Sygn. akt: KIO 3257/24

POSTANOWIENIE

z dnia 26 września 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron w dniu 26 września 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2024 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – konsorcjum w składzie: (1) Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Lider) oraz (2) Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu (Partner) (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Stołeczne Centrum Opiekuńczo -Lecznicze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

przy udziale Przystępującego Naprzód Marketing Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego -wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – konsorcjum w składzie: (1) Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Lider) oraz (2) Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu (Partner), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania;

3. znieść w pozostałym zakresie koszty między Stronami.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3257/24

UZASADNIENIE

Stołeczne Centrum Opiekuńczo - Lecznicze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający"), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, pn.: „Usługa kompleksowego sprzątania pomieszczeń w Zakładach Opiekuńczo- Leczniczych wchodzących w skład Stołecznego Centrum Opiekuńczo- Leczniczego Sp. z o. o." Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 94/2024 pod numerem S 286701-2024 w dniu 15/05/2024

Dnia 6 września 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. roku - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320, dalej: „ustawa Pzp") odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – konsorcjum w składzie: (1) Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Lider) oraz (2) Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu (Partner), dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie części I zamówienia polegających na:

1. badaniu i ocenie ofert;

2. wyborze przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej w części I zamówienia oferty wykonawcy Naprzód Marketing Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej NAPRZÓD), pomimo iż podlegała ona odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę;

3. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy NAPRZÓD pomimo zaoferowania przez tego Wykonawcę ceny za realizację zamówienia będącej ceną rażąco niską i niewykazania przez niego w złożonych wyjaśnieniach, że zaoferowana cena jest uzasadniona.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 1 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 239 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy NAPRZÓD z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, pomimo iż podlegała ona odrzuceniu z uwagi na okoliczność, iż zawierała rażąco niską cenę w

stosunku do przedmiotu zamówienia, którego to domniemania wykonawca nie obalił i nie uzasadnił zaoferowanej ceny.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania

w całości - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do

odwołania oraz które zostaną przedłożone w toku rozprawy, na okoliczności podane w odwołaniu lub w momencie ich przedłożenia;

4. nakazanie Zamawiającemu:

4.1. unieważnienia zaskarżonych czynności:

4.1.1. wyboru oferty najkorzystniejszej,

4.1.2. badania i oceny ofert,

4.2. powtórzenia czynności badania ofert,

4.3. odrzucenia oferty NAPRZÓD jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 505 ust. 1 PZP, jest bowiem podmiotem, który złożył ważną ofertę w postępowaniu, która była druga w kolejności najkorzystniejszą ofertą spośród złożonych i najkorzystniejszą spośród ofert, które nie podlegały odrzuceniu. Zamawiający, podejmując czynności z naruszeniem przepisów ustawy, w tym zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, zaniechał odrzucenia oferty NAPRZÓD uniemożliwiając wybór oferty Odwołującego. Odwołujący dąży do wyeliminowania z postępowania oferty NAPRZÓD a w dalszej kolejności - do wyboru własnej oferty jako najkorzystniejszej. Jego interes przejawia się zatem w możliwości uzyskania zamówienia.

Na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów PZP Odwołujący utracił możliwość zawarcia z Zamawiającym umowy na realizację zamówienia. Tym samym Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody majątkowej w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby z uzyskania i realizacji zamówienia.

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

Zamawiający poinformował Odwołującego o zaskarżonych czynnościach w dniu 27.08.2024 r. zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący przekazał odwołanie Zamawiającemu w dniu 6 września 2024r., dochowując tym samym wymogów art. 514 ust. 2 PZP. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Naprzód Marketing Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Łodzi. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 23 września 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że w dniu 23 września 2024 roku powiadomił Wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru w postępowaniu i powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w postępowaniu. Zamawiający zaznaczył, że w jego ocenie w takiej sytuacji odwołanie podlega umorzeniu z uwagi na brak aktualnie czynności Zamawiającego podlegającej zaskarżeniu (odwołaniu), ponieważ została ona unieważniona.

<u>Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:</u>

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami Zamawiającego może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny 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 dokonał nowych czynności, związanych z zarzutami odwołania, co oznacza, iż ostatecznie Zamawiający doszedł do przekonania, że mogły potwierdzić się zarzuty odwołania. Zamawiający unieważnił czynności w postępowaniu i zobowiązał się do ponowienia poszczególnych czynności, w tym ponownego badania i oceny ofert.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Dla składu orzekającego Izby oznacza to weryfikację (autokontrolę) wszystkich czynności, które dotychczas podjął w postępowaniu Zamawiający.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. A jednocześnie z dniem anulowania określonych czynności, otwierał się wykonawcom ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności Zamawiającego. 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 ustawy Pzp). 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 wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia Wykazu osób.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp 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 nowych czynności związanych z badaniem i oceną ofert, 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 ustawy Pzp – zbędne. Jest to 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. Jednocześnie wynik czynności ponowionych przez Zamawiającego będzie stanowił podstawę do korzystania ze środków prawnych przez Wykonawców po jego ogłoszeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 Pzp 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 o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie.

Na podstawie art. 574 Pzp Izba orzekała o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Pzp.

Przewodnicząca: .