

POSTANOWENIE z dnia 10 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu w dniu 10 września 2020 r., w Warszawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Tracktech Sp. z o.o. z siedzibą w Maniowach** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Rozwoju Infrastruktury Gminy Olszanica PRI Sp. z o.o. z siedzibą w Olszanie** przy udziale wykonawcy **Bartholet Maschinenbau AG, Czorsztyn - Ski Sp. z o.o., Bartholet Koleje Linowe Sp. z o.o., Lochriet, 8890 Flums** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 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 **Krośnie**.

Przewodniczący: UZASADNIENIE

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Rozwoju Infrastruktury Gminy Olszanica PRI Sp. z o.o. z siedzibą w Olszanie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego na „Rewitalizację obszaru zdegradowanego w Wańkowej - roboty budowlane w ramach projektu „Bieszczad-ski - rewitalizacyjne koło zamachowe rozwoju Gminy Olszanica”.

Wartość zamówienia nie przekracza równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 lipca 2020r., pod numerem 562347-N-2020.

W dniu 10 sierpnia 2020 r. Odwołujący - TRACKTECH sp. z o.o. z siedzibą w Maniowach wniósł odwołanie oczynności związanej z wyborem oferty najkorzystniejszej zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, co skutkowało niesłusznym dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu;

2) rażące naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że czynność Zamawiającego, o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę - konsorcjum firm: Bartholet Maschinenbaum AG, Czorsztyn- Ski Sp. z o.o. oraz Bartholet Kolej Liniowe Sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”) jest wadliwa.

Wyjaśnił, że postępowanie, w którym dokonano zaskarżonej czynności, przeprowadzone zostało jako ponowne, po unieważnieniu postępowania Rewitalizacja obszaru zdegradowanego w Wańkowej - roboty budowlane w ramach projektu „Bieszczad- ski - rewitalizacyjne koło zamachowe 13 lipca 2020r. Zamawiający jako przyczynę unieważnienia poprzedniego postępowania wskazał art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wyjaśniając, iż cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. W postępowaniu jako kryterium oceny ofert Zamawiający wskazał jedynie cenę. Wyjaśnił także, że w powyższym postępowaniu to on złożył najkorzystniejszą ofertę w zakresie części 1.

Jednocześnie wskazał, że Zamawiający przeznaczył na realizację zadania w części 1 kwotę 4 390 003,56 zł, tymczasem najkorzystniejsza oferta, złożona przez Odwołującego opiewała na kwotę 5 490 000,00 zł.

Zamawiający w dniu 15 lipca 2020 zamieścił ponowne ogłoszenie o zamówieniu w zakresie unieważnionej uprzednio części. W rozdziale 12 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający wskazał zmienione w stosunku do poprzednio prowadzanego postępowania kryteria oceny ofert, które zdefiniował jako cena (waga 80%) oraz zastosowanie fabrycznie nowych rozwiązań (waga 20%).

W ponownie przeprowadzonym postępowaniu w zakresie dotyczącym części 1 oferty zostały złożone przez tych samych wykonawców i wszystkie z nich ponownie przekroczyły zakładany przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia budżet, który nie uległ zmianie w stosunku do poprzedniego postępowania i nadal wynosi 4 390 003,56 zł. Ponownie najkorzystniejszą pod względem samej ceny okazała się oferta Odwołującego, jednak przy uwzględnieniu drugiego z kryteriów oceny ofert jakim było zastosowanie nowych rozwiązań, to oferta Przystępującego, opiewająca na cenę 6 149 877,00 zł, została oceniona jako najkorzystniejsza. Niezależnie jednak od faktu, iż doszło do zmiany kryteriów oceny ofert, co przesądziło o odmiennym dokonaniu oceny w ponowionym postępowaniu, Odwołujący wskazuje, że do oceny ofert i dokonania wyboru najkorzystniejszej nie powinno w ogóle dojść.

Zamawiający unieważnił poprzednie postępowanie, motywując to faktem, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i Zamawiający nie mógł tej kwoty zwiększyć. Tymczasem w ponowionym postępowaniu ponownie cena najkorzystniejszej oferty, tym razem złożonej przez Przystępującego przekraczała kwotę zakładanego budżetu. Skoro zatem Zamawiający unieważnił poprzednie postępowanie ze względu na brak możliwości zwiększenia zakładanego budżetu do wartości oferty złożonej przez Odwołującego, to za zupełnie chybioną należy uznać decyzję o dokonaniu w ponowionym postępowaniu wyboru wyższej o 1 759 873,44 zł. W ocenie Wykonawcy okoliczność, iż Zamawiający ponownie przewidział analogiczny jak, w unieważnionym postępowaniu budżet, oraz unieważnienie pierwotnego postępowania z powodu braku możliwości zwiększenia środków na jego sfinansowanie, stoją na przeszkodzie dokonaniu w ponowionym postępowaniu wyboru oferty znacznie przekraczającej zakładany budżet.

Zdaniem Odwołującego, powyżej opisany stan faktyczny nie tylko świadczy o zupełnie nieuzasadnionym dokonaniu wyboru oferty Przystępującego, lecz jednocześnie jest przejawem rażącego naruszenia art. 7 ust. 1 nakazującego Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości

Tymczasem Zamawiający unieważnił pierwotne postępowanie z powodu braku środków na jego sfinansowanie i ogłosił kolejne, zmieniając jednocześnie kryteria oceny ofert i ostatecznie dokonując wyboru oferty o wartości o ponad 500 000,00 zł wyższej niż najkorzystniejsza oferta przedłożona w pierwotnym postępowaniu. Skoro Zamawiający dopuszcza wykonanie zadania za kwotę znacząco przekraczającą zakładany budżet oraz cenę oferty z pierwszego postępowania, oznacza to, że już przy okazji pierwszego postępowania mógł zwiększyć kwotę na sfinansowanie zadania, czego jednak nie uczynił, unieważniając postępowanie. Unieważnienie postępowania i okoliczności towarzyszące wyborowi oferty w nowym postępowaniu nakazują przypuszczać, iż działania Zamawiającego były celowe, i miały doprowadzić do rozpisania nowego postępowania tylko i wyłącznie po to, by doprowadzić do wyboru oferty

Wykonawcy- konsorcjum.

Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 10 września 2020 r. wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, wskazując, że zarówno zarzuty odwołania jak też jego żądania wskazują, że Odwołujący dąży do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zauważył, że Odwołujący w odwołaniu nie postawił jakiegokolwiek zarzutu dotyczącego wadliwości procesu wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również żadnego zarzutu dotyczącego oferty złożonej przez Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, zważyła co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2. Stosownie do treści art. 180 ust. 2 Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przepis art. 180 ust. 2 Pzp zawiera zamknięty katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje w postępowaniach poniżej tzw. „progów unijnych”, a rozpatrywanie zarzutów z przekroczeniem zakresu wynikającego z ww. przepisu powodowałoby obejście tego przepisu, którego celem było ograniczenie czynności, wobec których można wnieść odwołanie.

Skład orzekający uznał, że pomimo, iż w treści odwołania wskazano, że odwołanie wnoszone jest w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej, to tak naprawdę, Odwołujący dążył jedynie do nakazania Zamawiającemu przez Izbę unieważnienia postępowania. Zarzuty odwołania sprowadzały się bowiem do kwestionowania czynności unieważnienia poprzedniego postępowania, zaniechania unieważnienia niniejszego postępowania, czynności podwyższenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu, oraz dotyczyły opisu kryteriów oceny ofert w obecnie prowadzonym postępowaniu. Podkreślić należy, że powyższe czynności i zaniechania Zamawiającego nie są objęte treścią przepisu art. 180 ust. 2 Pzp. Ponadto co istotne w rozpoznawanej sprawie zarzut odwołania dotyczył naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, a Odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, nie zaś o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazać również należy, że Odwołujący w treści wniesionego odwołania nie postawił żadnego zarzutu co do zgodności treści oferty Przystępującego z SIWZ, nie podważył prawidłowości procesu oceny i badania ofert jak również spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Nie wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Również czynność prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie została wskazana w katalogu czynności art. 180 ust. 2 Pzp. W konsekwencji stwierdzić należało, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 Pzp nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia, odwołanie również w tym zakresie podlegało odrzuceniu.

Tym samym skład orzekający stwierdził, że rozpoznanie niniejszego odwołania prowadziłoby do obejścia przepisu art. 180 ust. 2 Pzp, bowiem pomimo wskazania, że odwołanie wnoszone jest w związku z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej to treść uzasadnienia odwołania, w tym zarzuty i wnioski, powodowało stwierdzenie, że to nie prawidłowość czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jest przedmiotem odwołania, a zaniechanie unieważnienia przez Zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp czyli stosownie do

wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 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 (Dz.U. z 2018, poz. 972), tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: