

POSTANOWIENIE
z dnia 30 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 30 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2021r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „JAWAL” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Skrajna 84a** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Busku-Zdroju Welecz 146**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K. K. i E. W. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą SALTOR spółka cywilna K. K. i E. W. z siedzibą w Kielcach, Al. IX Wieków Kielc 6/22** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2143/21 po stronie zamawiającego

postanawia :

1. Umorzyć postępowanie,
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „JAWAL” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach** tytułem zwrotu wpisu 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 2021 r., poz. 1129 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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym pn.: „*Rozbiórka istniejącego mostu, budowa mostu w ciągu drogi powiatowej Nr 0084T Siesławice – Skorocice w Siesławicach gmina Busko – Zdrój wraz z przebudową drogi Nr 0084T*” zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00086158/01.

W dniu 14 lipca 2021 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania.

W dniu 19 lipca 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „JAWAL” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 lipca 2021 r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółki, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 lipca 2021 r.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań polegających na:

- 1) unieważnieniu postępowania,
- 2) zaniechaniu wezwania wykonawców K. K. i E. W. działających w formie spółki cywilnej SALTOR s.c. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie pozycji nr 1 kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik do oferty w zakresie rzeczywistej ilości wskazanych w kosztorysie robót pomiarowych,
- 3) zaniechaniu poprawienia w ofercie wykonawców K. K. i E. W. działających w formie spółki cywilnej SALTOR s.c. omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w zakresie rzeczywistej ilości wskazanych w kosztorysie robót pomiarowych oraz prawidłowej stawki jednostkowej za 1 kilometr robót pomiarowych,
- 4) zaniechaniu przeprowadzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Czynności i zaniechaniom zamawiającego zarzucił:

- 1) naruszenie art. 255 pkt. 6 ustawy polegające na niezgodnym z przepisami ustawy unieważnieniu postępowania z uwagi na okoliczność, iż postępowanie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na tym, że zamieszczony kosztorys zawierał błędną wartość dotyczącą przewidzianej ilości kilometrów dla robót pomiarowych (1124 km, zamiast prawidłowo 1,124 km), co uniemożliwiało prawidłową wycenę

przedmiotu zamówienia oraz porównanie ofert, podczas gdy wyżej opisana przesłanka unieważnienia postępowania nie została spełniona, bowiem:

- a) błędy w opisie przedmiotu zamówienia miały charakter oczywisty, zaś wskazane przez zamawiającego w przedmiarze elementy składowe robót pomiarowych sumowały się do prawidłowej wartości 1,124 km, przy czym przedmiot zamówienia obejmował prace na odcinku mostu i drogi o długości około 1 km, co w sposób niebudzący wątpliwości sposób pozwalało profesjonalnym wykonawcom odnotować omyłkę i w konsekwencji przyjąć prawidłową i rzeczywistą ilość robót pomiarowych koniecznych do realizacji zamówienia,
- b) charakter omyłki w zakresie ilości kilometrów wskazanych w kosztorysie był oczywisty dla wykonawców, którzy złożyli oferty, bowiem aż 3 z 4 wykonawców samodzielnie uwzględniło w swoich kosztorysach prawidłową ilość 1,124 km zamiast błędnej ilości 1124 km, zaś 1 wykonawca, pomimo zastosowania błędnie zawyżonej ilości kilometrów, uzyskał sumaryczną wycenę robót kosztorysowych na poziomie rynkowym, poprzez przemnożenie zawyżonej ilości kilometrów przez rażąco zaniżoną i całkowicie nierynkową stawkę jednostkową za 1 kilometr wynoszącą 13 zł/km, co świadczy o tym, że również i ten wykonawca miał pełną świadomość oczywistego charakteru błędu zamawiającego,
- c) sumaryczne wartości robót pomiarowych wskazane przez wszystkich wykonawców w ich kosztorysach ofertowych miały zbliżony charakter i obejmowały kwoty: 13.440,00 zł/km, 14.612,00 zł/km, 31.472,00 zł/km i 35.049,26 zł, co potwierdza iż błędy w kosztorysie ofertowym załączonym do SWZ nie miały wpływu na końcową cenę ofertową żadnego z wykonawców,
- d) błąd w opisie przedmiotu zamówienia nie skutkował nieprawidłową wyceną przedmiotu zamówienia przez żadnego z wykonawców, bowiem wycena tej pozycji robót przez wszystkich wykonawców miała charakter zbliżony,
- e) błąd ten nie uniemożliwiał porównania ofert, bowiem sumaryczna wartość robót pomiarowych przez wszystkich wykonawców została ustalona w oparciu o prawidłową ilość kilometrów, nie zaś ilość kilometrów omyłkowo wskazaną w kosztorysie ofertowym, co skutkowało prawidłową wyceną tej pozycji przez wszystkich oferentów,

- f) skutki błędu w opisie przedmiotu zamówienia, nawet w sytuacji ich nieusunięcia przez zamawiającego w toku postępowania, nie miałyby wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o realizację zamówienia publicznego, bowiem w żadnym wypadku nie miałyby wpływu na wskazanie oferty najkorzystniejszej w oparciu o ustalone przez zamawiającego kryteria,
 - g) błąd ten nie był istotny, bowiem jego ewentualne konsekwencje, z uwagi na różnice pomiędzy ofertą najkorzystniejszą i drugą ofertą, nie wpłynęłyby na ostateczny wybór oferty najkorzystniejszej, a tym samym na wynik postępowania,
 - h) błąd ten miał charakter usuwalny i mógł zostać przez zamawiającego z powodzeniem wyeliminowany poprzez zastosowanie przez niego dostępnych instrumentów prawnych wynikających z Ustawy, w tym w szczególności w oparciu o instytucję poprawienia w ofercie innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty określoną przepisem art. 223 ust. 2 pkt. 3 Ustawy lub w oparciu o instytucję wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w zakresie kosztu obejmującego roboty pomiarowe,
- 2) naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy polegające na zaniechaniu wezwania wykonawców K. K. i E. W. działających w formie spółki cywilnej SALTOR s.c. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie pozycji nr 1 kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik do oferty w zakresie rzeczywistej ilości wskazanych w kosztorysie robót pomiarowych i przyjętej ceny jednostkowej za 1 km robót pomiarowych, podczas gdy treść ewentualnych wyjaśnień umożliwiłaby zamawiającemu podjęcie decyzji, co do sposobu usunięcia stwierdzonych wad postępowania,
- 3) naruszenie art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy polegające na zaniechaniu poprawienia w ofercie wykonawców K. K. i E. W. działających w formie spółki cywilnej SALTOR s.c. omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w zakresie rzeczywistej ilości wskazanych w kosztorysie robót pomiarowych oraz prawidłowej stawki jednostkowej za 1 kilometr robót pomiarowych, podczas gdy określenie przez zamawiającego prawidłowej stawki jednostkowej wynikającej z porównania rzeczywistej ilości robót pomiarowych i sumarycznej wyceny robót pomiarowych dokonanej przez tego wykonawcę nie miałoby żadnego wpływu na ostateczną cenę ofertową, zaś zmianie uległaby jedynie stawka jednostkowa za 1 kilometr, co nie skutkowałoby

istotną zmianą w treści oferty, a pozwoliłoby usunąć stwierdzoną niedoskonałość opisu przedmiotu zamówienia,

- 4) naruszenie art. 204 ust. 1 ustawy przez zaniechanie dokonania oceny i wyboru ofert, a w konsekwencji zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 5) art. 16 pkt. 1 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z przeniesieniem na wykonawców konsekwencji związanych z błędnym opisem przedmiotu zamówienia oraz w związku unieważnieniem postępowania już po ujawnieniu warunków finansowych złożonych ofert oraz listy wykonawców.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania oraz oceny ofert,
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu oraz uzasadnionych kosztów odwołującego obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu na rozprawę lub posiedzenie, na podstawie faktury lub rachunków, które zostaną przedłożone w toku sprawy.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Pismem z dnia 14 lipca 2021 r., doręczonym odwołującemu w tym samym dniu, zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu postępowania.

Zgodnie natomiast z otrzymaną od zamawiającego informacją z otwarcia ofert z dnia 2 lipca 2021 r. oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą spośród wszystkich ofert. W związku z powyższymi kryteriami nie budzi wątpliwości, iż oferta Odwołującego, gdyby nie unieważniono postępowania, byłaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem otrzymałaby maksymalną ilość 100 pkt. Z uwagi na najniższą cenę brutto wynoszącą 2.728.530,73 zł oferta odwołującego otrzymałaby bowiem maksymalną ilość 60 pkt. z tytułu kryterium ceny. Oferta ta otrzymałaby również maksymalną ilość pkt. z tytułu udzielonej gwarancji wynoszącej 60 msc. W kwestii ostatniego kryterium oceny odnoszącego się do doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – odwołujący w wykazie osób stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ jako kierownika budowy wskazał między innymi Pana W. J. posiadającego doświadczenie przy realizacji co najmniej 4 inwestycji związanych z budową lub przebudową lub rozbudową lub remontem mostów, co oznacza, iż

również w przypadku tego kryterium oferta odwołującego osiągnęłaby maksymalną ilość 20 pkt przyznawana za legitymowanie się kierownikiem budowy posiadającym doświadczenia na co najmniej 3 inwestycjach.

W związku z powyższym nie budzi wątpliwości, iż gdyby zamawiający nie unieważnił postępowania oferta odwołującego stanowiłaby ofertę najkorzystniejszą, która uzyskałaby maksymalną liczbę 100 pkt. W związku ze sprzeczną z ustawą czynnością i sprzecznymi z ustawą zaniechaniami zamawiającego, w tym w szczególności z uwagi na unieważnienie przedmiotowego postępowania, odwołujący utracił jednak obiektywną możliwość zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego. Naraziło to odwołującego na szkodę w postaci utraconych przychodów i zysków możliwych do osiągnięcia w przypadku udzielenia mu zamówienia. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oznaczać będzie z kolei dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w toku prawidłowo przeprowadzonej czynności badania i oceny ofert.

W dniu 19 lipca 2021 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 22 lipca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia K. K. i E. W. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą SALTOR spółka cywilna K. K. i E. W. z siedzibą w Kielcach, Al. IX Wieków Kielc 6/22 zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Kosztorys zamieszczony przez zamawiającego zawierał wartość dotyczącą przewidzianej ilości kilometrów dla robót pomiarowych 1124km, co uniemożliwiało prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia i porównanie złożonych ofert. Przystępującemu zależy na tym, aby postępowanie było prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Zgłoszenie zostało wniesione przez wspólnika spółki działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 listopada 2020 r. upoważniającego do działania w imieniu drugiego wspólnika. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii stronom.

W dniu 22 lipca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości i zobowiązał się do wykonania żądanych czynności.

W dniu 26 lipca 2021 r. Izba wezwała przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie zgłoszenia sprzeciwu.

Przystępujący nie wniósł sprzeciwu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne, o których mowa w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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.

Izba ustaliła, że zaistniały wszystkie przesłanki, o których mowa w tym przepisie tj. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości i przystępujący nie zgłosił sprzeciwu, z tego względu postępowanie należało umorzyć.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 2 lit. a 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) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek uwzględnienia całości zarzutów przez zamawiającego, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, a Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, skoro odwołujący uiszczył wpis w wysokości 10 000zł., to do zwrotu pozostała ta kwota, o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

Przewodniczący: