

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 2 sierpnia 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 2 sierpnia 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2019 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. I. „Omega1” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych z siedzibą w Lipniku (pełnomocnik) oraz I. I. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Omega” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych I. I. z siedzibą w Rudzie Śląskiej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. I. „Omega1” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych z siedzibą w Lipniku (pełnomocnik) oraz I. I. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Omega” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych I. I. z siedzibą w Rudzie Śląskiej i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. I. „Omega1” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych z siedzibą w Lipniku (pełnomocnik) oraz I. I. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Omega” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych I. I. z siedzibą w Rudzie Śląskiej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Miasta Krakowa – prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Rozbudowa ul. Wrony etap I od ul. Warchałowskiego do ul. Chlebicznej*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 kwietnia 2019 roku pod numerem 536284-N-2019. Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”).

W dniu 24 lipca 2019 roku Odwołujący działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt. 3, 4 i 6 ustawy wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu z naruszeniem obowiązującej procedury przez zaniechanie czynności opisanych w odwołaniu oraz uznanie, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania z naruszeniem obowiązujących procedur, przez zaniechanie czynności opisanych w odwołaniu oraz uznanie, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 7 ust. 2 ustawy przez nie zachowanie bezstronności i obiektywizmu przy ocenie ofert oraz w toku czynności podejmowanych w postępowania,
- art. 7 ust. 3 ustawy przez nie udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
- art. 20a ustawy przez nie powołanie zespołu do spraw nadzoru nad realizacją nad udzielonym zamówieniem,
- art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy przez przyjęcie, że Wykonawca nie może się ubiegać o udzielenie zamówienia, gdyż podlega wykluczeniu a jego oferta podlega odrzuceniu,
- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez wykluczenie Wykonawcy z przedmiotowego postępowania i odrzucenie oferty Wykonawcy, z uwagi na fakt, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

- art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy przez odrzucenie oferty Wykonawcy z uwagi na fakt, że jego oferta jest niezgodna z ustawą,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty Wykonawcy z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,
- art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy przez uznanie, że oferta Wykonawcy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z uwagi na zaniechanie dokonania poprawy oferty z najniższą ceną, w sytuacji w której z dokumentacji postępowania i ze stanu faktycznego wynikało, że nie jest konieczne jakiegokolwiek negocjowanie treści ofert z Wykonawcami,

lub w przypadku nie uwzględnienia ww. zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy tj. z uwagi na zaniechanie odrzucenia co najmniej oferty z najniższą ceną (wg. stanu na dzień sporządzania informacji z otwarcia ofert) w sytuacji kiedy ta oferta podlegała odrzuceniu gdyż zawierała błąd w obliczeniu ceny,

- art. 91 ust. 1 ustawy przez nie dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert ustalonych w SIWZ, w tym nie dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez nie podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego w decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania oraz w decyzji o unieważnieniu postępowania,
- art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez nie podanie szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego w decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy,
- art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przez bezpodstawne unieważnienie postępowania i wadliwe przyjęcie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji w której nie zachodzą jakiegokolwiek przesłanki unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wykluczenia Wykonawcy, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonanie powtórnej oceny ofert, dokonania czynności zaniechanych, w tym dokonanie popraw ofert na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy lub odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego. Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie szczegółowych dowodów: przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania dołączonej

do odwołania, potwierdzającej umiejscowienie i zawarcie w stosownych miejscach informacji o ilościach słupów i opraw, w tym informacji o krotnościach, przeprowadzenie dowodu z przesłuchania kosztorysanta dokonującego sprawdzania ofert w imieniu Zamawiającego, co znajduje odzwierciedlenie w zapisach protokołu z postępowania i co dowodzi o przeprowadzeniu sprawdzania ofert, w tym dokonania niezbędnych popraw ofert na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odwołujący podał, że powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia środka ochrony prawnej w dniu 19 lipca 2019 r., przez zapoznanie się z treścią pisma znak NZ.271.81.2019 z dnia 19 lipca 2019 r. będącym zawiadomieniem o unieważnieniu postępowania oraz będącym informacją o wykluczeniu Wykonawcy i odrzuceniu jego oferty. Informacja o unieważnieniu postępowania oraz o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego.

**Po zapoznaniu się z treścią odwołania i dokumentacją postępowania Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy.**

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

**Izba ustaliła:**

Zgodnie z pkt 2 ppkt 4 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego (w aktach sprawy) szacunkowa całkowita wartość zamówienia wynosi 17 982 469,67 zł netto co stanowi równowartość 4 170 621,72 euro, tym samym wartość nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”).

Pismem z dnia 19 lipca 2019 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania pod nazwą *Rozbudowa ul. Wrony etap I od ul. Warchałowskiego do ul. Chlebicznej* na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. W uzasadnieniu podał: że postępowanie zostało obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert stwierdził, że został popełniony błąd, który stanowi podstawę unieważnienia postępowania. Zamawiający analizując kosztorysy ofertowe uznał, że nie jest w stanie stwierdzić, czy w kosztorysie ofertowym dotyczącym oświetlenia wykonawcy ujęli współczynniki krotności, które znajdowały się w tabeli dołączonej do przedmiaru robót i zatytułowanej kosztorys. Niespójność w dokumentacji technicznej spowodowała iż trudno w tym przypadku mówić o omyłce wykonawców w ich ofertach. Część wykonawców w swoich kosztorysach ofertowych dokonała zmian w przedmiarach polegających na uzupełnieniu informacji o krotności, pozostali wykonawcy nie wprowadzili tych danych zachowując oryginalną formę przedmiaru zamieszczonego na stronie internetowej zamawiającego. Doprowadziło to do sytuacji w której zamawiający nie mógł stwierdzić, czy wszyscy wykonawcy uwzględnili wspomniane współczynniki w kalkulacji swojej ceny jednostkowej. Zamawiający wskazał na niemożliwość poprawienia omyłek. Zamawiający podał, że w takiej sytuacji oferty wykonawców stały się dla niego nieporównywalne i Zamawiający nie był w stanie dokonać ich oceny.

W piśmie z dnia 25 lipca 2019 roku skierowanym przez Zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 24 lipca 2019 roku, Zamawiający podał, że postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, a żadna oferta nie została odrzucona, ani żaden wykonawca nie został wykluczony.

Zgodnie z pkt 15 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego (w aktach sprawy) – Zamawiający z postępowania nie wykluczył żadnego z wykonawców, natomiast zgodnie z pkt 17 ww. Protokołu Zamawiający z postępowania nie odrzucił żadnej oferty.

#### **Izba zważyła:**

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Izba odrzuca odwołanie (tj. zobowiązana jest odrzucić odwołanie), jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy.

Art. 180 ust. 2 ustawy z kolei określa zasadę, zgodnie z którą, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;

- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jak wskazał Zamawiający w Protokole postępowania wartość zamówienia została określona na kwotę 17 982 469,67 zł netto co stanowi równowartość 4 170 621,72 euro, jest to więc kwota poniżej 5 548 000 euro, czyli mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. *w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej* (Dz.U. z 2017 r. poz. 2479).

Potwierdza to fakt zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, a nie Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W związku z powyższym w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym zastosowanie ma art. 180 ust. 2 ustawy określający czynności, wobec których odwołanie przysługuje. Są to czynności stanowiące katalog zamknięty i co istotne w tej sprawie odwoławczej, nie obejmują unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jak też naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie obejmują także swoim zakresem wskazywanego przez Odwołującego domniemania odrzucenia oferty Odwołującego, czy też jego wykluczenia z postępowania.

Odrzucenie oferty z postępowania bądź wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czynność Zamawiającego w postępowaniu, która to czynność zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy może być kwestionowana w postępowaniu odwoławczym przez wykonawcę, który tą ofertę złożył bądź który został wykluczony z postępowania. Brak czynności Zamawiającego wyartykułowanej w stosownym piśmie pozwala na stwierdzenie, że w postępowaniu nie doszło do odrzucenia oferty Odwołującego jak również Odwołujący nie został wykluczony z postępowania. Wynika to w sposób jednoznaczny z pisma z dnia 19 lipca 2019 roku jak również z pisma z dnia 25 lipca 2019 roku, o których mowa powyżej. Tym samym nie zaistniały podstawy do skutecznego wniesienia odwołania w oparciu o art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy wykonawca może wnieść odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, jednakże aby przesłanka ta mogła zostać skutecznie zastosowana w postępowaniu musi nastąpić wybór oferty najkorzystniejszej, musi być dokonany. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej co wynika z dokumentacji postępowania, tym samym niemożliwym jest skuteczne zastosowanie przesłanki z ww. przepisu.

Izba wyjaśnia w tym miejscu, że czynność unieważnienia postępowania, może mieścić się w zakresie rozpatrywanym przez Izbę, ale w kontekście którejś z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy np. może być ono rozpatrywane jako automatyczna konsekwencja odrzucenia oferty wykonawcy, przy czym odrzucenie oferty musi być czynności Zamawiającego.

W tym postępowaniu sytuacja jest jednak inna, gdyż jedyną czynnością dokonaną przez Zamawiającego było unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy; bez dokonywania odrzucenia ofert czy wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji Zamawiający zakończył postępowanie i nie dokonywał już żadnych innych czynności.

Nadmienić należy, że zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy wykonawca może w terminie przewidzianym dla wniesienia odwołania poinformować Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego jak również o zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy. Tym samym ustawodawca nie zamknął wykonawcy drogi do skutecznego kwestionowania czynności czy zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na które nie przysługuje odwołanie.

Rozpatrywanie zarzutów z przekroczeniem zakresu przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych powodowałoby obejście tego przepisu, którego celem było ograniczenie czynności, wobec których można wnieść odwołanie. W związku z powyższym Izba stwierdziła zaistnienie ww. przesłanki odrzucenia odwołania zawartej w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy i orzekła jak w sentencji odwołanie odrzucając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....