Sygn. akt: KIO 3655/23

POSTANOWIENIE

z dnia 18 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **18 grudnia 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu**4 grudnia 2023 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„ERA" Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o., KOMES OCHRONA Sp. z o.o.**
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach**

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: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców **„ERA" Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o., KOMES OCHRONA Sp. z o.o.**, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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.**

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 3655/23

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

Zamawiający – Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „usługa kompleksowego utrzymania czystości w budynkach Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego", numer referencyjny: BA.I.272.65.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 października 2023 r., nr 2023/S 196-614618.

W dniu 4 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: „ERA" Sp. z o.o. w Chorzowie, NOVIA Sp. z o.o. w Chorzowie, KOMES OCHRONA Sp. z o.o. w Chorzowie (dalej: „Odwołujący"), od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa pzp") czynności Zamawiającego oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy pzp, tj. od:

1) czynności badania i oceny ofert,
2) zaniechania podania uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny oferty złożonej przez ERA Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o. i KOMES OCHRONA Sp. z o.o. w kryterium o nazwie Etykieta – E i przyznanej w tym kryterium punktacji,
3) czynności oceny oferty złożonej przez ERA Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o. i KOMES OCHRONA Sp. z o.o. w kryterium oceny ofert o nazwie Etykieta - E oraz zaniechania przyznania 20 punktów w kryterium Etykieta – E ofercie złożonej przez ERA Sp. z o.o., NOVIA sp. z o.o. i KOMES OCHRONA Sp. z o.o.,
4) zaniechania wezwania IMPEL FACILITY SERVICES Sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zakresie zadania nr 1,
5) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę IMPEL FACILITY SERVICES Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący – w zakresie dotyczącym zadań (części) nr 1, 2 i 3 – zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 253 ust. 1 oraz art. 16 pkt 2) ustawy pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny oferty złożonej przez ERA Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o. i KOMES OCHRONA Sp. z o.o. w kryterium ocen ofert o nazwie Etykieta – E i przyznanej w tym kryterium punktacji,
2) art. 239 ust. 1 oraz art. 104 ust. 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie oceny informacji i środków dowodowych przedstawionych przez ERA Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o. i KOMES OCHRONA Sp. z o.o. celem wykazania, że przyczyn niezależnych od nich nie mogą uzyskać certyfikatu EU Ecolabel w zakresie utrzymania czystości wydanego przez Polskie Centrum Badań i Certyfikacji S.A. lub etykiety równoważnej, oraz zaniechanie oceny równoważnych przedmiotowych środków dowodowych przedstawionych przez tych wykonawców celem wykazania,

że oferowane przez nich usługi spełniają wymagania określone w przepisach ustanawiających oznakowanie Ecolabel dla usług sprzątania pomieszczeń,

3)art. 239 ust. 1 oraz art. 104 ust. 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie przyznania 20 punktów w kryterium oceny ofert o nazwie Etykieta – E ofercie złożonej przez ERA Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o. i KOMES OCHRONA Sp. z o.o., min że wykonawcy ci wykazali, iż z przyczyn niezależnych od nich nie mogą uzyskać certyfikatu EU Ecolabel w zakresie utrzymania czystości wydanego przez Polskie Centrum Badań i Certyfikacji S.A. lub etykiety równoważnej, oraz że oferowane przez nich usługi spełniają wymagania określone w przepisach ustanawiających oznakowanie Ecolabel dla usług sprzątania pomieszczeń, oraz poprzez wybór oferty IMPEL FACILITY SERVICES Sp. z o.o. jak najkorzystniejszej, mimo że nie jest to oferta najkorzystniejsza,

4)art. 239 ust. 1, art. 112 ust. 2 pkt 4), art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp poprzez wybór oferty IMPEL FACILITY SERVICES Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo że IMPEL FACILITY SERVICES S o.o. nie wykazała, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wymaganego w zakresie zadania nr 1, ponieważ nie wykazała, iż wykonała co najmniej dwie usługi utrzymania czystości w budynkach, w tym co najmniej 1 usługę utrzymania czystości w budynku administracyjno – biurowym o powierzchni użytkowej wynoszącej min. 15 000 m2 , o okresie realizacji każdej z usług wynoszącym co najmniej rok i wartość każdej z usług przynajmniej 1 000 000 zł rocznie,

5)art. 128 ust. 1, art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania IMPEL FACILITY SERVICES Sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wymaganego w zakresie zadania nr 1.

W związku z powyższym Odwołujący wnieśli o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy IMPEL FACILITY SERVICES Sp. z o.o. jako ofer najkorzystniejszej dla zadań (części) nr 1, 2 i 3,

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonania oceny oferty złożonej przez ERA Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o. i KOMES OCHRONA Sp. z o.o. w kryterium oceny ofert o nazwie Etykieta-E z uwzględnieniem twierdzeń dowodów przedstawionych przez tych wykonawców na okoliczność, że z przyczyn niezależnych od nich nie mogą uzyskać certyfikatu EU Ecolabel lub równoważnego, oraz równoważnych przedmiotowych środków dowodowych przedstawionych przez nich celem wykazania, że oferowane przez nich usługi spełniają wymagania określone w przepisach ustanawiających oznakowanie Ecolabel dla usług sprzątania pomieszczeń,

3)przyznania ofercie złożonej przez ERA Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o. i KOMES OCHRONA Sp. z o.o. 20 punktów kryterium oceny ofert o nazwie Etykieta-E,

4)sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny oferty złożonej przez ERA Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o. i KOMES OCHRONA Sp. z o.o. w kryterium oceny ofert o nazwie Etykieta - E,

5)wezwania IMPEL FACILITY SERVICES Sp. z o.o., w trybie art. 128 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Praw zamówień publicznych, do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zakresie zadania nr 1 poprzez wykazanie, iż IMPEL FACILITY SERVICES Sp. z o.o. wykonała co najmniej 1 usługę utrzymania czystości budynku administracyjno – biurowym o powierzchni użytkowej wynoszącej min. 15 000 m2.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone została przesłana Wykonawcom za pomocą poczty elektronicznej w dniu 24 listopada 2023 r. W tym samym dniu informacja została także zamieszczona na stronie postępowania, tj. .

Odwołanie złożono więc z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy pzp. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścli wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

W dniu 8 grudnia 2023 r. Zamawiający drogą elektroniczną poinformował Izbę oraz Wykonawców, iż wobec zarzutów odwołania podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o ponownym przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert, w zakresie zadań częściowych nr 1, 2 i 3.

Pismem z dnia 11 grudnia 2023 r. Zamawiający skierował do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, z uwagi na fakt, iż Zamawiający w dniu 8 grudnia

2023 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zawiadomił wykonawców o ponownym przeprowadzeniu czynności oceny ofert w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami Zamawiającego po wniesieniu odwołania, postępowanie podlega umorzeniu z uwagi na dyspozycję przepisu art. 568 pkt 2 ustawy pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Co prawda, w ramach powyższych przyczyn umorzenia postępowania, ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością jednak, hipotezą przepisu objęte są sytuacje utraty tzw. substratu zaskarżenia, tj. unieważnienia czynności, które były przedmiotem zaskarżenia. „(…) jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego." (M. Jaworska, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Legalis 2023).

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z taką sytuacją, w której po wniesieniu odwołania od czynności wyboru oferty i badania oraz oceny ofert, Zamawiający unieważnił te czynności i zadecydował o konieczności powtórzenia czynności badania i oceny ofert. O fakcie tym Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionowali Odwołujący. Dla składu orzekającego Izby oznacza to weryfikację (autokontrolę) wszystkich czynności, które dotychczas podjął w postępowaniu Zamawiający. Innymi słowy, w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołujących.

Należy pamiętać, iż w związku z ostatnimi czynnościami Zamawiającego, uwzględniającymi zarzuty Odwołujących, oraz ponownym dokonaniem badania i ocen ofert a także ponowną czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, Odwołującym otworzy się nowy termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności Zamawiającego.

Dostrzeżenia również wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy pzp Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Oznacza to, że „Wydanie wyroku musi zostać oparte na całokształcie okoliczności faktycznych i prawnych ustalonych w toku całego postępowania, tj. do momentu zamknięcia rozprawy." (tamże). Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy pzp nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

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 zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie.

Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie analizy zaskarżonych a nieistniejących już (unieważnionych) czynności Zamawiającego 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 jest bezcelowe, czyli jak stanowi ustawa pzp – zbędne.

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 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 tiret pierwsze 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. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.), z którego wynika, że 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 uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: ……..