

POSTANOWIENIE
z dnia 29 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2022 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, Konsorcjum: **Ekspert Security Duo Sp. z o.o., Ekspert Security AP Sp. z o.o., Ekspert Security MW Sp. z o.o., Art- Security Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie** (ul. Magazynowa 11a/63, 02-652 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Sąd Rejonowy w Otwocku** (ul. Armii Krajowej 2, 05-400 Otwock),

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, Konsorcjum: **Agencja Ochrony Osób i Mienia „ROMA” R. S., Przedsiębiorstwo Usługowe ROMA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Estrady 70c, 01-932 Warszawa) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, Konsorcjum: **Ekspert Security Duo Sp. z o.o., Ekspert Security AP Sp. z o.o., Ekspert Security MW Sp. z o.o., Art-Security Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie** (ul. Magazynowa 11a/63, 02-652 Warszawa) kwoty **6.750 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 21 listopada 2022 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum): Ekspert Security Duo Sp. z o.o., Ekspert Security AP Sp. z o.o., Ekspert Security MW Sp. z o.o., Art-Security Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Sąd Rejonowy w Otwocku na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem jest: „Świadczenie usługi polegającej na ochronie fizycznej Sądu Rejonowego w Otwocku”. Nr ref.: PZP/SR/2/22; Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 18 października 2022 roku, nr 2022'ZZP 00398466.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na:

- a) wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Konsorcjum: Agencja Ochrony Osób i Mienia ROMA R. S. i Przedsiębiorstwo Usługowe Roma sp. z o.o. („konsorcjum Roma”) i zaniechaniu odrzucenia oferty Roma jako niezgodnej z ustawą, zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi Czyn nieuczciwej konkurencji,
- b) błędnej ocenie kalkulacji ceny ofertowej złożonej przez konsorcjum Roma w sytuacji gdy złożona przez tego wykonawcę kalkulacja wprost wskazywała, że zaoferowana cena nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w szczególności kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę pracowników w roku 2023 i 2024;
- c) wezwaniu konsorcjum Roma do wskazania pracowników posiadających aktualne zaświadczenia o odbytym szkoleniu w zakresie informacji niejawnych, gdyż dla pracowników których wskazano przedstawiono nieaktualne zaświadczenia, tj. starsze niż 5 lat;
- d) zaniechaniu wezwania konsorcjum Roma do złożenia referencji potwierdzających posiadanie doświadczenia w zakresie wymaganym w dokumentacji postępowania;
- e) zaniechaniu odrzucenia Oferty konsorcjum Roma;
- f) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu

Zarzucił Zamawiającemu, że prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

- a) art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 19 ust. 3 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych - zaniechanie wezwania konsorcjum Roma do wskazania pracowników posiadających aktualne zaświadczenia o odbytym Szkoleniu w zakresie informacji niejawnych, zgodnie z Rozdziałem VI ust 4 lit. c ppkt IV) SWZ podczas gdy złożone dokumenty Są nieaktualne, gdyż od szkolenia upłynęło więcej niż 5 lat;

- b) art. 128 ust. 1 PZP w zw. z ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy - zaniechanie wezwania konsorcjum Roma do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji do usługi wykonywanej na rzecz Ministerstwa Zdrowia, podczas gdy złożone referencje wystawione zostały w dniu 11 marca 2021 roku, a usługa zakończyła się w dniu 21 kwietnia 2021 roku, tak więc przedłożone referencje zostały wystawione w trakcie trwania usługi, a ich ważność wynosiła 3 miesiące od ich wystawienia, co prowadzi do tego że na dzień składania wykazu usług konsorcjum Roma nie mogło przedłożyć referencji z dnia 11 marca 2021 roku;
- c) art. 224 ust. 1 i w zw. z 3 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) - wezwanie przez Zamawiającego konsorcjum Roma do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny jaką stanowią koszt pracy pracowników została wyliczona poniżej kosztów wytworzenia usługi, a zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników w roku 2023 i 2024 co w konsekwencji powinno doprowadzić do odrzucenia oferty konsorcjum Roma. gdyż wykonawca nie może zmienić w toku wyjaśnień poczynionych w kalkulacji cenowej
- d) art. 16 pkt 1) PZP - wybór jako najkorzystniejszej Oferty w Postępowaniu oferty konsorcjum Roma. nie poddanej prawidłowej ocenie, która wymaga wezwania Wykonawcy zarówno do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowania jak i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a tym zaniechanie przeprowadzenia rzetelnej procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania w całości; 2) unieważnienie Czynności wyboru Oferty konsorcjum Roma jako najkorzystniejszej w Postępowaniu; oraz nakazanie Zamawiającemu: 3) wezwanie konsorcjum Roma do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu, z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 roku, a także wezwania do złożenia wykazu pracowników posiadających aktualne zaświadczenia o odbytym szkoleniu w zakresie informacji niejawnych, podczas gdy złożone dokumenty są nieaktualne, gdyż od szkolenia więcej 5 lat, a także wyjaśnienia podmiotowy± środków dowodowych w postaci aktualnych referencji dla usługi zrealizowanej na rzecz Ministerstwa Zdrowia, 4) dokonanie ponownej oceny ofert w postępowaniu, odrzucenie Oferty konsorcjum Roma i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu; 5) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie

Wykonawca podał, że (...) posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem wadliwa. naruszająca zasadę uczciwej konkurencji i w konsekwencji niezgodna z ustawą ocena ofert złożonych w Postępowaniu, a w rezultacie wybór oferty podlegającej odrzuceniu, doprowadziło bezpośrednio do narażenia Odwołującego na brak możliwości pozyskania zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego). (...)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (Konsorcjum): Agencja Ochrony Osób i Mienia „ROMA” R. S., Przedsiębiorstwo Usługowe ROMA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający w piśmie z dnia 25 listopada 2022 r. oświadczył: „Zamawiający przed otwarciem rozprawy zgodnie z artykułem 522 ust. 1 Pzp uwzględnił w całości zarzuty przedstawione Odwołaniu, które zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 21 listopada 2022 roku przez Odwołującego. Zamawiający jednocześnie na podstawie art. 568 pkt. 3 w zw. z art. 522 ust. 1 Pzp wnosi o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym, wobec uwzględnienia Odwołania. Zamawiający wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii zawiadomienia o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej Oferty oraz o przystąpieniu do ponownego badania i zarzutów Odwołania oraz unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Zgłaszające przystąpienie Konsorcjum – uwzględniając przepis art. 522 ust.2 Pzp w zw. z § 13 ust.1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) - został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania.

Odwołujący w piśmie z dnia 28 listopada 2022 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wskazując na art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oświadczył, (...) *w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego w dniu 25 listopada 2022 roku w całości wniesionego przez Odwołującego odwołania oraz podjęciem przez Zamawiającego w dniu 25 listopada 2022 roku czynności dotyczących unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty niniejszym pismem cofam w całości odwołanie z dnia 21 listopada 2022 roku wniesione w niniejszym Postępowaniu.*”

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: „1.Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby”.

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 28 listopada 2022 r., przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy na dzień 2 grudnia 2022 r. jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym także bezprzedmiotowe stało się wezwanie skierowane do zgłaszającego przystąpienie Konsorcjum, co do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutów odwołania, które skierowano do Konsorcjum przed złożeniem do akt sprawy oświadczenia Odwołującego o cofnięciu odwołania. Oświadczenie o cofnięciu powoduje, jak wskazano w art. 520 ust.2 Pzp, że takie cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Z tych też względów, zgodnie z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b) 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) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego od odwołania w wysokości 7.500 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....