Sygn. akt: KIO 1531/23

POSTANOWIENIE
z dnia 7 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Beata Pakulska-Banach
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ERA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie** i **NOVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie**w postępowaniu prowadzonym przez **Akademię Sztuk Pięknych w Katowicach**

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze,
2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ERA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie**i **NOVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1531/23

U z a s a d n i e n i e

Akademia Sztuk Pięknych w Katowicach, zwana dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest: *Wykonywanie usług ochrony w obiektach Akademii Sztuk Pięknych w Katowicach*, numer referencyjny: ASP-DA-ZP-01-2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 21.03.2023 r., nr 2023/BZP 00143495.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ERA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie oraz NOVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, zwani dalej łącznie „odwołującym", w dniu 29 maja 2023 r. wnieśli odwołanie na następujące czynności i zaniechania zamawiającego:
1. wybór oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. jak najkorzystniejszej,
2. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez wykonawców Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o.,
3. wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. na podstawie art. 122 Pzp d zastąpienia wskazanego w ofercie podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie warunku udziału w postępowaniu, polegającego na dysponowaniu zmotoryzowaną grupą interwencyjną, innym podmiotem lub do samodzielnego wykazania spełniania tego warunku,
4. zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnie w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny i elementów mających wpływ na wysokość tej ceny,
5. zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. do uzupełnienia lu poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1. art. 122, art. 128 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) i pkt 2), art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zastosowanie przepisu art. 122 Pzp i wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. do zastąpieni wskazanego w ofercie podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie warunku udziału w postępowaniu, polegającego na dysponowaniu zmotoryzowaną grupą interwencyjną, innym podmiotem lub do samodzielnego wykazania spełniania tego warunku, mimo że wykonawcy ci zostali już wcześniej wezwani do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, nie uzupełnili w wyznaczonym terminie brakujących dokumentów w formie wymaganej prawem, a ponadto w odpowiedzi na wezwanie wystosowane na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp z własnej inicjatywy skorzystali z możliwości zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby wskazanego w ofercie innym podmiotem,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c), art. 122, art. 128 ust. 1, art. 118 ust. 3, art. 125 ust. 5 oraz art. 16 pkt 1) i pkt 2), art. 17 ust. 2 i art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o., mimo że wykonawcy ci nie wykazali w wyznaczonym terminie spełniania warunku udziału w postępowaniu, polegającego na dysponowaniu zmotoryzowaną grupą interwencyjną oraz wybór oferty złożonej przez tych wykonawców jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu,
3. art. 239 ust. 1, art. 224 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) i pkt 2) i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe

„HETMAN" Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, mimo że z kalkulacji stawki załączonej do oferty wynika, że wykonawcy w ogóle nie uwzględnili w kalkulacji ceny kosztów zastępstwa urlopowego i kosztów zastępstwa chorobowego pracowników, stanowiących koszty, do poniesienia których pracodawca zobowiązany jest przepisami prawa, a tym samym zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów oraz poprzez wybór oferty wykonawców Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o., mimo że wybór ten nie został poprzedzony wezwaniem wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, 4. art. 239 ust. 1, art. 112 ust. 2 pkt 4), art. 116 ust. 1, art. 117 ust. 3 i ust. 4, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo że wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia,
5. art. 128 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, 2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o.,
4. ewentualnie - jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza uzna za przedwczesne żądanie odrzucenia oferty - wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. do:
a) złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny i elementów mających wpływ na wysokość tej ceny,
b) uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia spełniania przez tych wykonawców warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia,
oraz o zobowiązanie zamawiającego do zwrotu na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.
Do postępowania odwoławczego w terminie ustawowym (tj. do dnia 2.06.2023r.) nie przystąpił po stronie zamawiającego, jak i odwołującego, żaden wykonawca.

W dniu 6 czerwca 2023 r. odwołujący złożył wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego w całości na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp oraz o zwrot całego wpisu od odwołania. W uzasadnieniu wniosku odwołujący wskazał, że w związku z częściowym uwzględnieniem zarzutów odwołania oraz koniecznością powtórzenia czynności badania i oceny ofert, zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Do wniosku odwołujący załączył kopię informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, w dniu 7 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której zamawiający oświadczył, iż uwzględnia część zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. zarzuty, o których mowa:

- w punkcie 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 239 ust. 1, art. 112 ust. 2 pkt 4), art. 116 ust. 1, art. 117 ust. 3 i ust. 4, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. jako najkorzystniejsze mimo że wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia,
- w punkcie 5 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „PARASOL" Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „HETMAN" Sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

Odnośnie pozostałych zarzutów odwołania, o których mowa w punktach od 1 do 3 odwołania, zamawiający wskazywał, że są one bezzasadne i przedstawił swoją argumentację w tym zakresie.

Zamawiający ponadto poinformował, że unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i jako dowód załączył do odpowiedzi na odwołanie informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, skierowaną do wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

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

W przedmiotowej sprawie zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, co oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. 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 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 przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego – w odniesieniu do zarzutów opisanych w punkcie 4 oraz w punkcie 5 odwołania - zachodzi też przesłanka umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp wobec uwzględnienia przez zamawiającego w tej części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i braku uczestników postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy PzpIzba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w

przypadku o którym mowa w art. 522.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Mając powyższe na względzie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, a także w zakresie zarzutów opisanych w punkcie 4 oraz w punkcie 5 odwołania w oparciu o przepis art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła 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 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 postanowienia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:……