

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 29 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TS SERVICE Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, PROTECT TECHNOLOGY Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ST PLUS Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Kliniczny im. Karola Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **K.W. "RAK-SERVICE" s.c. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia oraz G.K. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia "RAK-SERVICE"** prowadzące działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej **"RAK-SERVICE" Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia s.c.**; przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Time Group Polska Sp. o.o. z siedzibą w Mysłowicach oraz Sky One Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach**
postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać 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, PROTECT TECHNOLOGY Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ST PLUS Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 906/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Kliniczny im. Karola Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie ochrony osób i mienia wraz z usługami portierskimi dla Szpitala Klinicznego im. Karola Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu” numer postępowania ZP 55/23.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr00783527-2023 z dnia 20 grudnia 2023 r.

W dniu 18 marca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **TS SERVICE Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, PROTECT TECHNOLOGY Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ST PLUS Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu** wnieśli odwołanie:

1. od niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. : „Świadczenie usług w zakresie ochrony osób i mienia wraz z usługami portierskimi dla Szpitala Klinicznego im. Karola Jonschera Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu” numer postępowania ZP 55/23, numer publikacji ogłoszenia: 00783527-2023, numer wydania Dz.U. S : 247/2023 z dnia 20 grudnia 2023r., polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty **RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia ul. Niska 8, 60-602 Poznań** (wybór oferty w dniu 8 marca 2024r.),
2. od niezgodnego z przepisami zaniechania ujawnienia części korespondencji pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą **RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia** (zwanego dalej Wykonawcą nr 1), a w szczególności wyjaśnień istotnych składowych ceny oferty złożonych przez Wykonawcę, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa jak również podmiotowych środków dowodowych oraz dokonania wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej bez uprzedniego ujawnienia przedmiotowych wyjaśnień i podmiotowych środków dowodowych,
3. od niezgodnego z przepisami zaniechania ujawnienia części korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą – **Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o. Pl. Wolności 2, 41-400 Mysłowice, SKY ONE Spółka z o.o. Pl. Wolności 2, 41-400 Mysłowice** (zwanego dalej Wykonawcą nr 2), a w szczególności wyjaśnień istotnych składowych ceny oferty złożonych przez Wykonawcę, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa jak również podmiotowych środków dowodowych oraz dokonania oceny i przyznania ilości punktów pozwalających na zajęcie drugiego miejsca w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
4. od niezgodnej z przepisami czynności przyjęcia, zaakceptowania i zaniechania ustalenia nieważności złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci „Umowy spółki cywilnoprawnej” zawartej w dniu 30.01.2006r. Wykonawcy

RAK Service S.C. Koncesjonowana

Agencja Ochrony Osób i Mienia, nieopatrzonych w ogóle kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi osób uprawnionych do reprezentowania tych Wykonawców wspólnie ubiegającego się o zamówienie jako spółka cywilna,

5. od niezgodnej z przepisami czynności przyjęcia, zaakceptowania i zaniechania ustalenia nieważności złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci Wyjaśnień z dnia 20 lutego 2024r. Wykonawcy RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia, opatrzonych jedynie podpisem zaufanym, zamiast kwalifikowanym podpisem elektronicznym jedynie jednej wspólniczki spółki cywilnej Pani K.W., spośród dwóch osób łącznie uprawnionych do reprezentowania tych Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jako spółka cywilna,

6. od niezgodnego z przepisami uznania, że Wykonawca RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, podczas gdy Wykonawca ten nie udowodnił, że wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony osób i mienia (polegającą na bezpośredniej ochronie osób i mienia, w tym zapewnienie podjazdów grupy interwencyjnej) o wartości nie mniejszej niż 1.900.000 zł brutto na rzecz Zamawiającego publicznego, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat,

7. ewentualnie od niezgodnego z przepisami zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia oraz oferty złożonej przez Wykonawcę - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o. bez uprzedniego ujawnienia przedmiotowych wyjaśnień i podmiotowych środków dowodowych, których oferty zawierają rażąco niskie ceny oraz niezgodnej z przepisami czynności dokonania wyboru oferty Wykonawcy RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia jako najkorzystniejszej oraz przyznania konsorcjum wykonawców TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o. punktac pozwalającej na zajęcie drugiego miejsca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwolujący zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 18 ust. 1, 2 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia oraz Wykonawcę - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstw wyjaśnień dotyczących ceny ofert złożonych w trybie przepisu art. 224 ust. 1 p.z.p., a co za tym idzie nieuzasadnionemu utajnieniu części wyjaśnień obydwu Wykonawców przez Zamawiającego i w konsekwencji zaniechanie ich ujawnienia,

2. art. 18 ust. 1, 2 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia oraz Wykonawcę - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o., SKY ONE Spółka z o.o., jako tajemnic przedsiębiorstwa podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

3. art. 58 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 70 p.z.p. w zw. z § 6 ust. 2 i 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 866 k.c. poprzez czynność przyjęcia, zaakceptowania i zaniechania przez Zamawiającego ustalenia nieważności złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci „Umowy spółki cywilnoprawnej” zawartej w dniu 30.01.2006r. Wykonawcy RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia nieopatrzonych kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi osób uprawnionych do reprezentowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jako spółka cywilna,

4. art. 58 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 70 p.z.p. w zw. z § 6 ust. 2 i 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 866 k.c. poprzez czynność przyjęcia i zaakceptowania przez Zamawiającego oraz zaniechania ustalenia nieważności złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci Wyjaśnień z dnia 20 lutego 2024r. Wykonawcy RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia, opatrzonych podpisem zaufanym, zamiast kwalifikowanym podpisem elektronicznym jedynie jednej wspólniczki spółki cywilnej Pani K.W., spośród dwóch osób łącznie uprawnionych do reprezentowania Wykonawców wspólnie ubiegającego się o zamówienie jako spółka cywilna,

5. art. 112 ust. 2 pkt 4 p.z.p. poprzez czynność uznania, że Wykonawca RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia spełnia warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, podczas gdy Wykonawca ten nie udowodnił, że wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę w zakresie ochrony osób i mienia (polegającą na bezpośredniej ochronie osób i mienia, w tym zapewnienie podjazdów grupy interwencyjnej) o wartości nie mniejszej niż 1.900.000 zł brutto na rzecz Zamawiającego publicznego, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat,

6. ewentualnie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 18 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawcę RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia oraz Wykonawcę - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o. , SKY ONE Spółka z o.o. w sytuacji , gdy ceny obu złożonych ofert były rażąco niskie stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji poprzez zaniżenie kosztów realizacji usługi co wypełnia przesłankę utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych .

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnoszą o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień Wykonawcy RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia oraz wyjaśnień Wykonawcy - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o. , SKY ONE Spółka z o.o. dotyczących ceny oferty oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia , a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert ,

2. nakazanie Zamawiającemu odtajnienie podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Wykonawcę RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia oraz Wykonawcę - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o. , SKY ONE Spółka z o.o. , a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem odtajnionych podmiotowych środków dowodowych ,

3. ewentualnie , z ostrożności procesowej , na wypadek nieuwzględnienia zarzutów określonych w pkt 1 i 2 odwołania , nakazania powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Wykonawcy RAK Service S.C. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia oraz odrzucenia oferty Wykonawcy - Konsorcjum TIME GROUP Polska Spółka z o.o. , SKY ONE Spółka z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny oraz nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego .

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania , w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika według norm przepisanych .

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1. K.W. "RAK-SERVICE" s.c. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia oraz G.K. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia "RAK-SERVICE" prowadzące działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej "RAK-SERVICE" Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia s.c.;

2. Time Group Polska Sp. o.o. z siedzibą w Mysłowicach oraz Sky One Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący (K.W. "RAK-SERVICE" s.c. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia oraz G.K. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia "RAK-SERVICE") pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2024 r. (pismo z dnia 27 marca 2024 r.) wnosili o oddalenie odwołania w całości.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TS SERVICE Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, PROTECT TECHNOLOGY Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ST PLUS Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 marca 2024 r. (pismo z dnia 28 marca 2024 r.) poinformował, iż:

„1- uwzględnienia odwołania w postaci odtajnienia dokumentów wykonawcy RAK-SERVICE s.c. Koncesjonowana Agencja Ochrony Osób i Mienia składanych na okoliczność wyjaśnień ceny oferty;

2- uwzględnienia odwołania w postaci odtajnienia dokumentów Konsorcjum Time Group Polska sp. o.o. oraz Sky One sp. z o.o. składanych na okoliczność wyjaśnień ceny oferty;

3- uwzględnienia odwołania w postaci powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem wniosków i twierdzeń zawartych w niniejszej odpowiedzi na odwołanie;

W pozostałym zakresie, zamawiający wnosi o oddalenie odwołania, w części wynikającej z uzasadnienia niniejszego pisma”.

Jednocześnie Izba zważyła, iż Zamawiający w dniu 28 marca 2024 r. w informacji o uchyleniu decyzji o wyborze oferty poinformował, że „uchyla decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 08.03.2024 roku i powtórzy czynność badania ofert w zakresie wskazanym w treści odpowiedzi na odwołanie”.

Powyższa czynność Zamawiającego doprowadziła do tego, iż wniesione odwołanie utraciło swój byt. Tym samym nie istnieje, tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Pzp. W tej sytuacji dalsze postępowanie stało się zbędne.

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie

art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 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. 2020 r. poz. 2437), 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 lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

Przewodniczący: