

Sygn. akt: KIO 2125/22

Sygn. akt: KIO 2135/22

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 29 sierpnia 2022 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Emilia Garbala

**Protokolant:** Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2022 r. przez:

- A.** wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Basma Security sp. z o.o., Aleja Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa, MW Scorta sp. z o.o., Aleja Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa oraz Cerber Ochrona sp. z o.o., ul. Nowomiejska 49, 07-100 Liw (KIO 2125/22),**
- B.** wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **MAXUS sp. z o.o., ul. 3-Maja 64/66N, 93-408 Łódź, MM SERVICE SECURITY sp. z o.o., ul. 3-Maja 64/66N, 93-408 Łódź oraz MM SERVICE MONITORING sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów (KIO 2135/22),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź,**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **Sky One sp. z o.o., Pl. Wolności 2, 41-400 Mysłowice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 2125/22 oraz KIO 2135/22,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **MAXUS sp. z o.o., ul. 3-Maja 64/66N, 93-408 Łódź, MM SERVICE SECURITY sp. z o.o., ul. 3-Maja 64/66N, 93-408 Łódź oraz MM SERVICE MONITORING sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2125/22,

**postanawia:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze w sprawach KIO 2125/22 i KIO 2135/22,**
2. w sprawie KIO 2125/22 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Basma Security sp. z o.o., Aleja Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa, MW Scorta sp. z o.o., Aleja Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa oraz Cerber Ochrona sp. z o.o., ul. Nowomiejska 49, 07-100 Liw, kwoty 13 500,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu 90% uiszczzonego wpisu,
3. w sprawie KIO 2135/22 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MAXUS sp. z o.o., ul. 3-Maja 64/66N, 93-408 Łódź, MM SERVICE SECURITY sp. z o.o., ul. 3-Maja 64/66N, 93-408 Łódź oraz MM SERVICE MONITORING sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów, kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 2125/22**

**Sygn. akt KIO 2135/22**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający - Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę społeczną ochrony obiektów, osób i mienia WWCOiT im. M. Kopernika Łodzi, numer referencyjny: EZ.28.36.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.05.2022 r., nr 2022/S 093- 257453.

W dniu 16.08.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Basma Security sp. z o.o., Aleja Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa, MW Scorta sp. z o.o., Aleja Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa oraz Cerber Ochrona sp. z o.o., ul. Nowomiejska 49, 07-100 Liw (zwanym dalej: „odwołujący Basma”) – sygn. akt KIO 2125/22,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MAXUS sp. z o.o., ul. 3-Maja 64/66N, 93-408 Łódź, MM SERVICE SECURITY sp. z o.o., ul. 3-Maja 64/66N, 93-408 Łódź oraz MM SERVICE MONITORING sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów (zwanym dalej: „odwołujący Maxus”) – sygn. akt KIO 2135/22.

Odwołujący Basma zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sky One z powodu rażąco niskiej ceny,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Maxus z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo że konsorcjum Maxus zostało wezwane przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazało, że cena nie jest rażąco niska, a wręcz przeciwnie - złożone wyjaśnienia dowodzą, że oferta konsorcjum Maxus zawiera rażąco niską cenę.

W związku z powyższym odwołujący Basma wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 2) odrzucenia ofert wykonawców Sky One i konsorcjum Maxus,
- 3) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący Maxus zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3, art. 74 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę Sky One sp. z o. o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa części wyjaśnień złożonych w trybie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy pzp, a co za tym idzie nieuzasadnionym utajnieniu tych dokumentów przez zamawiającego i w konsekwencji zaniechanie ujawnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 w zw. z art. 224 ust.1 w zw. z art. 18 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sky One sp. z o. o. w sytuacji, gdy cena złożonej oferty była rażąco niska i stanowiła 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.

W związku z powyższym odwołujący Maxus wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Sky One sp. z o. o. zawierających informacje w zakresie czynników cenotwórczych oraz sposobu wyliczenia cen jednostkowych oraz ceny całkowitej oferty oraz unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie powtórzenia oceny ofert z uwzględnieniem odtajnionych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny,
- 2) ewentualnie, w razie nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu określonego w ww. pkt 1), powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty wykonawcy Sky One sp. z o. o. z powodu rażąco niskiej ceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- 1) wykonawca Sky One sp. z o.o., Pl. Wolności 2, 41-400 Mysłowice - w sprawach o sygn. akt KIO 2125/22 oraz KIO 2135/22,
- 2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: MAXUS sp. z o.o., ul. 3-Maja 64/66N, 93-408 Łódź, MM SERVICE SECURITY sp. z o.o., ul. 3-Maja 64/66N, 93-408 Łódź oraz MM SERVICE MONITORING sp. z o.o., ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów – w sprawie o sygn. akt KIO 2125/22.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismami z dnia 26.08.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedzi na oba odwołania i:

- wniósł o oddalenie w całości odwołania wniesionego przez odwołującego Basma (KIO 2125/22),
- poinformował o uwzględnieniu odwołania wniesionego przez odwołującego Maxus (KIO 2135/22) w części, tj. w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień zastrzeżonych przez wykonawcę Sky One jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także wniósł o oddalenie tego odwołania w pozostałym zakresie, tj. w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sky One jako zawierającej rażąco niską cenę.

W trakcie posiedzenia, na pytanie Izby, zamawiający oświadczył, że w związku z uwzględnieniem odwołania w części w sprawie KIO 2135/22, zamierza także unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący Sky One oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w sprawie KIO 2135/22 w części, tj. w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia złożonych przez niego wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący Maxus oświadczył, że cofa odwołanie w sprawie 2135/22 w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego, tj. w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sky One jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący Basma oświadczył, że w całości cofa odwołanie w sprawie KIO 2125/22.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania oraz w przypadku, o którym mowa w art. 522 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437):

W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołujący ponosi koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, oraz zwraca się mu 90% wpisu; w takim przypadku Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego lub uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości albo w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, oraz orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia:

W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

W niniejszym postępowaniu odwoławczym odwołujący Basma (KIO 2125/22) cofnął odwołanie w całości, dlatego Izba nakazała zwrócić mu 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania (brak kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia). Z kolei w sprawie KIO 2135/22 zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący Maxus cofnął odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów, dlatego też Izba nakazała zwrócić mu w całości uiszczony wpis odwołania.

Przewodniczący .....