

WYROK

Warszawa, dnia 4 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „J.O. Orcon Pharma”, ul. Żaglowa 4; 02-654 Warszawa, Neo-Vinci sp. z o.o., ul. Puławska 14, 02-512 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. E.R., ul. Spartańska 1; 02-637 Warszawa, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy D.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Soft Communication D.M., Solec 18/A44; 00-410 Warszawa,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu zastosowanie się do Postanowienia z dnia 21 grudnia 2023 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 3723/23), unieważnienie wyboru oferty wykonawcy D.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Soft Communication D.M., Solec 18/A44; 00-410 Warszawa dokonanego w dniu 8 marca 2024 r.; przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. E.R., ul. Spartańska 1; 02-637 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „J.O. Orcon Pharma”, ul. Żaglowa 4; 02-654 Warszawa, Neo-Vinci sp. z o.o., ul. Puławska 14, 02-512 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4 001 zł 45 gr (słownie: cztery tysiące jeden złoty czterdzieści pięć groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „J.O. Orcon Pharma”, ul. Żaglowa 4; 02-654 Warszawa, Neo-Vinci sp. z o.o., ul. Puławska 14, 02-512 Warszawa, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztem dojazdu na rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. E.R., ul. Spartańska 1; 02-637 Warszawa, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. E.R., ul. Spartańska 1; 02-637 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „J.O. Orcon Pharma”, ul. Żaglowa 4; 02-654 Warszawa, Neo-Vinci sp. z o.o., ul. Puławska 14, 02-512 Warszawa, kwotę 19 001 zł 45 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy jeden złoty i czterdzieści pięć groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „J.O. Orcon Pharma”, ul. Żaglowa 4; 02-654 Warszawa, Neo-Vinci sp. z o.o., ul. Puławska 14, 02-512 Warszawa, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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 887/24**

Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. E.R. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Kompleksowe monitorowanie, nadzór nad bezpieczeństwem i danymi Badania Klinicznego SAPHO”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z 29 września 2023 roku, pod nr 2023/S 188-587243.

18 marca 2024 roku, wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „J.O. Orcon Pharma” oraz Neo-Vinci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej *„Odwołujący”*) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących, niezgodnych z ustawą Pzp czynności (działań i zaniechań) zamawiającego podjętych w postępowaniu tj.:

1. Niezastosowanie się do postanowienia z dnia 21 grudnia 2023 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 3723/23), pomimo uwzględnienia w całości zarzutów odwołania oraz niewniesienia sprzeciwu przez przystępującego po

stronie zamawiającego wykonawcy D.M. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „Soft Communication D.M.” (dalej: „Soft Communication”), a w konsekwencji zaniechanie wykonania i powtórzenia przez zamawiającego czynności w postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu złożonym poprzednio przez odwołującego, tj. następujących czynności:

a) uznanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Soft Communication za niewystarczające i nie potwierdzające, że zaoferowana przez Soft Communication cena jest uzasadniona i nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

b) odrzucenie oferty Soft Communication jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

c) odrzucenie oferty Soft Communication jako oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

d) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

co w efekcie stanowiło naruszenie art. 522 ust. 2 ustawy Pzp.

2. Zaniechanie odrzucenia oferty Soft Communication ze względu na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 w związku z art. 226 ust.1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 224 ustawy Pzp (w szczególności art. 224 ust. 6).

3. Dokonanie przez zamawiającego błędnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Soft Communication poprzez nieuzasadnione uznanie przez zamawiającego, iż wyjaśnienia te są wystarczające i uzasadniają cenę zaproponowaną w ofercie przez Soft Communicationa a tym samym potwierdzają, że cena zaproponowana w ofercie przez Soft Communication nie jest rażąco niska, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Soft Communication przez zamawiającego i dokonania przez zamawiającego wadliwego wyboru oferty - co w efekcie doprowadziło do naruszenia art. 239 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 224 ustawy Pzp (w szczególności art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

4. Ponowne wezwanie Soft Communication do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w sytuacji, w której pierwsze wyjaśnienia były nierzetelne, ogólnikowe, nieprecyzyjne i niewiarygodne oraz naruszenie w ten sposób zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - co w efekcie stanowiło naruszenie art. 224 ustawy Pzp (w szczególności art. 224 ust. 1 ustawy Pzp) oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

5. Zaniechanie odrzucenia oferty Soft Communication ze względu na to, że została złożona przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu - co w efekcie doprowadziło do naruszenia art. 239 w związku z art. 226 ust 1 pkt 2 lit b).

6. Zaniechanie odrzucenia oferty Soft Communication ze względu na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia - co w efekcie doprowadziło do naruszenia art. 239 w związku z art. 226 ust 1 pkt 5) ustawy Pzp.

7. Niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Soft Communication, mimo że oferta ta nie jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu i podlegała odrzuceniu - co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ustawy Pzp.

W związku z opisanymi powyżej naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 516 ustawy Pzp odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1) zastosowanie się do Postanowienia z 21 grudnia 2023 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 3723/23), poprzez uwzględnienie w całości zarzutów odwołania z 11 grudnia 2023 r.;

2) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty Soft Communication dokonanego w dniu 8 marca 2024 r.;

3) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;

4) uznanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Soft Communication za niewystarczające i nie potwierdzające, że zaoferowana przez Soft Communication cena jest uzasadniona i nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) odrzucenie oferty Soft Communication jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

6) odrzucenie oferty Soft Communication jako oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

7) odrzucenie oferty Soft Communication jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia;

8) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania i wykazuje swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania tym, że na skutek wadliwych czynności zamawiającego tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Soft Communication oraz zaniechanie odrzucenia

oferty tego wykonawcy, odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia, mimo że jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia i jest najkorzystniejsza w postępowaniu. Odwołujący wskazuje, że w następstwie ww. wadliwych czynności zamawiającego może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową polegającą na braku możliwości wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia. Nieuzyskanie zamówienia może spowodować szkodę w majątku odwołującego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

Przedmiotowe odwołanie jest drugim odwołaniem składanym przez odwołującego w postępowaniu. 1 grudnia 2023 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Soft Communication. 11 grudnia 2023 r. odwołujący złożył odwołanie, które było przedmiotem postępowania prowadzonego pod sygn. akt KIO 3723/23. W odwołaniu zostały podniesione zarzuty:

1.Zaniechanie odrzucenia oferty Soft Communication ze względu na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 w związku z art. 226 ust.1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 224 ustawy Pzp

(w szczególności art. 224 ust. 6),

2.Dokonanie przez zamawiającego błędnej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Soft Communication poprzez nieuzasadnione uznanie przez zamawiającego, iż wyjaśnienia te są wystarczające i uzasadniają cenę zaproponowaną w ofercie przez Soft Communicationa a tym samym potwierdzają, że cena zaproponowana w ofercie przez Soft Communication nie jest rażąco niska, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Soft Communication przez zamawiającego i dokonania przez zamawiającego wadliwego wyboru oferty - co w efekcie doprowadziło do naruszenia art. 239 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 224 ustawy Pzp (w szczególności art. 224 ust. 6 ustawy Pzp),

3.Zaniechanie odrzucenia oferty Soft Communication ze względu na to, że została złożona przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu - co w efekcie doprowadziło do naruszenia art. 239 w związku z art. 226 ust 1 pkt 2 lit b),

4.Niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Soft Communication, mimo że oferta ta nie jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu i podlegała odrzuceniu - co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ustawy Pzp.

W związku z opisanymi powyżej naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Soft Communication dokonanego 1 grudnia 2023 r.; przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert; uznanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Soft Communication za niewystarczające i nie potwierdzające,

że zaoferowana przez Soft Communication cena jest uzasadniona i nie jest rażąco niska

w stosunku do przedmiotu zamówienia; odrzucenie oferty Soft Communication jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; odrzucenie oferty Soft Communication jako oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu; wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W postępowaniu odwoławczym zamawiający pismem z 20 grudnia 2023 r. w całości uznał odwołanie, wskazując, że „W przypadku, gdy wykonawca Soft Communication D.M. nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego, a Izba umorzy postępowanie, Zamawiający wykona, powtórzy lub unieważni czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.

Wykonawca Soft Communication nie złożył sprzeciwu, a postępowanie odwoławcze zostało umorzone postanowieniem z 21 grudnia 2023 r.

Dowód:

- wydruk odwołania wniesionego w sprawie pod sygn. KIO 3723/23
- pismo zamawiającego z dnia 20 grudnia 2023 r., w sprawie pod sygn. KIO 3723/23
- postanowienie z dnia 21 grudnia 2023 r. w sprawie pod sygn. KIO 3723/23

16 stycznia 2024 r. zamawiający podjął jedyną czynność zgodną z ww. zobowiązaniem, tj. unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty. Przez niemal dwa miesiące zamawiający nie podejmował żadnych innych czynności, aż do 8 marca 2024 r., kiedy wbrew zobowiązaniu ponownie dokonał wyboru Soft Communication.

Dowód:

- zawiadomienie z dnia 16 stycznia 2024 r.
- zawiadomienie z dnia 8 marca 2024 r.

Zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W konsekwencji zamawiający był zobowiązany do wykonania i powtórzenia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w poprzednim odwołaniu. Oczywiście jest, że oprócz unieważnienia poprzedniego wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający nie wykonał tego zobowiązania, czym zamawiający naruszył art. 522 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto odwołujący w swoim odwołaniu merytorycznie uzasadnił pozostałe zarzuty odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, co następuje.

Zamawiający uznaje zarzut niezastosowania się do postanowienia z 21 grudnia 2023 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt. KIO 3723/23) i naruszania art. 522 ust. 2 ustawy Pzp za bezzasadny w związku ze stanem faktycznym postępowania i dążeniem zamawiającego do prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający stoi na stanowisku, że oferta Soft nie podlega odrzuceniu ze względu na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ Soft wykazał, że zaoferowana cena jest ceną realną i nie jest rażąco niska. Co za tym idzie, w opinii zamawiającego, nie doszło do naruszenia art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku

z art. 224 ustawy Pzp. Zamawiający stoi na stanowisku, że wyjaśnienia Soft, uwzględniając wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie z 20 lutego 2024 r. (drugie wezwanie dotyczące wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny), potwierdziły, że zaoferowana przez Soft cena nie jest rażąco niska. Co za tym idzie, w opinii zamawiającego, nie doszło do naruszenia art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 224 ustawy Pzp. Zamawiający stoi na stanowisku, że był uprawniony do wystosowania drugiego wezwania do wyjaśnienia zaoferowanej ceny przez Soft, ze względu na ogólnikowość, lakoniczność

i nieprecyzyjność pierwszego wezwania wystosowanego przez Instytut, które polegało

w głównej mierze na wskazaniu przepisu ustawy Pzp. Jednocześnie w pierwszym wezwaniu zamawiający nie wskazał w jasny i jednoznaczny sposób na konieczność złożenia jakichkolwiek dowodów wraz z wyjaśnieniami. Ze względu na powyższe, w opinii zamawiającego, nie doszło do naruszenia art. 224 ustawy Pzp, w szczególności art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w wyniku wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych – wystosowanego zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp oraz wezwania do złożenia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – wystosowanego zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, uzyskał od wykonawcy dokumenty, które potwierdziły spełnienie przez Soft warunków udziału w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, w opinii zamawiającego, nie doszło do naruszenia art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp.

Zamawiający uznał, że oferta Soft jest zgodna z warunkami zamówienia i bezzasadne byłoby jej odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, co za tym idzie nie doszło do naruszenia art. 239 ustawy Pzp ze względu na powyższe.

Zamawiający stoi na stanowisku, że nie doszło do naruszeń przepisów wskazanych przez odwołującego, dlatego też nie jest uzasadnione twierdzenie, że Instytut dokonał wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza i która podlega odrzuceniu. Zatem w opinii zamawiającego, nie doszło do naruszenia art. 239 ustawy Pzp.

Stanowisko zamawiającego w odniesieniu do oczekiwań odwołującego przedstawionych w odwołaniu złożonym 18 marca 2024 r. Zamawiający stoi na stanowisku, że:

- 1) zastosował się do postanowienia z 21 grudnia 2023 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt. KIO 3723/23) w zakresie w jakim było to możliwe bez naruszania przepisów ustawy Pzp;
- 2) nie ma podstaw do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanego 8 marca 2024 r.;
- 3) nieuzasadnione są ponowne badanie i ocena ofert;
- 4) nie zachodzi żadna ze wskazanych przez odwołującego, przesłanka określona w ustawie Pzp, która powinna skutkować odrzuceniem oferty Soft;
- 5) czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana bez naruszenia przepisów ustawy Pzp i nie ma podstaw do wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Stanowisko zamawiającego w odniesieniu do uzasadnienia odwołującego przedstawionego w odwołaniu złożonym 18 marca 2024 r.

Nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem, że zamawiający naruszył ustawę Pzp poprzez zaniechanie wykonania i powtórzenia czynności w postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu uprzednio złożonym przez odwołującego, którego zarzuty zostały uznane przez Instytut. Zgodnie z pierwszym odwołaniem (sygn. akt. KIO 3723/23), Instytut unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z 1 grudnia 2023 r. Następnie zamawiający, mając na uwadze zarzuty odwołującego, dokonał ponownego badania ofert, które w rezultacie doprowadziło do innego skutku niż oczekiwał odwołujący tj. do wyboru oferty Soft. Jednocześnie należy wskazać, że uznanie zarzutów nie może prowadzić do naruszenia ustawy Pzp i bezrefleksyjnego wykonywania żądań odwołującego. Zgodnie z orzecznictwem KIO, takie działanie zamawiającego jest uzasadnione i zgodne z przepisami ustawy Pzp. Powyższe potwierdza bogate

orzecznictwo:

1) sygn. akt. KIO 2003/22 z dnia 23 sierpnia 2022 r.: „Niewątpliwie w świetle art. 522 ust. 1 i 2 ustawy Pzp obowiązek wykonania żądań sformułowanych w odwołaniu musi być postrzegany w odniesieniu do podniesionych w tym odwołaniu zarzutów. Ponadto powołany przepis - tak jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - ma charakter formalny i jest elementem procedury zarówno postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania odwoławczego. Fakt niedokonania czynności zgodnie z żądaniami skutkuje prawem do wniesienia kolejnego odwołania przez wykonawcę i jego merytorycznego rozpatrzenia. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wybór konkretnej oferty w postępowaniu nie staje się prawidłowy jedynie z racji działania mechanizmu przewidzianego w art. 522 Pzp. Zamawiający może dokonując czynności w postępowaniu wykraczać poza zakres okoliczności wskazanych w zarzutach, weryfikować każdą okoliczność mogącą wpłynąć na wynik oceny oferty, nawet jeżeli ostatecznie wynik czynności nie będzie w pełni odpowiadał żądanom uwzględnionego odwołania. Ustawodawca w takiej sytuacji przewidział - jak już wskazano - możliwość ponownego zakwestionowania w drodze odwołania czynności w postępowaniu wykonanych niezgodnie z żądaniami wcześniej uwzględnionego odwołania, co z jednej strony nie zamyka drogi zamawiającemu do przeprowadzenia czynności wymaganych dla zapewnienia ich zgodności z przepisami Pzp regulującymi podstawy materialne decyzji podejmowanych w postępowaniu, a z drugiej strony pozwala wykonawcom na skorzystanie ze środków ochrony prawnej wobec czynności, które nie zostały wykonane zgodnie z żądaniami odwołującego. Przepisy regulujące procedurę odwoławczą nie mogą naruszać zasad przestrzegania przepisów szczególnych regulujących proces udzielania zamówienia publicznego, według których zamawiający zobowiązany jest do oceny ofert w postępowaniu oraz wyboru najkorzystniejszej oferty”;

2) sygn. akt. KIO 651/22 z dnia 24 marca 2022 r.: „Na wstępie, chociaż okoliczność ta odnosi się do zarzutu drugiego, Izba wskazuje, że fakt uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów w pierwszym odwołaniu nie może prowadzić z automatu do stwierdzenia, iż ponowny wybór oferty MSL dokonany miał zostać z naruszeniem przepisów Ustawy. Wybór oferty nie staje się prawidłowy jedynie z racji działania mechanizmu ujętego w art. 522 ust. 1 Ustawy, tj. skutku proceduralnego oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania i obowiązku nałożonego na zamawiającego wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Nie może budzić w tej materii wątpliwości, iż Zamawiający może dokonując czynności w postępowaniu wykraczać poza zakres okoliczności wskazanych w zarzutach, weryfikować każdą okoliczność mogącą wpłynąć na wynik oceny oferty, nawet jeżeli ostatecznie wynik czynności nie będzie w pełni odpowiadał żądanom uwzględnionego odwołania. Ustawodawca w takiej sytuacji przewidział możliwość ponownego zakwestionowania w drodze odwołania czynności w postępowaniu wykonanych niezgodnie z żądaniami wcześniej uwzględnionego odwołania, co z jednej strony nie zamyka drogi zamawiającemu do przeprowadzenia czynności wymaganych dla zapewnienia ich zgodności z przepisami Ustawy regulującymi podstawy materialne decyzji podejmowanych w postępowaniu, a z drugiej strony pozwala wykonawcom na skorzystanie z środków ochrony prawnej wobec czynności, które nie zostały wykonane zgodnie z żądaniami odwołującego. Przepisy regulujące procedurę odwoławczą nie zmieniają zasad, według których zamawiający zobowiązany jest do oceny ofert w postępowaniu. Inny jest ich cel, zatem wytyczna dla zamawiającego zawarta w art. 522 Ustawy, co do sposobu, w jaki zamawiający powinien dokonać czynności objętych zarzutami, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku przestrzegania przepisów szczególnych regulujących proces udzielenia zamówienia publicznego”;

3) sygn. akt KIO 1933/22 z dnia 19 sierpnia 2022 r.: „W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z poglądem wypracowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uwzględnienie zarzutów odwołania nie zobowiązuje zamawiającego do wykonania wszystkich żądań zawartych w odwołaniu. Zamawiający prowadząc postępowanie po uwzględnieniu zarzutów odwołania unieważnia, powtarza albo wykonuje kolejne czynności tak, aby procedura odpowiadała ustawie, co nie zawsze jest tożsame z żądaniami odwołania. Obowiązek wykonania przez zamawiającego żądania odwołania w następstwie uwzględnienia odwołania obejmuje bowiem tylko takie żądania, które są zgodne z właściwymi przepisami prawa materialnego regulującymi czynność lub zaniechanie objęte uwzględnionym odwołaniem” – w wyroku przywołano również wyrok z 12.03.2018 r. sygn. KIO 353/18.

Zamawiający po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 1 grudnia 2023 r., w wyniku badania ofert oraz mając na uwadze wykonane wcześniej (przed pierwszym odwołaniem) czynności stwierdził, że zaistniała konieczność wyjaśnienia stanowiska Soft w zakresie dotyczącym zaoferowanej ceny. Instytut zweryfikował treść pierwotnego wezwania z dnia 24 listopada 2023 r. do złożenia wyjaśnień treści oferty, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W efekcie zamawiający stwierdził, że wspomniane wezwanie jest zbyt ogólne, aby wykonawca

mógł powziąć wystarczającą wiedzę, jakie obszary zamówienia interesują zamawiającego pod względem dokonanej wyceny. Treść wspomnianego wezwania ograniczyła się do przytoczenia treści przepisu art. 224 ust. 4 ustawy Pzp. Jednocześnie Instytut nie wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie muszą być złożone również dowody potwierdzające wyjaśnienia. Zamawiający uznał, iż możliwe jest, że ogólnikowość wyjaśnień Soft nie jest zawiniona i wynika z wadliwości czynności wezwania, które było zbyt ogólne. Z tego względu zamawiający stwierdził, że mając na uwadze konieczność prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nie może „automatycznie” odrzucić oferty Soft, ze względu na niedostateczne wykazanie, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska. W dalszej części uzasadnienia niniejszego pisma kwestia ponownego wezwania Soft do wyjaśnienia ceny została jeszcze rozwinięta, ale należy w tym miejscu wskazać, że w okolicznościach niniejszej sprawy ponowne wezwanie było dopuszczalne, a wręcz konieczne. Prawdopodobnie opisane postępowanie Instytutu potwierdza orzecznictwo KIO: sygn. akt KIO 3027/23 z 30 października 2023 r., sygn. akt KIO 2690/23, KIO 2691/23 z 27 września 2023 r.

Zamawiający w ramach ponownego badania ofert stwierdził, że podmiotowe środki dowodowe, złożone na podstawie wezwania z dnia 8 listopada 2023 r., wystosowanego zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, nie potwierdzają w pełni spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie Instytut zobowiązany był do wezwania Soft do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający uznał, że nie może arbitralnie odrzucić oferty Soft ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zatem Instytut zobowiązany był do podjęcia innych czynności niż te wynikające z żądania odwołującego.

Mając na uwadze powyższe zamawiający stoi na stanowisku, że nie był zobowiązany do odrzucenia oferty Soft i realizacji kolejnych żądań odwołującego, gdyż w ten sposób naruszyłby ustawę Pzp. Z tego wynika, że zarzut naruszenia art. 522 ustawy Pzp powinien zostać oddalony (dotyczy punktów 1-7 uzasadnienia odwołania).

W pozostałej części odpowiedzi na odwołanie, zamawiający odniósł się do pozostałych zarzutów odwołania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego – wykonawca Soft Communication, podzielił stanowisko zamawiającego oraz w piśmie procesowym przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielać w całości stanowisko odwołującego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*”), wskazuje, co następuje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej istotna dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania ma okoliczność związana z rozstrzygnięciem dokonany przez Izbę Postanowieniem z 21 grudnia 2023 roku w sprawie o sygn. akt KIO 3723/23.

Trzeba mieć bowiem na względzie, iż niedopuszczalnym jest przyjęcie stanowiska zamawiającego za zasadne, który twierdzi, że czynności podejmowane przez zamawiającego w ramach ww. sprawy odwoławczej mają charakter *stricto* formalny i pozostają bez wpływu na przedmiotowe rozstrzygnięcie. Wskazać bowiem należy, że w ww. postępowaniu odwoławczym zamawiający oświadczył, iż „*uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu*” i „*w przypadku, gdy wykonawca Soft Communication D.M. nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, a Izba umorzy postępowanie, zamawiający wykona, powtórzy lub unieważni czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu*” (pismo zamawiającego z 20 grudnia 2023 roku).

W postępowaniu prowadzonym w sprawie o sygn. akt KIO 3723/23 wykonawca Soft Communication D.M. oświadczył,

iż nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Tym samym Izba umorzyła przedmiotowe postępowanie odwoławcze, wydając stosowne postanowienie w dniu 21 grudnia 2023 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę na fakt, iż zgodnie z przepisem art. 522 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W konsekwencji zamawiający był zobowiązany do wykonania i powtórzenia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w poprzednim odwołaniu. Oczywistym jest, że poza unieważnieniem poprzedniego wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający nie wykonał tego zobowiązania, czym naruszył przepis art. 522 ust. 2 ustawy Pzp.

Wyżej powołany przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a co za tym idzie niedopuszczalna jest, na obecnym etapie postępowania, swobodna jego interpretacja dokonywana przez zamawiającego.

Należy mieć bowiem na względzie, iż orzeczenia wydawane przez Izbę, czy to w formie postanowienia czy też wyroku, mają tożsamą moc prawną, obligującą uczestników postępowania odwoławczego do ich bezwzględnego wykonania (z wyłączeniem oczywiście sytuacji wniesienia skargi na określone orzeczenie, z czym nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie).

Tym samym zamawiający, zobowiązując się do wykonania określonych czynności w postępowaniu, wynikających po pierwsze z uwzględnionych zarzutów odwołania, po drugie z uwzględnionych żądań odwołującego wykonawcy, przy braku szczegółowego doprecyzowania (jak to próbuje podnosić zamawiający na obecnym etapie postępowania) zakresu dokonanego uwzględnienia odwołania, wywołuje jednoznaczny skutek w postaci obowiązku wykonania wszystkich żądań odwołującego przedstawionych w odwołaniu.

Podkreślić również należy, gdyż okoliczność ta pozostaje w związku ze sprawą, że wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Zachowanie zamawiającego ma niebagatelny wpływ na sytuację podmiotową wykonawcy wnoszącego odwołanie, który wobec zachowania zamawiającego i przystępującego powinien mieć pewność prawidłowego zachowania organu (jakim jest zamawiający) i pewność czynności przez niego podejmowanych. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający naruszył przepis art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, przez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

Gdyby bowiem zamawiający, w oświadczeniu złożonym pismem z 20 grudnia 2023 roku, wskazał jakie zarzuty i żądania zasługują na uwzględnienie, a jakie w ocenie zamawiającego nie zasługują na uznanie oraz konkretnie jakie czynności w postępowaniu zamawiający zamierza przedsięwziąć to odwołujący wykonawca otrzymując taką informację mógłby się do nich odpowiednio odnieść.

Skoro jednak zamawiający oświadczył o całkowitym uwzględnieniu zarzutów odwołania, przy jednoczesnym braku sprzeciwu przystępującego po jego stronie wykonawcy, to zobowiązany był do wykonania żądania odwołującego zgodnie z Jego wnioskiem postawionym w omawianym postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 3723/23, tj. dokonania:

- unieważnienia wyboru najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy Soft Communication dokonanego 1 grudnia 2023 r.;
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;
- uznania wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Soft Communication za niewystarczające i niepotwierdzające, że zaoferowana przez wykonawcę Soft Communication cena jest uzasadniona i nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- odrzucenia oferty wykonawcy Soft Communication jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- odrzucenia oferty wykonawcy Soft Communication jako oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Z przepisu art. 555 ustawy Pzp, wynika, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z przepisu tego nie wynika, co potwierdzają liczne orzeczenia Izby, Sądów Powszechnych oraz doktryny, że Izba związana jest żądaniami postawionymi przez odwołującego się wykonawcę, gdyż przepis ten jest wprost skierowany do Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższego nie sposób rozszerzać na brzmienie przepisu art. 522 ust. 2 ustawy Pzp, który skierowany jest do zamawiającego i wprost nakazuje wykonanie czynności przez zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Tym samym Izba, pozostając w granicach zarzutów odwołania stwierdziła, że zamawiający w wyniku wydania

przedmiotowego wyroku powinien: unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, uznać wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę Soft Communication za niewystarczające i niepotwierdzające, że zaoferowana przez wykonawcę Soft Communication cena jest uzasadniona i nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, odrzucić ofertę wykonawcy Soft Communication jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odrzucić ofertę wykonawcy Soft Communication jako ofertę wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, dokonać ponownego badania i oceny złożonych ofert.

Wyżej wskazane czynności obejmują bowiem zakres żądania odwołującego ze sprawy KIO 3723/23 i nie mogą być przedmiotem oceny Izby w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym (tożsamość zarzutów), w związku z wcześniejszym stanowiskiem zamawiającego oraz przystępującego, który *de facto* zgodził się z czynnością zamawiającego z 20 grudnia 2023 roku.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....