Sygn. akt: KIO 3565/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 24 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Anna Kuszel - Kowalczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 30 września 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PBO Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, Wodpol sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Mikołów

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PBO Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, Wodpol sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: …….....

Sygn. akt: 3565/24

Uzasadnienie

Gmina Mikołów, dalej jako: „Zamawiający” – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa hali sportowej przy Szkole Podstawowej nr 4 w Mikołowie wraz z dostosowaniem obiektu dla osób z niepełnosprawnościami oraz rozbudową segmentu szkoły”, nr ref. PN 1-2024.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2024/S 117-360548 w dniu 18 czerwca 2024 r. Wartość zamówienia jest wyższa od kwot progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

W dniu 30 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołaniewykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PBO Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, Wodpol sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy w kosztorysach ofertowych, stanowiących integralną i istotną część treści oferty Wykonawca nie uwzględnił lub nie wycenił wszystkich pozycji z przedmiaru robót, część z nich przewidział w zmodyfikowanej postaci, a także dodał pozycje do kosztorysów nieprzewidziane w przedmiarach robót oraz poprzez zastosowanie procedury wyjaśnień, które miały charakter niedozwolonych negocjacji prowadzących do zmiany treści oferty podczas gdy w takiej sytuacji Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy ze względu na błąd w obliczeniu ceny, a nie prowadzić niedozwolone negocjacje treści oferty dotyczące kosztorysu jako istotnej treści oferty, pozbawiając tym sposobem pozostałych wykonawców, którzy prawidłowo dokonali obliczeń poszczególnych pozycji w kosztorysach, szans na uzyskanie zamówienia;

2. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy w kosztorysach ofertowych, stanowiących integralną i istotną część treści oferty Wykonawca nie uwzględnił lub nie wycenił wszystkich pozycji z przedmiaru robót, część z nich przewidział w zmodyfikowanej postaci, a także dodał pozycje do kosztorysów nieprzewidziane w przedmiarach robót oraz poprzez zastosowanie procedury wyjaśnień, które miały charakter niedozwolonych negocjacji prowadzących do zmiany treści oferty podczas gdy w takiej sytuacji Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia, ponieważ Wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie realizacji całego przedmiotu zamówienia oraz jego realizację na warunkach odmiennych od określonych w warunkach zamówienia (przedmiarach robót) oraz nie powinien prowadzić niedozwolonych negocjacji treści oferty dotyczących kosztorysu jako istotnej treści oferty, pozbawiając tym sposobem pozostałych wykonawców, którzy prawidłowo wycenili przedmiot zamówienia, szans na uzyskanie zamówienia;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów dalej idących postawionych w pkt 1 – 2 petitum Odwołania:

3. art. 223 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 16 PZP poprzez niezasadne zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej znajdującej się w treści kosztorysu ofertowego robót budowlanych, instalacji elektrycznych i sanitarnych (jednego z czterech kosztorysów złożonych przez Wykonawcę), ponieważ po zsumowaniu wszystkich przewidzianych tam pozycji całkowita cena oferty to 30 315 113,22 zł brutto, a zatem mniej o 2 938 982,60 zł od pierwotnej wyceny tego kosztorysu dokonanej przez Wykonawcę, podczas gdy w takiej sytuacji Zamawiający powinien zweryfikować treść ww. kosztorysu i poprawić stwierdzoną omyłkę rachunkową poprzez obniżenie wyceny tego kosztorysu o kwotę 2 938 982,60 zł, a także równocześnie obniżyć o tą samą kwotę finalną wartość oferty Wykonawcy, tj. do kwoty 32 256 721,72 zł brutto, w miejsce pierwotnie wskazanej w Formularzu Ofertowym kwoty 35 195 704,32 zł brutto;

4. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP poprzez niezasadne zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia treści podmiotowych środków dowodowych uznając, że powołane w treści Wykazu robót budowlanych spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 15.1.1.4 SWZ, podczas gdy Wykonawca nie wykonał samodzielnie wszystkich prac związanych z powołanym tam doświadczeniem, lecz wyłącznie wykonał część z tych prac, a pozostałe roboty zostały zrealizowane przez drugiego członka konsorcjum, w związku z czym Zamawiający powinien w takiej sytuacji wezwać Wykonawcę do uzupełnienia treści Wykazu robót budowlanych poprzez powołanie się na inne doświadczenie, które spełniałoby wymogi pkt 15.1.1.4 SWZ.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1)merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO") niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;

2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania;

3)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 20 września 2024 r. polegającej na wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej;

4)nakazanie Zamawiającemu:

1) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,

2) odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 PZP, ewentualnie, w przypadku nieuwzględniania zarzutów z pkt 1 – 2 petitum Odwołania:

3) poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej poprzez obniżenie całkowitej wartości oferty Wykonawcy do kwoty 32 256 721,72 zł brutto, w miejsce pierwotnie wskazanej w Formularzu Ofertowym kwoty 35 195 704,32 zł brutto;

4) wezwania Wykonawcy do uzupełnienia treści Wykazu robót budowlanych poprzez powołanie się na doświadczenie, które będzie spełniało wymogi pkt 15.1.1.4 SWZ;

5)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba ustaliła, że nie nastąpiło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 3.10.2024 r. Zamawiający oświadczył, że: uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wnosił o umorzenie postępowania.

Mając powyższe na uwadze, Izba zważyła i ustaliła, co następuje:

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia jakichkolwiek przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, postępowanie

odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy PZP umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 ustawy PZP.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodnicząca: ……