

Sygn. akt: KIO 735/23

POSTANOWIENIE
z dnia 5 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 5 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2023 r. przez wykonawcę **NB Serwis II sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg w Płocku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Orange Polska S.A. w Warszawie** oraz **Roovee S.A. w Warszawie**, zgłaszających 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 **15.000,00 zł** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **NB Serwis II sp. z o.o. w Warszawie**, stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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

Miejski Zarząd Dróg w Płocku, zwany 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 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest uruchomienie, zarządzanie i eksploatacja systemu Płockiego Roweru Miejskiego w latach 2023-2025 w ramach zadania budżetowego Rower Miejski.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 stycznia 2023 r., nr 2023/S 003-004880.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 16 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca NB Serwis II sp. z o.o. w Warszawie, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Orange pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
- 2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty Konsorcjum Orange pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;
- 3) art. 74 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia dokumentów/informacji - wyjaśnień w zakresie ceny złożonych przez Konsorcjum Orange, wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił ich jemu pomimo, że Konsorcjum Orange nie wykazało, aby zawierały one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 4) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Orange;
- 3) odrzucenia oferty Konsorcjum Orange;
- 4) odtajnienia wyjaśnień ceny Konsorcjum Orange i udostępnienia ich sobie.

Ustalono także, że w trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron w dniu 29 marca 2023 r. odwołujący oświadczył, że cofa częściowo odwołanie w zakresie zarzutów dot. tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego (zarzut nr. 3 odwołania).

Ustalono także, że 4 kwietnia 2023 r., zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 6 marca 2023 r. (zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze, w zakresie zarzutu nr 3 odwołania, z powodu wycofania odwołania w tej części przez odwołującego.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący, w trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron w dniu 29 marca 2023 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze w zakresie pozostałych zarzutów odwołania, gdyż dalsze postępowanie w tej części 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 4 kwietnia 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 6 marca 2023 r., która została zaskarżona w odwołaniu, co oznacza, że 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 omawianych zarzutów odwołania 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. art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp oraz 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 odpowiednio przepis § 9 ust. 2 w zw. § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b 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 15.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: