

POSTANOWIENIE
z dnia 16 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego **16 listopada 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **2 listopada 2022 r.**

przez wykonawcę: **Wielobranżowy Zakład Usługowy A. S. z siedzibą we Włocławku** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków* (nr postępowania ZP.271.6.2022)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Strzelce** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć. z siedzibą w Biszczy** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze jako bezprzedmiotowe.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.**
- 3. Znosi wzajemnie pozostałe koszty postępowania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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**.

Uzasadnienie

Gmina Strzelce {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „pzp”) w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków* (nr postępowania ZP.271.6.2022). Ogłoszenie o tym zamówieniu 27 sierpnia 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00322600. Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

28 października 2022 r. Zamawiający zawiadomił o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć. z siedzibą w Biszczy {dalej: „Przystępujący”}.

2 listopada 2022 r. Wielobranżowy Zakład Usługowy A. S. z siedzibą we Włocławku {dalej: „Odwołujący”} wniósł odwołanie od powyższej czynności w zakresie objętym poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że przedłożone przez niego przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełniania przez zaoferowane oczyszczalnie wymagań Zamawiającego w zakresie naziomu, a co za tym idzie nie potwierdzają zgodności zaoferowanych oczyszczalni z warunkami zamówienia.
2. Art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej: „uznk”} w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 – przez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa: Raportu z badań i oceny właściwości wyrobu numer 1017-CPR-14.755.565, Protokołu z badań numer 14.755.710-2, Sprawozdania z badań numer GT/ 189/2022, Protokołu z badań i oceny właściwości wyrobu numer 14.755.710-1, Raportu z badań i oceny właściwości użytkowych numer 02009/22/ZOONZK, Raportu klasyfikacyjnego numer 01950/22/ ZOONZP, pomimo niewykazania ani zasadności zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ani spełnienia w odniesieniu do nich wszystkich przesłanek wynikających ze wskazanego powyżej przepisu uznk [zarzut ewentualny w stosunku do poprzedniego].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Przystępującego.
4. Odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów wymienionych powyżej w pkt 2. zarzutów [żądanie ewentualne w stosunku do poprzedniego].
5. Powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej.

8 listopada 2022 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego (datowane na 7 listopada 2022 r.), w którym wniósł on o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp w związku z unieważnieniem przez Zamawiającego zaskarżonego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z kolei w zgłoszeniu przystąpienia z 14 listopada 2022 r. Przystępujący poinformował dodatkowo o tym, że wycofał się z zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem dokumentów objętych drugim zarzutem odwołania.

Jednocześnie Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 w zw. z art. 527 ustawy pzp, jednak bez uzasadnienia, w jaki sposób miałyby w tym przypadku dojść do wypełnienia się przesłanki, zgodnie z którą odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, a w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu – zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wreszcie w ramach odpowiedzi na odwołanie z 15 listopada 2022 r. Zamawiający potwierdził, że unieważnił zaskarżony wybór najkorzystniejszej oferty, a także poinformował o czynnościach przeprowadzonych w ramach ponownego badania oferty Przystępującego i dokonaniu 15 listopada 2022 r. ponownie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. W związku z tym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie pierwszego zarzutu.

Zamawiający poinformował również o udostępnieniu Odwołującemu dokumentów odtajnionych przez Przystępującego i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie drugiego zarzutu odwołania jako bezprzedmiotowego.

Na posiedzeniu przed Izbą, po zapoznaniu się z treścią uprzednio im nieznanego pisma z 7 listopada 2022 r., Zamawiający i Przystępujący oświadczyli do protokołu, że nie oponują wnioskowi Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego jako bezprzedmiotowego.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Zamawiający nie zdecydował się na złożenie oświadczenia o częściowym uwzględnieniu odwołania, co – w razie braku sprzeciwu Przystępującego – mogłoby dać Odwołującemu asumpt do wycofania odwołania w zakresie nieuwzględnionym.

Jednakże Zamawiający unieważnił zaskarżoną czynność wyboru oferty Przystępującego i przeprowadził jej ponowne badanie, a ponadto udostępnił Odwołującemu dokumenty Przystępującego, które ten ostatni zdecydował się z własnej inicjatywy odtajnić.

Reasumując, po wniesieniu odwołania nastąpiła zasadnicza zmiana stanu rzeczy, gdyż zaskarżona czynność została unieważniona, a również zaskarżona zaniechana czynność została dokonana.

Izba zważyła, co następuje:.

Z art. 568 pkt 2 pzp wynika, że Izba umarza postępowanie odwoławcze w razie stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny (niż cofnięcie odwołania lub uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego) zbędne lub niedopuszczalne.

W tej sprawie po wniesieniu odwołania na skutek czynności Zamawiającego, który *de facto* cofnął prowadzone postępowanie do wcześniejszej fazy, w odniesieniu do obydwu zarzutów odwołania przestał istnieć tzw. substrat zaskarżenia, co czyni orzekanie o zarzucanych naruszeniach przepisów ustawy pzp zbędnym.

Z uwagi na powyższe Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 2 w zw. z art. 568 pkt 2 pzp – umorzyła postępowanie odwołanie po przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 pzp w zw. z § 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) – znosząc wzajemnie uzasadnione koszty obu Stron oraz nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej przez niego tytułem wpisu.