

POSTANOWIENIE
z dnia 15 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 15 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **IMPEL Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 53-111 Wrocław, Ślężna 118** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jednostka Wojskowa nr 2063, 00-909 Warszawa, ul. Banacha 2,**

przy udziale wykonawcy **Piotr F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Clean Service Piotr F., Chyliczki, ul. Melanii 21B, 05-500 Piaseczno,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1) odrzuca odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **IMPEL Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 53-111 Wrocław, Ślężna 118** i zaliczaw poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na 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 2063 w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa sprzątnia powierzchni biurowych i powierzchni wewnętrznych w kompleksach wojskowych mieszczących się przy ul. Radiowej 2, ul. Krasińskiego 54, ul. Pirenejkiej 5, ul. Ostroroga 35 w Warszawie”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. U.E. z dnia 5 lipca 2013 r. nr 2013/S -129-222380.

I. Wykonawca - IMPEL Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu - odwołujący w postępowaniu odwoławczym, wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 Pzp, odwołanie wobec czynności zamawiającego, zarzucając naruszenie przepisów Pzp w postępowaniu dotyczącym części I zamówienia:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę Clean Service, Piaseczno, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy,
- 4) art. 91 ust. 1 przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
- 5) art. 186 ust. 2 przez niewykonanie przez zamawiającego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt KIO 2357/13.

W związku z zarzutami, odwołujący przedstawił wniosek (żądanie), co do rozstrzygnięcia odwołania - nakazanie zamawiającemu:

- 1) uchylecia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę CleanService,
- 2) odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp oferty złożonej

przezwykonawcę CleanService, gdyż:

- a) zawiera rażąco niską cenę,
- b) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

- 3) wykluczenia wykonawcy CleanService na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp,
- 4) dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających oraz złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania.

Odwołujący wskazał, że informację o wyborze oferty najkorzystniejszej dla części I zamówienia uzyskał w dniu 19 grudnia 2013 r., nie zgadza się z wyborem oferty oraz ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania, jego oferta, jako najtańsza w postępowaniu dla części I zamówienia, będzie ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący stwierdził m.in., że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana z rażącym naruszeniem przepisu art. 186 ust. 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp. Wskazał, że zamawiający zaniechał wykonania czynności wynikających z postanowienia KIO z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt KIO 2357/13, w szczególności dotyczy to odrzucenia oferty obecnie wybranego wykonawcy CleanService.

Odwołujący zacytował treść art. 186 ust. 2 Pzp, podnosząc, że do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2357/13 nie przystąpił żaden wykonawca. Wskazał, że skoro obecnie wybrany wykonawca nie brał udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wykonać, powtórzyć, unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, tj. odrzucić ofertę wykonawcy Clean Service.

Odwołujący podkreślił, że w pierwszym odwołaniu - wskazując naruszenie przepisów Pzp - zażądał, aby oferta wybranego wykonawcy Clean Service została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp.

Zamawiający w dniu 21.11.2013r. dokonał odrzucenia oferty wykonawcy Clean Service na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (pismo nr 4951 z dnia 21.11.2013 r.). W dniu 02.12.2013 r. wykonawca Clean Service złożył odwołanie do Prezesa KIO, które zostało wprawdzie uwzględnione w dniu 13 grudnia 2013 r., ale nie stanowiło jeszcze automatycznej podstawy do dokonania w dniu 19.12.2013 r. wyboru oferty tego właśnie wykonawcy, gdyż zamawiający zaniechał w sposób bezsporny przy ocenie oferty wykonawcy Clean Service dokonania czynności wynikających z postanowienia KIO z dnia 14 października 2013 r., sygn. KIO 2357/13.

Odwołujący uznał, że z tego względu zamawiający wykonując powtórzone czynności wbrew żądaniom odwołującego zawartym w uwzględnionym odwołaniu, naraża się na zarzut rażącego naruszenia przepisu art. 186 ust. 2 Pzp, a tym samym naraża się na merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec powtórzonych czynności. Jeżeli okaże się, że czynności zostały powtórzone, ale niezgodnie z żądaniami odwołania, to odwołanie zostaje uwzględnione przez KIO, jako merytorycznie zasadne. Naruszenie w toku postępowania przez zamawiającego przepisu art. 186 ust. 2 Pzpprzęsądza o uwzględnieniu odwołania, gdyż zamawiający winien przy każdej czynności kierować się przepisami prawa i postanowieniami SIWZ oraz działać w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny. Podniósł, że nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winna być ich zgodność z przepisami Pzp.

Wskazał orzecznictwo Izby: wyrok z dnia 9 października 2012 r., sygn. akt KIO 2083/12, postanowienie z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2827/12, postanowienie z dnia 29 października 2012 r., sygn. akt KIO 2240/12.

W ocenie odwołującego, nadal aktualne jest stanowisko, że wybrana w postępowaniu oferta zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Dokonując w dniu 21.11.2013r. odrzucenia tej oferty wyłącznie na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający pominął najistotniejszy aspekt sprawy, wynikający z faktu uwzględnienia przez niego odwołania i umorzenia postępowania przez KIO postanowieniem z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt KIO 2357/13.

Nadto, dokonując wyboru oferty w dniu 19.12.2013r., zamawiający zaniechał wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, mimo że termin związania jego ofertą już upłynął.

Odwołujący przedstawił ceny ofert złożonych w postępowaniu oraz porównanie cen ofert w stosunku do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej przed otwarciem ofert. Przedstawił analizę kosztów dla poszczególnych lokalizacji: ul. Radiowa i ul. Krasieńskiego w ujęciu: struktura zatrudnienia - koszty robocizny, koszty sprzętu zmechanizowanego, pozostałe koszty dla części I zamówienia zgodnie z opisem załącznika nr 12A do SIWZ, podając, że całkowita wartość zamówienia wynosi 1 695 338,61 zł. Wskazał, że oferta wybrana jest niedoszacowana, zatem jej cena jest ceną rażąco niską.

Przedstawił pogląd na temat czynu nieuczciwej konkurencji przywołując przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz opinię Urzędu

Ochrony Konkurencji i Konsumentów i powołał się na orzecznictwo Izby: wyrok z dnia 12.04.2012 r., sygn. akt KIO 560/12, z dnia 20.04.2012 r., sygn. akt KIO 676/12.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca winien zostać również wykluczony z postępowania na podstawie tego przepisu, gdyż udzielając wyjaśnień w toku postępowania, złożył nieprawdziwe informacje mające istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykonawca złożył sprzeczne ze sobą wyjaśnienia dotyczące składników cenowych (strony 1586-1596 oraz 1619-1622), a następnie w wyniku wezwania zamawiającego nie usunął różnic między wyjaśnieniami i ofertą.

Ponadto, wbrew wezwaniu zamawiającego (pismo nr 4851 z dnia 15.11.2013 r.) nie złożył żadnych dowodów potwierdzających kalkulację całkowitej ceny oferty.

II. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o jego oddalenie.

W toku posiedzenia, w ślad za stanowiskiem przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, oświadczył, że dokonał ustalenia wartości zamówienia przyjmując koszty nadmierne, przeszacowane w obawie przed zarzutem niedoszacowania. Stwierdził, że przyjął maksymalne nakłady na realizację zamówienia, licząc się z faktem ewentualnego zatrudnienia pracowników przez wykonawcę świadczącego usługę na podstawie umów o pracę. Podał, że dokonał porównania i oceny ofert pod kątem rażąco niskiej ceny i uznał, że oferty wykonawców, za wyjątkiem oferty odwołującego, którą uznał za drogą, są porównywalne i odpowiadają cenom rynkowym.

Wniósł o odrzucenie odwołania wskazując, że powtórzył czynności w wyniku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym w dniu 4 października 2013 r., uznając cenę wybranego wykonawcy za realną.

Wskazał, że po przedłużeniu ważności gwarancji wadium w dniu 30.10.2013 r. okres ważności wadium i związania oferta kończy się 20.01.2014 r.

III. Wykonawca Piotr F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Clean Service Piotr F., w wyniku skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, uzyskał status uczestnika postępowania, zwany w dalszej części uzasadnienia też „przystępującym”. W zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wniósł o odrzucenie odwołania, a w razie nie podjęcia takiego rozstrzygnięcia o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym złożonym w toku posiedzenia i na posiedzeniu wniósł i konsekwentnie podtrzymywał wniosek o odrzucenie odwołania, jako wniesionego po upływie ustawowego terminu, a ponadto dotyczącego wykonania czynności zgodnie z orzeczeniem Izby (art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 Pzp).

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, dokumentów złożonych w toku postępowania odwoławczego, wyjaśnień pełnomocników złożonych na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz akt spraw odwoławczych sygn. akt KIO 2357/13 i KIO 2767/13 zaliczonych w poczet materiału dowodowego w rozpoznawanym odwołaniu, po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

W części I zamówienia (przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części), zamawiający dokonał pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Piotra F.ego, firma Clean Service, zawiadamiając o tym wykonawców pismem z dnia 24 września 2013 r.

W dniu 4 października 2013 r. wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o., zwany „Impel Cleaning”, wniósł do Prezesa KIO odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie Pzp: 1) art. 7 ust. 1 i 3 przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, 2) art. 89 ust.1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 przez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, 3) taki sam zarzut powtórzył w stosunku do drugiego wykonawcy - lider konsorcjum DGPClean Partner Sp. z o.o., 4) art. 91 ust. 1 przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Wniósł wówczas o: 1) uchylenie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę CleanService, 2) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w szczególności wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 PzpCleanService i konsorcjum - lider DGPClean Partner Sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, 3) nakazanie odrzucenia ofert wskazanych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, jako zawierających rażąco niską cenę i stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, 4) nakazanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Przedstawił uzasadnienie, którego treść została powtórzona w uzasadnieniu aktualnego odwołania, w odniesieniu do wykonawcy CleanService i jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 14 października 2013 r, sygn. akt KIO 2357/13, umorzyła postępowanie odwoławcze, podając w uzasadnieniu, że „Pismem z dnia 10 października 2013 r. - wpływ bezpośredni, zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w

odwołaniu”.

Powtarzając czynności w związku z uwzględnieniem odwołania, zamawiający trzykrotnie wezwał CleanService do złożenia wyjaśnień: 1) 28 października 2013 r. na podstawie art. 90 ust.1 Pzp, 2) 12 listopada 2013 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, 3) 15 listopada 2013 r. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Wezwany wykonawca Clean Service udzielił wyjaśnień odpowiednio w dniach: 30 października, 13 listopada i 18 listopada 2013 r., zastrzegając, że stanowią one informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W stosunku do drugiego wykonawcy zamawiający podjął stosowne czynności, nie stanowią one jednak zarzutu odwołania.

Zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z dnia 21.11.2013 r., że w wyniku powtórnie dokonanej oceny ofert, uwzględniając wyjaśnienia złożone przez CleanService w dniach 30.10.2013, 13.11.2013 oraz 18.11.2013 r., wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Impel Cleaning, natomiast ofertę CleanService odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W obszernym uzasadnieniu czynności wskazał niezgodność treści oferty CleanServicez treścią SIWZ, jako zmianę treści oferty dokonaną na skutek złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. W punktach od A do F uzasadnienia przedstawionego w piśmie wskazał zakwestionowany zakres, który stanowił podstawę czynności zamawiającego: wykaz osób, wykaz materiałów i środków chemicznych - chlorek wapnia, piasek - koszty, paliwo do sprzętu mechanicznego - koszty oraz koszty chemii i materiałów higienicznych.

W zawiadomieniu o czynności zamawiający wskazał również, że odrzucił ofertę konsorcjum - lider DGPClean Partner Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, ponieważ wykonawcy nie złożyli wyjaśnień, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przedstawił też ceny złożonych ofert w części I zamówienia następująco:

Zakład Sprzątnia Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. 1.209.204,90 zł(oferta nie oceniana);

CleanService 1.093.459,10 zł(oferta nie oceniana);

Impel Cleaning Sp. z o.o. 2.048.780,54zł;

konsorcjum - lider DGPClean Partner Sp. z o.o. 1.474.420,92 zł(oferta nie oceniana).

Jedyną ocenianą wówczas ofertą była oferta Impel Cleaning.

Zamawiający też wskazał, że bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - część I zamówienia: 2.151.841,72 zł.

Wykonawca CleanService wniósł w dniu 2 grudnia 2013 r. odwołanie do Prezesa KIO, wskazując w obszernym uzasadnieniu przede wszystkim, że zamawiający uznał niezgodność treści oferty z treścią SIWZ na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co jest

niezasadne.

W obecnym postępowaniu wskazał, że powyższe oznacza w konsekwencji, że wyjaśnienia wykonawcy nie potwierdziłyrażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyrokiem z dnia 13 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2767/13, Izba uwzględniła odwołanie, nakazała unieważnienie wyboru oferty Impel Cleaning, unieważnienie odrzucenia oferty Clean Service oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała podstawę ustaleń i oceny materiału dowodowego następująco: „Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania przesłaną przez zamawiającego, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego do odwołującego z 29 sierpnia 2013 r. o uzupełnienie dokumentów składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismo odwołującego z 5 września 2013 r., stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, wezwania zamawiającego skierowane do odwołującego o złożenie wyjaśnień z 28 października 2013 r., 12 listopada 2013 r., 15 listopada 2013 r., wyjaśnienia odwołującego z 30 października 2013 r., 13 listopada 2013, 18 listopada 2013 r., zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania z 21 listopada 2013 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, oględziny oryginału uzupełnionego przez odwołującego w dniu 5.9.2013 r. wykazu osób, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron i uczestnika postępowania oraz dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje (...)”.

W dalszej części uzasadnienia Izba uznała m.in., że zamawiający dokonał nadinterpretacji wyjaśnień CleanService z 30.10.2013 r. i 18.11.2013 r., które nie prowadziły do jakiegokolwiek zmiany treści oferty.

Izba odniosła się do podstaw odrzucenia oferty CleanService przedstawionych w punktach od A do F pisma zamawiającego, poddając analizie i ocenie zarzuty dotyczące: wykazu osób, wykazu materiałów i środków chemicznych - chlorek wapnia, piasek, ich kosztów, paliwa do sprzętu mechanicznego jego kosztów oraz kosztów chemii i materiałów higienicznych, uznając w konsekwencji odrzucenie oferty Clean Serviceza niezasadne.

Wykonawca - Impel Cleaning - odwołujący w obecnym postępowaniu, uczestniczył w postępowaniu KIO 2767/13, jako uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Po wyroku Izby zamawiający dokonał oceny ofert, podając w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ZP-PN, że dokonał czynności w związku z wyrokiem Izby z dnia 13 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2767/13.

W zawiadomieniu o wyniku postępowania w części I zamówienia z dnia 19 grudnia 2013 r. wskazał, że: „W związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze akt KIO 2767/13 z dnia 13.12.2013 roku Zamawiający postanawia, co następuje:

1. Anulować treść ust. 1 i 2 rozstrzygnięcia z dnia 21.11.2013 roku, wysłanego pismem nr wych. 4951 (wybór oferty firmy Impel Cleaning Sp. z o.o., odrzucenie oferty firmy Clean Service).
2. Po przeprowadzonej powtórnie ocenie ofert do realizacji I części zamówienia (...) wybrać Wykonawcę: CLEAN-SERVICE, ul. Melanii 21 B, 05-500 Piaseczno, która spełniła wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaoferowała najkorzystniejszą cenę w wysokości 1.093.459,10 zł i uzyskała w ocenie oferty 100 pkt.
3. Utrzymać w mocy odrzucenie oferty zawarte w ust. 3 pisma nr wych. 4951 z dnia 21.11.2013 roku następującego Wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (...).

Oceniając dokonane ustalenia Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i pkt 5 Pzp- Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie,
- dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub (...), w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Przepis art. 186 ust.2 Pzp stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie (...). W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W orzecznictwie Izby w zakresie stosowania przepisu art. 186 ust. 2 i 3 Pzp przyjęto stanowisko: „Niejednokrotnie, w przypadku niezasadnego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, uwzględnienie żądań ponownego odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy, prowadziłoby do nakazywania egzekwowalnymi wyrokami Izby wykonywania czynności niezgodnych z przepisami prawa. Konieczne stało się więc odejście w orzecznictwie od samonarzucającej się w tym zakresie, literalnej wykładni ww. przepisów oraz taka ich wykładania i zastosowanie, które uwzględnią cele procedury udzielania

zamówień publicznych i zasady całego porządku prawnego. I tak, w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 217/12), Izba wyraziła pogląd o niedopuszczalności zadośćuczynienia żądaniom uwzględnionego odwołania, gdyby prowadziło to do niezgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy. Również według uzasadnienia wyroku Izby z dnia 31 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2296/12), pomimo stwierdzenia, że fakt niewykonania przez zamawiającego wszystkich żądań odwołania nie budzi żadnych wątpliwości, powyższe nie może stanowić podstawy do uwzględnienia obecnie rozpatrywanego odwołania. Także w wyroku z dnia 9 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2804/12) Izba odmówiła uwzględnienia żądań odwołania, powołującego się na literalne brzmienie art. 186 ust. 2 Pzp, względem czynności zamawiającego, który nie wykonał wszystkich czynności objętych żądaniem uprzednio uwzględnionego odwołania. W ocenie Izby, przy ponownie wykonywanych czynnościach zamawiający był uprawniony do uwzględnienia wszystkich okoliczności, które miały znaczenie dla ich prawidłowości, a czynności będące tego wynikiem mogły nie odpowiadać żądaniom wykonawcy podniesionym w uwzględnionym odwołaniu. (...). Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, może i powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom odwołującego, jednakże powtarzając swoje czynności musi mieć przede wszystkim na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego też, podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający winien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów prawa. W takim ujęciu ograniczenie się do literalnej wykładni art. 186 ust. 2 i 3 dokonywanej przez odwołujących łączyłoby się zatem z naruszeniem innych przepisów ustawy.” (Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r.).

Po uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym w dniu 4 października 2013 r. przez Impel Cleaningwobec wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Clean Servicei uzyskaniu postanowienia Izby z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt KIO 2357/13, umarzającego postępowanie odwoławcze, zamawiający podjął czynności zgodne z żądaniem przedstawionym w odwołaniu -zwrócił się do wskazanych wykonawców o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość cen (art. 90 ust. 1 Pzp) oraz żądał wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (art. 87 ust. 1 Pzp).

Efektom powtórzonych czynności było: odrzucenie oferty Clean Service, lecz nie na podstawie wskazanej w uwzględnionym odwołaniu - z powodu rażąco niskiej ceny i złożenia

oferty stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp), a na podstawie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), w stosunku do drugiego wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień zastosowanie sankcji wynikającej z art. 90 ust. 3 Pzp (niezłożenie wyjaśnień) oraz wybór najkorzystniejszej oferty Impel Cleaning, jako jedynej podlegającej ocenie. O czynności tej zamawiający zawiadomił wykonawców przesyłając pismo z dnia 21.11.2013 r.

Niewątpliwie zamawiający wykonał czynność wskazaną w uwzględnionym odwołaniu, chociaż z odmienną kwalifikacją końcową, Impel Cleaning uzyskał rozstrzygnięcie korzystne dla siebie, o jakie wnosił w odwołaniu z dnia 4 października 2013 r. - Clean Service został wyeliminowany z postępowania, a oferta Impel Cleaning została wybrana, jako najkorzystniejsza.

Od czynności zamawiającego z dnia 21.11.2013 r. - wyboru oferty Impel Cleaning, jako najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Clean Service oraz oferty trzeciego wykonawcy - będących następstwem powtórzenia czynności w związku z postanowieniem KIO 2357/13, wykonawcom przysługiwały środki ochrony prawnej, kwestionujące czynność zamawiającego w kontekście uwzględnienia odwołania.

Odwołanie wniesione przez Clean Service w dniu 2 grudnia 2013 r., w istocie było odwołaniem od czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z uwzględnionym odwołaniem z dnia 4 października 2013 r., z odmienną podstawą odrzucenia oferty ustaloną w wyniku uzyskanych przez zamawiającego wyjaśnień (w świetle interpretacji przyjętej w orzecznictwie - czynność dopuszczalna i niestanowiąca naruszenia wskazanych przepisów Pzp).

Impel Cleaning - uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie KIO 2767/13 - był w pełni uprawniony do kwestionowania odwołania, jako dotyczącego czynności zamawiającego wykonanych w wyniku uwzględnienia uprzedniego odwołania tego wykonawcy.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie i po analizie każdego z zarzutów zamawiającego przedstawionych w punktach od A do F zawiadomienia z dnia 21.11.2013 r., mających swe źródło w wyjaśnieniach złożonych przez Clean Service w dniach 30 października 2013 r., 13 listopada 2013 r. i 18 listopada 2013 r., wyrokiem z dnia 13 grudnia 2013 r. uznała stanowisko zamawiającego za niezasadne.

Zarzuty, żądania i w przeważającej części uzasadnienie przedstawione w aktualnym odwołaniu wniesionym w dniu 30 grudnia 2013 r. w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4

w związku z art. 90 ust. 1-3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Clean Service, jako zawierającej rażąco niską cenę i jej złożenie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, zostały przeniesione z odwołania wniesionego w dniu 4 października 2013 r.

W postępowaniu odwoławczym obowiązują ustawowe zasady związane z wnoszeniem środków ochrony prawnej. Przepisy art. 182 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 Pzp (ze względu na wartość zamówienia), stanowią, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia lub od czynności innych niż wskazanych w wyniku przesłania informacji, w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Odwołanie wniesione po upływie wskazanych terminów podlega odrzuceniu na mocy art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

O czynnościach zamawiającego będących następstwem powtórzenia czynności w związku z uwzględnieniem odwołania w sprawie zakończonej postanowieniem KIO 2357/13 r. - tj. o odrzuceniu oferty Clean Service na innej podstawie prawnej i faktycznej niż wskazana w odwołaniu wniesionym w dniu 4 października 2013 r., wykonawcy zostali zawiadomieni pismem z dnia 21.11.2013 r. i od tej daty rozpoczął bieg 10-dniowy termin na wniesienie odwołania kwestionującego czynności zamawiającego.

Termin ten upłynął 2 grudnia 2013 r. (1 grudnia 2013 r. - niedziela, dzień wolny od pracy).

Z zachowaniem ustawowego terminu odwołanie wniósł Clean Service.

W postępowaniu odwoławczym - na zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej - uczestniczył Impel Cleaningz prawem składania korzystnych dla siebie wniosków i podejmowania czynności niepozostających w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami zamawiającego - strony, do której przystąpił.

Impel Cleaning uzasadnił swoje stanowisko wskazując, że wobec zróżnicowanego orzecznictwa odrębne odwołanie wniesione przez tego wykonawcę mogłoby zostać oddalone na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, gdyż mimo rozszerzenia podstawy odrzucenia oferty Clean Service, nie powodowałoby to zmiany wyniku postępowania o udzielenie zamówienia w postaci wyboru oferty złożonej przez Impel Cleaning, jako najkorzystniejszej.

Podnieść jednak należy, że termin do kwestionowania czynności zamawiającego, wykonanych w wyniku uwzględnienia odwołania wniesionego w dniu 4 października 2013 r., nie uległ zawieszeniu, nie uległ też przerwaniu.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że w okolicznościach tej sprawy, gdy w wyniku powtórzonych czynności przez zamawiającego na poprzednim etapie postępowania (rozstrzygnięcie z dnia 21.11.2013 r.) oferta konkurencyjna (Clan Service) została odrzucona, o co wnosił odwołujący w uwzględnionym odwołaniu (z dnia 4 października 2013 r.), nie był on uprawniony do podejmowania czynności w postępowaniu odwoławczym (KIO 2767/13) w swoim interesie, bo rozstrzygnięcie zamawiającego było dla niego korzystne, a w sytuacji odwróconej w wyniku wyroku Izby z dnia 13 grudnia 2013 r., ze skutkiem negatywnym dla odwołującego (wybór oferty CleanService - zawiadomienie z dnia 19.12.2013 r.), uprawnienie to aktywizuje się. Możliwość taka nie wynika z przepisów Pzp.

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011 r., sygn. akt V Ca 1973/11, przywołany przez odwołującego, został wydany w stanie faktycznym dotyczącym oceny legitymacji czynnej potencjalnego wykonawcy do kwestionowania wyboru trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki. Sąd przedstawił pogląd w przedmiocie uprawnienia wynikającego z art. 179 ust. 1 Pzp uznając, że przepis ten aczkolwiek interpretowany szeroko, nie pełni funkcji publicznych i wnoszący odwołanie nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Wskazując na interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, jako istotę przepisu, Sąd stwierdził, że postępowanie odwoławcze ma na celu jedynie ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule.

W celu ochrony interesów, odwołujący jako jeden z dwóch wykonawców z ofertą o cenie znacznie wyższej od ceny oferty konkurenta, w sytuacji powtarzanych czynności przez zamawiającego i uprzedniego stanowiska Izby, był uprawniony na zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej - przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - do podjęcia czynności zmierzających do utrzymania w mocy czynności zamawiającego będących następstwem uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 4 października 2013 r.

Uwzględnienie odwołania wyrokiem z dnia 13 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2767/13 i uznanie oferty przystępującego, jako oferty niepodlegającej odrzuceniu, na podstawie wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę in. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w toku powtórzonych czynnościach zamawiającego, kończy etap kwestionowania oferty na podstawie zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 4 października 2013 r., co skutkuje

niemożnością rozpoznania na rozprawie odwołania wniesionego w dniu 30 grudnia 2013 r. wskazującego ponownie te same zarzuty w związku z art. 186 ust. 2 Pzp.

Termin do wniesienia odwołania jest terminem zawitym, nie podlega zawieszeniu ani przerwaniu, upływ terminu powoduje wygaśnięcie prawa do dokonania czynności, której dotyczy. Izba rozpoznając odwołanie zobowiązana jest do ustalenia z urzędu w pierwszej kolejności zachowanie terminu do wniesienia odwołania i w razie nie zachowania terminu, podjęcia rozstrzygnięcia wskazanego w art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Spóźniony jest również drugi zarzut, a także nie podlega on rozpoznaniu na rozprawie - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez udzielenie przez przystępującego w toku postępowania wyjaśnień, stanowiących nieprawdziwe informacje mające istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ocenie odwołującego, wykonawca złożył sprzeczne ze sobą wyjaśnienia dotyczące składników cenowych (strony 1586-1596 oraz 1619-1622), a następnie w wyniku wezwania zamawiającego nie usunął różnic między wyjaśnieniami i ofertą. Ponadto, wbrew wezwaniu zamawiającego (pismo nr 4851 z dnia 15.11.2013 r.) nie złożył żadnych dowodów potwierdzających kalkulację całkowitej ceny oferty.

Z oryginalnej dokumentacji postępowania okazanej przez zamawiającego wynika, że strony od 1586 do 1593 stanowią wyjaśnienia przystępującego z dnia 30.10.2013 r., udzielone na wezwanie zamawiającego z dnia 28.10.2013 r., na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp (informacje zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa), str. 1594 to rozkaz dzienny Dowódcy Jednostki o wyznaczeniu przewodniczącego komisji przetargowej, str. 1595-1596 to pismo Dowódcy Jednostki z 31.10.2013 r. skierowane do trzeciego wykonawcy - DGPClean Partner Sp. z o.o. lider konsorcjum z siedzibą w Legnicy - na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, str. 1619-1622 to wyjaśnienia przystępującego z dnia 13.11.2013 r., udzielone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 12.11.2013 r., na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp (zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa).

Odwołujący stwierdził ostatecznie, że nieprawdziwe informacje podane przez przystępującego, to w istocie podanie w ofercie ceny 1.093.459,10 zł, w sytuacji, gdy za tę cenę zdaniem odwołującego, nie można wykonać zamówienia w sposób rzetelny. Cena oferty odwołującego wynosi 2.048.780,54 zł, zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 2.151.841,72 zł. Ponadto, nieprawdziwą jest informacja o posiadaniu przez przystępującego zmagazynowanych towarów o wartości ponad 88 tys. zł, służących do realizacji zamówienia przez okres 22 m-cy. Informację tę przystępujący zamieścił w wyjaśnieniach z 13.11.2013 r.

Odwołujący wywiódł swoje stanowisko z przekonania o nieekonomicznym przetrzymywaniu wskazanej ilości towaru na poczet ewentualnego zamówienia. Zarzuty związane z nieprawdziwymi informacjami czerpał z wyroku KIO z 13.12.2013 r., sygn. akt KIO 2767/13. Podniósł również wskazanie przez przystępującego 35 osób do wykonanie zamówienia, jako nierealne, i uznał, że informacja ta jest informacją nieprawdziwą nie z powodu 35 osób, lecz z powodu braku dysponowania środkami finansowymi na wynagrodzenia tych osób. Odwołujący ocenił, że na wynagrodzenie osób potrzebna jest kwota 1.234.568,58 zł, w ujęciu całego zamówienia. Powyższe okoliczności stanowiły uzasadnienie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Z ustaleń Izby wynika, że wyjaśnienia przystępującego - z dnia 30.10.2013 r. udzielone na wezwanie zamawiającego z dnia 28.10.2013 r., na podstawie art. 90 ust.1 Pzp; z dnia 13.11.2013 r., udzielone na wezwanie zamawiającego z dnia 12.11.2013 r., na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wraz z wyjaśnieniami przystępującego z dnia 18.11.2013 r., udzielonymi na wezwanie zamawiającego z dnia 15.11.2013 r., na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp - stanowiły podstawę odrzucenia oferty przystępującego - zawiadomienie z dnia 21.11.2013 r. oraz przedmiot rozpoznania Izby w postępowaniu odwoławczym zakończonym wyrokiem z dnia 13 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2767/13, w którym Izba uznała brak sprzeczności wyjaśnień Clean Service z treścią oferty, a zatem brak podstaw do odrzucenia tej oferty.

Izba już wskazała wyżej, że informacje dotyczące oceny oferty przystępującego Clean Service, były znane odwołującemu od dnia 21.11.2013 r. i mogły być podnoszone w postępowaniu zakończonym wyrokiem Izby z dnia 13 grudnia 2013 r.

Zarzut jest spóźniony, ponadto dotyczy zakresu rozstrzygniętego orzeczeniem Izby (powaga rzeczy osądzonej), cobywyczerpuje przesłanki, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 i pkt 5 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez nieprzedłużenie okresu związania ofertą jest również spóźniony, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący sprecyzował stanowisko na posiedzeniu Izby wskazując, że na podstawie wezwania wykonawców do przedłużenia ważności wadium w dniu 17 października 2013 r., zakłada, że okres związania ofertą przystępującego upłynął w dniu 30 października 2013 r. i nie został przedłużony.

Izba uznała, że skoro odwołujący powziął wiadomość o kwestionowanej okoliczności w dniu 17 października 2013 r., odwołanie w tym zakresie powinno być wniesione w ustawowym terminie 10. dni. Podważana oferta została ponownie oceniona przez zamawiającego w dniu

21.11.2013 r. oraz była oceniana w postępowaniu przed Izbą w dniu 13 grudnia 2013 r. z udziałem odwołującego.

W obu ocenach nie zakwestionowano okresu związania ofertą.

Zamawiający przedstawił potwierdzenie okresu związania ofertą równego okresowi ważności wadium, okazując dokumenty: ubezpieczyciel UNIQA, gwarancja ubezpieczeniowa z ważnością od 20.08.2013 r. do 19.10.2013 r., zmiana okresu ważności aneksem z dnia 18.10.2013 r. do gwarancji wadium Nr 953-A-352223 (1) z dnia 14.08.2013 r. Okres ubezpieczenia 20.08-20.11.2013 r. Aktualna ważność gwarancji okresu związania ofertą do 20.01.2014 r.

Rozpoznawane odwołanie, aczkolwiek wskazujące zarzuty dotyczące okoliczności znanych odwołującemu od pierwotnego wyboru oferty przystępującego, które podważył w pierwszym odwołaniu wniesionym w dniu 4 października 2013 r. oraz okoliczności, o których powziął wiadomość w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia w dniu 21.11.2013 r., odwołujący wiąże z oceną oferty przystępującego dokonaną w dniu 19.12.2013 r., przez wniesienie odwołania w terminie 10. dniowym od tej czynności, tj. w dniu 30 grudnia 2013 r.

Czynność zamawiającego z dnia 19.12.2013 r. była wyłącznie wykonaniem wyroku Izby z dnia 13.12.2013 r., sygn. akt KIO 2767/13 (potwierdzenie w protokole postępowania o udzielenie zamówienia ZP-PN oraz we wskazanym piśmie zamawiającego), stąd odwołanie od czynności wykonanych w tej dacie, podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp (dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby).

Reasumując powyższe, Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i pkt 5 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: