Sygn. akt KIO 614/23

POSTANOWIENIE

z dnia 14 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 14 marca 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
6 marca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Ekspert Security DUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie, Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie, Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie i wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ekspert Security T.A. z siedzibą w Jabłonnej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąd Rejonowy w Białej Podlaskiej w przedmiocie zamówienia publicznego na *„świadczenie usług ochrony osób i mienia na rzecz Sądu Rejonowego w Białej Podlaskiej przy ul. Brzeskiej 20/22”*

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.

2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Ekspert Security DUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ekspert Security T.A. z siedzibą w Jabłonnej kwoty 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej równowartość uiszczonego 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 (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze 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:.....

Sygn. akt KIO 614/23

Uzasadnienie

Sąd Rejonowy w Białej Podlaskiej, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na *„świadczenie usług ochrony osób i mienia na rzecz Sądu Rejonowego*
w Białej Podlaskiej przy ul. Brzeskiej 20/22”. Numer referencyjny zamówienia to ZP-2/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 lutego 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00087342/01.

W dniu 6 marca 2023 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Ekspert Security DUO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Warszawie i wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ekspert Security T.A. z siedzibą w Jabłonnej, zwani dalej także jako „Konsorcjum Ekspert Security DUO”, wnieśli odwołanie od czynności dokonanych przez Zamawiającego polegających na:

1) wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: „APGG" Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED" PLUS A.P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, zwanych dalej jako „Konsorcjum APGG", nieprawidłowej ocenie oferty Konsorcjum APGG w zakresie kryterium doświadczenie
i zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum APGG jako oferty niezgodnej z ustawą
i zawierającą cenę, która nie pozwala na pokrycie kosztów wytworzenia usługi, a jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,

2) zaniechaniu wezwania Konsorcjum APGG do wyjaśnienia oferty złożonej w postępowaniu w sytuacji, gdy złożona przez Konsorcjum APGG oferta powinna budzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie możliwości pokrycia kosztów wytworzenia usługi, spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu realizacji usługi przez konsorcjantów,
a także w zakresie realizacji usług wskazanych w wykazie usług, gdyż wykonywane były bez posiadanych uprawnień przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED" PLUS A.P.
z siedzibą w Radomiu, a następnie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED' PLUS A.P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu w postaci koncesji na prowadzenie działalności
w zakresie ochrony osób i mienia w okresie od 20 stycznia 2020 r. do 15 kwietnia 2021 r.,

3) zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum APGG,

4) zaniechaniu wezwania wykonawcy SKAREM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Stalowej Woli (dalej jako „wykonawca SKAREM") do wyjaśnienia oferty złożonej w postępowaniu w sytuacji, gdy złożona przez wykonawcę SKAREM oferta powinna budzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie możliwości pokrycia kosztów wytworzenia usługi,
a następnie odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą i zawierającej cenę niepozwalającą na pokrycie kosztów wytworzenia usługi, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,

5) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy SKAREM,

6) zaniechaniu wezwania wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ochrona Osób i Mienia G.P. z siedzibą w Łukowie (dalej jako „wykonawca G.P.") do wyjaśnienia oferty złożonej w postępowaniu w sytuacji, gdy złożona przez wykonawcę G.P. oferta powinna budzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie możliwości pokrycia kosztów wytworzenia usługi, a następnie odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą i zawierającej cenę niepozwalającą na pokrycie kosztów wytworzenia usługi, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,

7) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy G.P.,

8) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w trakcie prowadzenia przedmiotowego postępowania naruszenie następujących przepisów:

1) art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez wybór oferty Konsorcjum APGG niebędącej najkorzystniejszą w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert, w szczególności na skutek przyznania temu wykonawcy błędnej (zawyżonej) liczby punktów w kryterium „Doświadczenie",

2) art. 223 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia w zw.
z art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum APGG do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów potwierdzających uprawnienia do świadczenia usług ochrony osób i mienia (koncesja) przez uczestnika konsorcjum Annę Prasek prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED" PLUS A.P.
z siedzibą w Radomiu i jej następcy prawnego, w sytuacji gdy w dniu 20 stycznia 2020 r. organ koncesyjny cofnął koncesję nr L-0085/07, a nową koncesję wydano dopiero w dniu 15 kwietnia 2021 r., a zatem świadczenia usług w okresie od dnia 20 stycznia 2020 r. do dnia 15 kwietnia 2021 r. na rzecz zamawiających Izby Administracji Skarbowej w Lublinie, Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy, Krajowej Rady Sądownictwa i Prokuratury Okręgowej
w Zamościu wskazanych w wykazie usług odbywało się sprzecznie z prawem – bez wymaganej koncesji i tym samym za usługi te błędnie przyznano punkty w kryterium oceny ofert doświadczenie, co doprowadziło do przyznania wykonawcy nieprawidłowej liczby punktów wskutek czego oferta Konsorcjum APGG została oceniona jako najkorzystniejsza, co doprowadziło do jej wyboru przez Zamawiającego,

3) art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego Konsorcjum APGG do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny, jaką stanowią koszty pracy pracowników, są poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników, co w konsekwencji powinno doprowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy,

4) art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego wykonawcy SKAREM do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny, jaką stanowią koszty pracy pracowników, są poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników, co w konsekwencji powinno doprowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy,

5) art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego wykonawcy G.P. do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny, jaką stanowią koszty pracy pracowników, są poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników, co w konsekwencji powinno doprowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy,

6) art. 239 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oferty Konsorcjum APGG podlegającej odrzuceniu pomimo, iż to oferta złożona przez Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert winna być oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu,

7) art. 239 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty Konsorcjum APGG jako najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji, gdyż zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników,

8) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SKAREM pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji, gdyż zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników,

9) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy G.P. pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji, gdyż zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników,

10) art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oferty Konsorcjum APGG podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia rzetelnej procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji
i równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum APGG jako najkorzystniejszej
w postępowaniu,

2) ponownego i rzetelnego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert
w postępowaniu, w tym wezwanie Konsorcjum APGG do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej z uwzględnieniem kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy
o pracę, a także w zakresie realizowanych na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Lublinie, Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy, Krajowej Rady Sądownictwa i Prokuratury Okręgowej w Zamościu usług w zakresie posiadania uprawnień (koncesji) do świadczenia usług ochrony osób i mienia przez cały okres realizacji usług na rzecz tych Zamawiających,
a następnie odrzucenie oferty Konsorcjum APGG,

3) ponownego i rzetelnego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert
w postępowaniu, w tym wezwanie wykonawcy SKAREM do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu oraz odrzucenia oferty wykonawcy SKAREM,

4) ponownego i rzetelnego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert
w postępowaniu, w tym wezwanie wykonawcy G.P. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu oraz odrzucenia oferty wykonawcy G.P., a w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej zgodnie z wymogami Specyfikacji Warunków Zamówienia
w postępowaniu.

Odwołujący złożył również wniosek o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Z informacji przekazanej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przez Zamawiającego
w dniu 8 marca 2023 r. wynika, że informację o wpływie odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz kopią odwołania Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 7 marca 2023 r. poprzez Platformę zakupową e-Zamówienia.

Termin na zgłoszenie przystąpień do postępowania odwoławczego upłynął w dniu 10 marca 2023 r. Do dnia wydania postanowienia przez Izbę na posiedzeniu niejawnym do akt sprawy odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenia przystąpienia – ani po stronie Zamawiającego, ani po stronie Odwołującego.

Następnie w dniu 14 marca 2023 r. Zamawiający złożył pismo, w którym oświadczył, że na podstawie przepisu art. 522 ust. 1 ustawy PZP uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 6 marca 2023 r. wniesionym przez Konsorcjum Ekspert Security DUO. Pismo to zostało przesłane do Izby drogą elektroniczną i została podpisane przez Dyrektora Sądu Rejonowego w Białej Podlaskiej – Panią Edytę Bisiuk.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 522 ust. 1 ustawy PZP stanowi, że *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.*

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu, natomiast do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców biorących udział w przetargu, Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:.....