

POSTANOWIENIE
z dnia 30 kwietnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2020r. przez **wykonawcę ARMA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 80 lok 5** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. M. Kasprzaka 25**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: P.W. Karabela spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu, ul. Sokola 14, Karabela – Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Mrozowa 1 i PU Sed-Hut Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Ujastek 1** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 606/20 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Defender spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, Impel Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, Impel Provider spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, Impel Technical Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 i ITM Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Kostrzyńska 3** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 606/20 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **Umorzyć postępowanie,**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000zł. 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę ARMA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 80 lok 5** tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz.1843) 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:

3.

Sygn. akt KIO 606/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi społeczne o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych wartość 1.000.000,00 euro: „Usługa ochrony osób i mienia oraz obsługa recepcji wybranych obiektów PGNiG S.A.”, znak: ZP/PGNG/20/0004/CS/BD zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 lutego 2020r. za numerem 2020/S 023-052128

W dniu 12 marca 2020r. zamawiający poinformował wykonawcę ARMA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 80 lok 5 o odrzuceniu jego oferty w części 7 postępowania z powodu nie podania ceny jednostkowej dla pozycji „Wybrane obiekty Oddziału, dla których zlecono ochronę doraźną” jako niezgodnej z treścią siwz, a więc na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W dniu 22 marca 2020r. wykonawca ARMA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 80 lok 5 – dalej odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części 7 postępowania. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 20 marca 2020r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 marca 2020r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 138r ust. 1 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, przejawiające się w bezzasadnym uznaniu, iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i niezgodnym z przepisami prawa zaniechaniu zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.
- 2) z ostrożności także– naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy w zw. z art. 138r ust. 1 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

Wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty w części 7 postępowania z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż oferta odwołującego pozostaje ofertą najkorzystniejszą w części 7 postępowania. W przypadku, gdyby zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy, to oferta odwołującego zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza. Naruszenia, których dopuścił się zamawiający

skutkują tym samym możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, wynikającej z pozbawienia odwołującego realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym zysku.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł, że jak wynika z informacji zamawiającego oferta odwołującego została odrzucona z powodu niewskazania w Formularzu cenowym stawki netto za rbh w pozycji dla wybranych obiektów Oddziału.

W dniu 23 marca 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 26 marca 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: P.W. Karabela spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu, ul. Sokola 14, Karabela – Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Mrozowa 1 i PU Sed-Hut Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Ujastek 1 wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż utrzymanie skuteczności odrzucenia oferty odwołującego daje im szansę na uznanie ich oferty za najkorzystniejszą. Podnieśli, że zakres zarzutów odwołującego zawartych w odwołaniu sprowadza się do zarzucenia Zamawiającemu braku zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez wpisanie stawki 14,36 zł, w treść oświadczenia woli odwołującego, w miejscu w którym w rzeczywistości odwołujący nie dokonał wyceny tej części zamówienia. Zdaniem przystępującego Konsorcjum nieprawdziwe są twierdzenia odwołującego dotyczące naruszenia przepisów postępowania poprzez zaniechanie zastosowania przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy było umożliwienie brania udziału w postępowaniu wykonawców, których oferty dotknięte były nieistotnymi wadami i błędami. Warunkiem zastosowania przesłanki z tego artykułu jest to, aby wprowadzona zmiana nie zniekształcała w znacznym stopniu oferty wykonawcy. Zmieniona oferta wykonawcy musi w dalszym ciągu być zgodna z jego oświadczeniem woli. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zbudował formularz ofertowy tak, aby wykonawcy dokonali wyceny poszczególnych elementów zamówienia, oraz tak aby umożliwić zsumowanie tych elementów dla uzyskania łącznej wartości zamówienia możliwej do porównania ofert złożonych przez wszystkich występujących w postępowaniu wykonawców. Jednym z elementów tej wyceny była pozycja w tabeli opisana jako „wybrane obiekty Oddziału, dla których zlecono ochronę doraźną”, gdzie zamawiający określił maksymalną liczbę roboczegodzin, które mogą, ale nie muszą wystąpić w trakcie zamówienia, oraz maksymalną kwotę możliwą do wykorzystania przy zleceniu tego zadania („do wyczerpania kwoty 300 000,00 PLN.”). Należy więc przyjąć, że wskazana część zamówienia może zostać zrealizowana w różnym, niemożliwym do określenia na obecną chwilę zakresie, ale w ustalonych z góry ramach. Oczywistym dla wykonawców była też powinność dokonania jej wyceny. Odwołujący niestety nie wycenił tej części zamówienia co czyni jego ofertę niekompletną, a zaistniałego braku nie można uzupełnić przez zastosowanie przez zamawiającego uprawnienia z art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 lutego 2020r. udzielonego przez wszystkich członków konsorcjum odpowiednio za: PW Karabela przez wiceprezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, za Karabela –Serwis przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, i za PU Sed-Hut przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana

zamawiającemu i odwołującemu w dniu 25 marca 2020r.

W dniu 26 marca 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Defender spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, Impel Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, Impel Provider spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, Impel Technical Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 i ITM Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Kostrzyńska 3 wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż ubiegają się o przedmiotowe zamówienie w części 7, złożyli ważną ofertę i mają szansę na uznanie ich oferty za najkorzystniejszą. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 lutego 2020r. udzielonego przez pełnomocnika wykonawców ubiegających się o zamówienie tj. Impel Defender sp. z o.o. i podpisanego przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Pełnomocnik wykonawców działał w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 19 lutego 2020r. udzielone przez pozostałych wykonawców, zgodnie z ich zasadami reprezentacji, za wyjątkiem ITM Poland SA, dla którego pełnomocnictwo podpisała J. F., która nie została ujawniona w dołączonym odpisie z KRS, ani nie możliwe było ustalenie uprawnienia do reprezentacji na podstawie dostępnego online wydruku pełnego z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 26 marca 2020r.

W dniu 20 kwietnia 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

W dniu 21 kwietnia 2020r. Izba wezwała obu przystępujących do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania.

Przystępujący Karabela oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu.

Przystępujący Impel oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z czynnościami podjętymi przez zamawiającego, co wypełnia przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba dopuściła zgłaszającego się przystępujących w charakterze uczestników postępowania.

Z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego wynika, że zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a przystępujący po stronie zamawiającego wykonawcy nie wnieśli sprzeciwu. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 186 ust. 3 ustawy, która stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Konsekwencją zastosowania tej normy prawnej jest obowiązek umorzenia postępowania przez Izbę, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji rozstrzygnięcia. Zamawiający jest zobowiązany do wykonania czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt. 1 koszty postępowania Izba wzajemnie zniosła. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 ze zm. z 2016r. pod. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: