

Sygn. akt: KIO 1136/22

POSTANOWIENIE
z dnia 9 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron postępowania odwoławczego w dniu 6 maja 2022 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2022 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum w składzie: (1) C. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TETTSUI C. L. z siedzibą w Ostrołęce (Lider) oraz (2) TETTSUI SECURITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce (Partner) (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Świętokrzyski Oddział Regionalny Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Kielcach**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego kwoty 7 500,00 zł (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum w składzie: (1) C. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TETTSUI C. L. z siedzibą w Ostrołęce (Lider) oraz (2) TETTSUI SECURITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce (Partner) (Odwołujący), uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Usługa utrzymania porządku w lokalach Świętokrzyskiego Oddziału Regionalnego i podległych Biur Powiatowych oraz na zewnątrz budynków” prowadzi Zamawiający: Świętokrzyski Oddział Regionalny Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Kielcach.

Dnia 25 kwietnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum w składzie: (1) C. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TETTSUI C. L. z siedzibą w Ostrołęce (Lider) oraz (2) TETTSUI SECURITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce (Partner), dalej jako „Odwołujący” lub „konsorcjum”.

Odwołanie złożono od czynności i zaniechań Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy Pzp polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "PROMYCZEK" E. G. z siedzibą w Kiczycach (dalej jako „PROMYCZEK”);
- 2) nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez PROMYCZEK i uznaniu że:
 - a. Oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
 - b. oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej,
 - c. PROMYCZEK sprostował obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.
- 3) Zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy PROMYCZEK do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty, podczas gdy oferta ta nie pozwala na zrealizowanie przedmiotu zamówienia, ponieważ nie pokrywa nawet minimalnych kosztów pracy pracowników wymaganych do realizacji zamówienia, a w związku z tym powinna budzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, a twierdzenia Zamawiającego, iż niska cena Wykonawcy z tabeli nr 1 i 2 zostanie zrekompensovana tabelą nr 3 i 4 - godzą w przepisy ustawy PZP, a związku z tym okoliczności powinny budzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi powszechnie przepisami prawa,
- 4) Zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty PROMYCZEK, pomimo że złożona oferta powinna być odrzucona, gdyż zawiera rażąco niską cenę, wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, a złożenie przez Wykonawcę oferty w takiej formie

stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co wymaga podkreślenia dane wskazane w tabeli nr 1 i 2 oraz tabeli nr 3 i 4 oferty wprost wskazują na okoliczności uzasadniające czyn nieuczciwej konkurencji oraz rażąco niskiej ceny, co doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej,

5) Zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, który kwotę netto złożonej oferty miał najniższą oraz opartą o faktyczne koszty.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów PZP:

1) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się do oferenta o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, stosownie do wymagań Zamawiającego, tym samym PROMYCZEK nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, analiza złożonej oferty, w tym tabeli nr 1 i 2 prowadzi do wniosku, iż jej wykonanie za wskazaną cenę byłoby nie tylko nieopłacalne, a wręcz prowadziłyby do powstania strat po stronie Wykonawcy,

2) art. 224, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 PZP poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez PROMYCZEK oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazana oferta zawiera rażąco niskie ceny, zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty,

3) art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez PROMYCZEK warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jak przede wszystkim zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie wskazanych umów oraz wymiaru czasu pracy oraz wskazanej liczbie etatów, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych, jak też warunków rynkowych (vide: tabela złożonej oferty) co doprowadziło do uznania, iż oferta złożona przez Odwołującego uznana została za niekonkurencyjną w stosunku do oferty wybranej przez Zamawiającego, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-3

1) art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 PZP poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp, a tym samym Zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z fundamentalnych zasad udzielania zamówień.

Odwołujący wnosił o:

1. Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu,
 - i
 - b. Wezwania wykonawcy PROMYCZEK do przedłożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w tym w szczególności wyliczenia ceny świadczenia usługi złożonej oferty, w tym w szczególności pozycji nr 1 i 2 oraz 3 i 4, które opierają się od innej stawki podatku VAT,
 - c. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
 - d. Wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty Wykonawcy PROMYCZEK;
 - e. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
2. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu i poniesionych kosztów zgodnie z przedstawionym zestawieniem kosztów, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

Odwołującego wskazał, iż interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej wynika z faktu, że złożona przez niego oferta nie podlega wykluczeniu i gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym zamówień publicznych oferta Odwołującego zostałaaby wybrana za najkorzystniejszą. Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika bowiem, że oferta Odwołującego jest drugą ofertą w rankingu złożonych ofert. W przypadku wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia wybranej oferty, oferta Odwołującego może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Ze względu na zaniechania Zamawiającego, Wykonawca utracił prawo do uzyskania zamówienia, co w konsekwencji oznacza brak możliwości uzyskania zysku z wykonania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania możliwości realizacji zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania, a co za tym idzie uzyskania zysku w kalkulowanym w złożonej ofercie.

Odwołujący wskazał, iż termin na złożenie odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 5 dni od 20 kwietnia 2022 r. (informacja o wyniku postępowania), zaś kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Wpis od odwołania w kwocie 7.500,00 PLN został uiszczony na rachunek bankowy UZP.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu, spełniało wymogi formalne i możliwe było jego merytoryczne rozpoznanie.

Ustalono, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp. Gdyby Zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił oferty, w tym dokonał odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, to oferta Odwołującego jest na 2 miejscu w rankingu ofert, więc Odwołujący uzyskałby zamówienie. W konsekwencji działań Zamawiającego istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego tj. utraty zamówienia publicznego.

Ustalono także, że Zamawiający zawiadomił o wniesieniu odwołania w dniu 25 kwietnia 2022 roku za pomocą platformy zakupowej, na której prowadzone jest postępowanie przez zamieszczenie informacji jako wiadomość prywatna do wszystkich zarejestrowanych uczestników postępowania. Zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 28 kwietnia 2022 roku.

W dniu 4 maja 2022 roku do Prezesa KIO wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożone przez wykonawcę E. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „Promyczek” z siedzibą w Kiczycach.

Izba nie dopuściła wykonawcy zgłaszającego przystąpienie z uwagi na przekroczenie terminu na jego zgłoszenie. Zgodnie z art. 525 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. W przedmiotowej sprawie co prawda zgłoszenie przystąpienia w dacie 28 kwietnia 2022 roku trafiło do Zamawiającego (co potwierdza treść złożonej odpowiedzi na odwołanie), jednakże w tej dacie granicznej nie trafiło ono do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wynika z akt postępowania odwoławczego zostało ono w tym dniu jedynie nadane na pocztę przez pełnomocnika Wykonawcy. Dostrzeżenia wymaga, iż w przypadku korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, w tym z przystąpienia, nie działa zasada domniemania zachowania terminu dla czynności prawnej przez nadanie przesyłki w placówce operatora wyznaczonego. Ustawa Pzp nie wiąże żadnych skutków z nadaniem pisma w placówce operatora wyznaczonego. Dla zachowania terminu konieczne jest doręczenie zgłoszenia przystąpienia w ustawowym terminie do Prezesa KIO. Potwierdzeniem słuszności powyżej zaprezentowanej interpretacji jest odmienne od regulacji dotyczącej terminu na wniesienie przystąpienia i odwołania, uregulowanie tego terminu na wniesienie skargi do Sądu, gdzie

kwestia dotrzymania terminu do wniesienia skargi na orzeczenie Izby związana jest z jej złożeniem w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, co zostało wyraźnie w ustawie przewidziane (art. 580 ustawy Pzp). Prawdopodobnie tego stanowiska potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której stwierdzono, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego. Z tego powodu zgłoszenie przystąpienia w dniu 4 maja 2022 roku uznać należało za nieskuteczne.

Ustalono następnie, że 5 maja 2022 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izba na dzień 9 maja 2022 roku, Zamawiający przesłał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że uwzględni odwołanie w całości. Zamawiający poinformował, że unieważni wybór oferty najkorzystniejszej oraz powtórzy czynność badania i oceny ofert, w tym zbada czy złożenie oferty przez Wykonawcę Promyczek nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji i czy cena oferty nie jest rażąco niska.

Wobec braku skutecznych przystąpień po stronie Zamawiającego, nie zachodziła konieczność wezwania przystępującego do złożenia sprzeciwu. Skoro tak, to postępowanie odwoławcze mogło zostać umorzone.

Skoro zatem Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił ważnego przystąpienia żaden wykonawca, to mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem *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..*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 1 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: