**Sygn. akt: KIO 4379/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 13 grudnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca:**Katarzyna Poprawa**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2024 r. przez wykonawcę **GEMINA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Rehabilitacyjny im. dr S. Jasińskiego w Zakopanem**

**Uczestnik po stronie zamawiającego:**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum **Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczwykonawcy **GEMINA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie** kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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 4379/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Rehabilitacyjny im. dr S. Jasińskiego w Zakopanemprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.„Usługa kompleksowego utrzymania czystości w Wojewódzkim Szpitalu Rehabilitacyjnym im. dr S. Jasińskiego w Zakopanem”. Nr referencyjny nadany przez Zamawiającego: ZPP-2810-11/24, znak ZP.261.1.16.2024, zwane dalej „Postępowaniem”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) dalej: „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2024/BZP 00567659/01.

W dniu 24 listopada 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę GEMINA sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie – zwanego dalej „Odwołującym”, czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum tj.: wykonawców HOSPITAL SERVICE Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz IMPEL FACILITY SERVICES sp. z o.o. (partner konsorcjum) (dalej "Konsorcjum pomimo, że zawiera błąd w obliczeniu ceny w zakresie zastosowanej stawki podatku od towarów i usług VAT (częściowo stawka zw. zamiast 23%);
2. wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, pomimo że podlegała odrzuceniu, a w konsekwencji - zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnieniu zarzutów jak w pkt 1,2 powyżej:

1a) zaniechaniu odtajnienia oferty Konsorcjum w zakresie następujących dokumentów oraz zawartych w nich informacji: zasady sprzątania pod względem sanitarno – epidemiologicznym, zastosowanie sprzętu, zasady dezynfekcji, użyte środki, ich rodzaj w zależności od powierzchni (wykaz tych środków), grafik pracy, sposób komunikowania się z pracownikami, dostępność pracowników, dokumentację dotyczącą wykonywanych prac i dezynfekcji, zeszyty kontroli, harmonogram utrzymania czystości windy;

2a) zaniechaniu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie przedstawienia w formularzu ofertowym wyliczenia wartości oferty z uwzględnieniem 23% podatku VAT oraz zwolnienia od VAT, i tym samym zaniechaniu wyjaśnienia, do których usług objętych przedmiotem zamówienia i wskazanych w SWZ zostało zastosowano zwolnienie z VAT, a dla

których zastosowana została stawka 23% wraz z podaniem uzasadnienia zastosowania stawki oraz wskazaniem który
z uczestników Konsorcjum będzie świadczył dane usługi.

Wobec powyższych czynności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych oraz obrazę następujących przepisów Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) tj:

1.art. 226 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 16 pkt 1) w zw. z art. 266 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny (zastosowanie niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług VAT),

2.art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) w zw. z art. 266 Pzp, poprzez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty Konsorcjum, podczas gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez zamawiającego) była oferta Odwołującego,

Ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 1, 2:

1a)art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
(t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) w zw. z art. 18 ust. 2 i 3 Pzp, wobec zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum w zakresie następujących dokumentów oraz zawartych
w nich informacji: zasady sprzątania pod względem sanitarno – epidemiologicznym, zastosowanie sprzętu, zasady dezynfekcji, użyte środki, ich rodzaj w zależności
od powierzchni (wykaz tych środków), grafik pracy, sposób komunikowania
się z pracownikami, dostępność pracowników, dokumentację dotyczącą wykonywanych prac i dezynfekcji, zeszyty kontroli, harmonogram utrzymania czystości windy, w sytuacji niespełnienia ustawowych przesłanek pozwalających na objęcie w/w dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa;

2a) art. 223 ust. 1 Pzp wobec zaniechania wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie przedstawienia w formularzu ofertowym wyliczenia wartości oferty z uwzględnieniem 23% podatku VAT oraz zwolnienia od VAT, i tym samym zaniechaniu wyjaśnienia, do których usług objętych przedmiotem zamówienia zostało zastosowane zwolnienie z VAT, a dla których zastosowana została stawka 23% wraz z podaniem uzasadnienia zastosowania stawki oraz wskazaniem który
z uczestników Konsorcjum będzie świadczył przypisane do danej stawki VAT usługi.

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpoznanie odwołania
i uwzględnienie niniejszego odwołania w całości, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Konsorcjum;

2.odrzucenia oferty Konsorcjum;

3.powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 1, 2:

1a)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Konsorcjum;

2a) odtajnienia oferty Konsorcjum w zakresie następujących dokumentów oraz zawartych
w nich informacji: zasady sprzątania pod względem sanitarno – epidemiologicznym, zastosowanie sprzętu, zasady dezynfekcji, użyte środki, ich rodzaj w zależności
od powierzchni (wykaz tych środków), grafik pracy, sposób komunikowania się
z pracownikami, dostępność pracowników, dokumentację dotyczącą wykonywanych prac i dezynfekcji, zeszyty kontroli, harmonogram utrzymania czystości windy;

3a) wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie podstawy przedmiotowej
i podmiotowej zastosowanych stawek podatku VAT tj. wskazania do których usług objętych przedmiotem zamówienia zostało zastosowane zwolnienie z VAT, a dla których zastosowana została stawka 23% wraz z podaniem uzasadnienia zastosowania stawki oraz wskazaniem który z uczestników Konsorcjum będzie świadczył przypisane do danej stawki VAT usługi;

4a) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

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

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym
w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła,
że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający

się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

W dniu 11 grudnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego -Wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu, Zamawiający wskazał, *że w sprawie zachodzą obligatoryjne przesłanki do umorzenie postępowania odwoławczego określone w art. 568 ust. 2 Ustawy, gdyż Zamawiający w dniu 05.12.2024 r. unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z dn. 18.11.2024 r. i w dniu 05.12.2024 r zamieścił (opublikował) na stronie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ww. Informację o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej.*

*Zamawiający w powyższej informacji wskazał, że Zamawiający informuje, że unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu i przystępuje*

*do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty. (…) Zamawiający po dokonaniu wyboru czynności, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postepowaniu powziął wątpliwości, czy oferta wybrana jako najkorzystniejsza została sporządzona zgodnie z ustawą oraz warunkami zamówienia, wobec czego koniecznym jest ponowne rozpatrzenie kwestii skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez ww. wykonawcę oraz stawki zwolnienia z podatku vat, zastosowanego przez ww. wykonawcę do obliczenia ceny. Kierując się zasadami udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 i 17 ustawy, Zamawiający dokona ponownej oceny ofert oraz dokona wyboru najkorzystniejszej oferty. (Informacja o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej wraz ze zrzutem ekranu strony internetowej prowadzonego postepowania potwierdzającą datę opublikowania ww. informacji stanowią załączniki do niniejszego pisma).*

*Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z jednoczesnym zobowiązaniem się przez Zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, doprowadziło*

*do upadku substratu zaskarżenia w ww. odwołaniu.*

*Wniesione odwołanie dotyczy czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego, którym to czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenia przepisów Ustawy, żądając jednocześnie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienia oferty wybranego wykonawcy, odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz ponownego badania i oceny ofert. Unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z zobowiązaniem do powtórzenia czynności badania*

*i oceny ofert dokonane przez Zamawiającego w dn. 05.12.2024 r. eliminuje z postępowania zaskarżone w odwołaniu czynności Zamawiającego i skutkuje jednocześnie zmianą stanu faktycznego sprawy polegającą na kasacji substratu (przedmiotu) zaskarżenia przed momentem orzekania. W związku z powyższym wydanie orzeczenie w sprawie stało*

*się zbędne a tym samym w postepowaniu odwoławczym – w ocenie Zamawiającego – znajduje zastosowanie art. 568 pkt 2 Ustawy, zgodnie, z którym postępowanie odwoławcze umarza się w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne z innej przyczyny niż cofnięcie odwołania lub jest niedopuszczalne.*

Izba ustaliła również, że powyższa informacja została zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku
z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zastosowanie może znaleźć
art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, w myśl którego 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).

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18, w którym SN analizował rozbieżność orzeczniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 kpc jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę,
że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki

niecelowości wydawania wyroku). Dalej Sąd wywiódł, że skoro wskutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda - zazwyczaj w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami - proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe. W konsekwencji trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie o charakterze procesowym w postaci umorzenia procesu jest w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego procesu.

W ocenie Izby powyższe rozważania prawne mają zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Zamawiający po wniesieniu odwołania unieważnił zaskarżoną czynność. W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała czynność Zamawiającego wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania
ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Ostatecznie przedmiotowy spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć kwestionowanej czynności Zamawiającego. 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 zaskarżona czynność Zamawiającego, polegająca na dokonaniu wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Hospital Service Sp. z o.o. oraz Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu jako najkorzystniejszej w Postępowaniu pomimo, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny w zakresie zastosowanej stawki podatku od towarów
i usług VAT (częściowo stawka zw. zamiast 23%) oraz podlegała odrzuceniu.

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). Celem 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 unieważnił zaskarżoną czynność, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która 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 przepis 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 nowej czynności w postępowaniu nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

Izba wskazuje również, iż w okolicznościach w których wydanie orzeczenia merytorycznego nie jest możliwe, tj. nie istnieje możliwość rozstrzygnięcia odwołania na korzyść którejkolwiek ze stron, to pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, wniesienie sprzeciwu przez przystępującego po stronie Zamawiającego stało się bezprzedmiotowe.

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 i 575 ustawy 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 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 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 7 500 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodnicząca:…….. .....**