Sygn. akt: KIO 693/23

POSTANOWIENIE z dnia 21 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 21 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2023 r. przez wykonawcę Tarnowską Agencję Rozwoju Regionalnego spółkę akcyjną z siedzibą Tarnowie przy ul. Szujskiego 66 (33-100 Tarnów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 7 (00-955 Warszawa)

przy udziale wykonawcy Agencji Rozwoju Regionalnego „MARR" spółki akcyjnej z siedzibą w Mielcu przy ul. Chopina 18 (39-300 Mielec), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Tarnowską Agencję Rozwoju Regionalnego spółkę akcyjną z siedzibą Tarnowie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem 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 (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze 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: ……..

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

Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp" w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Wybór przez BGK Pośredników finansowych na potrzeby realizacji instrumentu finansowego Pożyczka Płynnościowa POIR, cz. IX – województwo podkarpackie (znak: DZZK/35/DIF/2022), zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 września 2022 r., pod numerem 2022/S 184-519848.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 13 marca 2023 r. wykonawca Tarnowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą Tarnowie (zwany dalej: „odwołującym") wniósł odwołanie od czynności zamawiającego w postaci wyboru w zakresie części IX postępowania, oferty wykonawcy Agencji Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A., niezgodnie z przepisami Pzp, a także poprzez wybór ww. oferty pomimo faktu, iż oferta ta winna zostać odrzucona jako oferta zawierająca cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 16 ust. 1 Pzp, przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru oferty wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską i przez złożenie takiej oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji;

2) art. 17 ust. 2 Pzp, przez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ww. ustawy, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy Agencji Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A., rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie

zaoferowanej ceny, a tym samym oparcie decyzji w sprawie wyboru oferty na danych oraz wyjaśnieniach, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;

3) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą,

a w szczególności zawiera cenę rażąco niską;

4) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Agencji Rozwoju

Regionalnego „MARR" S.A., której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności, ze względu na fakt, iż oferta ww. wykonawcy znacząco odbiegała od

cen pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz od szacowanej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego;

5) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Agencji Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A., która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a która winna zostać odrzucona w związku z faktem, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości

co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami

określonymi w dokumentach zamówienia, a ponadto oferta ta znacząco odbiega od cen pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz od szacowanej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego;

6) art. 224 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie rzetelnego ustalenia, iż oferta Agencji Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. zawiera rażąco niską cenę, pomimo iż z analizy ofert złożonych w całym przetargu wynika, iż zaoferowana przez ww. wykonawcę cena nie jest ceną rynkową, a zatem za zaoferowane wynagrodzenie wykonawca ten nie daje rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia;

7) art. 239 ust. 1 Pzp, przez wybór oferty wykonawcy Agencji Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. jako oferty najkorzystniejszej dla części IX zamówienia, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w postępowaniu, za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez odwołującego.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- odrzucenia oferty złożonej przez Agencji Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A.

i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania;

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym w szczególności kwoty 15.000,00 zł, tytułem zwrotu wpisu uiszczonego przez odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 Pzp, albowiem w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie. Powyższa okoliczność ewidentnie i w sposób nie budzący wątpliwości świadczy o posiadaniu tzw. interesu prawnego we wniesieniu odwołania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca Agencji Rozwoju Regionalnego „MARR" z siedzibą w Mielcu. Wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie

zamawiającego w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp.

Zamawiający w dniu 17 marca 2023 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie. W przedmiotowym piśmie zamawiający przedstawił argumentację dla wniosku o odrzucenie odwołania na postawie art. 528 pkt 5 Pzp.

Odwołujący w dniu 20 marca 2023 r. złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do wniosków od odrzucenie odwołania. Odwołujący wskazał, że w odwołaniu z dnia 13 marca 2023 r. zarzucił zamawiającemu dopuszczenie się szeregu uchybień, których skutkiem było dokonanie wyboru „MARR" S.A., jako najkorzystniejszej (vide: treść zarzutów odwoławczych), z którym to wyborem zamawiającego się nie zgadza. Dalej zwrócił uwagę, że żaden element ww. odwołania nie kwestionuje czynności dokonanych przez zamawiającego zgodnie z wnioskami „MARR" S.A., zawartych w pierwotnym odwołaniu (KIO 312/23), tj. unieważnienia czynności odrzucenia oferty „MARR" S.A. oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem przy tym (tj. z wzięciem pod uwagę w rozstrzygnięciu przetargu) oferty „MARR" S.A. – bowiem wnioskiem „MARR" S.A. nie był objęty wybór oferty „MARR" S.A., jako najkorzystniejszej, a jedynie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty „MARR" S.A. Wniosek „MARR" S.A. o „uwzględnienie oferty" traktować należy jako wniosek wzięcie tejże oferty pod uwagę w procesie powtórnej czynności badania i oceny ofert. Odwołujący wyjaśnił, że kwestionuje zatem efekt, a więc skutek ww. czynności zamawiającego, tj. wybór jako najkorzystniejszej oferty „MARR" S.A., nie zaś fakt, iż zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert, o co wnosił przystępujący w odwołaniu KIO 312/23.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z art. 527 Pzp, 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. Z kolei na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp, 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. Odwołujący podniósł, że wbrew chybionej argumentacji zamawiającego oraz przystępującego, żadna ze wskazanych przesłanek odrzucenia odwołania w niniejszej sprawie nie zachodzi, gdyż odwołanie nie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał w wyniku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu „MARR" S.A. z dnia 6 lutego 2023 r. i którą to czynność zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak już wyżej wskazał odwołujący, odwołanie dotyczy skutku tych czynności, tj. wyboru jako

najkorzystniejszej oferty przystępującego („MARR" S.A.), z czym odwołujący się nie zgadza, zaś brak tej zgody został wyrażony wniesieniem odwołania. Odwołujący wskazał, że ograniczenie możliwości stosowania środków ochrony prawnej określone w art. 527 Pzp, nie może być traktowane rozszerzająco i może dotyczyć jedynie przesłanek wskazanych w ustawie, w związku ze stanem faktycznym danej sprawy, zaś mając na uwadze powyższą argumentację w sprawie niniejszej nie zachodzi negatywna przesłanka procesowa określona w art. 528 pkt 5 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR" spółkę akcyjną z siedzibą w Mielcu (zwanego dalej jako: „przystępujący"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje

W dniu 26 stycznia 2023 r. zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty przystępującego ze względu na rażąco niską cenę oferty.

W dniu 6 lutego 2023 r. przystępujący wniósł odwołanie wobec powyżej wskazanej czynności zamawiającego, żądając m.in. unieważnienia czynności odrzucenia oferty. Postępowanie dotyczące ww. odwołania zostało oznaczone sygn. akt KIO 312/23. W piśmie datowanym na 7 lutego 2023 r. zamawiający wskazał, że informacja o wniesionym odwołaniu wraz z kopią odwołania została przekazana wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 7 lutego 2023 r. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 17 lutego 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

Postanowieniem z dnia 20 lutego 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie do sygn. KIO 312/23. W uzasadnieniu postanowienia Izba stwierdziła m. in., że wobec treści oświadczenia zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, które należy rozumieć jako oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zaszły okoliczności wypełniające hipotezę normy wynikającej art. 522 ust. 1 Pzp, co uzasadniało umorzenie postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 312/23.

W dalszej kolejności zamawiający, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, unieważnił czynność odrzucenia oferty przystępującego, a następnie w dniu 3 marca 2023 r. dokonał wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu zakresie części IX.

Treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia:

- art. 527 Pzp - 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 Pzp - 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.

Na poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła dokumentację w postaci elektronicznej, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 16 marca 2023 r., zapisaną na płycie CD, w tym w szczególności: - odwołanie w sprawie KIO 312/23;

- odpowiedź na odwołanie w sprawie KO 312/23;

- pismo z dnia 20 stycznia 2023 r. zawierające informacje o unieważnieniu czynności wyboru oferty (wraz z odrzuceniem oferty przystępującego) z 26 stycznia 2023 r.;

- pismo z dnia 20 stycznia 2023 r. zawierające wezwanie wystosowane na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 2 Pzp do złożenia dokumentów;

- informację o wynikach postępowania w zakresie części IX z dnia 3 marca 2023 r.

Izba zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba uznała, że odwołanie podlegało odrzuceniu.

Na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, a także w sytuacji gdy dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepis ten koresponduje z art. 527 Pzp, zgodnie z którym na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 Pzp nie przysługują środki ochrony prawnej.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że niniejsze odwołanie stanowiło de facto polemikę z poprzednim odwołaniem oznaczonym sygn. akt KIO 6

312/23. Działanie takie należało uznać za niedopuszczalne, ponieważ polemika taka mogła być toczona wyłącznie w ramach sprawy KIO 312/23. W ocenie składu orzekającego wskazana powyżej przesłanka miała zastosowanie w okolicznościach przedmiotowej sprawy, ponieważ odwołanie wniósł podmiot, który pomimo prawidłowego poinformowania o wniesionym odwołaniu (okoliczność bezsporna), nie zgłosił przystąpienia we wcześniejszym postępowaniu, przez co nie uzyskał statusu uczestnika postępowania, co w dalszej kolejności skutkowało tym, że nie złożył sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, a następnie przez wniesienie odwołania, próbował zakwestionować wykonanie przez zamawiającego czynności wynikających z żądań uwzględnionego odwołania.

Izba stwierdziła, że wykonanie czynności ponownej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny w wyniku uwzględnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 312/23, nie wykreowało nowej czynności mogącej być podstawą do wniesienia odwołania tylko z tego powodu, że tym razem wyjaśnienia zostały ocenione pozytywnie. W ocenie składu orzekającego powyższy wniosek był tym bardziej uprawniony, że wszystkie zarzuty podniesione w przedmiotowym odwołaniu dotyczyły rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego. Kwestia ta mając na uwadze dyspozycję art. 528 pkt 5 Pzp w zw. z art. 527 Pzp w okolicznościach przedmiotowej sprawy korzystała z powagi rzeczy osądzonej.

Tytułem wyjaśnienia należało wskazać, że w odwołaniu zostały podane różne przepisy Pzp, jednakże w ocenie składu orzekającego zostały one podniesione wyłącznie w kontekście rażąco niskiej ceny. Odwołujący już w opisie czynności, której dotyczyło odwołanie wskazał na czynności zamawiającego w postaci wyboru w postępowaniu oferty przystępującego niezgodnie z przepisami Pzp, a także poprzez wybór ww. oferty pomimo faktu, iż oferta ta winna zostać odrzucona jako zawierająca cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przez co odwołujący już na wstępie przyznał, że próbował podważyć czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przez dążenie do odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Niestety dla odwołującego okoliczność rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty przystępującego została przesądzona orzeczeniem o sygn. akt KIO 312/23.

Ponadto odwołujący w podniesionych zarzutach wskazywał m. in. na art. 16 ust. 1 Pzp, art. 17 ust. 2 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 239 ust. 1 Pzp. Wszystkie te zarzuty koncertowały na zagadnieniu rażąco niskiej ceny. Odwołujący już w petitum odwołania, przy wymienieniu większości tych zarzutów odwoływał się do tego, że czynności zamawiającego stanowiły naruszenie ww. przepisów w związku z rażąco niską cena oferty przystępującego. Co istotne w uzasadnieniu odwołania zostało przedstawione stanowisko, które odnosiło się wyłącznie do kwestii rażąco niskiej ceny w ofercie

przystępującego. Nawet w krótkim fragmencie na str. 14 odwołania, w którym pojawiło się stwierdzenie, że ofertę złożoną przez przystępującego uznać należy za czyn nieuczciwej konkurencji, odwołujący podkreślił argumentację dotyczącą zagadnienia rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego przez wskazanie, że Za powyższym twierdzeniem przemawia fakt, iż oferty zawierającej cenę rażąco niską, tj. ofertę wykonania usługi poniżej kosztów jej świadczenia, ma na celu również eliminację z rynku innych przedsiębiorców.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika wskazał, że nie wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczyły rażąco niskiej ceny i jako przykład dla tego stwierdzenia podał zarzut z pkt 7, który dotyczył naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, przez wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej dla części IX zamówienia, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w postępowaniu, za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez odwołującego. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego, ponieważ jak wskazano powyżej wszystkie zarzuty koncentrowały się na kwestii rażąco niskiej ceny w zakresie oferty przystępującego i tej kwestii dotyczyła całość uzasadnienia odwołania. Przykład odwołującego wskazujący na zarzut z pkt 7 petitum odwołania okazał się chybiony, ponieważ zarzut ten miał charakter wynikowy w stosunku do całej argumentacji odwołującego, nie został w żaden sposób uzasadniony w odwołaniu i koncentrował się na wskazaniu konieczności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Izba postanowiła odrzucić odwołanie na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp w zw. z art. 527 Pzp. Na marginesie skład orzekający wskazał, że odwołujący nie miał definitywnie zamkniętej drogi do kwestionowania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, natomiast w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie mógł tego czynić formułując zarzuty odnośnie rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty przystępującego. Badanie rażąco niskiej ceny oferty jest jednym z elementów badania oferty i gdyby odwołujący podniósł zarzuty co do innej materii to odwołanie zostałoby skierowane na rozprawę, jednakże w przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, zatem odwołanie zostało odrzucone.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 1 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), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego, koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……..