

Sygn. akt KIO 825/22

POSTANOWIENIE
z dnia 29 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron w dniu 29 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2022 roku przez Odwołującego **wykonawcę Agencję Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Instytut Podstawowych Problemów Techniki PAN z siedzibą w Warszawie**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **wykonawcę Agencję Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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

Zamawiający – **Instytut Podstawowych Problemów Techniki PAN z siedzibą w Warszawie** – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego na „**Świadczenie całodobowej usługi ochrony fizycznej budynków i mienia IPPT PAN**”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych, w dniu 23 grudnia 2021 roku pod numerem 2021/BZP/00329930/01. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych.

Informacja o wyniku postępowania została przekazana Odwołującemu w dniu 18 marca 2022 roku.

W dniu 23 marca 2022 roku wykonawca **Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) Wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców: (1) BASMA Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) Cerber Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Liwie (Partner) (dalej jako „konsorcjum Basma”);
- 2) Zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Basma jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) Zaniechaniu wezwania konsorcjum Basma do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, podczas gdy oferta ta nie pozwala na zrealizowanie przedmiotu zamówienia, ponieważ nie pokrywa nawet minimalnych kosztów pracy pracowników wymaganych do realizacji zamówienia, w związku z tym powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia;
- 4) Błędnym oszacowaniu wartości przedmiotu zamówienia, przez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych kosztów pracy wynikających z wymogu zrealizowania każdej roboczogodziny w oparciu o umowę o pracę z jednoczesnym uniemożliwieniem skierowania do realizacji zamówienia osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, a w związku z tym brakiem możliwości skorzystania z dotacji lub dofinansowania.

Powyższymi czynnościami Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. Art. 224 ust. 1 w związku z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum Basma o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi mimo wskazywanej przez Odwołującego rażącej dysproporcji między rynkową wartością usługi a ceną oferty;
2. Art. 224, art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, że oferta konsorcjum Basma nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania ofert oraz nie uwzględnił, że oferta zawiera rażąco niską cenę, zaś samo złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Basma;
3. Art. 239 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, podczas gdy zaoferowane przez konsorcjum Basma warunki cenowe zawierają rażąco niską cenę, zaś wykonanie zamówienia nie spełnia postawionych przez Zamawiającego wymogów;
4. Art. 28 ustawy Pzp przez niedochowanie należytej staranności przez Zamawiającego, tym samym przez błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, brak uwzględnienia cen rynkowych i realiów rynkowych, brak możliwości skorzystania z dofinansowania i dotacji wobec niemożliwości zatrudnienia osób z orzeczeniem o niepełnosprawności;
5. Art. 74 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 204 oraz art. 226 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty konsorcjum Basma, której weryfikacja pod kątem spełnienia wymagań jest niemożliwa.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu;
2. wezwanie konsorcjum Basma do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty;
3. odrzucenie oferty konsorcjum Basma w związku z faktem, że jej cena jest rażąco niska;
4. ponowne, poprawne oszacowanie wartości zamówienia.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, nie podlega wykluczeniu. Gdyby Zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z regułami ustawy Pzp, to oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z nieudzieleniem mu zamówienia.

Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

W postępowaniu odwoławczym do momentu wydania niniejszego postanowienia do akt sprawy nie załączono żadnych przystąpień po którejkolwiek ze Stron.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego do sprawy KIO 209/22 (którą Izba z urzędu włączyła w poczet materiału dowodowego) oraz złożonego przez Zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy wraz z załącznikami, a także na podstawie informacji zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, gdzie prowadzone jest postępowanie, Izba ustaliła, że w dniu 20 stycznia 2022 r. Zamawiający dokonał po raz pierwszy wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu – oferty złożonej przez wykonawcę MUSI NOVUM sp. z o.o. (dalej jako: MUSI NOVUM). Zamawiający po dokonaniu badania ofert nie dokonał odrzucenia żadnej z ofert. W ustalonym przez Zamawiającego rankingu ofert obecnie Odwołujący zajmował czwarte miejsce.

W dniu 21 stycznia 2022 r. wykonawca Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. (dalej jako: Odwołujący) złożył odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów PZP:

- 1) Art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się do oferenta MUSI NOVUM, o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi,
- 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 MUSI NOVUM oferta nie budzi wątpliwości (...);
- 3) art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 PZP poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej podczas gdy zaproponowane przez MUSI NOVUM warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską (...);
- 4) art. 28 PZP poprzez niedochowanie należytej staranności wymaganej od zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia (...).

Zarzutami odwołania objęto jedynie ofertę wykonawcy MUSI NOVUM sp. z o.o.. Odwołujący nie kwestionował ofert złożonych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu ani realności zaoferowanych przez innych Wykonawców cen, w tym wykonawców zajmujących wyższe miejsce w rankingu niż Odwołujący.

Zamawiający pismem z dnia 28.01.2022 uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zaniechania wezwania wykonawcy do wyjaśnień i w tym samym dniu unieważnił wybór oferty

najkorzystniejszej oraz wezwał MUSI NOVUM do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca MUSI NOVUM złożył w dniu 1.02.2022 r. stosowne wyjaśnienia, z których wynikało, że cenę skalkulował m.in. w oparciu o zatrudnienie osób niepełnosprawnych, co Zamawiający wprost wykluczył odpowiedziami na pytania nr 2 i 3 do SWZ. W konsekwencji Zamawiający w dniu 3.02.2022 r. uwzględnił odwołanie w całości. Wskutek braku sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania, postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. KIO 209/22 zostało umorzone, stosowne postanowienie znajduje się w aktach postępowania. Zamawiający uznał ofertę MUSI NOVUM za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

W dalszej kolejności Zamawiający opisał we wniosku o uchylenie zakazu, że przystąpił do weryfikacji podmiotowej kolejnego wykonawcy, który złożył ofertę najwyższej ocenioną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Wykonawca Agencja Ochrony Osób i Mienia „Egida” M.K.J. R. Sp. j. (dalej jako: EGIDA) nie złożył prawidłowych środków dowodowych w zakresie warunku zdolności ekonomicznej i finansowej. Dokumenty nie zostały również złożone na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 PZP. Z uwagi na powyższe oferta wykonawcy EGIDA została odrzucona na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt. 2c PZP.

Wobec powyższego Zamawiający dokonał weryfikacji sytuacji podmiotowej następnego wykonawcy, który złożył ofertę najwyższej ocenioną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu badaniu, konsorcjum firm BASMA SECURITY Sp. z o.o. i Cerber Ochrona sp. z o.o. (dalej jako „konsorcjum Basma”). Po dokonaniu pozytywnej weryfikacji podmiotowej Zamawiający w dniu 18 marca dokonał wyboru oferty konsorcjum BASMA jako najkorzystniejszej. Według obecnego rankingu Odwołujący zajmuje drugie miejsce, po wybranym wykonawcy konsorcjum BASMA.

W dniu 22 marca 2022 r. Odwołujący złożył ponowne odwołanie, podnosząc w nim te same zarzuty oraz argumentację wobec oferty konsorcjum BASMA, co w odwołaniu z dnia 21 stycznia 2020 wobec oferty MUSI NOVUM.

Jednocześnie, jak podał Zamawiający we wniosku, z uwagi na fakt, że dotychczasowa umowa obejmująca ochronę całodobowej usługi ochrony fizycznej budynków i mienia IPPT PAN realizowana przez Odwołującego wygasła z dniem 31 stycznia 2022 r., Zamawiający zgodnie z zapisami umowy i odnośnymi przepisami PZP przedłużył okres jej obowiązywania do 31 marca 2022 r.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Nie ulegało wątpliwości, że Zamawiający w dniu 20 stycznia 2022 roku dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz że Zamawiający nie wzywał żadnego z wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu oferty do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Nie było również wątpliwości co do tego, iż w ustalonym przez Zamawiającego rankingu ofert, ofertę Odwołującego poprzedzały oferty następujących wykonawców:

- 1) MUSI NOVUM Spółka z o. o. z siedzibą w Żyrardowie (100 pkt);
- 2) Agencja Ochrony Osób i Mienia "EGIDA" M.K.J. R. Sp. J. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim (90,64 pkt);
- 3) Konsorcjum: (1) BASMA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) Cerber Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Liwie (Partner) (90,45 pkt);
- 4) Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (89,44 pkt).

Odwołujący w dniu 21 stycznia 2022 roku złożył odwołanie, którym sformułował zarzuty jedynie wobec oferty wybranej. Postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone w sprawie pod sygnaturą KIO 209/22 bowiem Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, a Przystępujący nie złożył sprzeciwu.

Powyższe oznacza w ocenie Izby, iż już najpóźniej w dacie 20 stycznia 2022 roku, w oparciu przekazane przez Zamawiającego informacje o wyborze i liczbie przyznanych poszczególnym ofertom punktów, Odwołujący, działający z należytą starannością, wymaganą w warunkach postępowania pomiędzy profesjonalistami, mógł i powinien sformułować zarzuty wobec cen ofert wykonawców poprzedzających jego ofertę w rankingu, jeżeli uważał, że ceny tych ofert noszą znamiona rażąco niskich, nie uwzględniają wszystkich wymogów SWZ. Ceny ofert były Odwołującemu znane od ich otwarcia, Zamawiający przed wyborem oferty najkorzystniejszej nie wzywał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień, czego również Odwołujący miał świadomość. Ponadto za spóźnione uznać również należało zarzuty odwołania skierowane wobec czynności szacowania wartości zamówienia, ta czynność bowiem powiązana jest z fazą początkową postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jako taka może być kwestionowana z momentem ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Skoro Odwołujący już w oparciu o podane przez Zamawiającego w styczniu 2022 roku wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej informacje, wiedział o podnoszonych obecnie w odwołaniu przez siebie wadach, mógł zatem w terminach wynikających z art. 515 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp składać środki ochrony prawnej wobec takich czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie odpowiednich przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z treścią

przywołanej regulacji odwołanie w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołujący jednak w pierwszym odwołaniu zdecydował się na kwestionowanie ceny tylko jednego z wykonawców, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Izba nie znalazła podstaw, by obecnie kwestionowanie ceny oferty wybranej przez Zamawiającego było możliwe.

Podkreślić należy, że wybór oferty najkorzystniejszej dokonany w dniu 18 marca 2022 roku nie stanowi żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby liczenie od nowa terminu do wniesienia odwołania wobec oceny ofert, zwłaszcza w sytuacji, kiedy czynności Zamawiającego ograniczały się jedynie do wezwania kolejnych w rankingu wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych, których oceny Odwołujący nie kwestionuje, zaś zarzuty odwołania koncentrują się na ocenie wysokości cen ofertowych, która znana była już wcześniej Odwołującemu.

Wybór oferty najkorzystniejszej nie wprowadził żadnych nowych informacji w stosunku do poprzednich czynności Zamawiającego, które by to zmieniały. Odwołującemu znane były ceny ofert wykonawców poprzedzających go w rankingu ofert. Mógł również zapoznać się z treścią ofert i dokumentacją postępowania, a na jej podstawie ustalić, że żaden z wykonawców nie składał wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Jeżeli uważał, że takie wezwania są konieczne i godzą w zasady ustawy Pzp odnoszące się do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powinien był korzystać ze środków ochrony prawnej licząc termin od 20 stycznia 2022 roku.

Zatem termin na wniesienie odwołania wobec oceny wysokości cen ofertowych upłynął dla Odwołującego najpóźniej w dniu 25 stycznia 2022 roku. Reasumując, należało uznać, że odwołanie było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Mając na względzie powyższe, na podstawie art. 529 ust. 1, art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 573 i następne ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 31.12.2020, poz. 2437), w przypadku odrzucenia odwołania Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Pzp.

Przewodniczący: