

Sygn. akt: KIO 3919/23

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 16 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 16 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Naprzód Service sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Naprzód Catering sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Rawie Mazowieckiej**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Naprzód Service sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Naprzód Catering sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** 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.

Przewodniczący.....

Sygn. akt KIO 3919/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Rawie Mazowieckiej - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Wyżywienie pacjentów Szpitala*”, numer referencyjny: ZP/13/2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 listopada 2023 r., za numerem 2023/BZP 00482999.

W dniu 27 grudnia 2023 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Naprzód Service sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Naprzód Catering sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Spółdzielni Socjalnej "Pracuj z Nami" na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp podczas gdy podlegała odrzuceniu jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia podczas gdy Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Wykonawców z uwagi na sprzeczność i nieprzejrzystość w odpowiedziach na pytania z dnia 13 listopada 2023 r. dot. wymaganej treści jądłospisu dekadowego stanowiącego przedmiotowy środek dowodowy.
2. art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy - Spółdzielni Socjalną "Pracuj z Nami" z siedzibą w Rawie Mazowieckiej podczas gdy podlegała odrzuceniu jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia tj. w załączonym do oferty jądłospisie dekadowym występowały braki.
3. art. 239 ust. 1-2 ustawy pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Spółdzielni Socjalnej "Pracuj z Nami" jako najkorzystniejszej podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy - Spółdzielnia Socjalna "Pracuj z Nami".
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

- 3) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy - Spółdzielnia Socjalna "Pracuj z Nami" na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.
- 5) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 12 stycznia 2024 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp na posiedzeniu niejawnym i odwołanie terminu rozprawy wyznaczonej na dzień 16 stycznia 2024 r. godz. 13:00. Ponadto wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów na wskazane okoliczności:

- 1) informacji o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty Wykonawcy Spółdzielni Socjalnej "Pracuj z Nami" z dnia 12 stycznia 2024 r. zamieszczonej na stronie prowadzonego postępowania na okoliczność unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Spółdzielni Socjalnej "Pracuj z Nami", uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego oraz braku substratu zaskarżenia, bezprzedmiotowości postępowania odwoławczego,
- 2) informacji o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 12 stycznia 2024 r. zamieszczonej na stronie prowadzonego postępowania na okoliczność unieważnienia przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego oraz braku substratu zaskarżenia, bezprzedmiotowości postępowania odwoławczego,
- 3) zawiadomienia o odrzuceniu oferty Wykonawcy Spółdzielni Socjalnej „Pracuj z nami” z dnia 12 stycznia 2024 r. zamieszczonego na stronie prowadzonego postępowania na okoliczność odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy Spółdzielni Socjalnej „Pracuj z nami”, uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego oraz braku substratu zaskarżenia, bezprzedmiotowości postępowania odwoławczego,
- 4) zawiadomienia o unieważnieniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym zgodnie z art. 275 pkt 2 pzp z możliwością prowadzenia negocjacji o wartości zamówienia poniżej progów unijnych pn. „Wyżywienie pacjentów Szpitala”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 listopada 2023 pod numerem: 2023/BZP 00482999 numer referencyjny: ZP/13/2023 z dnia 12 stycznia 2024 r. zamieszczonego na stronie prowadzonego postępowania na okoliczność unieważnienia przez Zamawiającego postępowania w ramach, którego wniesiono odwołanie i bezprzedmiotowości postępowania odwoławczego.

Zamawiający podniósł, że po zapoznaniu się z zarzutami zawartymi w odwołaniu, uznając je za uzasadnione i uwzględniając odwołanie w dniu 12 stycznia 2024 r. dokonał następujących czynności:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty Wykonawcy Spółdzielni Socjalnej "Pracuj z Nami",
- 2) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) odrzucił ofertę Spółdzielni Socjalnej „Pracuj z nami”,
- 4) unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów art. 255 pkt 3 ustawy pzp z uwagi na fakt, iż oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz art. 255 pkt 6 ustawy pzp.

Zamawiający wskazał, że uwzględnił zarzuty odwołania, czego dowodem są w/w czynności. Powołał się na orzeczenie KIO z dnia 28 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 72/20 i wskazał, że wobec unieważnienia przez Zamawiającego czynności objętych odwołaniem oraz unieważnienia postępowania, nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy pzp (tak też: postanowienie KIO z dnia 20 lipca 2022 r. w sprawie sygn. akt KIO 1788/22, postanowienie KIO z dnia 12 lipca 2022 r. w sprawie sygn. akt 1650/22).

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.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił

przystąpienia żaden wykonawca.

Izba ustaliła, że w dniu 12 stycznia 2024 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wykonał czynność odrzucenia oferty wykonawcy - Spółdzielni Socjalną "Pracuj z Nami" z siedzibą w Rawie Mazowieckiej na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy pzp oraz unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 3 i 6 ustawy pzp.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonaniem ww. czynności może znaleźć zastosowanie 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 orzecniczą 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. Izba zauważa, że Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wykonał czynność odrzucenia oferty wykonawcy - Spółdzielni Socjalną "Pracuj z Nami" z siedzibą w Rawie Mazowieckiej na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy pzp. W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała już czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie 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 wyborze najkorzystniejszej oferty, czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - Spółdzielni Socjalną "Pracuj z Nami" z siedzibą w Rawie Mazowieckiej.

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 zobowiązana uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał ww. czynności, tym samym czynności i zaniechanie stanowiące podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestały 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 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 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 uiszczony wpisu w wysokości 7 500 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący.....