

Sygn. akt: KIO 3080/22

POSTANOWIENIE

z dnia 2 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 2 grudnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Agencję Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o. o., Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P., R. K., BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o. o., D&S DOGMAT Sp. z o. o., Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o. o. ul. Lindleya 16 00-013 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Prokuraturę Okręgową w Gdańsku ul. Wały Jagiellońskie 36 80-853 Gdańsk

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Agencji Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o. o., Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K., BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o. o., D&S DOGMAT Sp. z o. o., Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o. o. ul. Lindleya 16 00-013 Warszawa kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), 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 (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Prokuratura Okręgowa w Gdańsku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości wyrażonej w złotych nieprzekraczającej równowartości kwoty 750 000 EURO, w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 w zw. z art. 359 pkt 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych pod nazwą „Świadczenia usługi ochrony osób i mienia w obiektach Prokuratury Okręgowej w Gdańsku oraz prokuratur okręgu gdańskiego”, sygn. postępowania 3008-7.261.6.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 13 października 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00390587.

W dniu 21 listopada 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Agencję Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o. o., Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K., BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o o., D&S DOGMAT Sp. z o. o., Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o. o. ul. Lindleya 16 00-013 Warszawa zwanych dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) art. 224 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przejawiające się w uznaniu, że oferta złożona przez Wykonawcę nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, co wynika z pisma Wykonawcy z dnia 4 listopada 2022 roku, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, pomimo że zaoferowana przez Wykonawcę cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej u.z.n.k.) polegającego na utrudnianiu innym

przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.),

- 3) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy poprzez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny i kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, pomimo że cena za realizację całości przedmiotu umowy zaoferowana przez Wykonawcę jest niższa aniżeli koszty pracy pracowników skierowanych do realizacji zamówienia oraz nie uwzględnia wszystkich elementów cenotwórczych, co wynika z pisma Wykonawcy z dnia 04.11.2022 r., a tym samym powinno budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów (w szczególności przepisów prawa pracy), co obligowało Zamawiającego co najmniej do wyjaśnienia tychże okoliczności,
- 4) art. 128 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych i wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych dotyczących:
 - a) dysponowania koordynatorem ochrony z minimum 3 letnim doświadczeniem w przedmiocie zamówienia wpisanym na prowadzoną przez Komendanta Głównego Policji listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej oraz minimum 35 osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia na stanowisku pracownika ochrony, z których każda posiada wynikający z jednego kontraktu 6 – miesięczny staż pracy (zatrudnienie na podstawie umowy o pracę) polegający na ochronie obiektów użyteczności publicznej, nabyty w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (Załącznik nr 6 do SWZ – wykaz osób),
 - b) referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (Załącznik nr 4 do SWZ– wykaz usług)
- w sytuacji, gdy przedstawione dokumenty przez Wykonawcę nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, których mowa w Rozdziale 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i lit. b.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8, względnie pkt 7 ustawy,

3. dokonanie badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu,
4. dokonania czynności wyboru oferty spośród pozostałych nieodrzuconych ofert,
ewentualnie:
5. unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej,
6. powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej ramach wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,
7. powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej ramach wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia pisma Wykonawcy z dnia 04.11.2022 dotyczącego rażąco niskiej ceny,
8. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych ofert.

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.

W dniu 29 listopada 2022 r. wpłynęło do Prezesa krajowej Izby Odwoławczej pismo Zamawiającego, w którym Zamawiający poinformował, że w dniu 25 listopada 2022 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert, przychyłając się tym samym do części zarzutów zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 21 listopada 2022 roku.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty 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. Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. 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 zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie przedmiotowy 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.

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 czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała 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 nowa 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 uiszczzonego 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: