

POSTANOWIENIE

z dnia 27 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu w dniu 27 maja 2019 r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2019 r. przez wykonawcę **Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**, ul. Raławicka 15/19, 53-149 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Kujawsko-Pomorski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia w Bydgoszczy**, ul. Łomżyńska 33, 85-863 Bydgoszcz

przy udziale wykonawcy **S4H Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie**, ul. M. Zientary – Malewskiej 24B, 10-302 Olsztyn, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego - **Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**, ul. Raławicka 15/19, 53-149 Wrocław kwoty **6 750 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Kujawsko-Pomorski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonanie usługi kompleksowego sprzątnia pomieszczeń wraz z utrzymaniem czystości wokół posesji K-P OW NFZ w Bydgoszczy, w Toruniu i we Włocławku”- dalej Postępowanie, numer referencyjny: WAG.261.1.2.2019. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 kwietnia 2019 r. pod numerem 529757-N-2019.

W dniu 13 maja 2019 r. wykonawca Security & Cleaning System Sp. z o.o. a siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę S4H Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie dalej również: „S4H”), w tym w związku z poprzedzającymi ten wybór:

- 1) oceną w/w oferty jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu względnie- wykonawca ten podlegał wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu;
- 2) zaniechaniem ujawnienia części oferty Wykonawcy S4H oraz dokumentów przedłożonych przez w/w Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego w celu wykazania, iż złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, pomimo bezskuteczności zastrzeżenia ich jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa tego wykonawcy, a tym samym dokonaniem wyboru z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości postępowania;
- 3) zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy S4H pomimo zaoferowania przez tego Wykonawcę ceny za realizację zamówienia będącej ceną rażąco niską i niewykazania przez niego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny pomimo wezwania Zamawiającego względnie również w związku z:

- 4) czynnością Zamawiającego naruszającą uczciwą konkurencję - powtórnym wezwaniem Wykonawcy S4H do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez niego w ofercie, pomimo nieprzedłożenia wystarczających wyjaśnień w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wystosowane w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, skutkującą zaniechaniem odrzucenia jego oferty pomimo zaoferowania przez tego Wykonawcę ceny za realizację zamówienia będącej ceną rażąco niską

a ponadto w związku z:

- 5) zaniechaniem wykluczenia Wykonawcy S4H z udziału w postępowaniu pomimo niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenia Wykonawcy), a w konsekwencji zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy S4H pomimo podlegania w/w Wykonawcy wykluczeniu

względnie również w związku z:

- 6) zaniechaniem wezwania Wykonawcy S4H do uzupełnienia dokumentów/ złożenia wyjaśnień odnośnie dokumentów przedłożonych przez niego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenia Wykonawcy) w postaci wykazu zrealizowanych usług

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisów art. 91 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy S4H z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji pomimo iż podlegała ona odrzuceniu z uwagi na okoliczność, iż zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jako całości oraz w odniesieniu do jej istotnych części składowych (w szczególności ceny za realizację usługi sprzątnięcia pomieszczeń biurowych w Toruniu przy ul. Szosa Chełmińska 30- poz. 3.3. formularza ofertowego- oraz ceny za usługę mycia okien od zewnątrz i daszków zewnętrznych oraz świetlika i konstrukcji patio wewnątrz budynku w Bydgoszczy przy ul. Łomżyńskiej 33 - poz. 3.7 formularza ofertowego), niższą o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania powiększonej o podatek od towarów i usług VAT, którego to domniemania Wykonawca nie obalił;
- 2) naruszenie przepisów art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy S4H z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji wobec uznania, iż złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, będącego skutkiem przyjęcia wyjaśnień tego Wykonawcy złożonych po dwukrotnym wezwaniu go do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej przez niego ceny jako rażąco niskiej, pomimo iż powtórne wezwanie dotyczyło tych samych okoliczności a Wykonawca, w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, złożył wyjaśnienia niewystarczające do wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, w której ciężar dowodu tej okoliczności obciążał Wykonawcę;
- 3) naruszenie przepisów 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp a contrario poprzez prowadzenie przez Zamawiającego Postępowania

oraz dokonanie wyboru oferty Wykonawcy S4H w sposób sprzeczny z regułami uczciwej konkurencji i zasadą przejrzystości, polegające na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie mogła zostać w sposób rzetelny i pełny zweryfikowana przez Odwołującego pod kątem spełniania wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania oraz pod kątem zawierania przez tą ofertę rażąco niskiej ceny, z uwagi na uznanie przez Zamawiającego za prawidłowe zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dokonanego przez Wykonawcę S4H w odniesieniu do części treści oferty oraz wyjaśnień, przedłożonych przez Wykonawcę S4H na wezwanie Zamawiającego do wykazania iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

- 4) naruszenie przepisów art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp, względnie - również w zw. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy S4H jako najkorzystniejszej, pomimo iż podlegał on wykluczeniu a jego oferta- odrzuceniu wobec niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, względnie również poprzez niewezwanie Wykonawcy S4H uprzednio do uzupełnienia/ udzielenia wyjaśnień nt. dokumentów i oświadczeń przedłożonych przez niego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które budziły wątpliwości i nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym dokonanie wyboru oferty Wykonawcy, co do którego nie zweryfikowano w należyty sposób istnienia przesłanek do wykluczenia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania w całości - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania, na okoliczności tam podane;
- 4) unieważnienie czynności badania ofert oraz wyboru oferty Wykonawcy S4H;
- 5) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert, w tym oferty złożonej przez Wykonawcę S4H a następnie:
 - a) ujawnienia pełnej treści oferty Wykonawcy S4H oraz złożonych przez niego wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami
 - b) odrzucenia oferty Wykonawcy S4H z uwagi na fakt, iż złożona przez w/w Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę, a Wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie wykazał okoliczności przeciwnej;

względnie:

- c) wykluczenia Wykonawcy S4H z udziału w postępowaniu a w konsekwencji - odrzucenie jego oferty, z uwagi na niewykazanie przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu/ braku podstaw do wykluczenia

względnienie:

- d) wezwania Wykonawcy S4H do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odnośnie przedłożonych dokumentów w zakresie wykazu zrealizowanych usług przedłożonego na potwierdzenie spełniania warunku zdolności zawodowej i technicznej- posiadania wymaganego doświadczenia, poprzez wyjaśnienie zakresu udziału Wykonawcy w realizacji zamówienia wymienionego w pkt. 1 wykazu oraz wyjaśnienie, jaka część zamówienia opisanego w pkt. 2 wykazu została zrealizowana w okresie wskazanym w SIWZ (3 lata przed dniem upływu terminu składania ofert, tj. w okresie po dniu 12.04.2016r.)

a następnie:

- e) wykluczenia Wykonawcy S4H z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty
- 6) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród wszystkich złożonych i niepodlegających odrzuceniu ofert;
 - 7) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Jak wynika ze znajdującego się w aktach sprawy pisma Zamawiającego z dnia 15 maja 2019 r. kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego została przekazana wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 14 maja 2019 r.

Pismem z dnia 14 maja 2019 r., złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym dniu w postaci elektronicznej Wykonawca S4H Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przed rozpoczęciem rozprawy, pismem z dnia 24 maja 2019 r., złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym dniu w postaci elektronicznej, Odwołujący reprezentowany jak przy wnoszeniu odwołania, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości, wskazując na podjęte przez Zamawiającego czynności.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, w przypadku umorzenia postępowania, Izba wydaje postanowienie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 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), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego kwoty 6 750 zł 00 gr, stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Przewodniczący: