Sygn. akt: KIO 2714/23

POSTANOWIENIE
z dnia 28 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Członkowie: Renata Tubisz
Adriana Urbanik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 28 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2023 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Kuryłowicz & Associates sp. z o.o. oraz A.S. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PIG Architekci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz GMT sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy JSK Architekci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Kuryłowicz & Associates sp. z o.o. oraz A.S. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i 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 Konsorcjum firm Kuryłowicz & Associates sp. z o.o. oraz A.S. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 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 (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. 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: ……
Członkowie: ……
……

Sygn. akt KIO 2714/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wykonawczego pn. *„Przygotowanie dokumentacji projektowej dla Wieży Kontroli Ruchu Lotniczego (ATCT) w ramach Umowy Ramowej 1 dla Obiektów Wspierający Lotnisko”* nr postępowania FZA.2510.38.2023/AW/UW/SIE-1/1, w ramach udzielonego wcześniej zamówienia publicznego na zawarcie umowy ramowej 1 pn. *„Przygotowanie dokumentacji projektowej dla Obiektów Wspierających Lotnisko - Umowa Ramowa 1,”* nr postępowania: 66/22/AW/PZP/175.

W dniu 14 września 2023 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Kuryłowicz & Associates sp. z o.o. oraz A.S. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec dokonania wyboru oferty złożonej przez JSK Architekci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Przystępujący JSK, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp poprzez wybór oferty, która powinna mieć przypisaną inną – niższą – wartość punktową na podstawie kryteriów oceny ofert z SWZ. Zarzut dotyczył kryterium „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego”, a Odwołujący zakwestionował przyznanie ofercie Przystępującego JSK 10 pkt w ww. kryterium.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazany zarzut wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

W dniu 26 września 2023 r. Przystępujący JSK złożył pismo procesowe, w którym wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp, tj. jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie, względnie o jego

oddalenie. Przystępujący uzasadniając wniosek wskazał, że jako termin składania i otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu wyznaczono 16 czerwca 2023 r. Tego dnia Zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert i przekazał wykonawcom Informację z otwarcia ofert. Jednocześnie, w dniu 16 czerwca 2023 r. Zamawiający rozpoczął czynność badania ofert i oceny prawidłowo złożonych ofert, w tym między innymi oferty Odwołującego i oferty Przystępującego. Odwołujący był świadom, że Zamawiający bada i ocenia oferty, gdyż w dniu 30 czerwca 2023 r. został przez Zamawiającego wezwany na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy pzp do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie oświadczenia złożonego w pkt 11 formularza oferty Odwołującego. W związku z powyższym, Odwołujący musiał być również świadom tego, że w tym samym czasie Zamawiający badał i oceniał będzie także ofertę Przystępującego, między innymi w zakresie prawidłowo złożonego wraz z ofertą Wykazu Personelu Kluczowego. W dniu 27 lipca 2023 r. dokonano w przedmiotowym postępowaniu (po raz pierwszy) wyboru najkorzystniejszej oferty oraz oceny pozostałych ofert w oparciu o określone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert. Zamawiający w tym samym dniu nie tylko wybrał ofertę wykonawcy Konsorcjum PIG Architekci sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz GMT sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) ale także ocenił ofertę Przystępującego klasyfikując go na 2 pozycji, zaś ofertę Odwołującego na pozycji nr 3. W związku z tym, aby w ww. sytuacji i w realiach przedmiotowego postępowania stworzyć sobie możliwość uzyskania zamówienia, Odwołujący powinien był wnieść odwołanie i postawić zarzuty przeciwko zasadności czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych zarówno wobec sklasyfikowanego na 1 pozycji Konsorcjum PIG, jak i wobec sklasyfikowanego na 2 pozycji Przystępującego. Odwołujący wniósł wówczas odwołanie (które następnie wycofał) jedynie od czynności wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum PIG Architekci ale nie postawił żadnych zarzutów wobec czynności lub zaniechań w zakresie badania i oceny oferty Przystępującego, mimo iż okoliczności podnoszone obecnie w odwołaniu (tj. uprawnienia i doświadczenie p. M.R.) nie zmieniły się i były lub co najmniej powinny być – przy zachowaniu należytej staranności - Odwołującemu znane w takim samym stopniu, jak i obecnie. Mając na uwadze powyższe uznać w ocenie Przystępującego JSK należy, że terminem na wniesienie odwołania w przedmiocie dokonania przez Zamawiającego oceny oferty Przystępującego w zakresie uprawnień i doświadczenia p. M.R. był przewidziany ustawowo 10 dniowy termin, który rozpoczął swój bieg od dnia następującego po dniu, w którym przekazano wszystkim wykonawcom informację o dokonaniu (pierwotnej) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. 27 lipca 2023 r. Termin ten minął 7 sierpnia 2023 r. Wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu nie otworzył Odwołującemu kolejnego 10 dniowego terminu na wniesienie odwołania. W kontekście badania i oceny oferty Przystępującego nie pojawiły się bowiem w postępowaniu żadne nowe dokumenty. Przyznanie Przystępującemu punktów w kryterium „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego" za wykonanie zadania pn. „Rozbudowa lotniska (Terminala 1) w Monachium" nastąpiło już podczas pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty. Okoliczności będące przedmiotem odwołania były znane lub – przy zachowaniu należytej staranności – powinny być znane wszystkim wykonawcom (w tym także Odwołującemu) już na wcześniejszym etapie postępowania. Odwołujący miał zatem możliwość zapoznania się z taką oceną oferty Przystępującego i mógł ją wówczas zakwestionować, czego jednak nie uczynił, co pozbawiło go możliwości zakwestionowania ww. oceny na obecnym etapie postępowania. W orzecznictwie Izby przyjmuje się jednolicie, że w przepisach ustawy pzp przewidziano zasadę koncentracji środków odwoławczych. Jak wskazano w szeregu orzeczeń Izby, m.in. w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2812/22, zasada koncentracji środków ochrony prawnej nakłada na każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek aktywnego uczestnictwa w procedurach zgłaszania środków ochrony prawnej, tj. stawiania zarzutów zamawiającemu. Realizując postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, ustawodawca nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie. Dotyczy to zwłaszcza zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań Zamawiającego. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mogły być podniesione na wcześniejszym etapie, tj. po pierwszym badaniu i ocenie ofert. Podsumowując Przystępujący wskazał, że odwołanie jest spóźnione i podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie pzp.

W dniu 26 września 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp, względnie o jego oddalenie. Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania Zamawiający podniósł, że obecne odwołanie zostało wniesione na powtórzone czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2023 r. (sygn. akt: KIO 2354/23) wydanym w tym samy toczącym się przedmiotowym postępowaniu w wyniku wniesienia odwołania przez JSK Architekci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 7 sierpnia 2023 roku. KIO nakazało Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty konsorcjum firm PIG Architekci sp. z o.o. (Lider) z siedzibą w Warszawie oraz GMT sp. z o.o. (Partner) z siedzibą w Mysłowicach. Zamawiający uwzględnił odwołanie JSK Architekci sp. z o.o. w zakresie zarzutu dot. nieprawidłowej weryfikacji i oceny oferty Wykonawcy Konsorcjum K&A poprzez przyznanie tej ofercie niewłaściwej liczby punktów w Kryterium oceny ofert „Doświadczenie Personelu" oraz „Organizacja prac".

Wykonując czynności zgodnie z treścią wyroku Izby, o którym mowa pkt 1.1., a także zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w przypadku wskazanym w pkt 1.2., Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, przystąpił do ponownego badania i oceny ofert w wyniku czego odrzucił ofertę Wykonawcy Konsorcjum PIG, przyznał mniejszą liczbę punktów ofercie złożonej przez Wykonawcę Konsorcjum K&A w kryterium oceny ofert „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego" i w kryterium oceny ofert „Organizacja prac" oraz 4 września br. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy JSK Architekci sp. z o.o. (występującego jako Przystępujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym). Wykonawca Konsorcjum K&A wniósł w dniu 13 września 2023 roku odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 poprzez wybór oferty (przyp. JSK Architekci sp. z o.o.), która powinna mieć przypisaną inną – niższą – wartość punktową na podstawie kryteriów oceny ofert z SWZ. Według Odwołującego jedna z osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego wskazanego w ofercie złożonej przez Wykonawcę JSK Architekci sp. z o.o. rzekomo nie spełnia wymagań określonych w SWZ dla Kryterium oceny ofert „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego" i nie powinna uzyskać takiej ilości punktów jaką przyznał Zamawiający, tj. 10 punktów (łącznie w 16,25 pkt w tym kryterium). W ocenie Odwołującego przyznana liczba punktów, której ta osoba powinna być pozbawiona przesądziła, że jego oferta ma niższy bilans punktowy niż oferta wybrana. Stosownie do powyższego Zamawiający zauważył, że informacja o przyznanej w kryterium „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego" liczbie punktów w ofercie Wykonawcy JSK Architekci sp. z o.o. była znana już na etapie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty przesłanej wykonawcom w dniu 27 lipca 2023 roku. Zamawiający w tym zakresie przy powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, wskutek wykonania wyroku KIO o sygn. akt KIO 2354/23, nie dokonał żadnej zmiany pozostawiając liczbę punktów w pierwotnie przyznanej. Liczba przyznanych punktów, obecnie kwestionowana z uwagi na rzekomy brak wymaganych uprawnień przez projektanta w specjalności architektonicznej, nie była przedmiotem zarzutów podnoszonych przez żadnego z wykonawców uczestniczących w postępowaniu na etapie składania środków ochrony w związku z pierwszym wyborem najkorzystniejszej oferty opublikowanym w dniu 27 lipca 2023 roku, w tym przez Odwołującego.

Zamawiający stoi na stanowisku, że zarzut jaki w odwołaniu przedstawił Odwołujący, jest spóźniony. Jest to bowiem zarzut, który najpóźniej powinien zostać zgłoszony w terminie 10 dni licząc od dnia 27 lipca 2023 roku, a nie od czynności powtórzonego wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. od 4 września br. W odniesieniu do okoliczności oceny oferty Konsorcjum JSK Architekci sp. z o.o. w kryterium „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego", która nie uległa zmianie i pozostała taka sama od etapu dokonania pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, obecnie nie może być skutecznie kwestionowana, tj. po upływie terminu na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, który upłynął 7 sierpnia br. Do tego dnia Odwołujący mógł i powinien kwestionować liczbę punktów przyznanych ofertom w każdym przyjętym kryterium oceny ofert w stosunku do wszystkich ofert, które zostały złożone w postępowaniu. Podnoszony zarzut dotyczy okoliczności, które zostały ujawnione znacznie wcześniej niż informacja o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty będąca wynikiem wykonania wyroku KIO. W ocenie Zamawiającego, nie pojawiły się żadne nowe okoliczności, które nie mogłyby być podniesione przez Odwołującego przy odwołaniu wnoszonym przez niego po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty i które na obecnym etapie postępowania stanowiłyby podstawę skutecznego skorzystania przez Odwołującego ze środka ochrony prawnej. Za nowe okoliczności nie sposób uznać próby podważenia doświadczenia projektanta w specjalności architektonicznej i niezmienionej jego oceny w postaci przyznania tej samej liczby punktów w powtórzonym wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej za pomocą nowo pozyskanych dowodów. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie przedstawił żadnych nowych dowodów, a jedynie podał w wątpliwość informacje przedstawione przez Przystępującego JSK Architekci sp. z o.o. w Wykazie osób w odniesieniu do wykonania jednego z zamówień przez jednego z projektantów. Co więcej Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że informacje te są nieprawdziwe, a także nie wskazał co stanowiło podstawę powzięcia wątpliwości podniesionych w odwołaniu. Termin na wniesienie odwołania od błędnie przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny ofert biegł od dnia przekazania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (pierwotnej), ponieważ jak wskazano wyżej, to w momencie przekazania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (pierwotnej) Zamawiający mógł naruszyć przepisy ustawy pzp, a Odwołujący miał możliwość powzięcia wiadomości o tym naruszeniu i mógł skutecznie negować wynik tego postępowania korzystając z przysługującego mu prawa do odwołania – z którego skorzystał po pierwotnym wyborze najkorzystniejszej oferty w stosunku do oferty Konsorcjum PIG, w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny. Prezentowane przez Zamawiającego stanowisko jest przejawem stosowania zasady koncentracji środków ochrony prawnej przewidzianej przepisami ustawy pzp, która nakłada na każdego uczestnika postępowania obowiązek aktywnego uczestnictwa w procedurach zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności lub zaniechań Zamawiającego na właściwym jego etapie. Realizuje się tym samym zasada szybkości postępowania, a w konsekwencji spójności wyniku tego postępowania. Podnoszenie przez Odwołującego w ramach kolejnego odwołania okoliczności, które znanemu mu były lub z którymi mógł się zapoznać przy

pierwotnym wyborze oferty (a wręcz od dnia złożenia oferty przez Przystępującego JSK Architekci sp. z o.o.) i które mógł ujawnić po pierwotnym badaniu i ocenie ofert Zamawiający uznaje za niedopuszczalną sytuację naruszającą zasadę koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej. Zaburzeniem tej zasady jest wynajdywanie coraz to nowych przyczyn służących jako podstawa do wnoszenia kolejnych odwołań przez wykonawcę niezadowolonego z wyniku postępowania po nakazanej z innych względów ponownej ocenie ofert. Podobnie w postanowieniach: z dnia 12 stycznia 2022 roku sygn. akt KIO 3755/21, z dnia 18 lutego 2013 roku sygn. akt 246/13, z dnia 18 września 2014 roku sygn. akt KIO 1798/14, z dnia 11 grudnia 2014 roku sygn. akt KIO 2523/14. Termin wniesienia odwołania ma charakter zawity. Wykonawca Konsorcjum K&A jest tym terminem związany a jego upływ w dniu 7 sierpnia 2023 roku spowodował utratę możliwości skorzystania ze środka ochrony prawnej co do zarzutu niewłaściwie przyznanej przez Zamawiającego ilości punktów ofercie Wykonawcy JSK Architekci sp. z o.o. w kryterium oceny ofert „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego". Określony ustawą termin na wniesienie odwołania od ww. czynności Zamawiającego jako termin prekluzyjny nie podlega przywróceniu w żadnym wypadku. Jego stanowczy charakter służy sprawnemu prowadzeniu przez Zamawiającego postępowania. Dochowanie tego terminu ma kluczowane znaczenie dla kwestionowania decyzji Zamawiającego. Wynajdywanie zarzutów, w odniesieniu do informacji znanych i będących w posiadaniu przez wykonawców, w tym Odwołującego od końca lipca, w wyniku niezadawalającego wyniku postępowania należy uznać za czynność zmierzającą do przewlekłości przedmiotowego postępowania. Dlatego w ocenie Zamawiającego Odwołujący mógł kwestionować czynność przyznania takiej liczby punktów ofercie Wykonawcy JSK Architekci sp. z o.o. do dnia 7 sierpnia br., po tym terminie wnoszenie w tym zakresie zarzutów należy uznać za spóźnione, działanie Konsorcjum K&A za niemieszczące się w regulacjach ustawowych, a odwołanie za podlegające odrzuceniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca JSK Architekci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PIG Architekci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz GMT sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, dokumentacji postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2354/23 oraz KIO 2316/23, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz pismo procesowe Przystępującego JSK wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 27 lipca 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PIG Architekci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz GMT sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach. W informacji o wyborze Zamawiający poinformował Wykonawców o przyznanej punktacji każdej z ofert w poszczególnych kryteriach oceny ofert. Zamawiający przyznał ofercie Przystępującego JSK 16,25 punktów w kryterium: „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego". Oferta Odwołującego zajęła trzecie miejsce w rankingu ofert.

W dniu 7 sierpnia 2023 r. odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PIG Architekci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz GMT sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach, zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę oraz wobec przyznania ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Kuryłowicz & Associates sp. z o.o. oraz A.S. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nieprawidłowej punktacji wniósł wykonawca JSK

Architekci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2354/23).

Ponadto, Izba ustaliła, że w dniu 7 sierpnia 2023 r. odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PIG Architekci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz GMT sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach oraz zaniechania wezwania tego Wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Kuryłowicz & Associates sp. z o.o. oraz A.S. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2316/23).

Wyrokiem z dnia 24 sierpnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2354/23 Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PIG Architekci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz GMT sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach. Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania dotyczący przyznania ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Kuryłowicz & Associates sp. z o.o. oraz A.S. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nieprawidłowej punktacji.

Ponadto, postanowieniem z dnia 22 sierpnia 2023 r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2316/23 z uwagi na wycofanie odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm Kuryłowicz & Associates sp. z o.o. oraz A.S. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 4 września 2023 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Ponadto, w dniu 4 września 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy JSK Architekci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W informacji podano, że oferta Przystępującego JSK uzyskała 16,25 punktów w kryterium: „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego".

Mając na względzie powyższe ustalenia Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy pzp.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że zgodnie z art. 513 ustawy pzp odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na projektowane postanowienie umowy bądź zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Ponadto art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy pzp stanowi, że odwołanie wnosi się: *„1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej."*

Dalej podnieść należy, że zasada koncentracji środków ochrony prawnej występuje w orzecznictwie Izby jako przejaw realizacji zasady szybkości i sprawności postępowania. Wniesienie środka ochrony prawnej ma na celu ochronę interesów wykonawcy poprzez dokonanie weryfikacji ofert konkurentów i wskazanie nieprawidłowości w czynnościach Zamawiającego, niemniej jednak nie powinno być wykorzystywane dla przewlekłości procedury udzielenia zamówienia. Wykonawca w związku z danym zachowaniem zamawiającego (czynnością bądź zaniechaniem) jest zobowiązany podnieść wszystkie zarzuty, wobec których może powziąć na danym etapie informacje. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą środkami ochrony prawnej. Nie do zaakceptowania jest pogląd, że wykonawca jest uprawiony wnosić kolejne odwołania powołując się na okoliczności, które były mu wiadome już przy np. poprzednim wyborze oferty najkorzystniejszej, doprowadzając do kolejnych unieważnień wyborów oferty najkorzystniejszej. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej wymaga każdorazowo analizy danego stanu faktycznego. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z naruszeniem tej zasady, co skutkuje uznaniem odwołania za wniesionego z uchybieniem terminu, z przyczyn wskazanych poniżej.

Zauważyć należy, że odwołanie zostało wniesione wobec ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, a właściwie wobec przyznania ofercie wykonawcy JSK Architekci sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zbyt dużej (o 10 pkt) ilości punktów w kryterium: „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego". Istotnym dla ustalenia czy odwołanie zostało wniesione w terminie jest zatem określenie, kiedy Zamawiający dokonał oceny ofert skutkującej przyznaniem punktów każdej ofercie w poszczególnych kryteriach oceny ofert i kiedy powiadomił wykonawców o tej czynności. Jak Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania, że Zamawiający dokonał oceny ofert, w tym oferty Przystępującego JSK jeszcze przed czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27 lipca 2023 r. Niewątpliwie, Zamawiający dokonał oceny oferty Przystępującego JSK, w tym w odniesieniu do kryterium „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego" – 16.25 punktów, a Wykonawcy zostali w tym samym czasie powiadomieni o wyniku tej oceny - w dniu 27 lipca 2023 r.

Nie ulega zatem wątpliwości, że Odwołujący od dnia powiadomienia o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27 lipca 2023 r., równoznacznej z informacją o zakończeniu oceny ofert, mógł powziąć wszystkie niezbędne informacje celem kwestionowania punktacji oferty Przystępującego JSK. Jak Izba ustaliła, Odwołujący złożył własne odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w którym Odwołujący nie sformułował zarzutów względem punktacji przyznanej Przystępującemu JSK pomimo, iż z informacji o ilości przyznanych punktów wynikało, że Odwołujący zajmuje trzecie miejsce w rankingu ofert, a Przystępujący JSK drugie. Niewątpliwie zatem w interesie Odwołującego powinno być zakwestionowanie ofert znajdujących przed nim w rankingu oceny ofert, gdyż tylko takie działalnie mogło potencjalnie umożliwić Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Odwołujący zaniechał podważenia prawidłowości oceny oferty Przystępującego JSK i co więcej, odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty zostało przez Odwołującego wycofane.

Zaznaczenia dalej wymaga, że Zamawiający unieważniając wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 27 lipca 2023 r. nie dokonał żadnych nowych czynności względem oferty Przystępującego JSK, w tym nie dokonał ponownej oceny oferty Przystępującego JSK w kryterium „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego". Unieważnienie pierwotnego wyboru było wyłącznie konsekwencją wniesionego przez Przystępującego JSK odwołania, a Zamawiający w informacji o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał tą samą ilość punktów w kryterium „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego" dla oferty Przystępującego JSK. Izba podziela argumentację przedstawioną w postanowieniu KIO z dnia 7 listopada 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2812/22, w tym, że: *„Zamawiający dokonując pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej kończy badanie i ocenę merytoryczną wszystkich złożonych ofert. Podważanie tej oceny może odbyć się wyłącznie na etapie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, chyba że kolejna czynność Zamawiającego odnosić się będzie do nowych, merytorycznych czynności oceny ofert."* W niniejszym postępowaniu Zamawiający po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty nie dokonał żadnych nowych merytorycznych czynności w zakresie oceny oferty Przystępującego JSK w kryterium „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego".

W świetle powyższego, w ocenie Izby, odwołanie wobec punktacji przyznanej ofercie Przystępującego JSK w kryterium oceny ofert „Doświadczenie członków Personelu Kluczowego" należało uznać za wniesione po upływie terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Odwołujący powinien był zakwestionować pierwotny wybór najkorzystniejszej oferty, w tym podnieść zarzuty względem ofert znajdujących się przed nim w rankingu ofert. Odwołanie wobec pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym przyznanej ofercie Przystępującego JSK punktacji w kryterium oceny ofert powinno zostać złożone do dnia 7 sierpnia 2023 r., a zatem odwołanie wniesione w dniu 14 września 2023 r. należało uznać za wniesione z uchybieniem terminu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 1 zdanie pierwsze 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……