

Sygn. akt: KIO 2722/20

POSTANOWIENIE
z dnia 6 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 6 listopada 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2020r. przez **wykonawcę K.T.M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzelsławiu 76, 56-420 Bierutów** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu ul. Na Grobli 19**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: J. G. PBW Inżynieria, ul. Pochyła 23 lok. 40, 53-512 Wrocław, Probudowa.com Sp. z o.o. ul. Sokolnicza 5/79, 53-676 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2722/20 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy,

2. Kosztami postępowania obciążyć wykonawcę K.T.M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzelsławiu 76, 56-420 Bierutów i:

2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł. 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę K.T.M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzelsławiu 76, 56-420 Bierutów** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawcy K.T.M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzelsławiu 76, 56-420 Bierutów** na rzecz **zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu ul. Na Grobli 19** kwotę 3 600 zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2722/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na remont stawu osadowego nr 2 na ZPW MD zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 czerwca 2020r. za numerem 2020/S 109 – 265612.

W dniu 13 października 2020r. zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty Konsorcjum firm: J. G. PBW Inżynieria, ul. Pochyła 23 lok. 40, 53-512 Wrocław, Probudowa.com Sp. z o.o. ul. Sokolnicza 5/79, 53-676 Wrocław (zwanego dalej: Konsorcjum) oraz o odrzuceniu oferty K.T.M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzelsławiu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy.

W dniu 22 października 2020r. odwołanie wniósł wykonawcy K.T.M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzelsławiu 76, 56-420 Bierutów – dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 października 2020r.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego polegających na:

- 1) unieważnieniu czynności wyboru oferty K.T.M. Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i odrzuceniu tej oferty,
- 2) dokonaniu powtórnej czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji
- 3) dokonaniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 - przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 7 ust. 3 - przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
- 3) art. 26 ust. 1 - przez brak wezwania Konsorcjum do złożenia dokumentów w trybie przewidzianym w tym przepisie,
- 4) art. 26 ust. 2f - przez niewłaściwe wezwanie Konsorcjum do złożenia dokumentów oraz wadliwe zastosowanie tego przepisu w postępowaniu, w związku z pkt 7.2 SIWZ,
- 5) art. 26 ust. 3 - przez niewłaściwe wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów oraz brak wezwania K.T.M. Sp. z o.o. do uzupełnienia brakujących dokumentów,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez odrzucenie oferty K.T.M. Sp. z o.o. zgodnej ze specyfikacją warunków zamówienia oraz zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której treść nie odpowiada ustawie i SIWZ,
- 7) art. 91 ust. 1 i 2 - przez wybór oferty, która nie mogła być uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Wniósł o uwzględnienie odwołania przez nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, ponieważ postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wadliwym zastosowaniu w postępowaniu przepisu art. 26 ust. 2f ustawy w związku z pkt 7.2 SIWZ, co wpływa na wadliwość całego postępowania.

W przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku, o uwzględnienie odwołania przez nakazanie zamawiającemu

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum zgodnie z art. 192 ust. 3 ustawy, ze względu na naruszenia przepisów ustawy przy wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego jako

najkorzystniejszej.

Ponadto o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz odwołującego, według norm przepisanych i dopuszczenie dowodów 1-15 na okoliczności niżej opisane.

W dniu 23 października 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 26 października 2020r. Konsorcjum zgłosił swój udział do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie ewentualnie o odrzucenie przedmiotowego odwołania w całości. Przystępujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na swoją korzyść, albowiem jego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Utrzymanie dokonanego przez zamawiającego wyboru pozwoli przystępującemu na zrealizowanie przedmiotowego zamówienia, a tym samym osiągnięcie zakładanych zysków oraz uzyskanie kolejnego doświadczenia w tego typu zamówieniach.

Przystępujący wskazał, iż odwołujący nie posiada oraz nie wykazał interesu prawnego oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia odwołania. W szczególności z treści złożonego odwołania nie wynika by odwołujący wykazał, iż posiada takowy interes. Ponadto w świetle art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający dokonał zgodnie z odwołaniem wniesionym przez Konsorcjum, a następnie uwzględnionym przez zamawiającego w postaci odrzucenia oferty KTM.

W ocenie przystępującego złożone odwołanie w całości jest niezasadne i jako taki winno zostać oddalone. W dniu 03.09.2020 r. zamawiający dokonał pierwszy raz wyboru oferty w przedmiotowym postępowaniu w wyniku, którego jako najkorzystniejsza została wybrana oferta KTM.

Dowód: Informacja z dnia 03.09.2020 r. o wyborze oferty KTM jako najkorzystniejszej

Następnie w dniu 14.09.2020 r. Konsorcjum złożyło odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na wybór oferty KTM. W treści odwołania zostało zarzucone min. iż oferta KTM jest niezgodna z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ tj. KTM nie złożył kosztorysu ofertowego zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz nie dokonał wyceny przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wnosząc o unieważnienie wyboru oferty KTM oraz jej odrzucenie jako nie spełniającej wymagań SIWZ.

Pismem z dnia 24.09.2020 r. zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty KTM z SIWZ oraz potwierdził, iż powyższe winno skutkować jej odrzuceniem.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 24.09.2020 r.

Następnie pismem z dnia 25.09.2020 r. KTM przekazał do zamawiającego, informację, iż zgadza się z odpowiedzią na odwołanie zamawiającego i nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy. Co więcej w treści złożonego przez KTM odwołania, sam Odwołujący potwierdza, iż zgodził się na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego zgodnie z pismem z dnia 24.09.2020 r.

Dowód: pismo KTM z dnia 25.09.2020 r.

Postanowieniem z dnia 29.09.2020 r. w sprawie pod sygn. akt KIO 2301/20 Krajowa Izba Odwoławcza na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów odwołania złożonego przez Konsorcjum oraz w związku z cofnięciem w pozostałym zakresie odwołania przez Konsorcjum umorzyła postępowanie na skutek uwzględnienia przez zamawiającego złożonego odwołania oraz częściowego uwzględnienia zarzutów i cofnięcia przez Konsorcjum zarzutów w pozostałym zakresie.

Dowód: postanowienie KIO z dnia 29.09.2020 r. w sprawie pod sygn. akt KIO 2301/20

W związku z powyższym zamawiający przystąpił do ponownego badania i oceny ofert oraz pismem z dnia 12.10.2020 r. dokonał wyboru oferty Konsorcjum oraz poinformował o odrzuceniu oferty KTM w związku z uwzględnieniem odwołania za pismem z dnia 24.09.2020

W tym miejscu przystępujący dodatkowo wskazał, iż w związku ze złożonym za pismem z dnia 14.09.2020 r. odwołaniem nie zostało mu dostarczone przez KTM przystąpienie do postępowania w sprawie pod sygn. akt KIO 2301/20.

W świetle powyżej opisanego stanu faktycznego zdaniem przystępującego KTM nie posiada legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, a w szczególności KTM nie wykazało, iż posiada interes prawny do jego złożenia w świetle art. 179 ust. 1 ustawy.

W pierwszej kolejności przystępujący wskazał, iż z treści złożonego przez KTM odwołania nie sposób doszukać się, jaki interes prawny odwołujący ma w złożeniu odwołania. Poza enigmatycznym wskazaniem iż:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy ze względu na następujące okoliczności

Odwołujący nie wskazał zgodnie z dyspozycją art. 179 ust. 1 ustawy, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.05.2017 r. w sprawie pod sygn. akt KIO 921/17 Izba wskazała: „Skuteczne wniesienie odwołania przez wykonawcę uzależnione jest od jednoczesnego zaistnienia następujących okoliczności: naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy nie nawiązuje do interesu rozumianego jako dążenie do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem, ale do realizacji interesu konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, polegającego na uzyskaniu stanu, w którym dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie. Dane zamówienie - to konkretne zamówienie - konkretny przedmiot świadczenia opisany w części stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, rodzaj i jakość świadczenia, czas i miejsce jego realizacji oraz inne elementy charakteryzujące świadczenie, do którego wykonania zobowiązuje się wykonawca.

Tym samym podnoszenie przez KTM zarzutów rzekomo wskazujących na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a tym samym skutkującą koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy w świetle powyższego nie stanowi wykazania przez odwołującego interesu prawnego zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy do wniesienia odwołania oraz powstania czy też możliwości powstania z tego tytułu po jego stronie szkody. Odwołujący nie wykazał, iż nawet przypadku gdyby podniesione przez niego zarzuty są zasadne to unieważnienie postępowania w jakikolwiek sposób spowoduje, iż będzie to w jego interesie. Nie można przyjąć, że brak unieważnienia postępowania wywoła u odwołującego szkodę. Nawet w przypadku, gdyby zamawiający ogłosił jeszcze raz postępowanie o udzielenie zamówienia nie ma pewności że opis przedmiotu zamówienia będzie identyczny, a oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza. W wyroku z dnia 16.05.2018 r. w sprawie pod sygn. akt KIO 802/18 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: „Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Dlatego stwierdzenie braku tej legitymacji skutkuje koniecznością oddalenia odwołania, bez rozpatrywania zarzutów, niezależnie od ich treści merytorycznej i ich zasadności."

Odnosząc się do wniosku KTM w zakresie unieważnienia odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum wskazało, iż odwołanie w tym zakresie również jest całkowicie bezprzedmiotowe. W tym miejscu wskazał na treść art. 189 ust. 2 pkt 5 PZP : „Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”. Nie ulega wątpliwości, iż na skutek przez Konsorcjum w dniu 14.09.2020 r. odwołania, zamawiający uwzględnił odwołanie oraz odrzucił definitywnie złożoną przez KTM ofertę tj. wykonał czynności zgodnie z treścią złożonego odwołania przez Konsorcjum. W tej sytuacji, brak jest jakichkolwiek podstaw do składania odwołania przez podmiot, którego oferta została odrzucona na podstawie wcześniej złożonego odwołania i jego uwzględnieniu przez zamawiającego. Odwołujący nie sprzeciwił się czynności zamawiającego polegającej na uwzględnieniu zarzutów odwołania oraz odrzuceniu jego oferty. Co więcej pismem z dnia 25.09.2020 r. KTM potwierdziło, iż zgadza się z uwzględnieniem przez zamawiającego odwołania. Tym samym w związku z tym, iż oferta KTM została odrzucona brak jest jakichkolwiek podstaw do składania odwołania od podjętych przez zamawiającego czynności w przedmiotowym postępowaniu przez KTM. Z uwagi na fakt, iż oferta odwołującego została odrzucona tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż odwołujący wykazał, iż posiada interes do wniesienia odwołania w myśl art. 179 ust. 1 ustawy. Podał wyrok z dnia 17.05.2018 r. w sprawie pod sygn. akt KIO 840/18. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika konsorcjum działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 lipca 2020r. udzielonego przez członka zarządu partnera konsorcjum ujawnionego w KRS i upoważnionego do reprezentacji partnera, zgodnie z podpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 26 października 2020r.

W dniu 3 listopada 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy, ewentualnie o jego oddalenie jako bezzasadnego. Zamawiający zauważył, że w dniu 29 września 2020r. Izba wydała postanowienie w sprawie sygn. akt KIO 2301/20 w związku z odwołaniem wniesionym przez Konsorcjum J. G. PBW Inżynieria oraz Probudowa przy udziale jako przystępującego po stronie zamawiającego K.T.M. sp. z o.o.. Odwołanie zarzucało zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KTM mimo, iż oferta ta nie spełnia wymagań SIWZ, a w szczególności kosztorys ofertowy załączony do oferty KTM nie został sporządzony na formularzu załączonym przez zamawiającego do SIWZ, jak również nie zawiera wszystkich elementów koniecznych do wykonania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy przez poprawianie, uzupełnianie oraz wyjaśnianie treści oraz elementów oferty KTM, których w ogóle do terminu składania ofert nie zamieszczono w treści oferty;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty KTM, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty KTM pomimo, iż ocena przedłożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) art. 91 ust. 3 ustawy przez bezzasadny wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez KTM.

W dniu 24 września 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty odwołującego, jako niespełniającej wymagań siwz, w szczególności kosztorys ofertowy nie został sporządzony na formularzu załączonym przez zamawiającego do siwz, jak również nie zawierał wszystkich elementów koniecznych do wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz w konsekwencji zarzutu 2 i 5 (tj. naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy przez poprawienie, uzupełnienie oraz wyjaśnienie treści oraz elementów oferty odwołującego, których nie zamieszczono w treści oferty oraz naruszenie art. 91 ust. 3 ustawy przez bezzasadny wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej), wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. Odwołujący w piśmie z dnia 25 września 2020r. oświadczył, że zgadza się z odpowiedzią na odwołanie i nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. Ówczesny odwołujący Konsorcjum PBW cofnął odwołanie w pozostałym zakresie, a Izba umorzyła postępowanie.

W ocenie zamawiającego z powyższego wynika, że odwołanie dotyczy czynności podjętych przez zamawiającego zgodnie z uwzględnieniem zarzutów odwołania w sprawie KIO 2301/20 oraz postanowieniem Izby kończącym postępowanie odwoławcze. W ocenie zamawiającego oznacza to, że odwołujący nie może skutecznie wnieść odwołania. Ponadto zwrócił uwagę, że z mocy art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Powołał art. 179 ust. 1 i art. 2 pkt 11 ustawy i wywiódł, że sam fakt, że odwołujący złożył ofertę nie gwarantuje mu zachowania statusu wykonawcy w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez ustawodawcę. Odwołujący zrezygnował z obrony swoich praw przez wniesienie sprzeciwu wobec uwzględnienia części odwołania w sprawie sygn. akt KIO 2301/20. Czynność odrzucenia jego oferty stała się zatem wobec niego wiążąca i ostateczna. Zamawiający uwzględniając odwołanie w części zobowiązał się do ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty odwołującego. W konsekwencji odwołujący nie jest na obecnym etapie postępowania podmiotem uprawnionym do wnoszenia środków ochrony prawnej. Skoro jego oferta została skutecznie odrzucona, to utracił status wykonawcy, co wynika z postanowienia Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008r. sygn. akt IV Ca 521/08, analogicznie Izba w postanowieniach z dnia 5 kwietnia 2011r. sygn. akt KIO 842/11, 844/11, z dnia 4 lipca 2013r. sygn. akt KIO 1500/13, z dnia 9 marca 2015r. sygn. akt KIO 341/15. Zamawiający przytoczył także brzmienie normy art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy i wywiódł, że z zasady koncentracji środków ochrony prawnej wynika, że po wydaniu orzeczenia przez Izbę uczestnicy postępowania odwoławczego stają się związani ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, dotyczy to także sytuacji uwzględnienia zarzutów odwołania. W bieżącym odwołaniu odwołujący podnosi zarzut odrzucenia jego oferty ze względu na niezgodność treści oferty z treścią siwz. Odrzucenie na tej podstawie było czynnością podjętą w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu i braku sprzeciwu odwołującego. Nie można się w ocenie zamawiającego zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, że godził się tylko na unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzut i żądanie zostały sformułowane w sposób jednoznacznie wskazujący na konieczność odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na błędy w kosztorysie, których nie można poprawić. Zamawiający podkreślił, że kosztorys nie jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, zaniechanie złożenia prawidłowego kosztorysu z pominięciem istotnych elementów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia należy bowiem w ocenie zamawiającego rozpatrywać pod kątem niezgodności treści oferty z siwz. W ocenie zamawiającego

wniesione odwołanie dotyczy czynności odrzucenia oferty odwołującego po ponownej ocenie ofert, a ta ocena stanowi jedynie realizację żądania wynikającego z odwołania złożonego w sprawie sygn. akt KIO 2301/20.
Wniósł o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego od odwołującego na swoją rzecz składając fakturę VAT.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania : informacji o wyborze z dnia 13 października 2020r. odwołania z dnia 14 września 2020r., odpowiedzi zamawiającego z dnia 24 września 2020r. pisma odwołującego z dnia 25 września 2020r., postanowienia w sprawie sygn. akt KIO 2301/20 wezwania z dnia 6 października 2020r.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 3 września 2020r. zamawiający wybrał ofertę odwołującego.

W dniu 14 września 2020r. przystępujący wniósł odwołanie.

w dniu 24 września 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie:

1. Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 1 oraz w konsekwencji zarzutu nr 2 i 5 i wskutek uwzględnienia odwołania odrzucił ofertę uznaną za najkorzystniejszą ze względu na niezgodność z SIWZ tj. brak załączenia kosztorysu z wymaganymi przez zamawiającego pozycjami kosztorysowymi niezbędnymi do rozliczeń z wykonawcą;

2. Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w zakresie pozostałych wskazanych w nim zarzutów, które są niezasadne, a ponadto ich ewentualne uwzględnienie nie miałoby wpływu na wynik postępowania.

Ad I. Zamawiający w SIWZ wskazał, że wraz z ofertą wykonawcy powinni złożyć kosztorys ofertowy, który wchodzi w skład oferty (pkt 11.10.8 SIWZ w zw. z pkt 14.8). Jednocześnie zamawiający zgodnie z pkt 14.2 SIWZ oraz par. 4 ust 1 wzoru umowy jako formę wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia przyjął wynagrodzenie kosztorysowe a zgodnie z par. 1 pkt 6 wzoru umowy kosztorys stanowi jej część. Zgodnie z Warunkami Szczegółowymi umowy (pkt 4) Sposób zapłaty oparto o płatności częściowe na podstawie kosztorysu powykonawczego sporządzanego wg cen jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym, a więc złożonym wraz z ofertą przez wykonawcę. Wzór takiego kosztorysu przedstawiono w SIWZ. Nieskorzystanie przez wykonawcę z tego wzoru i podanie w ofercie całkowicie innych pozycji kosztorysowych niż wymagane przez zamawiającego oznacza, że wykonawca sam ustalił dla siebie inne niż oczekiwał zamawiający i inne niż zastosowali inni wykonawcy, którzy złożyli oferty zgodnie z wymogami SIWZ zasady płatności częściowych. Czyni to treść oferty niezgodną z wymaganiami co do zasad rozliczania wynagrodzenia (wysokości wynagrodzenia za poszczególne składniki świadczenia i terminów płatności za określone części świadczenia).

Jednocześnie kosztorys jako składnik oferty sensu stricto nie podlega uzupełnieniu. Uzupełniony i wykonany wg wymogów zamawiającego kosztorys mógł służyć jedynie ocenie czy zaoferowane w nim ceny jednostkowe nie są rażąco niskimi składnikami ceny oferty. Jego złożenie nie może jednak wbrew zakazowi wynikającemu z art. 87 ust. 1 prowadzić do uzupełnienia lub zmiany oferty, co w niniejszym przypadku miałoby miejsce modyfikując zasady rozliczania stron.

Zarzuty nr 3 i 4 dotyczące rażąco niskiej ceny są w ocenie zamawiającego bezpodstawne. Wykonawca wyjaśnił jakie przyczyny spowodowały możliwość obniżenia ceny i załączył dokumenty, które potwierdzają ich wiarygodność w wystarczającym zakresie. Jednocześnie zamawiający informuje, że negowana przez odwołującego wiarygodność oświadczenia o wykonawcy o możliwości obniżenia ceny ze względu na opisaną w wyjaśnieniach ceny posiadaną decyzję administracyjną jest negowana niesłusznie. Zamawiający posiada kopię tej decyzji, a składając wyjaśnienia wykonawca wiedział o tym. Nie było więc konieczności by ponownie taką kopię załączać.

Prawidłowe wyjaśnienie ceny nie zmienia jednak faktu, że przy istnieniu obligatoryjnej przesłanki odrzucenia oferty czynność badania i oceny ofert zostanie powtórzona w sposób wskazany na wstępie odpowiedzi. Zarzuty dotyczące ceny rażąco niskiej powinny być oddalone (poza przyczynami oddalenia wskazanymi w uzasadnieniu), także ze względu na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy, tj. braku wpływu na wynik postępowania.

W dniu 25 września 2020r. odwołujący złożył następujące oświadczenie, że zgadza się z odpowiedzią na odwołanie i nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia.

W dniu 28 września 2020r. przystępujący cofnął odwołanie w części nieuwzględnionej przez zamawiającego.

W dniu 29 września 2020r. Izba w sprawie sygn. akt KIO 2301/20 wydała postanowienie o umorzeniu postępowania.

W dniu 6 października 2020r. zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia:

2) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca PBW Inżynieria J. G., że wykonawca Probudowa.com, że wykonawca Dromostor sp. z o.o. sp. k. nie zalega z opłacaniem podatków, w formie oryginału opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym tylko przedstawiciela urzędu skarbowego jako osobny plik (bez podpisu upoważnionego przedstawiciela przystępującego) lub w elektronicznej kopii dokumentu (jeśli uzyskał zaświadczenie w formie papierowej) poświadczoną za zgodność z oryginałem z użyciem kwalifikowanego podpisu elektronicznego upoważnionego przedstawiciela.

Złożone zaświadczenie nie zostało podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przedstawiciela urzędu skarbowego jak wskazuje informacja zawarta w zaświadczeniu. Natomiast zaświadczenie podpisane jest przez przedstawiciela.

Zgodnie z pkt 7.5. SIWZ Wszystkie dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w pkt 7.1.2., 7.2. lub 7.3. składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczoną za zgodność z oryginałem.

W dniu przystępujący uzupełnił wymagane dokumenty we właściwej formie.

W dniu 13 października 2020r. odrzucił ofertę odwołującego wskazując "W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego części zarzutów z odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej wniesionego przez Konsorcjum, brakiem sprzeciwu wykonawcy K.T.M. Sp. z o.o. wobec uwzględnienia tych zarzutów, wycofaniem odwołania w zakresie nieuwzględnionych przez zamawiającego zarzutów, a także umorzeniem postępowania odwoławczego zamawiający: unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez K.T.M. Sp. z o.o., odrzucił ofertę K.T.M. Sp. z o.o. jako niezgodną z SIWZ na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wykonawca nie złożył kosztorysu ofertowego zgodnie z wymaganiami SIWZ, powtórzył czynność badania i oceny ofert.

Zamawiający wybrał ofertę przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że wniesione odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;

5) 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;

Natomiast przepis art. 185 ust. 6 ustawy stanowi, że odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie. Z przepisu art. 2 pkt 11 ustawy wynika, iż status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Status wykonawcy można bowiem nieodwracalnie utracić, na przykład na skutek zaniechania zaskarżenia przez wykonawcę, który złożył ofertę, decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu lub odrzuceniu jego oferty, wówczas wraz z upływem terminu na wniesienie środka ochrony prawnej decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu jego oferty staje się ostateczna, gdyż nie istnieje żaden skuteczny środek wzruszenia decyzji zamawiającego przez zachowanie wykonawcy. Zatem o statusie wykonawcy decydują czynności lub zaniechania zamawiającego oraz fakt, czy te zachowania zamawiającego podlegają zaskarżeniu. Skoro ustawodawca zdecydował się na odebranie wykonawcom – odwołującemu i przystępującemu możliwości wnoszenia środków zaskarżenia wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z orzeczeniem Izby, wydanym w postępowaniu, w którym brali udział, a także wykonanych zgodnie z żądaniem odwołania w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. To czynność zamawiającego wykonana zgodnie z orzeczeniem, żądaniem odwołania staje się z mocy prawa ostateczna i nie przysługuje skuteczny środek na jej zaskarżenie. Podkreślenia wymaga, że dotyczy to tylko takiego zachowania zamawiającego, które jest ściśle zgodne z rozstrzygnięciem wydanym przez Izbę, czy żądaniem odwołania, nie dotyczy to zatem sytuacji, w której zamawiający wykonał czynność niezgodnie z orzeczeniem czy żądaniem. Jednak w przedmiotowej sprawie Konsorcjum PBW w sprawie sygn. akt KIO 2301/20 podnosiło zarzut zaniechania odrzucenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na złożenie kosztorysu niezgodnie z wymaganiami SIWZ i żądało odrzucenia oferty odwołującego. Tym samym czynność zamawiającego wykonana zgodnie z tym żądaniem odebrała odwołującemu tak z mocy art. 185 ust. 6 jak i art. 189 ust. 5 ustawy możliwość wniesienia środka ochrony prawnej wobec tej czynności, stąd odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy w zakresie zarzutu nieprawidłowego zastosowania przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w stosunku do oferty odwołującego. Jednocześnie z chwilą poinformowania przez zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego – odwołującemu wobec tej czynności nie służy już skuteczny środek odwoławczy, tym samym nie mógł podważyć innych czynności w postępowaniu, gdyż wobec tego, że jego oferta została odrzucona utracił on status wykonawcy. Odwołujący wnosząc odwołanie w zakresie pozostałych postawionych zarzutów nie był już wykonawcą, tj. uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony zostało odrzucone przez KIO na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy. Podobnie wypowiedział się TSUE w wyroku w sprawie C-355/15 pkt. 36, a także szeroko Izba w orzeczeniach 26 kwietnia 2018 r., sygn. akt 705/18, 17 maja 2018 r., sygn. akt KIO 840/18, 16 maja 2018 r., sygn. akt KIO 869/18 i 11 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2491/18 i był przyczyną odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy w orzeczeniu z 11 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2491/18.

Izba dodatkowo wyjaśnia, że środki ochrony prawnej określone w dziale VI przysługują wyłącznie ściśle określonemu kręgowi podmiotów:

- wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt. 11 ustawy,
- uczestnikowi konkursu w rozumieniu art. 118 ust. 1 ustawy,
- inny podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy,
- organizacjom wpisanym z mocy art. 154 ust. 5 ustawy na listę Prezesa UZP.

Przy czym innym podmiotem opisanym powyżej nie jest wykonawca, który taki status utracił, także z tego względu, że nie ubiega się on już o zamówienie i nie może go uzyskać, zatem nie jest możliwe poniesienie przez niego szkody. Tym samym odwołanie nie przysługuje nieograniczonemu kręgowi podmiotów, a tylko enumeratywnie wskazanemu. Postępowanie odwoławcze nie służy bowiem kontroli prawidłowości wszystkich czynności zamawiającego i ewentualnych zaniechań, ale tylko takich jakie godzą w interes uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i to jak wynika z art. 192 ust. 7 ustawy tylko w granicach podniesionych zarzutów. Tym samym Izba nie jest organem sprawującym nadzór nad zamawiającym, ale organem rozstrzygającym spory pomiędzy uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jej orzeczenie jest wiążące tylko w danej konkretnej sprawie odwoławczej i pomiędzy stronami, które w tej sprawie występowały. Izba bowiem rozpoznaje postępowanie przygotowawcze do zawarcia umowy cywilnoprawnej w szczególnym reżimie prawnym jakim jest Prawo zamówień publicznych i dlatego jej rozstrzygnięcia nie mają charakteru erga omnes.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) zaliczając odwołującemu koszty wpisu w kwocie 20 000zł. na poczet kosztów postępowania odwoławczego, oraz nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu zamawiającemu kwoty 3 600zł. tytułem zwrotu kosztów uzasadnionej obrony, zgodnie ze złożoną fakturą.

Przewodniczący:.....