

Sygn. akt KIO 774/23

POSTANOWIENIE

z dnia 4 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 4 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Maxus Sp. z o.o., MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Agencja Ochrony Osób i Mienia "Z." Sp. z o.o., Z. Ochrona Sp. z o.o., "Agencja Ochrony Osób i Mienia Z." S. Z. z siedzibą lidera w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców **Maxus Sp. z o.o., MM SERVICE MONITORING Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Łodzi** poniesionej z tytułu 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**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 774/23

Uzasadnienie

Zamawiający - Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie - prowadzi postępowanie na podstawie art. 359 pkt 1 Ustawy pzp pn.: „Świadczenie stałej, całodobowej usługi ochrony osób i mienia w obiektach UCK WUM”- DZPUCK.262.013.2023 Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano dnia 23.01.2023 r. pod nr 2023/S 016-042426

Odwołujący wniósł dnia 20.03.2023 r. odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu oraz zaniechanie czynności do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj.:

- 1) zaniechania ujawnienia w całości wyjaśnień dotyczących istotnych składowych ceny oferty złożonych przez przystępującego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz dokonania wyboru oferty jako najkorzystniejszej tego Wykonawcy bez uprzedniego ujawnienia przedmiotowych wyjaśnień;
- 2) ewentualnie zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum przystępującego, którego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz dokonania wyboru oferty jako najkorzystniejszej tego Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 , art. 74 ust.1 pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) przez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa części wyjaśnień złożonych w trybie przepisu art. 224 p.z.p.;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust.2 w zw. z art. 18 ust.1 pzp w zw. z art. 15 ust.1 pkt. 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy cena oferty była rażąco niska i stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji przez zaniżenie kosztów realizacji usługi.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum zawierających informacje w zakresie czynników cenotwórczych i sposobu wyliczenia cen jednostkowych oraz ceny całkowitej oferty oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty a następnie powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem odtajnionych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
- 2) ewentualnie, powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Konsorcjum z powodu rażąco niskiej ceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odnosząc się do drugiego zarzutu Odwołujący wskazał, iż ma on charakter ewentualny z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu pierwszego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia w całości wyjaśnień dotyczących istotnych składowych ceny oferty złożonych przez przystępującego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz dokonania wyboru oferty jako najkorzystniejszej tego Wykonawcy bez uprzedniego ujawnienia przedmiotowych wyjaśnień i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w części dotyczącej tego zarzutu na mocy art. 568 pkt 3 Pzp.

Ponadto wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w pozostałym zakresie na mocy art. 568 pkt 2) Pzp.

Ewentualnie, o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Zamawiający wskazał, że w dniu 24 marca 2023 roku podjął decyzję o uwzględnieniu zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wszystkich dokumentów Przystępującego, a następnie – na wniosek Odwołującego – przekazał mu odtajnione dokumenty zawierające kalkulację cenową stanowiącą część wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty.

Unieważnił czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonane w dniu 9 marca 2023 r. oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności badania i oceny złożonych ofert.

W dniu 28 marca 2023 roku Zamawiający wezwał Przystępującego oraz Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny ich ofert.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - Konsorcjum: Agencja Ochrony Osób i Mienia "Z." Sp. z o.o., Z. Ochrona Sp. z o.o., "Agencja Ochrony Osób i Mienia Z." S. Z. ul. Łucka 18 Warszawa, wniósł o oddalenie odwołania, a wobec uwzględnienia zarzutu, nie wniósł sprzeciwu podzielając w całości stanowisko zamawiającego.

Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu ustaliła, że postępowanie odwoławcze należy umorzyć na podstawie przepisu art. 522 ust. 1 w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) wobec uwzględnienia zarzutu głównego – zasadniczego oraz na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp wobec bezprzedmiotowości i zbędności postępowania w zakresie postawionego zarzutu określonego przez odwołującego jako zarzut ewentualny.

Izba uznała za uzasadnione przyjęcie utrwalonego w orzecznictwie sądowym stanowiska, że żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (por. wyroki SN z 31.01.1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z 12.01.2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z 4.10.2012 r., I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie SN w uchwale z 18.10.2013 r., III CZP

58/13, OSNC 2014, nr 6, poz. 62 stwierdził, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego. Z kolei na dopuszczalność formułowania, jak w sprawie rozpatrywanej zarzutu i żądania ewentualnego wskazały orzeczenia Sądu Najwyższego z okresu międzywojennego. W orzeczeniu z dnia 2.04.1930 r., III. 1 Rw 1378/29 („Przegląd Prawa i Administracji” 1930, poz. 214) Sąd Najwyższy wskazał, że pozew powinien czynić zadość ustawowym wymaganiom, a jego żądania – główne i ewentualne – muszą być jasno określone. Jeżeli żądanie główne okaże się uzasadnione, nie ma konieczności orzekania o żądaniu ewentualnym.

Kierując się wskazanymi poglądami jako mającymi zastosowanie w postępowaniu odwoławczym, skład orzekający orzekł, jak wyżej.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 575 ustawy Pzp wskazanej powyżej oraz § 9 ust. 1 pkt 2a oraz 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

.....