Sygn. akt KIO 118/23

POSTANOWIENIE

z dnia 25 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 25 stycznia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TS SERVICE Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 31, 60-476 Poznań; TS SERVICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 31, 60-476 Poznań; PROTECTOR Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Wały Piastowskie 1, 80-855 Gdańsk i PROTECT TECHNOLOGY Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 31, 60-476 Poznań w postępowaniu

prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Poznaniu im prof. Ludwika Bierkowskiego, ul. Dojazd 34, 60-631 Poznań

przy udziale wykonawcy „PROTECT" Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Wągrowska 6, 61-369 Poznań zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TS SERVICE Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 31, 60-476 Poznań; TS SERVICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 31, 60-476 Poznań; PROTECTOR Spółka z o.o. z siedzibą

w Gdańsku, ul. Wały Piastowskie 1, 80-855 Gdańsk i PROTECT TECHNOLOGY Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 31, 60-476 Poznań kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 118/23

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Poznaniu im prof. Ludwika Bierkowskiego, zwany dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę w zakresie całodobowej ochrony fizycznej obiektów i przyległego terenu Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Poznaniu im. prof. Ludwika Bierkowskiego przy ul. Dojazd 34 , 60-631 Poznań".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 grudnia 2022 r. pod nr 2022/BZP 00475256/01.

W dniu 15 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TS SERVICE Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, TS SERVICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Poznaniu, PROTECTOR Spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku i PROTECT TECHNOLOGY Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwani dalej „Odwołującym", wnieśli odwołanie:

1. od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego i polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PROTECT Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „wykonawcą PROTECT";

2. od niezgodnego z przepisami ustawy zaniechaniu czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PROTECT zawierającej rażąco niska cenę i rażąco niskie koszty, w sytuacji gdy wyjaśnienia tego wykonawcy co do ceny i kosztu były nierzetelne, ogólnikowe i niepoparte dowodami, do której to czynności Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp .

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp oraz naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PROTECT w sytuacji, gdy:

a) wykonawca PROTECT złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia co do ceny, nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny oraz kosztu i tym samym nie wykazał, że jego oferta nie

zawiera rażąco niskiej ceny i koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny i kosztu wskazanych w ofercie tego wykonawcy,

b) wykonawca PROTECT zaniżył koszty wynagrodzeń pracowników w wyniku bezpodstawnego wskazania, że wykonawcy przysługuje dofinansowanie z PFRON do wynagrodzeń pracowników wykonawcy wykonujących obowiązki w innych obiektach, niż obiekt Zamawiającego,

c) cena oferty oraz koszty oferty były rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia,

d) oferta wykonawcy PROTECT została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zastosowanie przy ustaleniu ceny oferty tzw. finansowania skrośnego, uwzględniającego w kalkulacji dofinansowanie z PFRON , podczas gdy jest ono możliwe wyłącznie w odniesieniu do wynagrodzeń dla pracowników z orzeczonym stopniem niepełnosprawności. Skoro w zamówieniu publicznym brak możliwości skierowania do realizacji zamówienia osób z niepełnosprawnościami to tym samym brak jest możliwości uwzględnienia przez tego wykonawcę w kalkulacji stawki godzinowej dofinansowania dla takich osób.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy PROTECT jako oferty najkorzystniejszej,

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy PROTECT; odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. SPÓŁDZIELNI „DOZÓR" W GNIEŹNIE , Biura Ochrony AZ S. K., Agencji Detektywistycznej i Ochrony „JOKER" Spółka z o.o., zwanych dalej „konsorcjum Spółdzielni Dozór"; odrzucenia oferty wykonawcy RAK SERVICE KONCESJONOWANA AGENCJA OCHRONY OSÓB I MIENIA S.C. i nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i spełniającej wymagania ustawy Pzp oraz SWZ,

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika .

Zamawiający w dniu 17 stycznia 2023 roku, za pośrednictwem Platformy Zakupowej, przekazał Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kopię odwołania.

W dniu 20 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcę PROTECT zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 23 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i, w ślad za tym, unieważni czynności polegające na wyborze oferty wykonawcy PROTECT Spółka z o.o., jako oferty najkorzystniejszej, dokona odrzucenia oferty wykonawcy – PROTECT Spółka z o.o.; dokona odrzucenia oferty konsorcjum SPÓŁDZIELNI „DOZÓR" W GNIEŹNIE, Biura Ochrony A-Z S. K., Agencji Detektywistycznej i Ochrony „JOKER" Spółka z o.o.; natomiast odrzucenie oferty RAK SERVICE KONCESJONOWANA AGENCJA OCHRONY OSÓB I MIENIA S.C. dokonane zostało w pierwotnym terminie Zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, czyli 10 stycznia 2023 roku. Wykonawca RAK SERVICE KONCESJONOWANA AGENCJA OCHRONY OSÓB I MIENIA S.C. nie wniósł odwołania na niniejszą czynność odrzucenia jego oferty i czynność ma charakter prawomocny.

W dniu 25 stycznia 2023 r. Zamawiający przesłał do Izby „Informację o unieważnieniu czynności oceny i wyboru ofert na skutek wniesionego odwołania" z treści której wynika, iż Zamawiający unieważnił czynność polegającą na wyborze oferty wykonawcy PROTECT jako oferty najkorzystniejszej, dokonał odrzucenia oferty wykonawcy PROTECT na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Spółdzielni Dozór na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp oraz utrzymał w mocy czynność z dnia 10 stycznia 2023 r. odrzucenia oferty wykonawcy RAK SERVICE KONCESJONOWANA AGENCJA OCHRONY OSÓB I MIENIA S.C.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia w przypadku (…) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne". Zgodnie z tym przepisem podstawą do umorzenia postępowania jest stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował jednak, o jakie sytuacje chodzi. „Dyspozycją tego przepisu objęte są więc 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).

Niewątpliwym jest, że ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego. W tym stanie faktycznym Zamawiający przed otwarciem rozprawy unieważnił zaskarżoną w odwołaniu czynność (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, jak również dokonał czynności odrzucenia oferty konsorcjum SPÓŁDZIELNI „DOZÓR oraz oferty wykonawcy RAK SERVICE KONCESJONOWANA AGENCJA OCHRONY OSÓB I MIENIA S.C.), co oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. Unieważnienie zaskarżonej czynności oraz odrzucenie kwestionowanych ofert powoduje więc, że spór staje się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność Zamawiającego. Nie istnieje bowiem tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy też nie. Tym samym postępowanie odwoławcze stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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 w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w znosi się wzajemnie, a przez art. 574 ustawy Pzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 7 500 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący: ……