

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2024 r. przez wykonawcę GTP DEVELOPMENT Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Nałęczów

**orzeka:**

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu II wobec jego wycofania,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę GTP DEVELOPMENT Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie i:

1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę GTP DEVELOPMENT Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę GTP DEVELOPMENT Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Nałęczów tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2. zasądza od wykonawcy GTP DEVELOPMENT Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie na rzecz zamawiającego Gminy Nałęczów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 3699/24

**UZASADNIENIE**

Gmina Nałęczów (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Poprawa jakości infrastruktury sportowej na terenie Gminy Nałęczów” (znak postępowania: IZ.271.9.2024/P). Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 lipca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00408080.

W dniu 7 października 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca GTP DEVELOPMENT Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku postępowania, a polegające na:

1. niezgodnym z prawem odrzuceniem najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego;
2. niezgodnym z prawem wyborze oferty złożonej przez firmę KAPIBARA M.M. Sp. k. z siedzibą w Knurowie (dalej: „Kapibara”), która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;
3. rażącem i nieuprawnionym ograniczeniu konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Przy czym wskazane w petitum odwołania czynności i zaniechania czynności, a także naruszone przepisy ustawy Pzp, sprowadzały się w treści uzasadnienia odwołania do sformułowania:

I. zarzutu dotyczącego niezgodnego z prawem odrzucenia najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego (dalej: „zarzut I”),

II. zarzutu dotyczącego niezgodnego z prawem wyboru oferty Kapibara, która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (dalej: „zarzut II”).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- odrzucenie oferty złożonej przez Kapibara.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia o odrzuceniu oferty pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to prawidłowo przeprowadzona ocena i badanie ofert przyczyniłoby się do wyboru oferty Odwołującego. Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie Odwołującemu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpływa na wynik postępowania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 18 października 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że odwołanie w tym zakresie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp;
2. oddalenie odwołania;
3. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Dodatkowo Zamawiający przy piśmie z dnia 29 października 2024 r. przedłożył dowody w zakresie zarzutu II.

Pismem z dnia 31 października 2024 r. Odwołujący oświadczył, iż wycofuje zarzut II oraz przekazał dodatkową argumentację odnośnie zarzutu I.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba oddaliła wnioski Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie zarzutu I, gdyż w ocenie Izby intencją Odwołującego nie było podważanie czynności wszczęcia procedury wyjaśniającej pod kątem rażąco niskiej ceny, czego wyrazem było wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień z dnia 13 sierpnia 2024 r. (co niewątpliwie byłoby zarzutem wniesionym po upływie terminu), lecz czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła pod uwagę, że choć podany w petitum odwołania przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp mógł sugerować, że Odwołujący jakkolwiek miał zamiar zakwestionować skierowanie wezwania do wyjaśnień, tym niemniej z treści odwołania nie sposób wywieść, że poprzez częściowe przytoczenie stanu faktycznego sprawy (zacytowanie treści wyjaśnień Odwołującego z dnia 19 sierpnia 2024 r., w których to istotnie Odwołujący podejmuje polemikę z samą zasadnością wezwania), intencją Odwołującego był zarzut niezasadnego wezwania do wyjaśnień. Odwołujący w petitum wymienił, wobec których czynności i zaniechań czynności Zamawiającego wnosi odwołanie (wśród nich nie znajdowała się czynność wezwania do wyjaśnień z dnia 13 sierpnia 2024 r.). Zaś w treści uzasadnienia odwołania Odwołujący wyraźnie czynił uwagi: „*Odnośnie zarzutu dotyczącego niezgodnego z prawem odrzuceniem najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego*”. Przy czym zaznaczyć trzeba, że Izba nie jest

związana podstawą prawną podnoszonych w odwołaniu naruszeń, a na zarzut odwołania rzecz jasna składa się nie tylko samo podanie naruszonego przepisu ustawy Pzp, ale przede wszystkim opisanie okoliczności faktycznych, sygnalizujących naruszenie przepisów ustawy Pzp, co finalnie pozwoli Izbie na dokonanie oceny zaistniałego stanu faktycznego. Tym samym odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu I byłoby zdaniem Izby niezasadne.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz załączone do pisma Zamawiającego z dnia 29 października 2024 r.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Pismem z dnia 13 sierpnia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący w dniu 19 sierpnia 2024 r. udzielił wyjaśnień. Treść wyjaśnień została przytoczona przez Odwołującego w treści odwołania, stąd za zbędne Izba uznała powielanie tejże treści.

W konsekwencji powyżej przeprowadzonej procedury wyjaśniającej, Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Wobec złożenia przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutu II, postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji wycofania części zarzutów odwołania.

W pozostałym zaś zakresie, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu (tj. w zakresie zarzutu I).

Przechodząc do oceny zarzutu I należy przede wszystkim zwrócić uwagę na to, co podnosił Odwołujący w treści odwołania. Co zostało już wcześniej zaznaczone, Odwołujący kwestionował czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego. Całość argumentacji Odwołującego sprowadzała się w tym zakresie do:

- po pierwsze do lakonicznego zapewnienia o posiadanym doświadczeniu i profesjonalizmie,
- po drugie do przytoczenia treści udzielonych w dniu 19 sierpnia 2024 r. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
- po trzecie do jednozdaniowej konstatacji, że: *„Zamawiający pomimo spójności złożonych wyjaśnień ze stanem faktycznym nie uznał ich i w konsekwencji dokonał odrzucenia oferty Odwołującego”*,
- a po czwarte do wskazania, że działanie Zamawiającego stanowi naruszenie nie tylko ustawy Pzp, a także art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych i przytoczeniu brzmienia tego przepisu.

Mając na względzie tak postawiony zarzut i zaprezentowaną na jego poparcie argumentację przez Odwołującego, Izba uznała zarzut I za niezasadny. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż choć Odwołujący faktycznie podniósł zarzut niesłusznego, jego zdaniem, odrzucenia oferty przez Zamawiającego, to w rzeczywistości poza samym wymienieniem tej czynności Zamawiającego, Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji przemawiającej za uznaniem działania Zamawiającego przez Izbę za niezasadne. Za taką argumentację nie można uznać jednozdaniowego wskazania, że pomimo spójności ze stanem faktycznym, wyjaśnienia Odwołującego nie zostały uznane przez Zamawiającego. Odwołujący nie wytłumaczył w najmniejszym stopniu, na czym polegała ta spójność oraz jakich błędów dopuścił się Zamawiający przy ocenie wyjaśnień Odwołującego.

Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się również do podanego przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego. To bowiem okoliczności faktyczne i podstawa prawna czynności odrzucenia oferty wykonawcy podane w informacji o odrzuceniu oferty, powinny stanowić punkt odniesienia dla wykonawcy chcącego skorzystać ze środka odwoławczego w postaci odwołania. Odwołujący nie pokusił się jednak o polemikę z oceną wyjaśnień dokonaną przez Zamawiającego, przywołując w treści odwołania jedynie subiektywne zapewnienia o własnej rzetelności oraz krótką uwagę co do spójności sporządzonych wyjaśnień, a także zamieszczając treść tychże wyjaśnień. Postępowanie odwoławcze nie służy natomiast ponownej weryfikacji całości złożonych wyjaśnień przez Izbę w sposób abstrakcyjny, to znaczy bez wskazania w treści odwołania ewentualnej wadliwości oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego. Zastrzec przy tym trzeba, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że zakres rozpoznania sprawy przez Izbę ograniczony jest zarzutami przedstawionymi w odwołaniu. Zachowując wcześniejsze uwagi odnośnie zawartości zarzutu odwołania, należy dodać, iż odwołujący w uzasadnieniu faktycznym zobowiązany jest podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu, a samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy Pzp nie tworzy zarzutu. Jednocześnie nadmienić trzeba, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne nieznanne odwołaniu, nie mogą być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę. Z tego też tytułu, dodatkowa argumentacja przedstawiona przez Odwołującego przy

piśmie z dnia 31 października 2024 r., nie mogła być wzięta pod uwagę przy ocenie zarzutu I.

Mając wszystko powyższe na względzie, w ocenie Izby brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu I.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....