

Sygn. akt: KIO 1778/21

POSTANOWIENIE
z dnia 29 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 29 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2021 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Zygmunta Słomińskiego 15/52, 00-195 Warszawa, **Partner Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica, **DGP Provider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Legnicy, ul. Środkowa 20, 59-220 Legnica, **Seban Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, **7 MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Muzeum Emigracji w Gdyni**, ul. Polska 1, 81-339 Gdynia

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Jantar 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Słupsku, ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk, **Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Słupsku, ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk, **Sekret Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w w Słupsku, ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Partner Medica Sp. z o.o. z siedzibą w

Legnicy, DGP Provider Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 7 MG Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy kwoty 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 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

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 Ustawy przez Zamawiającego – Muzeum Emigracji w Gdyni pn.: *Usługa sprzątnia Muzeum Emigracji w Gdyni*” (nr ref.: EZP.1.2021), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15.04.2021 r., nr 2021/BZP 00033797, wobec czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum w składzie: Jantar 2 Sp. z o.o., Jantar Sp. z o.o., Sekret Sp. z o.o., podlegającej odrzuceniu, wniesione zostało 14 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie konsorcjum w składzie: DGP Clean Partner Sp. z o.o., Partner Medica Sp. z o.o., DGP Provider Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o., 7 MG Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1778/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Jantar pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w szczególności w zakresie określonym w Rozdziale 3 pkt. 5 ppkt. 5), pkt. 6 SWZ oraz w Rozdziale I pkt. 10 Załącznika nr 1A do SWZ - Opisu Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający wskazywał bowiem w SWZ, iż wymaga aby do realizacji zamówienia Wykonawca zatrudniał na pełen etat na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności opisane w SWZ, wyznaczył Koordynatora Serwisu oraz miał obowiązek zapewnić minimalną odpowiednią ilość osób zapewniającą kompleksowe, należyte i staranne wykonanie usługi, a w ofercie otrzymał wycenę która nie uwzględnia tych wymogów, tj. Wykonawca wskazał iż będzie zatrudniał 5 osób w wymiarze 1 etatu i 2 osoby w wymiarze 0,5 etatu, nie zapewnił odpowiedniej ilości osób na sprzątnie terenów zewnętrznych, nie ujął kosztów nadzoru w postaci Koordynatora Serwisu, nie uwzględnił wystarczających kosztów rezerwy urlopowej, nie uwzględnił kosztów rezerwy chorobowej, kosztów PPK, prowadzenia szkoleń BHP i badań lekarskich, zapewnienia ochrony indywidualnej oraz odzieży i obuwia roboczego oraz w ogóle nie przedstawił kosztów zapewnienia odpowiedniego sprzętu niezbędnego do prawidłowego wykonania usługi.
- 2) art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, art. 224 ust. 1, 2 i 3 Pzp w związku art. 224 ust. 5 Pzp, w zw. z art. 223 Pzp poprzez:
 - zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Jantar w sytuacji gdy Wykonawca złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił prawie żadnych dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, a tym samym nie wykazał, że

jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co więcej zawarte w nich treści wprost wskazują na okoliczność zaofiarowania przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny,

- nieuzasadnione wygenerowanie przez Zamawiającego wezwania w dniu 13 maja 2021 r. oraz kolejnego wezwania w dniu 19 maja 2021 r. do wyjaśnień w sytuacji gdy pierwotne wezwanie do wyjaśnienia ceny z dnia 04 maja 2021 r. było szczegółowe, jasne i precyzyjne i w odpowiedzi na nie wykonawca miał obowiązek złożyć szczegółową kalkulację ceny wraz z dowodami,
- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę w sytuacji gdy Wykonawca nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SWZ kosztów pracowniczych i innych elementarnych składników ceny. Zamawiający wskazywał bowiem w SWZ, iż wymaga aby do realizacji zamówienia Wykonawca zatrudniał na pełen etat na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności opisane w SWZ, wyznaczył Koordynatora Serwisu oraz miał obowiązek zapewnić minimalną odpowiednią ilość osób zapewniającą kompleksowe, należyte i staranne wykonanie usługi a w ofercie otrzymał wycenę która nie uwzględnia tych wymogów, tj. Wykonawca wskazał iż będzie zatrudniał 5 osób w wymiarze 1 etatu i 2 osoby w wymiarze 0,5 etatu, w konsekwencji nie można na podstawie wyjaśnień stwierdzić czy zapewniono odpowiednią ilość osób na sprzątanie terenów zewnętrznych, nie wskazano bowiem czym będą trudnić się dwaj pracownicy weekendowi zatrudnieni na 0,5 etatu, nie ujął kosztów nadzoru w postaci Koordynatora Sewisu, nie uwzględnił wystarczających kosztów rezerwy urlopowej, nie uwzględnił kosztów rezerwy chorobowej, kosztów PPK, prowadzenia szkoleń BHP i badań lekarskich, zapewnienia ochrony indywidualnej oraz odzieży i obuwia roboczego oraz w ogóle nie przedstawił kosztów zapewnienia odpowiedniego sprzętu niezbędnego do prawidłowego wykonania usługi.

a w konsekwencji:

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę mimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; mimo, iż Wykonawca nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

- wybór oferty Wykonawcy mimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; mimo, iż Wykonawca nie udźwignął dążącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 224 ust. 6 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, mimo iż Wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska,

- przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się jak opisano powyżej,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Jantar, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, a w tym odrzucenie oferty Konsorcjum Jantar i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 10 czerwca 2021 r.

W dniu 17.06.2021 r. skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum w składzie: Jantar 2 Sp. z o.o., Jantar Sp. z o.o., Sekret Sp. z o.o.

Pismem z dnia 22.07.2021r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie uwzględniając w części zarzuty, tj. w zakresie:

1. Wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Jantar;
2. Zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Jantar pomimo jej niezgodności z swz.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie dotyczącym:

- 1) Nieprawidłowego badania i oceny oferty Konsorcjum Jantar i niezasadnego uznania, że:
 - oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
 - Wykonawca sprostął obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
 - Zamawiający był uprawniony do wygenerowania kolejnych wezwań do wyjaśnień w dniu 13.05.2021 r., oraz 19.05.2021 r.,

- Wykonawca przedłożył wyjaśnienia ceny zgodnie z treścią wezwania z 4.05.2021 r. oraz wezwań z 13.05.2021 r. i 19.05.2021 r.

- 2) Błędnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny i błędnego uznania, iż wyjaśnienia spełniają wymagania Pzp oraz odpowiadają na wątpliwości Zamawiającego wyrażone w wezwaniach do wyjaśnień z 4.05.2021 r., 13.05.2021 r. oraz 19.05.2021 r.
- 3) Zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Jantar mimo, iż zawiera ona cenę skalkulowaną nierzetelnie, rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, mimo, iż wykonawca nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru dowodowego,

Przeprowadzenia postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się w wyborze oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę.

Na posiedzeniu w dniu 29 lipca 2021 r. stawiał się wyłącznie pełnomocnik Odwołującego. Przystępujący po stronie Zamawiającego prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia nie stawiał się. Nieobecność uczestnika postępowania nie wstrzymuje czynności procesowych, w tym nie powoduje konieczności odroczenia posiedzenia na czas wezwania wykonawcy do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Przystępujący powiadomiony o terminie posiedzenia może złożyć ustnie do protokołu oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu. Jego nieobecność oznacza zatem rezygnację z tego uprawnienia.

Odwołujący złożył do protokołu postępowania oświadczenie, którym cofnął zarzuty nie uwzględnione przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła, iż w świetle tych oświadczeń zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie z art. 568 ust. 3 w zw. z art. 522 ust. 3 Ustawy. *Zgodnie z art. 522 ust. 3 Ustawy, W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*

Ponieważ na posiedzeniu prowadzonym z udziałem stron Przystępujący nie stawiał się i nie złożył sprzeciwu wobec uwzględnienia w części zarzutów przez Zamawiającego, a

Odwołujący na posiedzeniu wycofał pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Na podstawie § 9 ust. 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w *sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. poz.2437) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty 7.500 zł. uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: