Sygn. akt: KIO 2377/22

WYROK

z dnia 23 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez wykonawcę:

Maxus Sp. z o.o., MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o., MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o. (ul. 3-go Maja 64/66N, 93-408 Łódź)

Ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Sąd Rejonowy w Wejherowie (ul. Wniebowstąpienia 4, 84-200 Wejherowo)

przy udziale wykonawców:

Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k. , Emporio Sp. z o.o. , Vigor Security Sp. z o.o. (Czernichowska 28, 61-334 Poznań)

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu podstawowego
2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k. ,

Emporio Sp. z o.o. , Vigor Security Sp. z o.o. w całości i:

3.1. zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty: 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz poniesioną przez odwołującego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od przystępującego Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k. , Emporio Sp. z o.o. , Vigor Security Sp. z o.o. na rzecz odwołującego Maxus Sp. z o.o., MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o., MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o. kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Sąd Rejonowy w Wejherowie (dalej również „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., aktualnie tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) (dalej również: „Ustawa" lub „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia USŁUGI OCHRONY OSÓB I MIENIA. Numer referencyjny: sygn. akt: G.115 - 55/2022 (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00301156/01) (dalej również: „Postępowanie").

W dniu 12 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców Maxus Sp. z o.o. w Łodzi, MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. w Łodzi , MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o. w Łodzi (dalej również: „Wykonawca" lub „Odwołujący") ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

W dniu 14 września 2022 r. do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu, Emporio Sp. z o.o.w Poznaniu oraz Vigor Security Sp. z o.o. w Poznaniu ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego (dalej również „Przystępujący" lub „Konsorcjum Emporio"). Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w formie zarzutu podstawowego oraz zgłoszonych z ostrożności procesowej na wypadek nie uwzględnienia zarzutu podstawowego zarzutów ewentualnych tj. na:

1. zaniechanie udostępnienia dokumentacji - treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Emporio pomimo kilkukrotnego wezwania do ich udostępnienia wystosowanego przez Odwołującego

2. ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Emporio, którego oferta zawiera rażąco niską cenę;

3. ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Emporio, którego oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów wobec złożenia oferty w imieniu konsorcjantów przez pełnomocnika w oparciu o umocowanie udzielone mu przez

jednego z konsorcjantów po złożeniu oferty;

4. ewentualnie zaniechaniu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Emporio, która jako zawierająca rażąco niską cenę bądź jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów powinna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

1. odnośnie zarzutu numer jeden - podstawowego - naruszenie art. naruszenie art. 18 ust. 1, ust. 2 Ustawy, art. 74 ust.1 i 2 Ustawy poprzez nieudostępnienie dokumentacji Konsorcjum Emporio pomimo kilkukrotnie składanego wniosku Odwołującego;

2. odnośnie zarzutu numer dwa - ewentualnego - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy;

3. odnośnie zarzutu numer trzy - ewentualnego - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4 Ustawy

4. odnośnie zarzutu numer cztery - ewentualnego - naruszenie art. 16 pkt 1 Ustawy

oraz art. 239 Ustawy

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Emporio;

2. udostępnienie treści korespondencji dotyczącej przedmiotowego postępowania prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Emporio;

3. ewentualnie na wypadek nie uwzględnienia zarzutu numer jeden - podstawowego - odrzucenia oferty Konsorcjum Emporio, która zawiera rażąco niską cenę;

4. ewentualnie na wypadek nie uwzględnienia zarzutu numer dwa - ewentualnego - odrzucenia oferty Konsorcjum Emporio, której treść jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

5. dokonania czynności wyboru oferty spośród pozostałych nieodrzuconych ofert.

Zamawiający pismem z dnia 12 września 2022 r. uwzględnił odwołanie Wykonawcy,

o czym Krajowa Izba Odwoławcza poinformowała Przystępującego w dniu 15 września 2022 r.

Przystępujący pismem z dnia 16 września 2022 r. w trybie art. 523 Ustawy zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości.

Przystępujący na uzasadnienie swojego stanowiska wskazał, że:

- całość korespondencji z Zamawiającym ze strony Przystępującego była udostępniania Zamawiającemu terminowo;

- zgodnie z żądaniem Zamawiającego z 26 sierpnia 2022r. terminowo udzielił wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w dniu 30 sierpnia 2022r. podobnie jak na wezwanie dodatkowe, na które odpowiedzi udzielił w wyznaczonym terminie tj. 5 września 2022 r.

- dokładał należytej staranności przy realizacji wezwań od Zamawiającego i udzielał wyjaśnień zgodnie z tymi żądaniami;

- składając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiającemu nie zastrzegał tajemnicy przedsiębiorstwa, jednak w jego ocenie należy traktować te wyjaśnienia, jako załączniki do

oferty, a w załączniku nr 1 do SWZ - w ofercie Przystępującego (pkt 10 str. 4) znajduje się zapis informujący o tajemnicy przedsiębiorstwa: „Oświadczam, że informacje i dokumenty zawarte w odrębnym pliku stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzegamy, że nie mogą być one udostępniane. W załączeniu dokumenty potwierdzające, że zastrzeżone w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”;

- nie ma wpływu na sposób działania Zamawiającego, także w zakresie, którym jest ono niezgodne z Ustawą tj. zablokowanie udostępnienia korespondencji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Postępowanie wszczęte zostało 11 sierpnia 2022 r. W Postępowaniu wpłynęło osiem ofert. Zamawiający dokonał oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego została oceniona jako najkorzystniejsza spośród ofert nieodrzuconych po ofercie Przystępującego. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana wykonawcom 7 września 2022 r.

Pomiędzy Zamawiającym i Przystępującym prowadzona była przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach Postępowania korespondencja, w tym także w trybie art. 274 Ustawy oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny - również dodatkowych. Przystępujący udzielając odpowiedzi na pytania Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1

Ustawy nie zastrzegał tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie przekazywanych informacji.

Odwołujący zwracał się w dniach 25 sierpnia 2022r., 7 września 2022r. oraz 9 września 2022r. do Zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz platformy zakupowej o udostępnienie dokumentacji - całości korespondencji dotyczącej Postępowania prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Emporio. Odwołujący wskazywał, że jeśli część dokumentacji została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa to prosi Zamawiającego o przesłanie stosownego uzasadnienia zastrzeżenia.

W dniu 9 września 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na wniosek Odwołującego przesyłając wykonawcy dwa pliki ZIP o nazwie: „wyjaśnienia.zip" i wyjaśnienia(l).zip., które to „Wyjaśnienia.zip" były plikiem skompresowanym zawierającym odpowiedź konsorcjum Konsorcjum Emporio w zakresie rażąco niskiej ceny, natomiast „wyjaśnienia(l).zip" były plikiem skompresowanym zawierającym uzupełniającą odpowiedź Konsorcjum Emporio w zakresie rażąco niskiej ceny. W tym samym dniu 9 września 2022 r. Zamawiający uzupełnił dokumentację o korespondencję prowadzoną z Konsorcjum Emporio zakresie złożonych dokumentów na wezwanie z art. 274 ust. 1 Ustawy przesyłając 3 pliki ZIP o nazwie: „WEZWANIE SECURITY", „EMPORIO-wiadomość", „wezwanie.zip."

Według oświadczenia Wykonawcy do dnia złożenia odwołania Zamawiający nie przesłał całej korespondencji.

Zamawiający w związku z uwzględnieniem odwołania przesłał Odwołującemu całość prowadzonej z Przystępującym w toku Postępowania korespondencji, w tym wezwań oraz odpowiedzi dotyczących rażąco niskiej ceny a także dotyczącej podmiotowych środków dowodowych oraz:

- unieważnił decyzję z dnia 7 września 2022 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej;

- wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy do dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i ich istotnych części składowych, zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów,

- wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust.1 Ustawy do uzupełnienia pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania

Konsorcjum Emporio w przedmiotowym postępowaniu wystawionego dla Pana Adama Urbanka aktualnego na dzień i godzinę składania oferty.

Ustalając powyższy stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez Strony, załączone do pism procesowych oraz złożone na rozprawie i oparła się na dokumentacji Postępowania, uwzględniając stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy. Sprzeciw wobec uwzględnienia całości odwołania został zgłoszony skutecznie.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu podstawowego - zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia dokumentacji - treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Emporio pomimo kilkukrotnego wezwania do ich udostępnienia wystosowanego przez Odwołującego. Jednocześnie wobec potwierdzonego przez Zamawiającego oraz Odwołującego faktu wykonania zaniechanej czynności w całości brak było podstawy do nakazania jej wykonania.

Zgodnie z normą art.18 ust. 1-3 Ustawy: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie

mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 Ustawy.

Zgodnie z normą art. 74 ust. 1-2 Ustawy: 1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. 2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Mając na uwadze fakt niezastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający zobowiązany był udostępnić Wykonawcy całość korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Emporio, czego nie uczynił pomimo kilkukrotnego wezwania do jej udostępnienia wystosowanego przez Odwołującego.

Wobec uwzględnienia zarzutu podstawowego brak było podstaw do rozstrzygania zarzutów dalszych ewentualnych zgłoszonych przez Odwołującego z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podstawowego.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący