Sygn. akt: KIO 1435/23

POSTANOWIENIE
z dnia 6 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT sp. z o. o. w Warszawie, Patrol Dogmat Spółka Cywilna M.P. R.K. z siedzibą w Elblągu, BIURO OCHRONY DOGMA sp. z o. o. w Elblągu, D&S DOGMAT sp. z o. o. w Warszawie** oraz **Grupa Ochrony Dogmat sp. z o. o. w Elblągu,** w postępowaniu prowadzonym przez **Warmińsko-Mazurski Urząd Wojewódzki w Olsztynie**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT sp. z o. o. w Warszawie, Patrol Dogmat Spółka Cywilna M.P. R.K. z siedzibą w Elblągu BIURO OCHRONY DOGMAT sp. z o. o. w Elblągu, D&S DOGMAT sp. z o. o. w Warszawie oraz Grup Ochrony Dogmat sp. z o. o. w Elblągu**, stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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:……..……

Sygn. akt: KIO 1435/23

U z a s a d n i e n i e

Warmińsko-Mazurski Urząd Wojewódzki w Olsztynie, zwany dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest świadczenie usługi ochrony obiektów i mienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 kwietnia 2023 r., nr 2023/BZP 00170185.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 22 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT sp. z o. o. w Warszawie, Patrol Dogmat Spółka Cywilna M.P. R.K. z siedzibą w Elblągu, BIURO OCHRONY DOGMAT sp. z o. o. w Elblągu, D&S DOGMAT sp. z o. o. w Warszawie oraz Grupa Ochrony Dogmat sp. o. o. w Elblągu, zwani dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 95 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przez wybór oferty ATUT Agencja Ochrony Osób i Mienia K.L. (zwanego dalej ,,Wykonawcą ATUT") jako najkorzystniejszej w części II zamówienia, mimo iż wbrew wymaganiom Zamawiającego dotyczącym zatrudnienia osób wykonujących określone czynności przy realizacji zamówienia Wykonawca ATUT w wyjaśnieniach z dnia 15 maja 2023 roku oświadczył, iż część II zamówienia będzie w całości realizowana za pomocą osób zatrudnionych na postawie umowy zlecenia, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy ATUT, ewentualnie
2) art. 224 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przejawiające się w uznaniu, że oferta złożona przez Wykonawcę ATUT oraz wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie budzą wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż oferta Wykonawcy ATUT zawiera rażąco niską ceny, co było Zamawiającemu sygnalizowane w toku postępowania i wynika z wyjaśnień Wykonawcy ATUT złożonych w dacie 15 maja 2023 roku, zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy ATUT,
3) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy ATUT o udzielenie stosownych wyjaśnień dotyczących kalkulacji kosztów płacowych złożonych w dacie 21 listopada 2022 roku, pomimo tego, że wyjaśnienia Wykonawcy ATUT nie obalają domniemania zaoferowania przez Wykonawcę ATUT ceny rażąco niskiej, gdyż Wykonawca ATUT nie udowodnił, że możliwa jest realizacja kontraktu na zasadach wskazanych w

wyjaśnieniach, co powinno budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów (w szczególności przepisów prawa pracy), co obligowało Zamawiającego co najmniej do wyjaśnienia tychże okoliczności,

4)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ATUT, pomimo że zaoferowana przez Wykonawcę ATUT cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ATUT w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej u.z.n.k.) polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.), co wynika wprost z wyjaśnień Wykonawcy z dnia 15 maja 2023 r.,

5)art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy ATUT o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny i kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, pomimo że cena za realizację całości przedmiotu umowy zaoferowana przez Wykonawcę ATUT jest niższa aniżeli koszty pracy pracowników skierowanych do realizacji zamówienia oraz nie uwzględnia wszystkich elementów cenotwórczych, co wynika z pisma Wykonawcy ATUT z dnia 15 maja 2023 r., a tym samym powinno budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów (w szczególności przepisów prawa pracy), co obligowało Zamawiającego co najmniej do wyjaśnienia tychże okoliczności.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy ATUT jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty Wykonawcy ATUT na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
3. dokonania badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu,
4. dokonania czynności wyboru oferty spośród pozostałych nieodrzuconych ofert,

ewentualnie

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy ATUT jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty Wykonawcy ATUT na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8, względnie pkt 7 ustawy Pzp,
3. dokonania badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu,
4. dokonania czynności wyboru oferty spośród pozostałych nieodrzuconych ofert,

ewentualnie:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej ramach wezwanie Wykonawcy ATUT do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia pisma Wykonawcy ATUT z dnia 15.05.2023 r. dotyczącego rażąco niskiej ceny,
3. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych ofert.

Ustalono także, że do Prezesa Izby w ustawowym terminie nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Ustalono także, że 5 czerwca 2023 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie *w postaci:*

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie CZĘŚCI II zamówienia,

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych na wykonanie CZĘŚCI II zamówienia,

3)dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na wykonanie CZĘŚCI II zamówienia w wyniku powtórzonych czynności badania i oceny ofert.

W dalszej kolejności ustalono, że 6 czerwca 2023 r., przed otwarciem rozprawy, odwołujący przesłał Prezesowi Izby oświadczenie, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, nieuwzględnionym przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zamawiający złożył w odpowiedzi na odwołanie oświadczenie o uwzględnieniu części zarzutów odwołania. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, nieuwzględnionym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *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 sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), który stanowi, że *W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu,*

- w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:……..……..……