

Sygn. akt: KIO 3070/20

**POSTANOWENIE
z dnia 9 grudnia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 9 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2020 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: „**ZAZ**” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Hoża 51 lok. 18, (00-681 Warszawa), „**ZEUS**” Spółka Akcyjna z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, ul. Obrońców Westerplatte 1 (83-000 Pruszcz Gdański)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Stołeczny Zarząd Infrastruktury** Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy „**PROJMORS**” **Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gdańsku, ul. Narwicka 2D (80-557 Gdańsk) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: „**ZAZ**” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „**ZEUS**” S.A. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, tytułem wpisu od odwołania i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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:.....

Sygn. akt KIO 3070/20

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie, w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie kompleksowego przygotowania dokumentacyjnego wraz z opisem przedmiotu zamówienia oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadań inwestycyjnych realizowanych w kompleksie wojskowym w Sochaczewie (nr sprawy: 49/2020), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2020/S 129-317845 w dniu 7 lipca 2020 r., wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej („**PROJMORS**” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o.) oraz odrzucenia oferty własnej, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: „**ZAZ**” Sp. z o.o. oraz „**ZUES**” S.A. wnieśli w dniu 23.11.2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 3070/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp polegające na bezpodstawnym i przedwczesnym odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego, u podstaw którego to odrzucenia legło nieprawidłowe przyjęcie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt;
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 35 ust. 2 Pzp, w zw. z art. 32 ust. 1 Pzp polegające na bezpodstawnym i przedwczesnym odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego, u podstaw którego to odrzucenia legło niedokonanie szacowania wartości zamówienia z należytą starannością, a w szczególności niedokonanie przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania przeszacowania wartości zamówienia, mając na uwadze, iż wartość ta stanowiąca punkt odniesienia do badania prawidłowości skalkulowanej oferty została w sposób oczywisty zawyżona;
3. Art. 90 ust. 3 Pzp polegające na nieprawidłowej ocenie wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu i bezzasadnym przyjęciu, iż złożone wyjaśnienia wraz z dowodami były niewystraszające dla skutecznego obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, mając na uwadze, iż złożone wyjaśnienia miały wyczerpujący i szczegółowy charakter, wskazujący wszystkie koszty, których poniesienie jest w pełni wystarczającym dla zrealizowania usługi w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego;
4. Art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp polegające na bezpodstawnym zwróceniu się przez Zamawiającego do wykonawców, w tym Odwołującego, o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji w której rozbieżność pomiędzy ceną oferty Odwołującego, a określonymi w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp miernikami, wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnienia;
5. Art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp polegające na zaniechaniu powtórnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, do czego Zamawiający był zobowiązany wskutek powzięcia wątpliwości, czy treść już

złożonych wyjaśnień dawała podstawę do przyjęcia, iż złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym – czy istniała podstawa do jej odrzucenia,

które to naruszenia w konsekwencji prowadziły do naruszenia:

6. Art. 91 ust. 1 Pzp polegającego na nieuprawnionym wyborze oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy to oferta Odwołującego, gdyby nie została odrzucona, zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu;

7. Art. 7 ust. 1 i 3 Pzp z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania proporcjonalności i przejrzystości, niezgodny z przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie ponownienia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu w sposób zapewniający poszanowanie przepisów regulujących zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający, z uwagi na uwzględnienie w całości odwołania o sygn. akt KIO 2357/20, wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu, w których ówczesny Odwołujący (PROJMORS Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o.) wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ZAZ, dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie/wykluczenie Konsorcjum ZAZ zgodnie z zarzutami zawartymi w odwołaniu, a w przypadku oddalenia zarzutów dotyczących podstaw wykluczenia/odrzućenia – nakazanie Zamawiającemu wezwanie do wyjaśnienia/uzupełnienia oferty Konsorcjum ZAZ w zakresie zarzutów odwołania, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 09.12.2020 r., Izba stwierdziła, iż zachodzi przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako Ustawa).

Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym zachodziła podstawa do stwierdzenia, iż odwołanie dotyczy czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 21.09.2020 r., sygn. akt KIO 2357/20.

Nie było spornym, iż postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2357/20 zostało umorzone w związku z oświadczeniem Zamawiającego, w którym uwzględnił on w całości zarzuty, a przy braku skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Konsorcjum ZAZ, w sprawie nie został również zgłoszony sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów. W tej sytuacji Izba postanowieniem z dnia 22 października 2020 r. umorzyła postępowanie odwoławcze i nie rozpoznała zarzutów kierowanych wobec oferty Konsorcjum ZAZ, która na tamtym etapie postępowania została wybrana, jako najkorzystniejsza.

Odwołujący podtrzymał odwołanie na posiedzeniu wskazując, iż w jego ocenie powtórzona czynność oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie została przeprowadzona zgodnie z żądaniami odwołania, wskazując między innymi na konieczność zwrócenia się przez Zamawiającego o dalsze wyjaśnienia, które miałyby rozwiać wątpliwości, jakie Zamawiający miała powziąć na skutek uwzględnionych zarzutów. W jego ocenie Zamawiający bezkrytycznie dokonał odrzucenia oferty wskazując na te same okoliczności podniesione w uzasadnieniu zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 2357/20 w części dotyczącej wyjaśnień w przedmiocie wysokości ceny jaką zaoferował Odwołujący.

W ocenie Izby, powtórzona czynność oceny oferty Odwołującego powinna być odniesiona do żądań sformułowanych w odwołaniu z dnia 21.09.2020 r. w powiązaniu z zarzutami, w szczególności zarzutem nr 2 (naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ZAZ zawierającej rażąco niską cenę) oraz zarzutem nr 3 (naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ZAZ, mimo że złożone przez tego wykonawcę w toku Postępowania wyjaśnienia nie dawały powodu do przyjęcia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska zaniżona w szczególności zaś wyjaśnienia te nie odwoływały się do wskazanych w Pzp kryteriów, takich jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy). Ówczesny odwołujący wobec tak sformułowanych zarzutów żądał unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum ZAZ i nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie/wykluczenie Konsorcjum ZAZ zgodnie z powyższymi zarzutami, a w przypadku oddalenia zarzutów dotyczących podstaw wykluczenia/odrzućenia – nakazanie Zamawiającemu wezwania do wyjaśnienia/uzupełnienia oferty Konsorcjum ZAZ w zakresie ww. zarzutów odwołania; nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty w Postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponieważ w odwołaniu podniesionych zostało więcej zarzutów, niż tylko te związane z podstawą do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, żądania w części odnosiły się do zarzutów, min. związanych z weryfikacją podmiotową wykonawcy w związku z zarzutem zaniechania wezwania Konsorcjum ZAZ do wyjaśnienia/uzupełnienia zaangażowania do realizacji zamówienia osób będących projektantami branży architektury i konstrukcji (zarzut nr 7), czy też zarzutem ewentualnym (naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ZAZ do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów).

Zamawiający powtarzając czynności w postępowaniu, faktycznie jedynie w części uwzględnił żądania odwołującego, tj., unieważnił czynności wyboru oferty Konsorcjum ZAZ i ponownie ocenił wyjaśnienia tego wykonawcy, uznając, iż zachodzi podstawa do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Ustawy, co doprowadziło do wyboru oferty PROJMORS (czynność z 13.11.2020r.).

Izba uznała, iż czynność odrzuceniu oferty Odwołującego oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zostały dokonane zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, jakimi było nakazanie Zamawiającemu ponownej ocena oferty Konsorcjum ZAZ i jej odrzucenie zgodnie z podstawą uwzględnionych zarzutów opisanych w pkt 2 i 3, tj. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ZAZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Ustawy. Nie stanowi przeszkody do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy okoliczność, iż odwołanie wnoszone jest na nową czynność, co Odwołujący podnosił jako argument przeciwko odrzuceniu odwołania. To właśnie nowa czynność

Zamawiającego stanowi przedmiot oceny pod kątem dyspozycji tego przepisu, który obliuguje Izbę do odrzucenia odwołania, bez merytorycznego odniesienia się do podstawy zarzutów.

Brak wezwania w ramach powtórzonych czynnej czynności badania oferty Odwołującego o dodatkowe wyjaśnienia w zakresie elementów kalkulacyjnych ceny, nie zmieniał stanu faktycznego sprawy, w której zasadniczym pozostawało ustalenie, czy czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Ustawy była zgodna z żądaniem sformułowanym w uwzględnionym odwołaniu. Ponieważ taka zgodność miała miejsce Izba zobowiązana była do odrzucenia odwołania bez jego rozpoznania, w tym oceny, czy brak wezwania do dalszych wyjaśnień mógł wpływać na poprawność czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę, a w konsekwencji, czy wybór oferty najkorzystniejszej dokonany z pominięciem oferty Odwołującego jest prawidłowy.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie jest odwołaniem wniesionym wobec czynności wykonanych przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w którym zarzuty zostały w całości uwzględnione, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tys. zł.

Przewodniczący:.....