Sygn. akt: KIO 2851/21

POSTANOWIENIE
z dnia 18 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

| | |
|---|---|
| Przewodniczący: | Ryszard Tetzlaff |
| Członkowie: | Justyna Tomkowska<br>Agnieszka Trojanowska |
| po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu | 18 października 2021 r. |
| w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej | Izby Odwoławczej w dniu |

27 września 2021 r. przez Odwołującego Konsorcjum Firm: 1) Impel System Sp. z o.o. (Lider), 2) Impel Facility Services Sp. z o.o., 3) Hospital Service Sp. z o.o., 4) Ars Medica Sp. z o.o. z adresem dla siedziby lidera: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław
w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. J. Dietla w Krakowie, ul. Skarbowa 4, 31-121 Kraków

przy udziale wykonawców Konsorcjum Firm: 1) Food Investment S. A. (lider konsorcjum); 2) Fudeko Med Sp. z o. o. (członek konsorcjum), z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawców Konsorcjum Firm: 1) Impel System Sp. z o.o. (Lider), 2) Impel Facility Services Sp. z o.o., 3) Hospital Service Sp. z o.o., 4) Ars Medica Sp. z o.o. z adresem dla siedziby lidera: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 2851/21

UZASADNIENIE

Dnia 27.09.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożył wykonawca Konsorcjum Firm: 1) Impel System Sp. z o.o. (Lider), 2) Impel Facility Services Sp. z o.o., 3) Hospital Service Sp. z o.o., 4) Ars Medica Sp. z o.o. z adresem dla siedziby lidera: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław zwane dalej: „Konsorcjum Impel" albo „Odwołującym". Odwołania zostało złożone przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 21.09.2021r. udzielonego przez osoby ujawnione i umocowane do samodzielnej reprezentacji zgodnie zasadami reprezentacji wynikającym z załączonych do odwołania dokumentów rejestrowych wszystkich członków konsorcjum.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa sprzątania i dezynfekcji w Szpitalu Specjalistycznym im. J. Dietla w Krakowie (znak postępowania: SZP/4/2021)"; zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04.08.2021 r. pod nr 2021/S 122-323683 przez Szpital Specjalistyczny im. J. Dietla w Krakowie, ul. Skarbowa 4, 31-121 Kraków zwany dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 - zwanej dalej: „NPzp").

Czynnością będącą podstawą wniesienia odwołania była czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 17.09.2021 r. www.platformazakupowa.pl) w ramach której Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum Firm: 1) Food Investment S. A. (lider konsorcjum); 2) Fudeko Med Sp. z o. o. (członek konsorcjum), z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia zwanego dalej: „Konsorcjum Food Investment" albo „Przystępującym". Drugą pozycje w rankingu zajęło Konsorcjum Impel. Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 i art. 16 i 17 NPzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wybranego Wykonawcy mimo, że ten nie spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. warunku zdolność techniczna lub zawodowa - wiedza i doświadczenie określonego w Rozdz. XX pkt 1 ppkt 4 lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ", tj.: Wybrany Wykonawca nie spełniania ww. warunku, gdyż:

a) Lider Konsorcjum, który wykazał doświadczenie wymagane warunkiem nie będzie realizował w zamówieniu czynności, do których owo doświadczenie jest konieczne i w konsekwencji Zamawiający nie skorzysta z doświadczenia ww. Lidera;

b) Uczestnik Konsorcjum, który będzie realizował w zamówieniu czynności, do których

wymagane jest doświadczenie wymagane warunkiem, nie wykazał się jakimkolwiek

doświadczeniem.

2) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 i art. 16 i 17 NPzp poprzez zaniechania wezwanie wybranego Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej mimo, że dokumenty przedstawione przez Wybranego Wykonawcę w ww. zakresie nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. warunku zdolność techniczna lub zawodowa - wiedza i doświadczenie określonego w Rozdz. XX pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ tj.: Wybrany Wykonawca nie spełniania ww. warunku, gdyż:

a) Lider Konsorcjum, który wykazał doświadczenie wymagane warunkiem nie będzie realizował w zamówieniu czynności, do których owo doświadczenie jest konieczne i w konsekwencji Zamawiający nie skorzysta z doświadczenia ww. Lidera;

b) Uczestnik Konsorcjum, który będzie realizował w zamówieniu czynności, do których wymagane jest doświadczenie wymagane warunkiem, nie wykazał się jakimkolwiek doświadczeniem.

3) art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 NPzp poprzez zaniechanie wezwania Wybranego Wykonawcy do wyjaśnienia zasad i sposobu realizacji zamówienia w zakresie dotyczącym podstaw i przyczyn zastosowania przez Wybranego Wykonawcę zwolnienia z VAT do obliczenia ceny oferty mimo, że z treści SWZ nie wynika, że wykonawcy zobowiązani byli stosować zwolnienie z VAT do obliczenia ceny oferty;

4) art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 i 17 NPzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wybranego Wykonawcy, mimo, że oferta ww. Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu do obliczeniu ceny oferty niewłaściwej stawki podatku VAT;

5) art. 239 NPzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie

Zamawiającemu:

1) unieważnienia i uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;

3) odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę: Konsorcjum: Food Investment S. A. - lider konsorcjum, Fudeko Med Sp. z o. o.- członek konsorcjum, ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia jako:

a) oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny;

b) oferty złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto wnosił o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed KIO.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu,

w zakresie czynności z dnia 17.09.2021 r.

Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający w dniu 27.09.2021 r. wezwał () wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29.09.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum Food Investment zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez P.Z. obu konsorcjantów ujawnionego i umocowanego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonymi dokumentami rejestrowymi obu konsorcjantów. Zamawiający ani Odwołujący nie złożyli oświadczenia w przedmiocie zgłoszenia opozycji (w trybie art. 526 ust. 1 Pzp) przeciwko zgłoszonemu przystąpieniu innego wykonawcy. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum Food Investment.

W dniu 01.10.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający przekazał dokumentację postępowania w formie elektronicznej, tj. na nośniku CD. W ramach pisma przewodniego do przesłanej dokumentacji oraz zgodnie z dokumentacją postępowania Zamawiający w dniu 29.09.2021 r. https://platformazakupowa.pl/transakcja/476203) poinformował, że: „(...) wynik postępowania przekazany Wykonawcom pismem nr SZP-271/6-6/2021 z dnia 17.09.2021 r. zostaje anulowany Izba dodatkowo ustaliła, że powyższa informacja została upubliczniona przez Zamawiającego na platformie zakupowej pod adresem wskazanym powyżej.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z anulowaniem wyniku postępowania z 17.09.2021 r. może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 NPzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Izba w tym stanie rzeczy dokonała ustaleń co do ewentualnego zaskarżenia czynności Zamawiającego anulowania wyniku z 17.09.2021 r. i nie stwierdziła zaskarżenia tej czynności Zamawiającego, ani ze strony Odwołującego, ani ze strony pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty i zostali skwalifikowani w ramach rankingu złożonych ofert. Nadto, zgodnie ze stanowiskiem doktryny „5. Stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie,

wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania anulował wynik postępowania przekazany Wykonawcom pismem nr SZP-271/6-6/2021 z dnia 17.09.2021 r., do którego odnoszą się zarzuty odwołania.

Powyższe oznacza, że w dniu wydania postanowienia nie istniał substrat odwołania, tj. czynność z dnia 17.09.2021 r. będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. A jednocześnie z dniem anulowania wyniku postępowania otwierał się ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowej czynności z dnia 29.09.2021 r. Podobnie jak w przypadku unieważnienia postępowania spór stał się bezprzedmiotowy.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie - musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 NPzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność

Zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17.09.2021 r.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 NPzp Izba

wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia - co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy - nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał anulowania wyniku postepowania z 17.09.2021 r., czyli czynności będącej podstawą wniesienia odwołania, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepisu NPzp - zbędne. Jest to nowa przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności

Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 NPzp, umarzając postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 NPzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 NPzp w zw. z § 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 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty znosi się wzajemnie, a przez art. 574 NPzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 15 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący:

Członkowie: