

**Sygn. akt: KIO 2737/22**

**Sygn. akt: KIO 2738/22**

## **POSTANOWIENIE**

**z dnia 28 października 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników w Warszawie w dniu 28 października 2022 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2022r. **przez odwołujących:**

1. Crayon Poland Sp. z o.o. 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska nr 39 (Sygn. akt KIO 2737/22)
2. Operator Chmury Krajowej sp. z o.o. 00-844 Warszawa ul. Grzybowska 62 (Sygn. akt KIO 2738/22)

w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych im. Mariana Rejewskiego 00-909 Warszawa ul. Żwirki i Wigury 9/13

**przy udziale:**

- A. przystępującego Operator Chmury Krajowej sp. z o.o. 00-844 Warszawa ul. Grzybowska 62 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o Sygn. akt: KIO 2737/22 po stronie odwołującego
- B. przystępującego COMPAREX Poland Sp. z o.o. 01-204 Warszawa ul. Siedmiogrodzka 9 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o Sygn. akt: KIO 2737/22 i KIO 2738/22 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. Umorzyć obydwa postępowania odwoławcze w całości na mocy art.568 pkt 2) ustawy PZP
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwot po 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) dla każdego z odwołujących: 2.1. Crayon Poland Sp. z o.o. 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska nr 39 (Sygn. akt KIO 2737/22)

i

2.2 Operator Chmury Krajowej sp. z o.o. 00-844 Warszawa ul. Grzybowska 62  
(Sygn. akt KIO 2738/22),

tytułem zwrotu uiszczonych przez odwołujących wpisów od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych - ustawa PZP (j.t. 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 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, którego przedmiotem jest „Dostawa uprawnień do aktualizacji posiadanego oprogramowania, licencji wieczystych oprogramowania standardowego, pakietów subskrypcji usług standardowych w ramach nowej rejestracji Enterprise Agreement”.

Numer referencyjny postępowania 2616.39.2022.AC.

Ogłoszenie o zamówieniu: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 29 lipca 2022 r., ogłoszenie nr 2022/S 145-416489.

W złożonych odwołaniach obydwaj odwołujący, podnieśli zarzuty i żądania na czynności jak i zaniechania zamawiającego, wynikające z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 7 października 2022 roku.

Po wniesieniu odwołań zamawiający w dniu 26 października 2022r. poinformował o unieważnieniu czynności z dnia 7 października 2022r. wyboru najkorzystniejszej oferty oraz poinformował, że przystępuje do ponownego badania i oceny ofert.

Jeden z odwołujących (KIO 2737/22) pismem z dnia 27 października 2022r. wobec czynności zamawiającego z dnia 26 października 2022r. cofnął wniosek nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego, stwierdzając, że czyni to wobec dokonania czynności zgodnych z jego wnioskami 1) (nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty) i 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert). Powołując się pośrednio na art.568 pkt 2 PZP zażądał zwrotu pełnego wpisu od odwołania to jest powołując się bezpośrednio na § 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 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W ocenie Izby pismo to procesowo nie ma znaczenia, ponieważ PZP mówi o cofaniu zarzutów, a nie żądań (art.522 ust.3 PZP), dlatego nie wywołuje skutków prawnych przewidzianych w art.520 PZP.

Z kolei drugi odwołujący (KIO 2738/22) na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników (protokół posiedzenia – akta sprawy) popierał odwołanie, wskazując na okoliczności do

umorzenia postępowania z urzędu.

Również zamawiający, jak i przystępujący po jego stronie wskazywali na anulowanie skutków czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wynikających z treści zawiadomienia z dnia 7 października 2022r., a zamawiający potwierdzał okoliczność przystąpienia do ponownego badania i oceny ofert (protokół posiedzenia - akta sprawy).

Niemniej zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania pismem z dnia 28 października 2022r., w których wnosił o oddalenie odwołań w całości (akta sprawy).

Izba przywołuje przedmowę w obydwu pismach zamawiającego jak poniżej:

„Na wstępie Zamawiający informuje, że w następstwie analizy stawianych zarzutów, dokonał korekty podjętych czynności, zmierzając do przeprowadzenia postępowania w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami. Wyrazem tej korekty jest unieważnienie w dniu 26 października 2022 r. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w celu ponowienia oceny ofert i naprawienia wcześniej popełnionych błędów. Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przekazano Wykonawcom.

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, czyli zaistniał de facto brak substratu zaskarżenia.

Wskazana wyżej nowa czynność Zamawiającego podjęta w dniu 26 października 2022 r., podjęta po wniesieniu odwołania, uczyniła więc co najmniej, przedwczesnymi zarzuty podniesione przez Odwołującego, tudzież uczyniły je de facto bezprzedmiotowymi z uwagi na wyeliminowanie z obrotu czynności, w konsekwencji zaskarżona czynność pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w przepisie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Dla uwzględnienia odwołania konieczne jest zaistnienie naruszenia przepisów, które ma, albo może mieć, wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Nadto wskazać należy, że unieważnione przez Zamawiającego rozstrzygnięcie postępowania nie powoduje skutków prawnych, czynność nie istnieje, również nie może spowodować chociażby hipotetycznej szkody, a Odwołujący nie ma interesu w popieraniu środka zaskarżenia wobec zniesionej czynności. Dopiero rozstrzygnięcie przetargu spowoduje przesądzenie, która oferta nie podlega lub nie podlega odrzuceniu, i dopiero wtedy będzie można zarzucić Zamawiającemu zaniechanie lub błędne działanie w tym przedmiocie.

Należy zauważyć, że złożenie odwołania nie czyni ewentualnych ponowionych czynności nieskutecznymi.

Ustawodawca nie wprowadził konieczności zawieszenia czynności w przetargu, pozostawiając w tym zakresie swobodę Zamawiającemu, który - zarówno z własnej inicjatywy, jak i w wyniku analizy postawionych mu zarzutów - jest uprawniony do autokontroli swoich działań w postępowaniu.

Dokonane przez Zamawiającego unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ma nierozzerwalny wpływ na inne czynności, odrzucenia lub zaniechania odrzucenia poszczególnych ofert. Należy wskazać, że unieważnienie czynności wyboru oferty oznacza zrobienie "kroku w tył", postępowanie przetargowe cofa się z etapu po wyborze oferty do etapu, który ma miejsce po otwarciu ofert. Przesądza to o bezzasadności odwołania, które dotyczy czynności już unieważnionych przez zamawiającego. Obecnie, nie istnieje zarówno czynność wyboru, jak i odrzucenie oferty Odwołującego czy też zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego. Zatem odwołanie dotyczy czynności nieistniejących, zatem brak jest substratu zaskarżenia."

Natomiast Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, aby do zaistniałej sytuacji przypisać Izbie ocenę Zamawiającego jak poniżej:

„W ramach uwag natury ogólnej należy podkreślić, że dokonanie przez Zamawiającego unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie jest niczym niespotykanym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie rozstrzygała sprawy w tym zakresie, co spowodowało wykształcenie się linii orzeczniczej, zgodnie z którą odwołanie wobec czynności wyboru oferty, której nie ma już w przetargu, podlega oddaleniu (por wyrok Izby z dnia 3 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1693/20, KIO 2014/20 i obszernie przywołane tam orzecznictwo).”

Bowiem przywołane orzecznictwo powyżej dotyczyło uwzględnienia odwołania, z czym nie mamy miejsca i oparte było o nieistniejący stan regulacji PZP na dzień orzekania w niniejszej sprawie.

W tym stanie rzeczy odwołujący nie traci prawa do podniesienia zarzutów odwołania ponownie tak jak w niniejszych sprawach o Sygn. akt KIO 2737/22 i KIO 2738/22.

W związku z powyższym stanem faktycznym i prawnym spełnione zostały przesłanki do umorzenia postępowania, którego w ocenie Izby prowadzenie dalej jest niedopuszczalne, w myśl art. 568 pkt 2 PZP.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz odwołujących kwotę wpisu w pełnej wysokości, co znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....