

Sygn. akt: KIO 2392/18

## POSTANOWIENIE

z dnia 14 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 14 grudnia 2018 r., przed otwarciem rozprawy, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **CS Sp. z o.o., Zakład Sprzątania Wnętrz J. J. „MOP 83” Sp. z o.o., ul. Rosoła 44A/U3, 02-786 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa Nr 6021, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2392/18 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **DGO Clean Partner Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o., DGP Provider Sp. z o.o., 7 MG Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2392/18 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **CS Sp. z o.o., Zakład Sprzątania Wnętrz J. J. „MOP 83” Sp. z o.o., ul. Rosoła 44A/U3, 02-786 Warszawa** uiszczony tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Jednostka Wojskowa nr 6021 z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie usługi polegającej na sprzątaniu powierzchni wewnętrznych obiektów kubaturowych, powierzchni zewnętrznych utwardzonych oraz utrzymaniu i pielęgnacji terenów zielonych w kompleksach administrowanych przez Jednostkę Wojskową nr 6021 w Warszawie”, Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 lipca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 145-332225.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - konsorcjum w składzie: CS Sp. z o.o., Zakład Sprzątania Wnętrz J. J. „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą lidera konsorcjum w Warszawie wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 7 listopada 2018 r., tj. wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - konsorcjum w składzie: DGO Clean Partner Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o., DGP Provider Sp. z o.o., 7 MG Sp. z o.o. z siedzibą lidera konsorcjum w Legnicy (dalej jako „Konsorcjum DGP”).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przede wszystkim Zamawiający zaniechał odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny z dnia 8 października 2018 r. złożonych przez Konsorcjum DGP.

Skutkiem nieodtajnienia wyjaśnień Konsorcjum DGP było uniemożliwienie Odwołującemu dokonania oceny, czy wyjaśnienia są rzetelne i wystarczające dla wykazania, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający swoim zaniechaniem znacząco ograniczył lub wręcz uniemożliwił postawienie i odpowiednie uzasadnienie zarzutów związanych z rażąco niską ceną oferty Konsorcjum DGP.

Gdyby Zamawiający prawidłowo zbadał zasadność zastrzeżenia w całości wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum DGP (wraz z uzasadnieniem), to udostępniłby Odwołującemu co najmniej tę informację zawartą w wyjaśnieniach, co do których nie wykazano skutecznie, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W takim przypadku Odwołującemu umożliwiono by ocenę wyjaśnień Konsorcjum DGP i skorzystanie w pełnym zakresie ze środków ochrony prawnej co do

czynności Zamawiającego związanych z ofertą tego wykonawcy.

Konsekwencją błędnej oceny wyjaśnień Konsorcjum DGP było zaniechanie odrzucenia jego oferty, mimo że ze złożonej Szczegółowej kalkulacji ceny oferty jednoznacznie wynika, że Konsorcjum DGP zaoferowało w postępowaniu cenę skalkulowaną nierzetelnie, rażąco niską oraz dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji.

Gdyby Zamawiający rzetelnie przeprowadził proces badania i oceny oferty Konsorcjum DGP oraz złożonych przezeń wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny - odrzuciłby tę ofertę. W takiej sytuacji to Odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem jego oferta - w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert - jest najkorzystniejsza „spośród wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

I. art. 8 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum DGP w sprawie rażąco niskiej ceny z dnia 8.10.2018 r., zastrzeżonych w całości wraz z uzasadnieniem, mimo że wyłącznie niektóre informacje zawarte w wyjaśnieniach mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz mimo że informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter wyłącznie jednorazowy i na obecnym etapie postępowania pozbawione są wartości gospodarczej;

II. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez błędną ocenę wyjaśnień Konsorcjum DGP i zaniechanie odrzucenia jego oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo że wykonawca w przypadku obiektów K-0009, ul. Dymińska 13 oraz K-0018, ul. Gdańska 6 - w cenach jednostkowych 3,20 zł netto za sprzątnięcie 1m<sup>2</sup> powierzchni wewnętrznej budynków w skali miesiąca - nie uwzględnił wynikających z SIWZ wszystkich koniecznych kosztów pracowniczych, materiałowych oraz wykonania usług dodatkowych;

III. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z ;art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez błędną ocenę wyjaśnień Konsorcjum DGP i zaniechanie odrzucenia jego oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo że wykonawca, przy założeniu zatrudnienia osób niepełnosprawnych, w przypadku obiektów K-0009, ul. Dymińska 13 oraz K-0018, ul. Gdańska 6 - w cenach jednostkowych za sprzątnięcie 1m<sup>2</sup> powierzchni wewnętrznych budynków i powierzchni zewnętrznych utwardzonych w skali miesiąca (odpowiednio 3,20 zł i 1,51 zł) - nie uwzględnił kosztów wynikających z konieczności zagwarantowania praw pracowników niepełnosprawnych (w szczególności wymaganej liczby osób do zatrudniania przy wymaganiu 8-godzinnego dnia pracy),

IV. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez błędną ocenę wyjaśnień

Konsorcjum DGP i zaniechanie odrzucenia jego oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo że wykonawca w przypadku obiektu K-0018, ul. Gdańska 6 podał cenę jednostkową 3,20 zł netto za sprzątnięcie 1m<sup>2</sup> powierzchni wewnętrznej budynków w skali miesiąca, która to cena jest rażąco niska, nie zabezpiecza kosztu pracy nawet jednego pracownika (także niepełnosprawnego) i nie daje możliwości zapewnienia wymaganego 8 godzinnego dnia pracy;

V. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum DGP, mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z tego powodu, że wykonawca w przypadku obiektów K-0009, ul. Dymińska 13 oraz K-0018, ul. Gdańska 6 dokonał machinacji cenowej polegającej na przerzuceniu częściowego kosztu wykonania usługi na powierzchni wewnętrznej budynków (tj. usługi objętej stawką 23% VAT) do kosztu wykonania usługi na powierzchni zewnętrznej utwardzonej (tj. usługi objętej stawką 8% VAT), co pozwoliło mu na założenie oferty o cenie brutto niższej niż inni wykonawcy i uzyskanie zamówienia;

VI. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności oceny i badania ofert,
- odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum DGP z dnia 8.10.2018 r.,
- odrzucenia oferty Konsorcjum DGP,

wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wykonawca Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: DGO Clean Partner Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o., DGP Provider Sp. z o.o., 7 MG Sp. z o.o. z siedzibą lidera konsorcjum w Legnicy skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Pismem z dnia 14 grudnia 2018 r. Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. W toku posiedzenia Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko.

W toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Przystępujący – Konsorcjum DGP wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Oświadczył, że sprzeciw wnosi w następującym zakresie:

- naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum DGP w sprawie rażąco niskiej ceny z dnia 8.10.2018 r., zastrzeżonych w całości wraz z uzasadnieniem, mimo że wyłącznie niektóre informacje zawarte w wyjaśnieniach mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz mimo że informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter wyłącznie jednorazowy i na obecnym etapie postępowania pozbawione są wartości gospodarczej w odniesieniu do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w złożonych wyjaśnieniach i załącznikach do wyjaśnień, tj.:

1. Umowa z dostawcą - zał. nr 1 złożony wraz z wyjaśnieniami z 8 października 2018 r. i 17 października 2018 r.
2. Zarządzenie wewnętrzne Prezesa Zarządu DGM Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. – zał. nr 2 do wyjaśnień z 8 i 17 października 2018 r.,
3. potwierdzenie korzystania z dofinansowania – zał. nr 3 (4 strony), Informacja miesięczna o zatrudnieniu, kształceniu lub o działalności na rzecz osób niepełnosprawnych oraz zestawienia do PFRON za okres od 1 września 2018 r. do 4 września 2018 r. spółki Seban i DGP Clean Partner,
4. Umowa o pracę zawarta z osobą sporządzającą wyjaśnienia – zał. nr 4 do wyjaśnień z 8 i 17 października 2018 r.,
5. Umowa o zakazie konkurencji zawarta z osobą sporządzającą wyjaśnienia – zał. nr 5 do wyjaśnień z 8 i 17 października 2018 r.,
6. informacje zawarte na str. 12 wyjaśnień z 8 października 2018 r. w pkt 2 – trzeci i czwarty akapit obejmujące nazwy własne dostawców.

W pozostałym zakresie uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów Przystępujący nie wniósł sprzeciwu.

W toku posiedzenia Odwołujący złożył do protokołu oświadczenie, że cofa zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w takim zakresie, w jakim Przystępujący – Konsorcjum DGP – zgłosił sprzeciw, wobec czego zgłoszony sprzeciw stał się bezprzedmiotowy, gdyż odwołanie, a w konsekwencji także uwzględnienie zarzutów odwołania przez Zamawiającego zostało ograniczone przez Odwołującego wyłącznie do pozostałych zarzutów. W tej sytuacji, stosując odpowiednio art. 186 ust. 3a Pzp, wobec wycofania przez Odwołującego zarzutów w części i

wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów w pozostałym zakresie, wobec którego to uwzględnienia sprzeciw nie został przez Przystępującego zgłoszony, Zamawiający jest zobowiązany do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Biorąc pod uwagę powyższe, działając na podstawie art. 186 ust. 3a oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 972). Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....