Sygn. akt: KIO 965/22

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2022 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach oraz Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Jednostka Gospodarki Nieruchomościami z siedzibą w Zabrzu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie oraz NDI Sopot Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala 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 przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1 704 zł 81 gr (słownie: tysiąc siedemset cztery złote osiemdziesiąt jeden groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

   2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 5 304 zł 81 gr (słownie: pięć tysięcy trzysta cztery złote osiemdziesiąt jeden groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - 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 965/22

Uzasadnienie

Zamawiający Jednostka Gospodarki Nieruchomościami z siedzibą w Zabrzu prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wsparcie mobilności miejskiej Miasta Zabrze poprzez budowę centrów przesiadkowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą Budowa centrum przesiadkowego w rejonie ulic: Krakowskiej i Ofiar Katynia w Zabrzu". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 stycznia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00042258/01.

I. W dniu 5 kwietnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach oraz Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach (odwołujący) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1) wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie oraz NDI Sopot Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (dalej jako „Konsorcjum NDI") jako oferty najkorzystniejszej;

2) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum NDI S.A.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11

września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zachwianie równej pozycji wykonawców w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NDI w przypadku, w którym treść oferty Konsorcjum NDI jest niezgodna z warunkami zamówienia i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum NDI w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp;

2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Konsorcjum NDI w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty, mimo że treść oferty Konsorcjum NDI jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum NDI,

2) odrzucenia oferty Konsorcjum NDI,

3) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu zgodnie z warunkami zamówienia.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 25 kwietnia 2022 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 22 kwietnia 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło Konsorcjum NDI. Konsorcjum NDI poparło stanowisko zamawiającego i wniosło o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NDI i w konsekwencji dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum NDI wyliczyło i wskazało w ofercie cenę, na podstawie załączonych do oferty kosztorysów, które zostały sporządzone w oparciu o błędne podstawy wyceny - 14 kosztorysów ofertowych (na 25 złożonych) zawiera jako podstawę wyceny KNR zamiast wymaganych specyfikacji technicznych STWIORB. W związku z tym w ocenie odwołującego treść oferty Konsorcjum NDI jest niezgodna z warunkami zamówienia i winna zostać odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jak wskazano w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021): „Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia".

W ocenie Izby zaistnienie ww. podstawy odrzucenia oferty w odniesieniu do oferty Konsorcjum NDI nie potwierdziło się. Jednocześnie należy wyjaśnić, że Izba nie rozpatrywała kwestii zaistnienia innej podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum NDI, ograniczając się jedynie do zakresu zarzutów postawionych w odwołaniu.

Należy przypomnieć, że jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby, odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, w którym w sposób jednoznaczny zostanie stwierdzona niezgodność oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, a niezgodność ta ma charakter nieusuwalny. Zdaniem Izby w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie można było stwierdzić, aby Konsorcjum NDI złożyło ofertę niezgodną z warunkami zamówienia. Istotnie, w części kosztorysów ofertowych wskazano jako podstawę (wyceny) KNR, podczas gdy z wyjaśnień zamawiającego z dnia 10 lutego 2022 r. wynikało, że podstawę wyceny w odniesieniu do wskazanych przedmiarów stanowi wskazana w przedmiarach specyfikacja techniczna STWIORB. Jak jednak słusznie wskazywał zamawiający i konsorcjum NDI podanie w treści oferty podstawy wyceny nie stanowiło jej obligatoryjnego elementu (pkt 26. 3 1) SWZ). W tym stanie rzeczy można było rozważać zaistnienie konieczności zwrócenia się do Konsorcjum NDI o przedstawienie wyjaśnień treści oferty, jednakże stwierdzenie wystąpienia podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należało uznać za zbyt daleko idące, a co najmniej przedwczesne. Zarzut zaniechania wezwania Konsorcjum NDI do udzielenia wyjaśnień treści oferty nie został jednak przez odwołującego postawiony. Zaoferowanie świadczenia niezgodnego z warunkami zamówienia nie wynika natomiast z wyjaśnień Konsorcjum NDI, które dotychczas zostały udzielone przez tych wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia lub postępowania odwoławczego. Należy w szczególności wskazać na oświadczenie zawarte w piśmie Konsorcjum NDI z dnia 4 marca 2022 r. (oświadczenie o wykonaniu wszystkich prac oraz czynności objętych Przedmiotem Zamówienia opisanych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia, Opisie Przedmiotu Zamówienia, dokumentacji projektowej, w tym projekcie budowlanym oraz Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych). Z kolei sam odwołujący w toku rozprawy zauważył, że ustalenie czy wszystkie elementy zostały przez Konsorcjum NDI uwzględnione, będzie możliwe dopiero po zawarciu umowy. Brak zatem jednoznacznego wykazania zasadności postawionych zarzutów skutkował oddaleniem odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 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: