

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 11 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2024 r. przez wykonawcę **KONE sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Konfederacka 4, 60281 Poznań**

Uczestnik po stronie zamawiającego wykonawca **R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: R.L., ul. Konarzewskiego nr 25C, lok. 33, 62-030 Luboń** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **7 500 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **KONE sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02822 Warszawa** stanowiącej wpis 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**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 626/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Konserwacja urządzeń dźwigowych i usługa pogotowia dźwigowego od 1.03.2024 r. do 28.02.2026 r.*” – nr referencyjny: ZP-2/PP/2024, opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 07.02.2024 r. pod nr 2024/BZP 00094391/01 przez: Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Konfederacka 4, 60281 Poznań zwana dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „Pzp” albo „PZP” albo „pzp”.

W dniu 20.02.2024 r. (poprzez platformę zakupową:) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w Cz. I, II i III R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: R.L., ul. Konarzewskiego nr 25C, lok. 33, 62-030 Luboń zwanej dalej: „R.L.” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert w Cz. I, II i III zajęła oferta KONE Sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02822 Warszawa zwana dalej: „KONE Sp. z o.o.” albo „Odwolującym”.

Dnia 26.02.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 20.02.2024 r. w Cz. I, II i III złożył KONE Sp. z o.o.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1, ust. 3-6 Pzp i w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty R.L. w każdej z części postępowania, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez R.L. i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez bezpodstawne, niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, dokonanie wyboru oferty wykonawcy R.L. w każdej części postępowania w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Wnosił o przeprowadzenie dowodów:

- 1) umowy nr PTBS/127/2021 z dnia 10.01.2022 r. zawartej przez zamawiającego i R.L. na okoliczność wynagrodzenia za świadczenie usług w latach 1.03.2022-29.02.2024 r. analogicznych jak w części III badanego postępowania;
- 2) informacji z otwarcia ofert z 07.09.2021 r. na okoliczność cen zaoferowanych przez R.L. w analogicznym postępowaniu rozstrzygniętym w 2021 roku.

Odwolujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w każdej z części postępowania;
2. odrzucenie oferty R.L. jako zawierającej rażąco niską cenę w każdej z części postępowania;

3. ponowną ocenę ofert w każdej części postępowania.

Odwolujący wnosi także, na podstawie art. 573 Pzp, o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 27.02.2024 r. (poprzez platformę zakupową:) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 01.03.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) R.L. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: R.L..

W dniu 06.03.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie:

- 1) uwzględnił odwołanie w części - w zakresie żądania z pkt 1 odwołania tj. żądania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w każdej z części postępowania i na podstawie przepisu art. 522 ust. 3 Pzp wniósł o umorzenie postępowania w tym zakresie;
- 2) co do pkt 2 i 3 wniosków odwołania na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 Pzp wniósł o umorzenie postępowania z uwagi na brak substratu zaskarżenia;
- 3) o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu na okoliczności tam wskazane.

Stwierdził, że: „(...) W odwołaniu z dnia 26 lutego 2024 r. Odwołujący zakwestionował czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy R.L. z uwagi na fakt, iż w ocenie Odwołującego wybrana oferta pozostawała w sprzeczności z przepisem art 224 ust. 2 jako oferta zawierająca rażąco niską cenę.

(...) Odwołujący podniósł, że w jego ocenie pomimo wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, nie sprostął on ciężącemu na nim obowiązкови przedstawienia wszystkich istotnych elementów uzasadniających zaoferowaną cenę i tym samym Zamawiający nie powinien uznawać jego wyjaśnień za wystarczające i dokonać wyboru teŝe oferty jako najkorzystniejszej.

(...) Zamawiając oświadcza, że pismem z dnia 06.03.2024 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnił czynność wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający podjął decyzję o potrzebie powtórzenia czynności oceny ofert po ponownej analizie złożonych ofert. Analiza Zamawiającego wykazała bowiem, że opisane w przepisie art. 224 ust. 2 przesłanki spełniały również dwie inne oferty złożone w toku postępowania tj. oferta MP Lifts sp. z o.o. oraz Kone sp. z o.o. ze względu na fakt, że ceny całkowite ofert są niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia dla części I oraz II. W zakresie części III zamówienia przesłanki opisane w przepisie art. 224 ust. 2 spełniają wszystkie oferty.

(...) Wykonawcy, którzy złożyli powyŝsze oferty nie zostali wezwani do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wobec czego zachodzi konieczność naprawienia zaistniałego błędu poprzez wezwanie także ww. wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień. Jednocześnie wezwanie do wyjaśnień Wykonawcy było obarczone wadą w postaci ogólności i braku sprecyzowania wymaganych informacji, zatem odpowiedź na wezwanie nie dawała możliwości weryfikacji rażąco niskiej ceny, tym samym Zamawiający nie miał podstaw oczekiwać wyjaśnień szczegółowością przekraczających zakres wezwania. Powyŝsze stanowisko potwierdza m in. wyrok KIO z 17 marca 2022 r, w sprawie o sygn. KIO 601/22. Wobec powyŝszego czynność wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wymaga powtórzenia wobec Wykonawcy RW LIFT Robert Woźniak oraz wykonania wobec pozostałych wykonawców. Wobec powyŝszego Zamawiający uwzględni odwołanie w części w zakresie żądania z pkt 1 odwołania tj. żądania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w każdej z części postępowania.

(...) Biorąc pod uwagę fakt, iż zakwestionowane przez Odwołującego czynności zostały unieważnione zaś postępowanie powróciło do etapu wezwania oferentów do złożenia wyjaśnień oraz nastąpi ponowna ocena złożonych w postępowaniu ofert, brak jest substratu zaskarżenia będącego podstawą do wniesienia środka ochrony prawnej. Wobec powyŝszego postępowanie staje się zbędne i jako takie powinno zostać umorzone na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 pzp, o co teŝ wnosi Zamawiający (...). Odpowiedź na odwołanie został podpisana przez P.Z. i prokurenta osoby ujawnione w załącznym odpisie KRS-u i umocowane do łącznej reprezentacji.

W dniu 07.03.2024 r. (e-mailem) Odwołujący złożył pismo procesowe wnosząc o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp. Wskazał, iż: „(...) W dniu 6 marca 2024 r. zamawiający pismem o sygnaturze PTBS/NSZ/1312/16/03/24 poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wezwania do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę R.L. oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 6 marca 2024 roku, co oznacza, że czynność, wobec której zostało

wniesione odwołanie przestała istnieć po wniesieniu odwołania. Zamawiający zdecydował o powtórным badaniu i ocenie wszystkich ofert, a więc zarzut zaniechania odrzucenia oferty RW LIFT na ten moment nie może być rozpatrzony. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy też nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty) przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o powołany powyżej przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. (...). Pismo procesowe podpisał radca prawny tak jak odwołanie.

W dniu 11.03.2024 r. (e-mailem) Przystępujący złożył pismo procesowe w ramach którego oświadczył, że nie będzie wnosił sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania dokonanego przez Zamawiającego. Pismo zostało podpisane tak jak przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Wobec uwzględnienia de facto zarzutu 2 („w zakresie żądania z pkt 1 odwołania tj. żądania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w każdej z części postępowania i na podstawie przepisu art. 522 ust. 3 Pzp wnoszę o umorzenie postępowania w tym zakresie” – zarzut dotyczył dokonania wyboru oferty wykonawcy R.L. w każdej części postępowania) postępowanie należy umorzyć w zakresie niniejszego zarzutu – stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 3 oraz art. 568 pkt 3 NPzp.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutu, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatowi postawionemu w odwołaniu. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający uznał w części słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie w części, natomiast Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionego zarzutu, nie skorzystał z przysługującego mu prawa, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 3 NPzp, postępowanie odwoławcze w zakresie uwzględnionego zarzutu podlega umorzeniu.

Zamawiający bowiem dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnił czynność wezwania do złożenia wyjaśnień. Przystępujący, zaś oświadczył pismem z 11.03.2024 r. nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania dokonanego przez Zamawiającego.

Odnosnie pierwszego zarzutu Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego („co do pkt 2 i 3 wniosków odwołania na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 Pzp wnoszę o umorzenie postępowania z uwagi na brak substratu zaskarżenia” – zarzut dotyczył zaniechania odrzucenia oferty R.L. w każdej z części postępowania) i umorzyła postępowanie w zakresie nieuwzględnionego zarzutu na podstawie art. 568 pkt 2 NPzp. Podobny wniosek złożył Odwołujący w ramach pisma z 07.03.2024 r.

Zgodnie z art. 568 ust. 2 NPzp Izba umarza postępowanie jeżeli dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W tym zakresie Izba oparła się na uchwale Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18. W orzeczeniu tym SN analizował rozbieżność orzecniczą skutku procesowego następnej utraty interesu prawnego. Sąd dostrzegł rozbieżność stanowisk między umorzeniem postępowania na podstawie art. 355 KPC, a oddaleniem powództwa ze względu na utratę interesu prawnego w toku procesu.

Sąd poczyniła w tym zakresie uwagi o charakterze ogólnym odnoszące się do art. 355 par. 1 kpc. 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). Niedopuszczalność wydania wyroku traktowana jest natomiast jako rezultat pojawienia się nieusuwalnych przeszkód procesowych, tj. odpadnięcia dodatkich lub pojawienia się ujemnych, bezwzględnych przesłanek procesowych niepodlegających skutecznej konwalidacji. Ostatecznie Sąd Najwyższy wywiódł, że: Skoro skutek 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. Stanowisko to nawiązuje zatem silnie do założenia, że proces cywilny, a zwłaszcza orzeczenie rozstrzygające sprawę co do istoty, nie jest celem samym w sobie. Stanowi on jedynie instrument dla osiągnięcia celu w

postaci udzielenia ochrony prawnej prawom i obowiązkom stron wynikającym z norm prawa materialnego, w zakresie i w formach żądanych przez te strony. Idąc powyższym tokiem rozumowania, 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. Ubocznie, w piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, że interes prawny stanowi przesłankę procesową dochodzenia roszczenia, której brak powinien skutkować uznaniem niedopuszczalnością wydania wyroku. W takim przypadku logiczną konsekwencją byłoby także przyjęcie umorzenia postępowania w razie następczej utraty interesu prawnego. Izba dostrzega, że te rozważania Sądu Najwyższego przenoszą się na grunt niniejszej sprawy.

Odwolujący osiągnął bowiem cel jaki przyświecał mu w tym postępowaniu, jeśli nie wyeliminować konkurencji (wniosek 2), to chociażby (zarzut 2 – wniosek 1) doprowadzić do unieważnienia wyboru i ponownego badania ofert (wniosek 3). Taka sytuacja na skutek czynności Zamawiającego unieważniającej zaskarżony wybór oferty najkorzystniejszy nastąpiła /nadto dodatkowo unieważnił czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, czyli tym samym uznał złożone wyjaśnienia odnośnie ceny rażąco niskiej za nie mające mocy prawnej: „(...) wezwanie do wyjaśnień Wykonawcy było obarczone wadą w postaci ogólności i braku sprecyzowania wymaganych informacji, zatem odpowiedź na wezwanie nie dawała możliwości weryfikacji rażąco niskiej ceny, tym samym Zamawiający nie miał podstaw oczekiwać wyjaśnień szczegółowością przekraczających zakres wezwania (...)” „(...)zakwestionowane przez Odwołującego czynności zostały unieważnione zaś postępowanie powróciło do etapu wezwania oferentów do złożenia wyjaśnień oraz nastąpi ponowna ocena złożonych w postępowaniu ofert, brak jest substratu zaskarżenia będącego podstawą do wniesienia środka ochrony prawnej (...)”. Odwołujący uzyskał wynik, który założył wnosząc odwołanie, tym samym prowadzenie tego postępowania stało się zbędne. Mając to na uwadze orzeczono w zakresie nieuwzględnionego zarzutu jak w sentencji na podstawie art. 568 pkt. 2 ustawy.

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 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 uiszczanego wpisu w wysokości 7 500 zł 00 gr.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

.....