

Sygn. akt: KIO 3472/23

POSTANOWENIE

z dnia 5 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Członkowie: **Aneta Młacka**

Izabela Niedziałek - Bujak

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 5 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2023r. przez odwołującego: **BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Warszawie**(Al. Jerozolimskie 155/U3, 02326 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu, którego postępowanie prowadzi: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku** (ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk), przy udziale: wykonawcy **SCALACE Sp. z o.o. z/s w Legionowie**(ul. Grudzie 39, 05-119 Legionowo) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Warszawie**(Al. Jerozolimskie 155/U3, 02326 Warszawa) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania.

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 2023 r., poz. 1605 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**.

.....
.....
.....

Sygn. akt: 3472/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada. przez wykonawcę **BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. Sp. k. z/s w Warszawie** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z/s w Warszawie** prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku** na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Zblewo-Sucumin” numer referencyjny: O.GD.D- 3.2411.10.2023 Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10/07/2023nr 2023/S 130-414197.

Wykonawca podał, że wnosi odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj.:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy **SCALACE Sp. z o.o.** (dalej: „SCALA”) mimo, że:
 - a) oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w formularzu cenowym poz. 1.2. i 3.2., a także odnośnie kosztów usługi nadzoru i zarządzania, co wykonawca **SCALA** potwierdził w swoich wyjaśnieniach z 8 września 2023 r.;
 - b) wykonawca **SCALA** nie wykazał rentowności swojej oferty;
 - c) oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu kosztu polegający na wskazaniu w poz. 1.2. formularza cenowego że łączny zatrudnienia pracownika biurowego wynosi 3 985,92 zł, co oznacza, że koszt ten został wyceniony poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) (dalej „ustawa o minimalnym wynagrodzeniu”),
 - d) wykonawca ten składając kolejne wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny w dniu 28 września 2023 r., które Zamawiający błędnie uznał za prawidłowe nie wykazał rentowności kosztów złożonej oferty w pozycjach ofertowych mimo wystosowanego do niego przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia ceny odnośnie tych pozycji ofertowych, a także w tych wyjaśnieniach podał inne koszty pracy niż w ofercie i wyjaśnieniach z 8.09.2023

ewentualnie:

- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy **SCALA** mimo, że doszło do niezgodnej z przepisami ustawy PZP i warunków zamówienia zmiany treści oferty wykonawcy **SCALA** w zakresie pkt 1.2 oferty – Pracownik biurowy, gdyż w treści oferty koszt jednostkowy netto w PLN podano jako 4000 złotych netto natomiast zgodnie z wyjaśnieniami z 28 września 2023 r., koszt ten wynosi 4 337,28 złotych;

ewentualnie:

- 3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy **SCALA**, mimo, że jeżeli uznać wyjaśnienia tego wykonawcy z dnia 28 września 2023 r. w zakresie kosztów Pracownika biurowego (poz. 1.2 Formularza Cenowego) to doszło do przekroczenia 15 % limitu w zakresie wysokości kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatecznego Świadczenia Przejęcia, co powinno skutkować odrzuceniem oferty **SCALA** zgodnie z postanowieniem 17.4

SWZ

ewentualnie:

4) zaniechanie wykluczenia wykonawcy SCALA, mimo, że wykonawca ten nie wykazał, że skutecznie przeprowadził procedurę self-cleaning opisaną w art. 110 ust. 2 ustawy PZP mimo tego, że był do tego zobowiązany w związku z wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 109 ust.1 pkt. 10 ustawy PZP z postępowania pn: „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Rozbudowa drogi krajowej nr 65 na odcinku Kowale Oleckie - początek obwodnicy Olecka od km 21+210 do km 35+031,37” oraz próbował w tym zakresie wprowadzić Zamawiającego w błąd gdyż bez wezwania ze strony Zamawiającego nie ujawnił by tego faktu. Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, w zw. rozporządzeniem z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu poprzez: zaniechanie odrzucenia oferty SCALA mimo, że oferta ta zgodnie z wyjaśnieniami ceny z 8 września 2023 r., w zakresie kosztu zatrudnienia pracownika biurowego znajduje się poniżej wysokości minimalnego wynagrodzenia oraz zawiera błąd w obliczeniu kosztu i bezpodstawnym wzięciu pod uwagę przez Zamawiającego, wyjaśnień ceny z 28 września 2023 r. w których ujawniły się inne koszty pracy niż podane w pierwszych wyjaśnieniach i treści oferty firmy SCALA co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz nieodrzućenia oferty oraz nieodrzućenia oferty SCALA mimo tego, że wykonawca ten nie wykazał rentowności swojej oferty mimo tego, że był do tego wezwany na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP ;

ewentualnie w przypadku braku uznania zasadności ww. zarzutu:

2) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SCALA mimo tego, że doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty w zakresie kosztów w zakresie wysokości kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatecznego Świadczenia Przejęcia, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców;

ewentualnie w przypadku braku uznania zasadności ww. zarzutów:

3) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z postanowieniem 17.4 SWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SCALA mimo, że wykonawca ten złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia poprzez przekroczenie 15 % limitu w zakresie wysokości kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatecznego Świadczenia Przejęcia co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

ewentualnie w przypadku braku uznania zasadności ww. zarzutów:

4) zarzut naruszenia art. 111 pkt 6 w zw. z 110 ust. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP poprzez niewykluczenie wykonawcy SCALA z Postępowania, mimo, że wykonawca nie wykazał, że skutecznie przeprowadził procedurę self-cleaning z art. 110 ust. 2 ustawy PZP mimo, że był do jej przeprowadzenia zobowiązany w związku z tym, że był wykluczony na podstawie art. 109 ust.1 pkt. 10 ustawy PZP z postępowania pn: „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Rozbudowa drogi krajowej nr 65 na odcinku Kowale Oleckie - początek obwodnicy Olecka od km 21+210 do km 35+031,37” oraz naruszył art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP poprzez zamierzone działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w Postępowaniu lub poprzez lekkomyślność lub niedbalstwo przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez nie ujawnienie faktu wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP z własnej inicjatywy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty SCALA, i wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca wskazał: *Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta zajęła drugie miejsce w kwalifikacji ofert dokonanej przez Zamawiającego. Pierwsze miejsce zajęła nielusnie oferta SCALA. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem Zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów PZP, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie Zamówienia. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu ubiegania się o zamówienie na zgodnych z prawem i uczciwą konkurencją warunkach i uzyskania zamówienia, a zatem uzyskania zysku z tytułu jego wykonania.*

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego w piśmie z dnia 24/11/23 zgłosił wykonawca SCALA.CE Sp. z o.o. z/s w Legionowie (wykonawca SCALA lub Przystępujący), w którym podał: (... *Zamawiający dnia 21 listopada 2023 r. przekazał Przystępującemu kopię odwołania, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego jest więc dokonane w ustawowym terminie 3 dni zgodnie z art. 525 ust. 1 p.z.p. Stosownie do treści art. 525 ust. 1 p.z.p. wskazuję, że Przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Interes ten polega na tym, że Zamawiający dnia 10 listopada 2023 roku wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego, co doprowadzi do udzielenia zamówienia Przystępującemu. Na skutek jednak wniesienia przez Odwołującego odwołania wybór oferty Przystępującego został podważony, co w konsekwencji może uniemożliwić Przystępującemu uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu. Wskazuję, że zgodnie z treścią art. 525 ust. 2 p.z.p. kopia przystąpienia została przesłana Zamawiającemu oraz Odwołującemu w dniu 24 listopada 2023 r., na dowód czego składam potwierdzenie przesłania zgłoszenia przystąpienia*).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 1/12/23 oświadczył, że: (...)

1) *uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów 1-3 odwołania, jednak odnoszących się wyłącznie do pozycji nr 1.2. Formularza cenowego Zgłaszającego Przystąpienie określającej element rozliczeniowy „Personel biurowy”;*
2) *w pozostałym zakresie - tj. w zakresie 1-3 odwołania odnoszących się do pozycji 2.1 Formularza cenowego Zgłaszającego Przystąpienie określającej element rozliczeniowy „Eksperci kluczowi” oraz pozycji 3.2. Formularza cenowego określającej element rozliczeniowy „Personel biurowy” – wnosi o oddalenie odwołania i obciążenie kosztami postępowania Odwołującego, w tym zasądzenie do Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa*

przed Krajową Izbą Odwoławczą na podstawie przedłożonej w toku rozprawy faktury;

3)a w wypadku niewniesienia przez Zgłaszającego przystąpienie sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania, o którym mowa w pkt 1, wnosi o umorzenie postępowania”.

Odwołujący w piśmie z dnia 4/12/23 oświadczył: (...) wycofuję złożone odwołanie w zakresie w jakim nie zostało uwzględnione przez Zamawiającego – Odpowiedź na odwołanie z 1 grudnia 2023 r. Odwołanie dotyczyło postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Zblewo-Sucumin” numer referencyjny: O.GD.D-3.2411.10.2023.

Na podstawie, § 9 ust. 1 pkt 2 lit. „b” dnia 31 grudnia 2020 r., 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, wnoszę o dokonanie zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu 100 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu.”

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca SCALA.CE Sp. z o.o. z/s w Legionowie podał: (...) w nawiązaniu do pisma z dnia 1 grudnia 2023 r. pn. Odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie, w którego to treści Zamawiający uwzględnił część zarzutów Odwołania oraz faktu, iż Odwołujący wycofał pismem z dnia 4 grudnia 2023 r. złożone przez siebie wcześniej Odwołanie w zakresie, w jakim nie zostało ono uwzględnione przez Zamawiającego, oświadczam niniejszym, iż Przystępujący nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów w treści wskazanej powyżej odpowiedzi na Odwołanie”.

Izba zważyła, co następuje:

Działając na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

W myśl art. 522 ust. 3 Pzp: „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów”.

Tak jak wskazano Zamawiający - Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu, którego postępowanie prowadzi: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku uwzględnił w części zarzuty odwołania w zakresie zarzutów 1-3 odwołania, (...) odnoszących się wyłącznie do pozycji nr 1.2. Formularza cenowego Zgłaszającego Przystąpienie określającej element rozliczeniowy „Personel biurowy”;

Z kolei wnoszący odwołanie wykonawca - BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Warszawie oświadczył w nawiązaniu do powyższej decyzji Zamawiającego, że w zakresie w jakim nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego zarzuty wycofuje odwołanie.

Natomiast zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca SCALA.CE Sp. z o.o. z/s w Legionowie w pisemnym oświadczeniu przed wyznaczonym terminem na posiedzenie oświadczył, że (...) Przystępujący nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów w treści wskazanej powyżej odpowiedzi na Odwołanie”.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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). W niniejszej sprawie koszty znosi się wzajemnie z uwagi na to, że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane, a uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W takim przypadku Izba orzeka również o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej wysokości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....
.....
.....