

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 6 marca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2024 r. przez wykonawcę AMSA Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jantar Sp. z o.o. w Słupsku, Jantar 2 Sp. z o.o. w Słupsku oraz Sekret Sp. z o.o. w Słupsku

### postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty pomiędzy stronami i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy AMSA Sp. z o.o. w Warszawie, 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 607/24

### Uzasadnienie

Zamawiający, Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sprzątanie pomieszczeń Sądu Rejonowego Gdańsk-Północ w Gdańsku.”, wewnętrzny identyfikator: Gosp. 280-1/24. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 grudnia 2023 r., pod nr: 2023/S 233/00734573. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 23 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy AMSA Sp. z o.o. w Warszawie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniżej wskazanych przepisów prawa:

- 1) art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na uznanie, iż wyjaśnienia Odwołującego nie są wystarczające i wskazują na rażąco niską cenę, podczas, gdy wyjaśnienia Odwołującego są spójne, odpowiadają wezwaniu Zamawiającego oraz oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 224 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności w zakresie wyjaśnienia kosztów osoby nadzorującej realizację zamówienia;
- 3) art. 252 ust. 1 PZP poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Jantar.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
4. ewentualnie wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w zakresie wynagrodzenia dla osoby realizującej nadzór.

Jak uzasadnił w odwołaniu, przyczyną odrzucenia oferty był fakt, że wyjaśnienia nie zawierały wynagrodzenia dla osoby nadzorującej realizację zamówienia – lecz stwierdzenie to „nie jest w ogóle prawdą, bowiem wyjaśnienia Odwołującego wykazują wynagrodzenie dla osoby nadzorującej realizację zamówienia.” (str. 2 uzasadnienia odwołania). Jak podał Odwołujący, wskazał on w swoich wyjaśnieniach na str. 11, że uwzględnił koszty nadzoru w kwocie 191,47 zł wraz z kosztami dojazdów na obiekt. Dodał, iż: „Ewentualnie Zamawiającego mogłaby zainteresować kwota kosztów i w tym zakresie Zamawiający winien zwrócić się do wykonawcy o kalkulację kosztów nadzoru oraz wyjaśnienie sposobu, w jaki wykonawca zamierza realizować nadzór.” Wyjaśnił, iż jedynym obowiązkiem osoby nadzorującej realizację zamówienia wg postanowień SWZ jest utrzymywanie stałego kontaktu telefonicznego z Zamawiającym (§ 1 ust. 6 Umowy), zaś sam Zamawiający w wyjaśnieniach SWZ (pytanie nr 16) wskazał, że nie wymaga codziennej obecności w obiektach osoby

nadzorującej realizację zamówienia, tym samym pozostawił zupełną dowolność w tym zakresie każdemu z wykonawców. „Odwołujący zatem wycenił utrzymywanie stałego kontaktu telefonicznego z Zamawiającym na kwotę: 179,47 złotych. Dodatkowo wycenił jeszcze jeden dojazd na obiekt w wysokości 12 złotych na co wszystko złożyła się kwota 191,47 złotych.” Jak dodatkowo wyjaśnił Odwołujący, nadzór nad realizacją zamówienia będzie sprawował właściciel Spółki Pan P.B., toteż koszty nadzoru zostały ujęte w jego zysku. Nie przewiduje częstszych kontroli niż wrywkowo raz w tygodniu, z tym że na początku realizacji zamówienia zakłada kontrolę dwa razy w tygodniu. Ponadto, „Odwołujący swoje kontrole jako właściciela i osoby jednocześnie nadzorującej tą inwestycję uzależnia od kontaktu telefonicznego koordynatora – Pani A.K., która będzie go na bieżąco informowała o tym, jak Zamawiający postrzega usługę sprzątania.” (str. 5 uzasadnienia odwołania). Wobec powyższego, gdyby Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia dotyczące wyceny nadzoru, to Odwołujący przedstawiłby stosowny sposób wyceny.

W odpowiedzi z dnia 27 lutego 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 PZP, wskazując, iż zarzuty Odwołującego „dotyczą kwestii, która powinna być rozstrzygnięta w taki sposób, że Odwołujący powinien wyrazić swój sprzeciw w momencie kiedy przystąpił po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 213/24, a następnie po uwzględnieniu odwołania przez Zamawiającego, winien złożyć sprzeciw wobec tej decyzji.” (str. 2 uzasadnienia pisma Zamawiającego). Zdaniem Zamawiającego, w momencie uwzględnienia przez Zamawiającego pierwszego odwołania z dnia 22 stycznia 2024 r. w sprawie o sygn. KIO 213/24, Odwołujący posiadał wówczas pełną wiedzę co do okoliczności, które stanowiły podstawę odrzucenia jego oferty, a które są kwestionowane w ramach obecnie wniesionego odwołania – toteż należy uznać je za spóźnione. Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO, tj. wyrok z 31 marca 2023 r., sygn. KIO 754/23, a także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 2021 r., sygn. XXIII Zs 28/21. Pismem z dnia 28 lutego 2024 r. Zamawiający podtrzymał ww. stanowisko.

W postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Jantar Sp. z o.o. w Słupsku, Jantar 2 Sp. z o.o. w Słupsku oraz Sekret Sp. z o.o. w Słupsku.

Dnia 5 marca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz Krajową Izbę Odwoławczą o nieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach Zadania nr 1, dokonanej w dniu 13 lutego 2024 r. oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Zamawiający w piśmie tym wyjaśnił, iż: „Zamawiający w dniu 23.02.2024 r. otrzymał odwołanie od Wykonawcy AMSA Sp. z o.o., ul. Blokowa 8, 03- 641 Warszawa, w związku z czym Zamawiający po dokonaniu autoweryfikacji czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13.02.2024 r. w przedmiotowym postępowaniu stwierdził, że należy ponowić czynność oceny i badania ofert w tym: wezwać Wykonawcę AMSA Sp. z o.o. do uszczegółowienia/doprecyzowania wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny (m. in. do wyjaśnienia kosztów osoby nadzorującej realizację zamówienia) oraz do wyjaśnień innych wątpliwości Zamawiającego w zakresie niniejszego postępowania. Wobec czego koniecznym jest ponowne rozpatrzenie kwestii zgodności zaoferowanego przez Wykonawców przedmiotu realizacji usługi w zakresie ZADANIA NR 1 z zapisami SWZ.”

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w terminie (w dniu 13 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował przez platformę e-Zamówienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, zaś odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 23 lutego 2024 r.), nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości.

Nie została również wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 PZP. W szczególności, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, odwołanie nie podlegało odrzuceniu w oparciu o art. 528 pkt 3 PZP, z uwagi na fakt – jak to twierdził Zamawiający, iż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Nie ulega wątpliwości, jak to podkreślił Zamawiający na uzasadnienie swojego wniosku, iż istotnym dla obliczania terminów odwołania jest moment przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (art. 515 ust. 1 PZP). Niemniej, przytoczone przez Zamawiającego stanowisko wyrażone przez Izbę w sprawie o sygn. KIO 754/23 nie może znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie – z uwagi na istotne różnice dotyczące stanu faktycznego. W przywołanej sprawie odwołanie stanowiło polemikę z okolicznościami podniesionymi w pierwszym odwołaniu oraz czynnościami podjętymi przez Zamawiającego w następstwie zbadania przedstawionych w nim okoliczności. Z kolei, w niniejszej sprawie, odwołanie AMSA Sp. z o.o. (dalej jako: „AMSA”) dotyczy nowej czynności podjętej przez Zamawiającego, która nie była przedmiotem poprzednio wniesionego odwołania. Co więcej, o przedmiotowej czynności odrzucenia oferty AMSA oraz wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Jantar, Odwołujący dowiedział się w dniu 13 lutego 2024 r., tj. w dniu w którym Zamawiający poinformował o tych czynnościach wszystkich wykonawców poprzez platformę e-Zamówienia. Niewłaściwe jest uznanie przez Zamawiającego, że w momencie uwzględnienia przez Zamawiającego pierwszego odwołania z dnia 22 stycznia 2024 r. w sprawie o sygn. KIO 213/24 – Odwołujący posiadał pełną wiedzę co do okoliczności, które stanowiły podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, a które są obecnie kwestionowane we wniesionym odwołaniu, bowiem Zamawiający odrzucił ofertę AMSA na podstawie art. 224 ust. 6 PZP

uznając, złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, zaś poprzednie odwołanie dotyczyło zaniechania odrzucenia oferty AMSA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 7 PZP, ew. zaniechania wezwania AMSA do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz sposobu obliczenia ceny. Nawet gdyby wówczas wykonawca AMSA wniósł sprzeciw – to i tak, jego efektem, w razie uwzględnienia zarzutów odwołania przez Izbę, Zamawiający zobowiązany byłby do odrzucenia oferty AMSA jako niezgodnej z przepisami ustawy i złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 3 i 7 PZP), ew. do wezwania AMSA do wyjaśnień – tak jak to uczynił Zamawiający, w związku z uwzględnieniem odwołania. Tym samym, nawet w razie złożenia sprzeciwu – efektem dalszego postępowania mogła być taka jak obecnie sytuacja, tj. odrzucenie oferty AMSA na podstawie art. 224 ust. 6 PZP, a co za tym idzie wniesienie odwołania przez tego wykonawcę. Tym samym, podkreślić należy, iż niewniesienie przez Odwołującego sprzeciwu co do uwzględnienia wniesionego wcześniej odwołania dotyczącego jego oferty nie pozbawia Odwołującego możliwości zaskarżenia nowych czynności Zamawiającego podjętych w efekcie uwzględnienia poprzedniego odwołania, jeżeli odwołanie nie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Złożenie sprzeciwu w przypadku uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego nie jest obowiązkiem uczestnika postępowania, który przystąpił po stronie Zamawiającego. Wszak może on oceniać swoje szanse na wygraną jako małe i poddać się żądaniom odwołania, co nie oznacza, że jego pozycja skazana jest na niepowodzenie lub co więcej, nie oznacza – tak jak tego chce Zamawiający w niniejszej sprawie – że pozbawia się tym samym uprawnienia do wniesienia odwołania od nowych czynności Zamawiającego, o ile czynności te nie zostaną wykonane zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu (art. 528 pkt 5 PZP) albo o ile, nie będą to czynności poddane poprzednio rozpatrzeniu przez Izbę w sprawie innego odwołania (art. 528 pkt 4 PZP). W niniejszej sprawie, Zamawiający zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty AMSA Sp. z o.o. i dokonał ponownego badania i oceny ofert, w ramach czego wezwał wykonawcę AMSA Sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca złożył wyjaśnienia, w wyniku czego Zamawiający uznał, że oferta podlega odrzuceniu. Ta ostatnia – jest nową czynnością w postępowaniu, która nie podlegała jeszcze ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, ani nie była czynnością dokonaną w ramach żądań poprzedniego odwołania. Rację ma AMSA w piśmie z , iż Zamawiający uwzględnił odwołanie tylko w zakresie wezwania AMSA Sp. z o.o. do wyjaśnień i odrzucił ofertę AMSA w oparciu o inny stan faktyczny, niż przedstawiony w odwołaniu Konsorcjum Jantar. Również, odmiennie niż w sprawie o sygn.. KIO 754/23 w niniejszej sprawie po dniu uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego ujawniły się nowe okoliczności w zakresie objętym zarzutami odwołania – AMSA złożyła bowiem wyjaśnienia, które podlegały ocenie przez Zamawiającego.

W związku z dokonanymi przez Zamawiającego czynnościami po wniesieniu odwołania, polegającymi na unieważnieniu z dniem 5 marca 2024 r. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 13 lutego 2024 r. oraz zawiadomieniem o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych na zadanie nr 1 – postępowanie podlega umorzeniu w całości.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 PZP, Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Jednocześnie wskazuje się, że hipotezą ww. przepisu objęte są sytuacje utraty tzw. substratu zaskarżenia, tj. unieważnienia/zniesienia/likwidacji czynności, które były przedmiotem zaskarżenia. W tej sytuacji, spór staje się bowiem bezprzedmiotowy. C

W niniejszej sprawie, substratem zaskarżenia, w momencie wniesienia odwołania była czynność wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Jantar oraz odrzucenie oferty Odwołującego. Niemniej, na moment orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, czynności te zostały „usunięte” wskutek ich unieważnienia przez Zamawiającego. Tym samym, nie ma już czynności, do których odnosi się Odwołujący w odwołaniu. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw do analizy zaskarżonych a unieważnionych następnie czynności Zamawiającego lub ich skutków i do ewentualnego stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Nie może być zatem podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego stało się zbędne. Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Innymi słowy, w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 574 i art. 575 PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) oraz 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). W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne, koszty znosi się wzajemnie, a jeżeli doszło do tego przed otwarciem rozprawy, to Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonych tytułem

wpisu.

Przewodnicząca: .....