Sygn. akt KIO 2994/23

POSTANOWIENIE

z dnia 26 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 26 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencję Ochrony MK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Agencję Ochrony Kowalczyk Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Sąd Rejonowy w Wejherowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MM Service Monitoring sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kruszów, Maxus sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2994/23 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1.odrzuca odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencję Ochrony MK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Agencję Ochrony Kowalczyk Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencję Ochrony MK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Agencję Ochrony Kowalczyk Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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:……..

Sygn. akt KIO 2994/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Rejonowy w Wejherowie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie świadczenia usług całodobowego dozoru oraz ochrony osób i mienia oraz obsługi systemów monitorujących w obiektach Sądu Rejonowego w Wejherowie zlokalizowanych przy ulicy: Wniebowstąpienia 4 w Wejherowie, Reformatów 9 w Wejherowie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało dokonane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu28 lipca 2023 r., pod nr 2023/BZP 00330057/01.

W dniu 9 sierpnia 2023 r. nastąpiło otwarcie 8 ofert złożonych w przedmiotowym przetargu, w tym oferty nr 7 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MM Service Monitoring sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kruszów, Maxus sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej Przystępującym z ceną 1 836 832, 80 zł brutto.

W dniu 29 sierpnia 2023 r. wykonawcy, w tym obecny Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony MK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony Kowalczyk Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (oferta nr 5) **powzięli informację o wyborze najkorzystniejszej oferty** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k.z siedzibą w Poznaniu, Emporio Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Vigor Security Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (oferta nr 3), a w konsekwencji **o czynności oceny ofert wykonawców potwierdzających bądź negujących istnienie rażąco niskiej ceny w ofertach niektórych wykonawców.**

W związku z tym przy powyższej czynności z dnia 29 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował również

obecnego Odwołującego o odrzuceniu ofert dwóch wykonawców: Biura Ochrony Mienia „Semerling Security" M.S. (oferta nr 1) oraz wykonawcy Adrianex sp. z o.o. (oferta nr 2) na zasadzie art.226 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp z powodu rażąco niskiej ceny.

W dniu 30 sierpnia 2023 r. Zamawiający unieważnił powyższą czynność, a w dniu 5 września 2023 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru tego samego wykonawcy (oferta nr 3) i odrzuceniu ofert wykonawców, których oferty zostały już wcześniej odrzucone.

W dniu 4 października 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu - wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Agencji Ochrony MK sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Agencji Ochrony Kowalczyk Security i sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MM Service Monitoring sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kruszów, Maxus sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 9 października 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1)Wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego w postępowaniu pn.: „Usługa ochrony fizycznej osób i mienia" sygn. akt: G.115-47/2023;

2)Zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego w warunkach, w których oferta Wybranego Wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożenie przez Wybranego Wykonawcę takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej,

3)Zaniechaniu wezwania Wybranego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty, podczas gdy oferta ta nie pozwala na zrealizowanie przedmiotu zamówienia, ponieważ nie pokrywa nawet minimalnych kosztów pracy pracowników wymaganych do realizacji zamówienia, a w związku z tym powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

4)Błędnego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, poprzez 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 orzeczonym stopniem niepełnosprawności, a w związku z tym brakiem możliwości skorzystania z dotacji lub dofinansowania.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej ustawą Pzp:

1.art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Wybranego Wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, pomimo wskazywanej przez Odwołującego, rażącej dysproporcji pomiędzy rynkową wartością usługi, a ceną zaoferowaną przez wyżej wymienionego, a tym samym jednoznacznym wykazaniu, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia za wskazaną cenę byłoby nieopłacalne, a wręcz prowadziłoby do powstania strat po stronie wybranego wykonawcy.

2.art. 224, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez Wybranego Wykonawcę, oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż wskazane oferty zawierają rażąco niskie ceny, zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty

3.art. 239 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez Wybranego Wykonawcę warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jak chociażby zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę z jednoczesnym zakazaniem delegowania do pracy osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, iż pozostałe oferty złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznane zostały za niekonkurencyjne w stosunku do ofert wybranych przez Zamawiającego

4.art. 28 ustawy Pzp poprzez niedochowanie należytej staranności wymaganej od Zamawiającego i tym samym

błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów panujących na rynku polskim, brak możliwości skorzystania z dotacji lub dofinansowania ze środków publicznych w ramach zatrudnienia osób legitymujących się orzeczeniem o niepełnosprawności oraz faktycznych kosztów zatrudnienia wszystkich pracowników na podstawie umowy o pracę, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie nierealnym do wykonania w ramach aktualnych warunków rynkowych, a tym samym uniemożliwiającym oferentom złożenia ofert w granicach wskazanych przez Zamawiającego.

Wskazując na powyższe zarzuty, wnosił o:

1.Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu;

2.Nakazanie Zamawiającemu wezwania wybranego wykonawcy do przedłożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty;

3.Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę w związku z faktem, iż jej cena jest rażąco niska;

4.Nakazanie Zamawiającemu ponownego, poprawnego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia;

5.Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

Jednocześnie, wnosił o:

1.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu ze szczegółowej kalkulacji rażąco niskiej ceny, uwzględniającej koszty pracy w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę przygotowaną z wykorzystaniem specjalnego kalkulatora do obliczania rażąco niskiej ceny w zamówieniach na tzw. Usługi ochrony przygotowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych na okoliczność: ustalenia rzeczywistej wysokości kosztów pracy przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia, wysokości kosztów 1 (jednej) roboczogodziny bez podatku VAT, braku możliwości wykonania zamówienia w warunkach cenowych zaproponowanych przez Wybranego Wykonawcę, kosztów realizacji zamówienia dla 1 (jednego) pełnego etatu w ujęciu miesięcznym, kosztów realizacji zamówienia dla wszystkich etatów w ujęciu miesięcznym, jak również ceny całkowitej oferty bez podatku VAT w dwóch wariantach - w zależności od przyjętej w tabeli nr 2a liczby pracowników (10 lub 25), dla których nie będzie obowiązku odprowadzania ubezpieczenia na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

2.zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji związanej z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ze szczególnym uwzględnieniem protokołów oraz dokumentów, związanych z wyborem oferty w przedmiotowym postępowania, a następnie dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ww. dokumentacji na okoliczność ustalenia złożonych przez Wybranego Wykonawcę warunków cenowych, w tym szacowanej wysokości kosztów pracy przy wykonaniu zamówienia, wskazanej wysokości roboczogodziny bez podatku VAT, kosztów realizacji zamówienia dla pełnego etatu w ujęciu miesięcznym.

Pismem z dnia 13 października 2023 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W przedmiotowej sprawie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MM Service Monitoring sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kruszów, Maxus sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wykonawca INFOCOMP sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dokonali zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym akt sprawy odwoławczej Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

W pierwszej kolejności na uwagę w przedmiotowej sprawie zasługuje okoliczność, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 października 2023 r. uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec tego uwzględnienia.

Stosownie do przepisu art.523 ust.3 ustawy Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

Z powyższych względów Izba postanowiła rozpoznać przedmiotowe odwołanie i na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie

art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Wymaga wskazania, że w myśl przepisu art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Jednocześnie stosownie do przepisu art. 515 ust.3 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Według ustaleń Izby Odwołujący dowiedział się o tym, że oferta Przystępującego może zawierać rażąco niską cenę z czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania (pierwsza informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty i czynności oceny oferty Przystępującego, z której wynikało, że Zamawiający nie stwierdził, że istnieje rażąco niska cena w ofercie Przystępującego).

Wymaga zauważania, że już z czynności Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2023 r. wynikało expressis verbis, że oferta Przystępującego nie zawierała w ocenie Zamawiającego rażąco niskiej ceny. Już w tamtym czasie Zamawiający wyeliminował z przetargu oferty dwóch wykonawców właśnie z powodu zaoferowania przez nich ofert zawierających rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Izby - powyższa informacja Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2023 r. o czynności oceny oferty Przystępującego, z której wynikało, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny, pozwoliła sformułować Odwołującemu już na tamtym etapie postępowania zarzutów związanych z rażąco niską ceną oferty Przystępującego, czego nie uczynił.

Biorąc pod uwagę, że bieg terminu do wniesienia odwołania w tej sprawie rozpoczął się w dniu następującym po dacie 29 sierpnia 2023 r. to jest dacie powiadomienia Odwołującego o czynności oceny oferty Przystępującego potwierdzającej brak istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny, Izba stwierdziła, że jego upływ nastąpił w dniu 4 września 2023 r., podczas gdy odwołanie zostało wniesione dopiero w dniu 9 października 2023 r.

Na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, że między innymi Przystępujący mógł skorzystać ze środka ochrony prawnej w postępowaniu odwoławczym KIO 2683/23 i sformułować zarzuty odwołania skierowane przeciwko innym wykonawcom z powodu rażąco niskiej ceny na wcześniejszym etapie postępowania, podczas gdy Odwołujący uruchomił przysługujący mu środek ochrony prawnej z około miesięcznym opóźnieniem.

Na ocenę Izby co do przekroczenia terminu do wniesienia odwołania nie ma również wpływu okoliczność, że cena oferty Przystępującego po negocjacjach wyniosła kwotę 1 832 503, 20 zł brutto wobec pierwotnej wartości w wysokości 1 836 832, 80 zł brutto, gdzie różnica wyniosła jedynie 4 329, 60 zł brutto i wartość ta nie mogła mieć żadnego wpływu przy ocenie Odwołującego okoliczności czy oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę.

Ostatecznie, spóźniony jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.28 ustawy Pzp w warunkach, gdy wykonawcy poznali kwotę, jaką ten zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 1 672 000,00 zł brutto już na otwarciu ofert, to jest w dniu 9 sierpnia 2023 r.

Wobec powyższego Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na zasadzie art.528 ust.3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 8 ust. 1 zd.1 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 .

Przewodniczący:……..