oraz poprzedzająca ten wybór ocena oferty wykonawcy Przembud Gdańsk SA w Gdańsku z 16 grudnia 2014 r. nie

istnieją - zostały przez Zamawiającego unieważnione. Podkreślenia wymaga, że wyeliminowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 16 grudnia 2014 r. czyni bezprzedmiotowymi wszystkie zarzuty sformułowane wobec wyboru oraz oceny oferty wskazanego wykonawcy.

Wraz z unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty traci bowiem swój byt poprzedzająca ten wybór ocena złożonych ofert. Dokonana ponowna ocena ofert, nawet jeśli jest taka sama, nie jest tą samą oceną. Dostrzec trzeba, że wybór najkorzystniejszej oferty nie jest tylko formalną czynnością, której byt jest samoistny i niezwiązany z oceną złożonych ofert i dokumentów: to bezpośrednio następstwo tej oceny i z tą oceną musi być związane. Z momentem dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej, ze swej istoty traci byt ocena dokonana przez Zamawiającego w odniesieniu do złożonych dokumentów i ofert. Po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty, stan postępowania niejako wrócił do etapu, gdy postępowanie jest nierozstrzygnięte i nie jest znany nie tylko jego wynik, ale także ocena ofert i dokumentów poprzedzająca to rozstrzygnięcie. Na gruncie analizowanej sprawy, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty nie oznacza fragmentarycznego jedynie ponowienia oceny oferty, w wybranym przez Zamawiającego zakresie. Nie oznacza to w szczególności, że w ramach ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty [datowanego na 7 stycznia 2015 r.], po unieważnieniu czynności przez Zamawiającego, nastąpiło częściowe podtrzymanie wcześniejszej oceny oferty, a jedynie w określonym zakresie Zamawiający powtórzył badanie i ocenę ofert. Ponowny wybór jest następstwem ponownego badania i oceny ofert, którego rezultatu nie sposób przesądzać. W związku z tym należy uznać, że w pełnym zakresie Zamawiający powtórzył badanie i ocenę ofert a następnie dał wyraz tej oceny w informacji o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 7 stycznia 2014 r.

Na gruncie obowiązujących przepisów, brak jest podstaw do przyjęcia, że złożenie odwołania zawiesza w jakikolwiek sposób możliwość podejmowania przez zamawiającego czynności w postępowaniu. Żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie – ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, co oznacza, że należy przyznać Zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności. Okoliczność następczego, po złożeniu odwołania, unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nie może też być pominięta przy ocenie złożonego odwołania. Złożenie odwołania nie czyni ponowionych czynności nieskutecznymi. Krajowa Izba Odwoławcza bierze natomiast za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, na moment zamknięcia rozprawy. Czynności te podlegają zatem ocenie przez pryzmat ich wpływu na wynik postępowania.

W tym kontekście, zarzuty odwołania skierowane do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 16 grudnia 2014 r. dotyczą czynności historycznej, wyeliminowanej z obrotu przez Zamawiającego, co czyniłoby je bezprzedmiotowymi i pozostającymi bez wpływu na wynik postępowania, o którym mówi przepis art. 192 ust. 2 ustawy, co determinowało cofnięcie odwołania przez Odwołującego.

Jakiegokolwiek rozstrzygnięcie w odniesieniu do czynności uchylonej przez Zamawiającego nie może mieć wpływu na wynik postępowania, skoro czynność ta została zastąpiona kolejną oceną ofert, a wreszcie – ponowionym wyborem najkorzystniejszej oferty. Rozstrzygnięcie o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności nie może bowiem wpłynąć w żaden sposób na wynik postępowania, który aktualnie wyraża się w ponowionym wyborze najkorzystniejszej oferty. Wszelkie zarzuty odnoszące się do oceny ofert w postępowaniu do tej czynności jaka aktualnie istnieje w obrocie, to jest wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 7 stycznia 2014 r. oraz poprzedzającej ten wybór oceny ofert przez Zamawiającego są zaś poza zakresem odwołania [art. 192 ust. 7 ustawy].

Także zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia za koniecznością analizy i oceny ewentualnych zastrzeżeń i zarzutów, jeśli takie zostaną skierowane w odniesieniu do istniejącej na moment rozstrzygnięcia czynności Zamawiającego. W ramach tej zasady nie mieści się rozstrzygnięcie o zarzutach jedynie „dla sztuki”, mimo, że sama czynność, której te zarzuty dotyczą, jest historyczna – została już wyeliminowana przed ich rozstrzygnięciem. Pozostaje wreszcie pytanie, jakie znaczenie i skutek takiej oceny o zasadności zarzutów kierowanych wobec uchylonej czynności, miałyby rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, jeśli jednocześnie już funkcjonuje w postępowaniu ponowiona czynność Zamawiającego, zastępująca tę, o której rozstrzygnięto. Krajowa Izba Odwoławcza – w myśl art. 192 ust. 7 ustawy – Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a w myśl § 34 ust. 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48 poz. 280 ze zm.)*, orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej zawiera w przypadku wyroku m.in. rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego. Oznacza to zatem, że Krajowa Izba Odwoławcza, rozstrzygając o zarzutach danego odwołania, kierowanego wobec uchylonej na moment jego rozpoznania czynności, nie może w swym rozstrzygnięciu oceniać czynności, wobec której nie postawiono zarzutów oraz odpowiadających im żądań. Niezależnie zatem od rozstrzygnięcia o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności, ponowiona czynność, w razie jej niezakwestionowania, byłaby w takim wypadku ważną i funkcjonującą obok wydanego rozstrzygnięcia. Należy zatem uznać, że także zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia za uznaniem, że jakakolwiek ocena czynności i zaniechań Zamawiającego w danym postępowaniu winna odnosić się jedynie do

tych czynności, jakie istnieją na moment wydania orzeczenia. W innym wypadku mogłoby dość do sytuacji, że w danym postępowaniu będą istniały równocześnie zdublowane czynności, z których żadnej nie sposób będzie przyznać prymatu. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej przemawia zatem za uznaniem, że nie jest właściwą oceną czynności już nieistniejącej, unieważnionej przez Zamawiającego, jeśli w postępowaniu mamy do czynienia z ponowioną czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzoną badaniem i oceną ofert, w ramach której podjęto czynności uzupełnienia określonych dokumentów a rezultat tych czynności oraz ich oceny nie może podlegać ocenie w tym postępowaniu odwoławczym.

Reasumując, wykonawca, nie dzieląc oceny dokonanej przez Zamawiającego może podnosić odpowiednie zarzuty, wobec istniejących czynności, to jest tych, które wyrażone zostały w ramach ponowionego wyboru najkorzystniejszej oferty z 7 stycznia 2015 r., co przyświecało cofnięciu odwołania przez Odwołującego.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze. Zgodnie z powołanym przepisem, orzeczono o zwrocie Odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Skład orzekający: