

Sygn. akt: KIO 2667/23

POSTANOWENIE
z dnia 21 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 21 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2023 r. przez wykonawcę **New Amsterdam Sp. z o.o., ul. Fabryczna 20A, 31-553 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Archeologiczne w Krakowie, ul. Senacka 3, 31-002 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Serenissima Sp. z o.o., ul. Rozbrat 32/10, 00-429 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **New Amsterdam Sp. z o.o., ul. Fabryczna 20A, 31-553 Kraków** zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego 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 (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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1667/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Muzeum Archeologiczne w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utworzenie strefy edukacyjno - kulturalnej w zabytkowym gmachu Muzeum Archeologicznego w Krakowie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr: 2023/S 077-233533. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) dalej: „ustawa Pzp”.

W dniu 11 września 2023 r. wykonawca New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze w dniu 1 września 2023 r. najkorzystniejszej oferty, a to oferty wykonawcy Serenissima Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która winna ulec odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 223 i art. 223 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności przez Zamawiającego w postaci poprawy oczywistych pomyłek pisarskich oraz powiadomienia o tym fakcie oferenta Serenissima Sp. z o.o. w toku wykonywanej czynności badania ofert, co w konsekwencji doprowadziło do nieuznania przez Zamawiającego, iż wskazywane

w odwołaniu oferenta błędy w ofercie nie zostały uznane za oczywiste pomyłki i ocena oferty miała miejsce w jej pierwotnym brzmieniu,

co spowodowało

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp i 66 kc poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Serenissima Sp. z o.o., jako niezgodnej ze specyfikacją warunków zamówienia polegającej na niespełnieniu wymagań Zamawiającego, określonego w SWZ –

a wymienionych enumeratywnie w odwołaniu do KIO, które Zamawiający uznał w części

przez co w konsekwencji doszło do

- naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Serenissima Sp. z o.o., która winna podlegać odrzuceniu i zaniechania wyboru oferty wykonawcy New Amsterdam Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej wg oceny przesłanek z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp i spełniającej wszystkie wymogi Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu uchylecia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Serenissima Sp. z o.o.
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia przeprowadzenia czynności oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy Serenissima Sp. z o.o., jako niezgodnej ze specyfikacją warunków zamówienia, zaniechania odrzucenia oferty New Amsterdam Sp. z o.o. oraz nakazanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy New Amsterdam Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i spełniającej wszystkie wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania wskazana w art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli dotyczy ono 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.

Izba ustaliła, że kwestionowane przez Odwołującego czynności wykonane zostały w wyniku rozpoznania wcześniejszego odwołania wniesionego w dniu 21 lipca 2023 r. przez wykonawcę Serenissima Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, co potwierdza sam Odwołujący w treści wniesionego odwołania.

We wcześniejszym odwołaniu Serenissima Sp. z o.o. skarżyła czynność bezzasadnego uznania za najkorzystniejszą oferty New Amsterdam Sp. z o.o., podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, a także czynność odrzucenia oferty Serenissima Sp. z o.o., mimo iż w ofercie tej konieczne było poprawienie nieistotnych omyłek i uznanie jej za zgodną z dokumentami zamówienia i niepodlegającą odrzuceniu.

Serenissima Sp. z o.o. zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

A – dotyczących oceny oferty Serenissima Sp. z o.o.

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności obowiązkowej tj. poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek w ofercie niepowodujących istotnych zmian w treści oferty a polegających na niezgodności z dokumentami zamówienia co spowodowało jej niezgodność z prawem odrzucenie.

B – dotyczących oceny oferty uznanej za najkorzystniejszą

2. Art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, który znajduje zastosowanie w postępowaniu ze względu na rozdział VI ust. 4 pkt 4.6 SWZ, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), a Zamawiający naruszył te przepisy nie wykluczając wykonawcy New Amsterdam Sp. z o.o. z postępowania

i nie odrzucając jego oferty mimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje dotyczące ocenianego w kryteriach doświadczenia osób kierowanych do wykonania zamówienia, oraz dotyczące cech oferowanego świadczenia.

3. Art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy New Amsterdam Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca złożył ofertę podlegającą odrzuceniu ze względu na niezgodność z dokumentami zamówienia.

4. Art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp tej ustawy w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 3) poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy New Amsterdam sp z o.o. do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej za istotną część składową zamówienia i w konsekwencji brak odrzucenia oferty.

Wykonawca Serenissima Sp. z o.o. wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2) powtórzenia czynności badania ofert i dokonanie odrzucenia oferty New Amsterdam, w tym ze względu na podleganie wykluczeniu z postępowania,
- 3) uznania za niepodlegającą odrzuceniu oferty odwołującego wskutek poprawienia nieistotnych omyłek w jej treści.

W odpowiedzi na ww. odwołanie z dnia 1 sierpnia 2023 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w części w zakresie zarzutów naruszenia:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności obowiązkowej tj. poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty a polegających na

niezgodności z dokumentami co spowodowało jej niezgodne z prawem odrzucenie,

2. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, który znajduje zastosowanie w postępowaniu ze względu na rozdział VI ust. 4 pkt 4.6 SWZ w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), a zamawiający naruszył te przepisy nie wykluczając wykonawcy New Amsterdam sp. z o.o. z postępowania i nie odrzucając jego oferty mimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje dotyczące ocenianego w kryteriach doświadczenia osób kierowanych do wykonania zamówienia oraz dotyczące cech oferowanego świadczenia,

3. art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy New Amsterdam sp. z o.o. pomimo iż wykonawca złożył ofertę podlegającą odrzuceniu ze względu na niezgodność z dokumentami zamówienia,

Wykonawca Serenissima Sp. z o.o. w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego w części odwołania, cofnął zarzuty w nieuwzględnionym zakresie, o czym zawiadomił pismem z dnia 1 sierpnia 2023 r.

Zaznaczenia wymaga, że wykonawca New Amsterdam Sp. z o.o. nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez Serenissima Sp. z o.o. W ten sposób wykonawca New Amsterdam Sp. z o.o. nie skorzystał

z przysługującego mu uprawnienia do obrony własnej oferty, jak również z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Wobec powyższego, Izba na podstawie przepisu art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwołanie – postanowienie KIO z dnia 2 sierpnia 2023 r., sygn. akt KIO 2131/23.

Odwołanie wniesione w dniu 11 września 2023 r. przez wykonawcę New Amsterdam Sp. z o.o. w sposób budzący wątpliwości dotyczy czynności wykonanych przez Zamawiającego w dniu 1 września 2023 r. zgodnie z żądaniami odwołania wniesionego przez Serenissima Sp. z o.o. W tym miejscu zauważyć należy, że zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy zamawiający uwzględnia część zarzutów, a pozostałe zarzuty zostają wycofane, zaś po stronie zamawiającego nie przystąpi żaden wykonawca (taka sytuacja miała miejsce w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2131/23), zamawiający zobowiązany jest wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W konsekwencji, zgodnie z art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli dotyczy ono 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. Celem ww. normy jest uniemożliwienie wystąpienia w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym. Przepis ten stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która ma zapobiegać ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie. Wymaga wskazania, że przepisy ustawy Pzp przede wszystkim dają możliwość wykonawcy do uczestniczenia w postępowaniu odwoławczym w roli przystępującego i do obrony własnych interesów chociażby przez zgłoszenie sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów (art. 523 ust. 1 ustawy Pzp). Jeżeli wykonawca nie skorzysta z przysługujących mu uprawnień, prawidłowość czynności zamawiającego wykonanych w trybie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp może zostać podważona wyłącznie w drodze wniesienia skargi na orzeczenie Izby. Wyłącznie sądowi działającemu jako instancja odwoławcza przysługuje kognicja do orzekania co do istoty sprawy dotyczącej kwestionowania czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z orzeczeniem Izby (tak postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2017 roku sygn. akt KIO 451/17).

W przedmiotowej sprawie istotna jest okoliczność, że wykonawca New Amsterdam Sp. z o.o. zrezygnował z obrony swoich praw nie zgłaszając przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2131/23. W ten sposób wykonawca New Amsterdam Sp. z o.o. zaniechał obrony własnej oferty. Jak stanowi art. 527 ustawy 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. Wobec powyższego, czynności wykonane przez Zamawiającego zgodnie z wynikiem postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2131/23 nie mogą być obecnie kwestionowane przez Odwołującego.

W tym stanie rzeczy, uwzględniając wniosek złożony przez Zamawiającego w piśmie z dnia 18 września 2023 r. oraz wniosek Przystępującego Serenissima Sp. z o.o. z dnia 12 września 2023 r., Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 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).

Przewodniczący:.....