Sygn. akt: KIO 317/21

POSTANOWIENIE
z dnia 15 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 15 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **R. K., prowadzącego w Perkowicach działalność gospodarczą pod nazwą Bill-BUD R. K.** oraz **P. S., prowadzącego w Parczewie działalność gospodarczą pod nazwą Eres, P. S.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Nadbużański Oddział Straży Granicznej z siedzibą w Chełmie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjne, Handlowe i Usługowe „Dombud" sp. z o.o. w Białej Podlaskiej**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie**,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **R. K., prowadzącego w Perkowicach działalność gospodarczą pod nazwą Bill-BUD R. K.** oraz **P. S., prowadzącego w Parczewie działalność gospodarczą pod nazwą Eres, P. S.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **R. K., prowadzącego w Perkowicach działalność gospodarczą pod nazwą Bill-BUD R. K.** oraz **P. S., prowadzącego w Parczewie działalność gospodarczą pod nazwą Eres, P. S.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) 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 317/21

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

Nadbużański Oddział Straży Granicznej z siedzibą w Chełmie, zwany dalej „Zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest przebudowa Strzeżonego Ośrodka dla Cudzoziemców w Białej Podlaskiej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 21 października 2020 r., nr 597668-N-2020.

Wobec czynności zamawiającego z dnia 27 stycznia 2021 r., polegającej na odrzuceniu swej oferty w dniu 1 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia R. K., prowadzący w Perkowicach działalność gospodarczą pod nazwą Bill-BUD R. K. oraz P. S., prowadzący w Parczewie działalność gospodarczą pod nazwą Eres, P. S., zwani dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z:
- -błędnym uznaniem, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, nie uwzględnia w cenie wszystkich kosztów wymaganych treścią SIWZ, nie została obliczona zgodnie z SIWZ i zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- -zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2.art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3.art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez pominięcie i niedostateczne rozważenie przy weryfikacji ceny zaoferowanej przez Odwołującego wskazanych w tych przepisach czynników, mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych i wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego;

4.art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5.art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy;

6.art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że czynność ta nie została poprzedzona prawidłową i należycie przeprowadzoną procedurą wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny;

7.art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niepełny; niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, a w konsekwencji prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

b)unieważnienia czynności obejmującej odrzucenie oferty Odwołującego;

c)przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania Odwołującego do złożenia dalej idących wyjaśnień dotyczących ceny, w tym dowodów w trybie art. 90 ustawy Pzp;

d)uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r.,*

dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1

Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały zatem przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą NPzp". Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte wniesieniem przez odwołującego odwołania w dniu 1 lutego 2021 r., a więc po 31 grudnia 2020 r.

Art. 527 ustawy NPzp stanowi, że *na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej.*

Art. 528 pkt 5 ustawy NPzp stanowi, że *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

W dniu 22 grudnia 2020 r. zamawiający wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą.

W dniu 28 grudnia 2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjne, Handlowe i Usługowe „Dombud" sp. z o.o. w Białej Podlaskiej wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum: BILL-BUD R. K., ERES P. S. i zaniechania odrzucenia tej oferty. Wykonawca ten zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BILL-BUD, mimo że wadium zostało wniesione przez jednego, a nie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i nie zabezpiecza złożonej oferty;

2)art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum BILL-BUD, mimo że Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień, które można by uznać za wykazujące, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

3)art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum BILL-BUD jako najkorzystniejszej oferty.

Wykonawca ten wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum BILL-BUD jako najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert i odrzucenia oferty Konsorcjum BILL-BUD z przyczyn wskazanych w odwołaniu.

Postępowanie odwoławcze zainicjowane ww. odwołaniem zostało oznaczone sygn. akt KIO 3448/20.

Zamawiający wezwał Konsorcjum BILL-BUD do wzięcia udziału w ww. postępowaniu odwoławczym mailem z dnia 29 grudnia 2020 r. (mail: w dokumentacji postępowania KIO 3448/20). Do udziału w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 3448/20 po stronie zamawiającego zgłosił udział jedynie R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Bill-Bud R. K. .

Wyrokiem z dnia 20 stycznia 2021 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 3448/20 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła ww. odwołanie i nakazała zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bill-Bud R. K. i P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Eres P. S., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp;

3)powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W wyroku tym Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bill-Bud R. K. .*Izba ustaliła, że ww. podmiot nie ma interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, co wynika z faktu, że nie złożył on samodzielnie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Oferta została bowiem złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bill-Bud R. K. (lider) oraz P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Eres P. S. i to ww. wykonawcy łącznie są legitymowani do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tymczasem w treści zgłoszenia przystąpienia jako wykonawca zgłaszający przystąpienie został wskazany jedynie R. K. i z żadnego elementu przystąpienia ani załączonych do niego dokumentów nie wynika, że przystąpienie zostało wniesione w imieniu Konsorcjum. W związku z tym Izba – stosownie do art. 185 ust. 4 zd. 2 ustawy Pzp – uwzględniła zgłoszoną przez Odwołującego opozycję.*

Pismem z dnia 27 stycznia 2021 r. zamawiający poinformował obecnego odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający w uzasadnieniu czynności wskazał, że w dniu 20.01.2021 r. został ogłoszony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie którego zamawiający w dniu 21.01.2021 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 22.12.2020 r. wykonawcy konsorcjum BILL-BUD R. K. oraz EREST P. S. . Zamawiający wskazał także, że odrzucił ofertę złożoną przez konsorcjum BILL-BUD R. K. oraz EREST P. S. na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7b ustawy Pzp – wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp – zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, należy stwierdzić, że odwołanie w niniejszej sprawie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy NPzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, *jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu*. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 527 ustawy NPzp, *na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej*.

Normy przywołanych wyżej przepisów ustawy NPzp obejmują czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby, aby uniemożliwić wystąpienie w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym. Jeżeli kwestionowana czynność zamawiającego stanowi wykonanie orzeczenia Izby, wykonawca wezwany do wzięcia udziału w poprzednim postępowaniu odwoławczym nie może jej już zakwestionować przed Izbą. Art. 528 pkt 5 i art. 527 ustawy NPzp stanowią urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (res iudicata), która ma zapobiegać ponownemu prowadzeniu sporu w tej samej sprawie.

Odwołanie wniesione w tej sprawie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czyli czynności, którą Zamawiający dokonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2021 r., wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 3448/20.

Jeżeli odwołujący nie zgadzał się z zarzutami podniesionymi w odwołaniu z dnia 28 grudnia 2020 r. wniesionym

przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjne, Handlowe i Usługowe „Dombud" sp. z o.o. w Białej Podlaskiej, to po wezwaniu go przez zamawiającego do udziału w postępowaniu odwoławczym miał prawo zgłosić swe przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym i jako uczestnik postępowania przedstawić argumentację i dowody przemawiające za koniecznością oddalenia odwołania w sprawie sygn. akt KIO 3448/20. Okoliczność, że odwołujący nie zgłosił prawidłowo swego przystąpienia do udziału w sprawie sygn. akt KIO 3448/20 obciąża wyłącznie odwołującego. Jeśli natomiast odwołujący nie zgadzał się z niedopuszczeniem go przez Izbę do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie sygn. akt KIO 3448//20 to miał prawo wnieść skargę na wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2021 r., wydany w sprawie sygn. akt KIO 3448/20.

Stosownie do art. 553 ustawy NPzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Stosownie do art. 529 ust. 1 ustawy NPzp, *Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 528 pkt 5, art. 553 zd. 2 i art. 529 ust. 1 ustawy NPzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Stosownie do przepisu § 8 ust. 1 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), *w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.*

Izba stwierdziła, że wobec odrzucenia odwołania w całości, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepis § 8 ust. 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……