

Sygn. akt: KIO 1140/17

**POSTANOWIENIE
z dnia 29 czerwca 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 29 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2017r. przez wykonawcę: Clean Service P. F., Chyliczki, ul. Melanii nr 21B, 05-500 Piaseczno w postępowaniu prowadzonym przez Jednostkę Wojskową nr 2063, ul. Banacha 2 00-909 Warszawa

przy udziale wykonawcy AWIMA sp. jawna B. W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1140/17 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego: Clean Service P. F., Chyliczki, ul. Melanii nr 21B, 05-500 Piaseczno kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.) 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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Jednostka Wojskowa nr 2063, ul. Banacha 2 00-909 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa sprzątania powierzchni biurowych i powierzchni zewnętrznych w kompleksach wojskowych: K - 4534 ul. Kaliskiego 49, Warszawa, K-6045 ul. Radiowa 2, Warszawa, K-6045 (DORSZ) ul. Radiowa 2, Warszawa, K-8678 (CWOM) ul. Radiowa 2, Warszawa, K-3795 ul. Krasińskiego 54/56 Warszawa, K- 0054 ul. Leskiego 5/7, Warszawa, K-7316 ul. Pirenejska 5, Warszawa administrowanych przez JW2063”.

W dniu 10 kwietnia 2017r. Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego: Clean Service P. F., Chyliczki, ul. Melanii nr 21B, 05-500 Piaseczno.

Na powyższy wybór najkorzystniejszej oferty wykonawca AWIMA sp. jawna B. W., zwany dalej wykonawcą AWIMA wniósł odwołanie, w którym zakwestionował sposób złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz wskazano, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, a w dniu 4 maja 2017r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania (sygn. akt KIO 774/17).

W dniu 9 maja 2017r. Zamawiający unieważnił wybór oferty, nie wzywając AWIMA do przedłużenia terminu wadium.

W dniu 24 maja 2017r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu do odrzucenia oferty Odwołującego wskazanym w zawiadomieniu podano, że Odwołujący „nie wniósł sprzeciwu do stanowiska Zamawiającego, dotyczącego uznania odwołania w całości oraz co do żądania odrzucenia oferty wykonawcy Clean Service na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, tym samym zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego”.

W dniu 26 maja 2017r. Zamawiający poinformował o wyborze wykonawcy AWIMA.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 5 czerwca 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny,
2. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, nie podanie jakiegokolwiek powodu dla którego Zamawiający uznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę,
3. art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty AWIMA pomimo, że w okresie 12.05.2017 - 16.05.2017r. oferta tego wykonawcy ~ nie była zabezpieczona wadium,
4. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - przez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo, że Zamawiający nie wypełnił swoich podstawowych obowiązków czym rażąco naruszył art. 184 Pzp i w konsekwencji w postępowaniu doszło do braku zabezpieczenia wadium na pełny termin związania ofertą,
5. Ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- odrzucenie oferty AWIMA,
- unieważnienie postępowania.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem Zamawiający odrzucił jego ofertę, pomimo, że powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a ponadto - dokonał wyboru oferty wykonawcy AWIMA, pomimo, że powinna zostać odrzucona.

Wskazał, że brak uzyskania zamówienia jak również fakt, że Zamawiający wybrał firmę konkurencyjną, która powinna zostać wykluczona - powoduje, że Odwołujący poniósł szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Podkreślił, że postępowanie należy unieważnić z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego związaną z naruszeniem przez Zamawiającego art. 184 ustawy Pzp.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutów odwołania wskazał co następuje:

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty AWIMA pomimo, że w okresie 12.05.2017 - 16.05.2017r. oferta tego wykonawcy - nie była zabezpieczona wadium.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca AWIMA wniósł wadium zabezpieczające ofertę - wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej w dniu 13 marca 2017 r., które zabezpieczało ofertę do dnia 11 maja 2017r.

Wobec powyższego – zdaniem Odwołującego - w dniu 12 maja 2017r. oferta nie była zabezpieczona wadium.

Zauważył, że termin związania ofertą zawiesił się na czas trwania postępowania odwoławczego w Krajowej Izbie Odwoławczej o 14 dni, w związku z powyższym - upływał w dniu 25 maja 2017r.

Dodatkowo, zaznaczył, że w dniu 9 maja 2017r. Zamawiający samodzielnie anulował wynik postępowania.

Tym samym – według Odwołującego - od dnia 9 maja 2017r. stan prawny ustalony przez Zamawiającego był taki, że były dwie ważne oferty - w tym AWIMA - przed wyborem.

W związku z powyższym, stwierdził, że - oferta AWIMA - musiała być zabezpieczona wadium.

Tymczasem – zdaniem Odwołującego - od dnia 12 maja - oferta nie była zabezpieczona.

W ocenie Odwołującego wykonawca AWIMA - dopiero w dniu 17 maja 2017r. wniósł wadium, ale było to o 4 dni za późno i jego oferta powinna zostać odrzucona.

2. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - przez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo, że Zamawiający nie wypełnił swoich podstawowych obowiązków czym rażąco naruszył art. 184 ustawy Pzp i w konsekwencji w postępowaniu doszło do braku zabezpieczenia wadium na pełny

termin związania ofertą.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w dniu 9 maja 2017r. anulował wybór oferty najkorzystniejszej, co oznacza, że miał absolutny obowiązek wezwania do złożenia wadium, którego ważność upływała 12 maja 2017r.

Wskazał, że unieważniając swoją czynność wyboru - spowodował, że wykonawca musiał mieć wadium.

Zauważył również, że zgodnie z art. 184 ustawy Pzp - Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy.

Podkreślił przy tym, że w niniejszej sytuacji - doszło do wady postępowania, uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Według Odwołującego - podobnie należało potraktować wybór oferty po upływie terminu związania ofertą, jak również wybór oferty niezabezpieczonej wadium przez cały okres związania ofertą, bowiem w obu przypadkach są to wady uzasadniające unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie można mówić o prawidłowości wyboru oferty wykonawcy Awima z powodu przerwy w zabezpieczeniu oferty wadium oraz niewypełnienia przez Zamawiającego obowiązku wezwania do przedłużenia ważności wadium. Uniemożliwienie prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty oznacza konieczność unieważnienia postępowania.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

4. Zarzut naruszenia art. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, nie podanie jakiegokolwiek powodu dla którego Zamawiający uznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Podkreślił, że odwołanie AWIMA złożone w niniejszym postępowaniu sprowadzało się do kwestii zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na „nieprawidłowe” lub „brak złożenia” wyjaśnień do rażąco niskiej ceny i dowodów (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) oraz do „czynu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), natomiast - Zamawiający dokonał

odrzućenia oferty ze względu na art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - tj. rażąco niską cenę.

Tym samym – według Odwołującego, Zamawiający wykroczył poza granice odwołania wykonawcy AWIMA dokonując czynności odrzućenia z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, bez powołania się na art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wskutek czego czynność Zamawiającego może być zaskarżona w niniejszym odwołaniu.

Odwołujący oświadczył, że cena Odwołującego - nie była rażąco niska - nie była nierealna, nie była zbyt niska.

Zaznaczył, że cena uwzględniała możliwość wykonania zamówienia w oparciu o model najbardziej korzystny dla Zamawiającego - tj. zapewnienia 70 osób, niekoniecznie wykonujących czynności w ramach pełnego etatu.

Co istotne, wskazał, że o potrzebach w zakresie etatów decydowała nie „liczba 70”, ale powierzchnia.

Odwołujący przyznał, że „Zamawiający wymaga przez cały określony wyżej czas pełnej ilości pracowników wynikającej z powierzchni objętego usługą sprzątania terenu”.

Przekonywał, że w swoich rachubach uwzględnił gospodarne podejście do wykonania zamówienia, a inne podejście byłoby niegospodarnością i wiązałoby się z koniecznością bezczynnego „siedzenia” osoby np. w budynku na ul. Krasieńskiego przez cały dzień lub też na powierzchniach utwardzonych przy ul. Kaliskiego przez cały dzień, pomimo, że prace miałyby na 2-3 godziny.

Tym samym, zwrócił uwagę, że jednostkowy koszt w wysokości 2365 zł nie dotyczył pełnego etatu, ale uśrednionego kosztu 1 osoby w niniejszym zamówieniu.

Przekonywał, że cena wykonawcy była realna, uwzględniała wynagrodzenia wszystkich wymaganych osób, materiały, niezbędny sprzęt - wszystkie elementy zamówienia.

Co do braku uzasadnienia odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny zauważył, że Zamawiający odrzucając ofertę wskazał jedynie na to, że wykonawca - nie składając sprzeciwu wskutek uwzględnienia odwołania w całości „zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego”.

Po pierwsze - nawet jeśli wykonawca nie wniósł sprzeciwu (ze względów wyłącznie finansowych) - to nie oznacza, że zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego.

Po drugie - Zamawiający w obecnej czynności nie wskazał jakiegokolwiek powodu, dla którego cena oferty Odwołującego jest „rażąco niska”. Nie wskazał - czy chodzi o kwestię robocizny, czy może materiałów, czy też, że jest zbyt niska w stosunku do wartości zamówienia. Nie wskazał żadnego elementu zamówienia, który byłby nienależycie oszacowany.

Reasumując, podniósł, że w niniejszej sytuacji Zamawiający, zarówno zaniechał odrzucenia ofert wykonawcy AWIMA, pomimo niewątpliwego braku wadium, zaniechał unieważnienia postępowania z uwagi na wadę uniemożliwiającą zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak również bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie podając uzasadnienia.

Pismem z dnia 8 czerwca 2017r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca AWIMA, zwany dalej Przystępującym.

W tym stanie rzeczy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W dniu 28 kwietnia 2017r., przed wyznaczoną rozprawą, do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego z tego samego dnia o cofnięciu odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 187 ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zd.2 ustawy Pzp Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust.1 pkt. 3 lit. a i ust. 4 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).

Przewodniczący:.....