

POSTANOWIENIE
z dnia 8 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 8 lutego 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 26 stycznia 2022 r. przez wykonawcę M.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Komunikacyjne, Infrastruktura lądowa mgr inż. Bud. M. Ł. z siedzibą w Żabnicy, ul. Partyzantów 10 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Powiat Żywicki z siedzibą w Żywcu, ul. Krasińskiego 13

przy udziale wykonawcy P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowania Dróg i Ulic P. S. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Kłodnicka 97/321 zgłaszającym swój udział w sprawie sygn. akt KIO 217/22 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 6 750 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) na rzecz

wykonawcy M. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Komunikacyjne, Infrastruktura lądowa mgr inż. Bud. M.Ł. z siedzibą w Żabnicy, ul. Partyzantów 10 tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 217/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym bez przeprowadzania negocjacji, pn.: „Opracowanie Programów Funkcjonalno-Użytkowych dla przebudowy dróg powiatowych” zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00327874/01.

W dniu 21 stycznia 2022 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania dla każdej z 5 części zamówienia.

W dniu 26 stycznia 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca M. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Komunikacyjne, Infrastruktura Lądowa mgr inż. bud. M. Ł. z siedzibą w Żabnicy. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 stycznia 2022 r. udzielonego przez właściciela firmy. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 26 stycznia 2022 r.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego w zakresie wszystkich części zamówienia, tj. nr 1, 2, 3, 4 i 5, jako niezgodne z przepisami ustawy, a polegające na:

1) odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego w zakresie części zamówienia nr 1-5 z powodu błędnego uznania, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a odwołujący wezwany do wyjaśnień ceny nie wykazał, że cena oferty w zakresie części zamówienia nr 1-5 nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2) zaniechaniu kontynuowania procedury wyjaśnienia ceny oferty odwołującego w zakresie części zamówienia nr 1-5, gdyby złożone przez odwołującego wyjaśnienia ceny faktycznie budziły wątpliwości zamawiającego, względnie wymagałyby uszczegółowienia lub doprecyzowania;

3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty dla części zamówienia nr 2 - złożonej przez Biuro Projektowania Dróg i Ulic P.S., 41-706 Ruda Śląska, ul. Kłodnicka 97/321;

4) wyborze jako najkorzystniejszej oferty dla części zamówienia nr 3 - złożonej przez Biuro Projektowe HYDROGA P. D., 34-331 Pewel Mała, ul. Za Wodą 12;

5) wyborze jako najkorzystniejszej oferty dla części zamówienia nr 4 - złożonej przez Biuro Projektowe HYDROGA P. D., 34-331 Pewel Mała, ul. Za Wodą 12.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego w zakresie części zamówienia nr 1-5 z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo że złożone w terminie wyjaśnienia ceny są wyczerpujące i konkretne oraz stanowią potwierdzenie realności i rzetelności wyceny ofertowej, w szczególności biorąc pod uwagę, że usługi objęte postępowaniem nie generują wysokich kosztów ich świadczenia i tym samym wyjaśnienie ceny zawiera prostą kalkulację, którą odwołujący przedstawił zamawiającemu, co skutkowało pozbawieniem odwołującego uzyskania zamówienia i wyborem ofert innych wykonawców;

2) art. 239 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy przez dokonanie wadliwego wyboru oferty wykonawcy: Biuro Projektowania Dróg i Ulic P. S. w zakresie części zamówienia nr 2 oraz wykonawcy: Biuro Projektowe HYDROGA P. D. w zakresie części zamówienia nr 3 i 4, podczas gdy oferta złożona przez odwołującego w zakresie tychże części zamówienia jest najkorzystniejsza w świetle kryterium oceny ofert określonej w Rozdziale XV. SWZ, gdyby nie została bezzasadnie odrzucona, co doprowadziło do sytuacji zaniechania wyboru oferty odwołującego oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3) ewentualnie art. 16 pkt 1) ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy, przez zaniechanie wezwania odwołującego do doprecyzowania, ewentualnie złożenia dodatkowych wyjaśnień w odniesieniu do złożonych wcześniej w postępowaniu wyjaśnień i kontynuowania procedury wyjaśnień ceny oferty w zakresie wszystkich części zamówienia, co skutkowało wadliwym odrzuceniem oferty odwołującego w zakresie wszystkich części zamówienia.

Wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego w zakresie wszystkich części zamówienia, tj. nr 1, 2, 3, 4 i 5;

3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części zamówienia nr 2, 3 i 4;

4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i ponownego wyboru oferty;

5) ewentualnie nakazanie zamawiającemu kontynuowania wobec odwołującego procedury wyjaśnień ceny w zakresie wszystkich części zamówienia, tj. nr 1, 2, 3, 4 i 5 przez wezwanie odwołującego na podstawie art. 224 ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub jej części składowych;

6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

Ponadto o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów postępowania:

- wezwanie do złożenia wyjaśnienia ceny z dnia 11.01.2022 r. (ZZP.272.58.2021)
- wyjaśnienia ceny z dnia 14.01.2022 r. (ZZP.272.58.2021)
- informacja o odrzuceniu oferty z dnia 21.01.2022 r. (ZZP.272.58.2021)
- zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 21.01.2022 r. cz. 2 (ZZP.272.58.2021)
- zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 21.01.2022 r. cz. 3 (ZZP.272.58.2021) - za-

wiadomienie o wyborze oferty z dnia 21.01.2022 r. cz. 4 (ZZP.272.58.2021) na okoliczność ustalenia faktu złożonego przez odwołującego wyjaśnienia ceny, jej kalkulacji wskazującej w sposób wyczerpujący realność ceny ofertowej w zakresie wszystkich części zamówienia, zastosowania się do treści wezwania wyjaśnienia ceny, wadliwości wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie części zamówienia nr 2, 3 i 4

2) w zakresie pozostałych dokumentów postępowania - zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji związanej z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wszystkich części zamówienia nr 1-5, na okoliczność ustalenia faktu złożonego przez odwołującego wyjaśnienia ceny, jej kalkulacji wskazującej w sposób wyczerpujący realność ceny ofertowej w zakresie wszystkich części zamówienia, zastosowania się do treści wezwania wyjaśnienia ceny, wadliwości wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie części zamówienia nr 2, 3 i 4

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów postępowania nr BZP: 2021/BZP 00228959/01:

- wiadomość e-mail zamawiającego z dnia 25.10.2021 r. (ZZP.272.44.2021)
- wezwanie do złożenia wyjaśnienia ceny z dnia 25.10.2021 r. (ZZP.272.44.2021)
- odpowiedź na wezwanie z dnia 28.10.2021 r. (ZZP.272.44.2021)
- zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 29.10.2021 r. (ZZP.272.44.2021)
- szczegóły postępowania z miniPortalu (ZZP.272.44.2021)

na okoliczność ustalenia faktu udzielenia zamówienia odwołującemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego - Powiat Żywiecki, pn.: „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi - drogowymi”, nr w BZP 2021/BZP 00228959/01, nr ref. ZZP.272.44.202, identycznej treści wezwania do złożenia wyjaśnienia ceny oraz wyjaśnienia odwołującego w sposób podobny do wyjaśnienia złożonego w postępowaniu będącego przedmiotem niniejszego odwołania, którego treść została uznana przez zamawiającego jako uzasadniająca realną cenę ofertową i spełniająca oczekiwania zamawiającego, w konsekwencji czego oferta odwołującego została oceniona najwyższej i wybrana.

Odwołujący wskazał, że posiada legitymację czynną do złożenia odwołania, jest bowiem wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30) ustawy, ponieważ złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wszystkich części zamówienia, tj. nr 1-5, która została odrzucona przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, ponieważ nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału i gdyby zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W każdej części zamówienia cena ofert odwołującego była niższa od cen ofertowych pozostałych wykonawców, a także posiada najwyższej oceniane doświadczenie projektanta i udzielił najwyższej ocenianą gwarancję na opracowany Program Funkcjonalno Użytkowy. Gdyby zatem zamawiający bezpodstawnie nie odrzucił oferty odwołującego, to z pewnością uzyskałby

zamówienie w każdej jego części.

W wyniku zasygnalizowanych naruszeń ustawy przez zamawiającego, odwołujący został narażony na szkodę majątkową związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonywanej na rzecz zamawiającego, które to zamówienie, w każdej części powinno zostać udzielone odwołującemu. W konsekwencji tego odwołujący nie może osiągnąć zysku, który planował uzyskać w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

W dniu 27 stycznia 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 28 stycznia 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowania Dróg i Ulic P. S. z siedzibą w Rudzie Śląskiej. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, albowiem jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza dla części zamówienia nr 2. Zgłaszający przystąpienie do odwołania, złożył oferty dla części nr 2 zamówienia oraz dla części nr 4 zamówienia. Każda z 5 części zamówienia była odrębnym zadaniem. Dla części zamówienia nr 2, oferta zgłaszającego przystąpienie do odwołania została wybrana jako najkorzystniejsza, z oferowaną ceną 67 158,00 zł brutto. Pismem zamawiającego nr ZPP.272.58.2021 z dnia 21.01.2022r. oferta zgłaszającego przystąpienie do odwołania została wybrana jako najkorzystniejsza, natomiast oferta odwołującego została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. Zamawiający słusznie odrzucił ofertę odwołującego. Kolejne wezwania byłyby przywróceniem terminu do złożenia wyjaśnień. Oferenci mieli jednakowe szanse na przedstawienie indywidualnej kalkulacji i wykazanie, iż cena nie jest rażąco niska i to na nich spoczywał obowiązek udowodnienia tego faktu w wyznaczonym terminie. Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty zgłaszającego przystąpienie do odwołania, dla części nr 2 zamówienia, gdyż złożone przez niego wyjaśnienia były rzetelne i poparte szczegółową kalkulacją cenową sporządzoną indywidualnie dla tego zadania. W związku z powyższym, wniósł o oddalenie odwołania w zakresie dotyczącym części zamówienia nr 2. Zgłoszenie zostało wniesione przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

W dniu 7 lutego 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1) oddalenie odwołania w całości;

2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

W zakresie postępowania dowodowego wniósł o:

1) przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci: oferty odwołującego dla części zamówienia nr 1 - 5 - na okoliczność ustalenia punktacji tej oferty dla każdej części zamówienia z osobna, w oparciu o zastosowane w SWZ kryteria oceny ofert;

2) przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci: oferty nr 1 dla części zamówienia nr 2, oferty nr 2 dla części zamówienia nr 2, oferty nr 4 dla części zamówienia nr 2; oferty nr 5 dla części zamówienia nr 2 - na okoliczność ustalenia punktacji ofert złożonych przez innych niż odwołujący wykonawców biorących udział w postępowaniu dla części zamówienia nr 2, w oparciu o zastosowane w SWZ kryteria oceny ofert;

3) przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci: oferty nr 4 dla części zamówienia nr 3, oferty nr 5 dla części zamówienia nr 3, oferty nr 6 dla części zamówienia nr 3 - na okoliczność ustalenia punktacji ofert złożonych przez innych niż odwołujący wykonawców biorących udział w postępowaniu dla części zamówienia nr 3, w oparciu o zastosowane w SWZ

kryteria oceny ofert;

4) przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci: oferty nr 1 dla części zamówienia nr 4, oferty nr 2 dla części zamówienia nr 4, oferty nr 4 dla części zamówienia nr 4, oferty nr 5 dla części zamówienia nr 4, oferty nr 6 dla części zamówienia nr 4 - na okoliczność ustalenia punktacji ofert złożonych przez innych niż odwołujący wykonawców biorących udział w postępowaniu dla części zamówienia nr 4, w oparciu o zastosowane w SWZ kryteria oceny ofert;

5) przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci: Wyjaśnień wykonawcy - Biuro Projektowania Dróg i Ulic P. S., Wyjaśnień wykonawcy - Biuro Projektowe HYDROGA P. D. - na okoliczność ustalenia prawidłowości tych wyjaśnień i poziomu szczegółowości kalkulacji

ceny dla danej części zamówienia, które złożone zostały na wezwania zamawiającego, podobne to wezwania kierowanego do odwołującego;

6) przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci: Opisu Przedmiotu Zamówienia dla części zamówienia nr 1, Opisu Przedmiotu Zamówienia dla części zamówienia nr 2, Opisu Przedmiotu Zamówienia dla części zamówienia nr 3, Opisu Przedmiotu Zamówienia dla części zamówienia nr 4, Opisu Przedmiotu Zamówienia dla części zamówienia nr 5 - na okoliczność ustalenia zakresu zamówienia dla poszczególnych części zamówienia oraz określenia kosztów jakie winien ponieść wykonawca, dla celów należytego wykonania zamówienia;

7) przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci: Ogłoszenie o wyniku postępowania - ZZP.272.44.2021 - na okoliczność ustalenia jaki był zakres i wartość tego zamówienia oraz wykazania, że brak jest podobieństwa - wbrew twierdzeniem odwołującego - wskazane powyżej zamówienia do zamówienia, będącego przedmiotem tej sprawy.

Zamawiający zakwestionował interes odwołującego i możliwość poniesienia przez niego szkody w odniesieniu do zaskarżonych części nr 2, 3 i 4 zamówienia.

W dniu 7 lutego 2022 r. odwołujący cofnął odwołanie w całości.

Posiedzenie z udziałem stron było wyznaczone na dzień 8 lutego 2022 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525

ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania;

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiszczył wpis w wysokości 7 500zł., to do zwrotu pozostała kwota 6 750 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

Przewodniczący:.....