

POSTANOWENIE
z dnia 21 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego **21 lutego 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **13 lutego 2023 r.**

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług ochrony osób i mienia w obiektach Sądu Rejonowego w Łęborku w 2023 roku* (nr A-26-41/22)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Sąd Rejonowy w Łęborku** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **Adrianex sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Odrzuca odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w ich poczet kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) **uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 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**.

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Sąd Rejonowy w Łęborku {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „ppp”) w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Świadczenie usług ochrony osób i mienia w obiektach Sądu Rejonowego w Łęborku w 2023 roku*(nr A-26-41/22). Ogłoszenie o tym zamówieniu 22 listopada 2022 r. zostało zamieszczona w Biuletynie Zamówień publicznych pod nr 00452023. Wartość tego zamówienia jest niższa niż progi unijne.

13 lutego 2023 r. Jantar sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, Jantar 2 sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, którzy wspólnie złożyli ofertę w powyższym postępowaniu {dalej: „Konsorcjum Jantar” lub „Odwołujący”}, wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 16 – przez naruszenie zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
- 2.Art. 522 ust. 1 – przez zaniechanie powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Adrianexu sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni {dalej: „Adrianex” lub „Przystępujący”}.
- 3.Art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 – przez wybór jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty Adrianexu, w wyniku błędnego uznania, że wykonawca ten wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone przez niego wyjaśnienia uzasadniają cenę jego oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Adrianexu.
- 3.Wyboru najkorzystniejszej oferty albo ewentualnie unieważnienia postępowania.

Według Odwołującego dochował terminu na wniesienie odwołania, gdyż 6 lutego 2023 r. otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o wyborze oferty Adrianexu jako najkorzystniejszej, po tym, jak uprzednio tego samego dnia Zamawiający zawiadomił go o unieważnieniu unieważnienia postępowania i odrzuceniu oferty Adrianexu.

W odpowiedzi na odwołanie z 21 lutego 2023 r. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1 i 3 jako dotyczących czynności, którą Zamawiający wykonał w związku z uznaniem odwołania Adrianexu w poprzednim postępowaniu odwoławczym, które postanowieniem Izby z 3 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 222/23 zostało umorzone.

Natomiast w zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, że w ramach

powtórne badania i oceny ofert nie był już uprawniony do badania tego, czy oferta Adrianexu zawiera rażąco niską cenę, gdyż na skutek uwzględnienia odwołania zobowiązany był do unieważnienia dokonanego uprzednio z tego powodu odrzucenia oferty Adrianexu. W pozostałym zaś zakresie treść tej oferty i złożone przez Adrianex dokumenty nie budziły żadnych wątpliwości Zamawiającego.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Ponieważ wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie okoliczności związane z poprzednią sprawą odwoławczą odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy, wystarczające będzie następujące uzupełnienie i podsumowanie.

Po pierwsze, pismem z 19 stycznia 2023 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Adrianexu na podstawie art. 224 ust. 1, 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, uznając że złożone przez Adrianex 3 i 5 stycznia 2023 r. wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w jego ofercie ceny.

W tym samym piśmie Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu prowadzonego postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy pzp, gdyż cena najkorzystniejszej oferty, a zarazem oferty z najniższą ceną [*de facto* oferty Konsorcjum Jantar] przewyższa kwotę, którą może przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, w tym nie ma możliwości jej zwiększenia do ceny tej oferty.

Po drugie, 25 stycznia 2023 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Konsorcjum Jantar kopię odwołania, które Adrianex wniósł od obu czynności objętych zawiadomieniem z 19 stycznia 2023 r., wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego wywołanego tym odwołaniem, a także zamieścił je na stronie internetowej dotyczącej prowadzonego postępowania.

Po trzecie, Konsorcjum Jantar nie zgłosiło przystąpienia do postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 220/23.

Po czwarte, postanowieniem Izby z 3 lutego 2023 r. powyższe postępowanie odwoławcze zostało umorzone na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy pzp, gdyż po tym, jak Adrianex wycofał inne zarzuty, Zamawiający uznał zasadność zarzutów bezpodstawnego odrzucenia oferty Adrianexu, a w konsekwencji braku podstaw do unieważnienia prowadzonego postępowania.

Po piąte, unieważnienie odrzucenia oferty Adrianexu na powyżej wskazanej podstawie prawnej, a w konsekwencji unieważnienie postępowania [czyli obu czynności z 19 stycznia 2023 r.] nastąpiło zgodnie z żądaniem zawartym w uznanym przez Zamawiającego odwołaniu Adrianexu.

Po szóste, w powyższych okolicznościach wybór oferty Adrianexu był *de facto* dalszą konsekwencją uczynienia zadość żądaniom odwołania Adrianexu, gdyż Zamawiający nie miał potrzeby przeprowadzania jakichkolwiek dodatkowych czynności w ramach powtórnego badania i oceny ofert, poza przyznaniem obu złożonym ofertom punktacji według kryteriów oceny ofert.

Po siódme, zarzut z pkt 2 odwołania Konsorcjum Jantar jest bezprzedmiotowy, gdyż nie wskazuje żadnych innych wad oferty Adrianexu niż zarzut główny z pkt 3 (zarzut z pkt 1 ma charakter wtórny i niesamoistny, gdyż nie opiera się na odrębnych okolicznościach faktycznych w stosunku do pozostałych zarzutów).

Reasumując, unieważnienie odrzucenia oferty Adrianexu i jej wybranie jako najkorzystniejszej wynikają z uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania Adrianexu w poprzednim postępowaniu odwoławczym, do którego Konsorcjum Jantar nie przystąpiło.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Art. 524 ustawy pzp nakazuje zamawiającemu przesłanie niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Według art. 522 ust. 2 ustawy pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Natomiast jak stanowi art. 523 ust. 3 ustawy pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

Z art. 528 ustawy pzp wynika, że Izba odrzuca odwołanie m.in. w następujących sytuacjach:

- odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu

[pkt 5];

- odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony [pkt 2] – w szczególności art. 527 ustawy pzp stanowi, że na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej.

Zgodnie z 529 ust. 1 ustawy pzp Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. Przy czym art. 529 ust 2 pzp stanowi, że Izba, jeżeli uzna to za konieczne, może dopuścić do udziału w posiedzeniu strony.

Wreszcie według art. 530 ustawy pzp w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę. *A contrario*, jeżeli zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, co do zasady sprawa zostać zakończona bez przeprowadzania rozprawy, czyli właśnie na posiedzeniu niejawnym.

W rozpoznawanej sprawie ustalone powyżej okoliczności odpowiadają hipotezie normy wynikającej z przywołanych powyżej art. 528 pkt 2 w zw. z art. 527 pzp oraz normy wynikającej z art. 528 pkt 5 pzp, co powoduje, że Izba zgodnie z dyspozycją tych norm obowiązana była do odrzucenia odwołania.

Ponieważ Konsorcjum Jantar nie zgłosiło przystąpienia po stronie Zamawiającego do poprzedniego postępowania odwoławczego, pozbawiło się w ten sposób możliwości zgłoszenia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania Adrianexu. Spowodowałoby to skierowanie tamtej sprawy na rozprawę, a w konsekwencji otworzyłoby drogę do wdania się w spór co do kwestii, czy oferta Adrianexu zawiera rażącą niską cenę i oceny złożonych przez niego w tym zakresie wyjaśnień. Natomiast Konsorcjum Jantar nie może już – z uwagi na przepis art. 528 pkt 2 w zw. z art. 527 ustawy pzp – w niniejszej sprawie być uznane za podmiot uprawniony do wniesienia odwołania, co nie jest również dopuszczalne przedmiotowo – z uwagi na przepis art. 528 pkt 5 ustawy pzp – w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty Adrianexu, gdyż nieodrzućenie tej oferty (jako zawierającej rażąco niską cenę po złożonych wyjaśnieniach odnośnie tej ceny) jest czynnością dokonaną przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem uwzględnionego przez niego odwołania.

Z uwagi na powyższe Izba – działając na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – orzekła jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku – jak w pkt 2. sentencji – na podstawie art. 557 pzp w zw. z § 8 ust. 1 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) – obciążając tymi kosztami, na które złożył się wpis, na zasadzie § 5 pkt 1 tego rozporządzenia.