

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wolf Służba Ochrony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Wolf II Służba Ochrony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krośnie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Krośnie przy udziale uczestnika po stronie odwołującego: wykonawcy Arma Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wolf Służba Ochrony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Wolf II Służba Ochrony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krośnie i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego 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.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Krośnie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym na usługi ochrony fizycznej obiektu Hali sportowo – widowiskowej MOSiR w Krośnie przy ul. Bursaki 29, obsługę pokoi gościnnych oraz sprzątanie maszynowe i polerowanie hali sportowo – widowiskowej (numer referencyjny: MOSiR.271.1.2025). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 2025/BZP 00039661/01 w dniu 16 stycznia 2025 r. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 29 stycznia 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Wolf Służba Ochrony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Wolf II Służba Ochrony spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krośnie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawców, których oferty zawierają rażąco niską cenę i stanowią czyn nieuczciwej konkurencji oraz wobec braku wykluczenia z postępowania ofert wykonawców, którzy zawarli zmwę przetargową. W odwołaniu zarzucono naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do wykonawców „TYGRYS” M.S. (oferta nr 2) oraz „GUARDIA” D.S. (oferta nr 4) o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, mimo wskazywanej przez Odwołującego dysproporcji pomiędzy kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia przez Zamawiającego a ceną zaoferowaną przez wyżej wymienionych Wykonawców (powyżej 30%), a tym samym jednoznacznym wykazaniu, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za wskazaną cenę byłoby nieopłacalne lub prowadziłoby do powstania strat po stronie ofert kwestionowanych przez Odwołującego;
- 2) art. 224, art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez uznanie, że oferty złożone przez wykonawców „TYGRYS” M.S. (oferta nr 2) oraz „GUARDIA” D.S. (oferta nr 4) nie budzą wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, że wskazane oferty zawierały rażąco niskie ceny, zaś samo

złożenie ofert w takiej formie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, czego konsekwencją było zaniechanie odrzucenia ww. ofert;

- 3)art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez wybór oferty fikcyjnie najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy zaoferowane przez wykonawcę „GUARDIA” D.S. warunki cenowe zawierały cenę rażąco niską, natomiast wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich wymogów postawionych przez Zamawiającego (m.in. wymóg zatrudnienia osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę posiadających odpowiednie kompetencje, sprzątanie maszynowe powierzchni, obsługa pokoi gościnnych), byłoby niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, że pozostałe oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do oferty wybranej przez Zamawiającego;
- 4)art. 109 ust. 1 pkt 8 i 9 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5, w zw. z art. 16 i 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia ofert wykonawców „TYGRYS” M.S. (oferta nr 2) oraz „GUARDIA” D.S. (oferta nr 4), którzy zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji i składali odrębne oferty i w wyniku zamierzonego działania wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na wybór oferty wykonawcy „GUARDIA” D.S. jako najkorzystniejszej, pomimo faktu, że Zamawiający mógł stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;
- 5)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a i pkt 7 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców „TYGRYS” M.S. (oferta nr 2) oraz „GUARDIA” D.S. (oferta nr 4) podlegających wykluczeniu z postępowania i których oferty zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 6)art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3, 11 i 15 u.z.n.k. i w zw. z art. 72 § 2 i 721§ 1 KC przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców „TYGRYS” M.S. (oferta nr 2) oraz „GUARDIA” D.S. (oferta nr 4) pomimo faktu, że ich oferty zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz z naruszeniem innych przepisów prawa, czyli złożenia de facto dwóch ofert, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż doprowadziło to do sytuacji, w której mają przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawców „TYGRYS” M.S. (oferta nr 2) oraz „GUARDIA” D.S. (oferta nr 4) do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, wykluczenie wykonawców „TYGRYS” M.S. (oferta nr 2) oraz „GUARDIA” D.S. (oferta nr 4) z uwagi na zawarcie zмовы przetargowej, ponowne zbadanie i dokonanie oceny ofert złożonych w postępowaniu i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika według norm przepisanych.

Zamawiający w dniu 14 lutego 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę Arma Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”).

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

W oparciu o ustalenia faktyczne poczynione na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wypełnił materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w oparciu o art. 275 pkt 1) ustawy Pzp, tj. w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji. Zamawiający nie określił warunków udziału w postępowaniu, nie wymagał złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wymagał wyłącznie złożenia wraz z ofertą oświadczenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ. Zamawiający w punkcie 10 SWZ wskazał, że dokona oceny ofert złożonych przez wykonawców, a więc zbada czy wszyscy wykonawcy składali wymagane treści SWZ oświadczenia oraz oceni oferty pod kątem przesłanek ich odrzucenia oraz kryteriów oceny ofert. Kryterium oceny ofert stanowiła cena (100%).

W postępowaniu wpłynęło pięć ofert: oferta Odwołującego z ceną 250 238,40 zł, oferta wykonawcy „TYGRYS” M.S. z ceną 223 537,85 zł, oferta wykonawcy Agencja Ochrony „OSKAR” P.W. z ceną 239 811,80 zł, oferta wykonawcy „GUARDIA” D.S. z ceną 221 847,05 zł oraz oferta wykonawcy Arma Service sp. z o.o. z ceną 250 942,90 zł. Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert, wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy „GUARDIA” D.S. jako zawierającą najkorzystniejszą cenę. Oferta Odwołującego zajęła czwarte miejsce w rankingu ofert.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący uzasadniał posiadanie legitymacji czynnej wskazując, że „Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania, bowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający poprzez zaskarżane przez Odwołującego czynności i zaniechania pozbawia Odwołującego możliwości realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, którego oferta jest prawidłowo złożona i ważna, a zaoferowana cena i potencjał techniczny gwarantuje należytą realizację zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do wyeliminowania ofert sklasyfikowanych wyżej niż oferta Odwołującego, co jest wystarczające do przypisania Odwołującemu legitymacji do złożenia odwołania. W wyniku zaniechań i zaniechań Zamawiającego Odwołujący może zostać pozbawiony możliwości realizacji zamówienia, o które się ubiega, co z kolei może spowodować poniesienie szkody przez Odwołującego w postaci nieosiągnięcia zysku, który planuje osiągnąć w związku z realizacją niniejszego zamówienia. Dodatkowo, oprócz poniesienia przez Odwołującego szkody wskazanej powyżej, zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców „TYGRYS” M.S. oraz „GUARDIA” D.S., którzy zawarli z Zamawiającym umowę przetargową należy rozpatrywać szerzej, w kontekście szkody poniesionej także przez innych przedsiębiorców, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i umacnianie patologicznych praktyk w obrębie zamówień publicznych, które są sprzeczne z prawem, z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. Powyższe okoliczności stanowią potwierdzenie ziszczenia się materialnoprawnej przesłanki wniesienia odwołania określonej w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.”

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie uzasadnia jego uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego sam fakt, że złożył on ofertę w postępowaniu, a uwzględnienie odwołania prowadziłoby do wyeliminowania dwóch ofert sklasyfikowanych wyżej niż oferta Odwołującego, nie jest wystarczający do przypisania mu legitymacji czynnej. Odwołujący pominął okoliczność, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, w którym nie stosuje się procedury odwróconej. Zamawiający nie określił żadnych warunków udziału w postępowaniu, jak i nie żądał podmiotowych środków dowodowych, a wymagał jedynie złożenia wraz z ofertą oświadczeń o niepodleganiu wykluczeniu. W konsekwencji Zamawiający wybierając ofertę najkorzystniejszą zbadał i ocenił uprzednio pod kątem przedmiotowym i podmiotowym wszystkie złożone oferty, uznając że żadna z nich nie podlega odrzuceniu. Odwołujący nie postawił zarzutów odnoszących się do oferty wykonawcy Agencja Ochrony „OSKAR” P.W., która zajęła trzecie miejsce w rankingu ofert i jest ofertą korzystniejszą niż oferta Odwołującego, uplasowanej dopiero na czwartej pozycji. W efekcie na moment wniesienia odwołania Odwołujący nie miał realnej szansy uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ jego ofertę wyprzedzała niepodlegająca odrzuceniu oferta innego podmiotu, uprzednio zbadana i oceniona już przez Zamawiającego. W takim stanie faktycznym ewentualne naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp nie wpływa w żaden sposób na możliwość pozyskania przez Odwołującego świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, skoro Odwołujący nie zdecydował się zaskarżyć oferty korzystniejszej od jego własnej. Aby przypisać wykonawcy interes w uzyskaniu zamówienia, wykonawca ten na moment wniesienia odwołania musi mieć faktyczną szansę, żeby to zamówienie uzyskać, a przeszkodą w uzyskaniu przez wykonawcę zamówienia są wyłącznie niezgodne z przepisami ustawy Pzp działania lub zaniechania instytucji zamawiającej. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w rozpoznawanym przypadku.

Ponadto, aby wykonawca mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej, to musi zaistnieć stan, w którym z powodu niezgodnych z ustawą Pzp działań lub zaniechań zamawiającego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Oznacza to, że wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Jak wskazano m.in. w wyroku Izby z dnia 8 października 2021 r., sygn. akt KIO 1571/21, KIO 1925/21, „analiza przepisu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że w celu korzystania ze środków ochrony prawnej wykonawca zobowiązany jest wykazać nie tylko interes w uzyskaniu zamówienia, ale także poniesienie lub możliwość poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obydwie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. Ponadto między szkodą grozącą wykonawcy, a naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniu, musi zostać wykazany adekwatny związek przyczynowo - skutkowy. Powyższe

wynika z charakteru postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze ma bowiem na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, a nie ochronę interesu publicznego przez sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prowadzenia postępowania." Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu Odwołujący na skutek czynności lub zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego nie poniósł i nie może ponieść szkody w postaci nieosiągnięcia zysku, który planował osiągnąć w związku z realizacji przedmiotowego zamówienia, ponieważ uwzględnienie odwołania nie doprowadziłoby do uzyskania zamówienia przez Odwołującego wobec braku wyeliminowania z postępowania oferty trzeciej w kolejności, korzystniejszej od oferty Odwołującego. Jak podkreślono m.in. w wyroku Izby z dnia 22 lipca 2023 r., sygn. akt KIO 1927/23, „szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku nieprzystąpienia innego wykonawcy, który złożył korzystniejszą i niekwestionowaną ofertę, do podpisania umowy."

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, że przesłanki materialnoprawne upoważniające do wniesienia odwołania należy rozpatrywać szerzej, w kontekście szkody poniesionej także przez innych przedsiębiorców, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i umacnianie złych praktyk w obrębie zamówień publicznych, które są sprzeczne z prawem, z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. Podkreślić należy, że środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Pzp co do zasady nie służą obronie ogólnych, szeroko pojętych interesów uczestników systemu zamówień publicznych i nie stanowią narzędzia do weryfikacji zgodności z prawem wszystkich działań i zaniechań instytucji zamawiającej czy do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza, jako podmiot rozstrzygający środki ochrony prawnej w pierwszej instancji, dokonuje kontroli legalności czynności lub zaniechań zamawiającego wyłącznie w granicach zakreślonych zarzutami odwołania i wyłącznie wtedy, gdy objęte podstawami faktycznymi zarzutów potencjalne naruszenia zamawiającego mogą przekładać się na indywidualny interes wykonawcy wnoszącego odwołanie, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wypełnił materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co stanowi samoistną przesłankę do oddalenia odwołania, bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w punkcie 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 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 uwagi na oddalenie odwołania Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego w całości.

Przewodnicząca:.....