

Sygn. akt: KIO 2072/17

POSTANOWIENIE
z dnia 12 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 12 października 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 października 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, Ferrovial Servicios S.A. z siedzibą w Madrycie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gdański Zarząd Dróg i Zieleni,**

przy udziale wykonawcy „**ELBUDREM**” J. J. i A. J. Sp. j. z siedzibą w Gdańsku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FBSerwis S.A., Ferrovial Servicios S.A. i zalicza w 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. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gdański Zarząd Dróg i Zieleni – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Utrzymanie urządzeń oświetlenia ulic i urządzeń elektrycznych na terenie Gminy Miasta Gdańska*.

W dniu 2 października 2017 r. Konsorcjum: FBSerwis S.A., Ferrovial Servicios S.A. wniosło odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Odwołującego oraz wobec uzasadnienia decyzji o odrzuceniu tej oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 92 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, art. 186 ust. 2 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że w toku postępowania przetargowego Zamawiający wzywał go do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, a następnie, w dniu 24 sierpnia 2017 r., dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W dniu 4 września 2017 r. wykonawca „ELBUDREM” J. J. i A. J. Sp. j. wniósł odwołanie żądając między innymi udostępnienia „wyjaśnień FBSerwis dotyczących rażąco niskiej ceny” oraz „odrzucenia oferty FBSerwis S.A.” Zamawiający uwzględnił w całości to odwołanie, przy czym Odwołujący nie został dopuszczony do postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, co uniemożliwiło mu zgłoszenie sprzeciwu od dokonania tej czynności przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że uwzględnienie odwołania wykonawcy „ELBUDREM” nastąpiło pomimo faktu, że wykonawca ten domagał się udostępnienia dokumentów i odrzucenia oferty podmiotu, który samodzielnie nie brał udziału w postępowaniu (FBSerwis S.A.). Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonał czynności sprzecznej z żądaniami uwzględnionego odwołania z 4 września 2017 r., a także nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na rażąco niską cenę. Ponadto Odwołujący podniósł, że z treści przekazanego uzasadnienia czynności odrzucenia jego oferty nie wynika, czy odrzucenie było motywowane chęcią uwzględnienia odwołania wykonawcy „ELBUDREM”. Wskazał, że z jednej strony chronologia czynności podjętych przez Zamawiającego mogłaby wskazywać, że odrzucenie miało w zamierzeniu Zamawiającego stanowić konsekwencję uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu. Z drugiej jednak strony, czynność odrzucenia nie została dokonana w sposób tożsamy z tym, czego domagał się wykonawca „ELBUDREM”, ten bowiem żądał odrzucenia oferty FBSerwis S.A. (nie zaś

oferty Odwołującego) nie tylko z powodu rzekomego niezłożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ale również jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ, zaś taka podstawa odrzucenia przez Zamawiającego w ogóle zastosowana nie została.

Odwołujący podkreślił, że ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania wykonawcy „ELBUDREM” byłoby nie tylko nieprawidłowe (niezgodne z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp), ale wręcz niemożliwe. Oferta, której odrzucenia domagał się ww. wykonawca nie została bowiem w postępowaniu złożona i jako taka nie istnieje, zatem jej odrzucenie jest niemożliwe, a całość odwołania została przygotowana w sposób, który wskazuje, że wykonawca „ELBUDREM” nie kwestionował prawidłowości oferty Odwołującego (konsorcjum FBSerwis S.A. i Ferrovial Servidos S.A.), lecz tylko ofertę „FBSerwis S.A”.

Zdaniem Odwołującego, oznaczenie kwestionowanej oferty w zarzutach odwołania z 4 września 2017 r. nie może być uznane za omyłkę, przeciwnie – stwierdzić należy, że wolą wykonawcy „ELBUDREM” było skierowanie odwołania wyłącznie wobec spółki FBSerwis S.A. i jej oferty, zatem czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie może być uznana za wykonana zgodnie z żądaniem uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania. Jakkolwiek FBSerwis S.A. jest liderem konsorcjum Odwołującego, jednak nie oznacza to, aby odwołanie skierowane wyraźnie wobec lidera (i tylko wobec niego) odnosiło jakikolwiek skutek wobec drugiego z konsorcjantów. Brak tożsamości podmiotowej podmiotu wskazanego w żądaniu odwołania z podmiotem, którego ofertę odrzucił Zamawiający wyklucza tym samym możliwość uznania, aby czynność odrzucenia została wykonana zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W dniu 4 września 2017 r. wykonawca „ELBUDREM” J. J. i A. J. Sp. j. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia wyjaśnień złożonych przez FB Serwis S.A. w celu ustalenia czy oferta ww. wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 90 ust. 1 i 1a oraz 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wielokrotne wzywianie FB Serwis S.A. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez FB Serwis S.A., pomimo że wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w wyznaczonym terminie, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FB Serwis jako oferty niezgodnej z SIWZ z uwagi na brak w ofercie wymaganych informacji dotyczących podwykonawstwa.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: udostępnienia wyjaśnień FB Serwis S.A. dotyczących rażąco niskiej ceny, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym odrzucenie oferty FB Serwis S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 września 2017 r. oświadczył, że uwzględni złożone odwołanie w całości. Spółka FB Serwis S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść Zamawiającego, gdyż jej oferta została wybrana do realizacji zamówienia.

Postanowieniem z dnia 11 września 2017 r. (sygn. akt KIO 1835/17) Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba postanowiła nie dopuścić FB Serwis S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie zostały wykazane, zgłaszający przystąpienie nie jest wykonawcą, któremu udzielono zamówienia, wykonawcą w rozumieniu art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp jest bowiem konsorcjum, które złożyło jedną wspólną ofertę, zatem całe konsorcjum ma wyłączny interes w utrzymaniu tej czynności zamawiającego w mocy i uprawnienie do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, należy stwierdzić, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, odwołujący oraz wykonawca wezwany do udziału w postępowaniu odwoławczym nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności

zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zarzuty zamawiający uznał w całości.

Normy przywołanych wyżej przepisów ustawy obejmują czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby, aby uniemożliwić wystąpienia w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym, a w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości i umorzenia postępowania odwoławczego przy braku sprzeciwu ze strony przystępującego, odpowiadających żądaniu zawartemu w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu. Jeżeli czynność stanowi wykonanie orzeczenia Izby lub wykonanie żądań uwzględnionego odwołania, wykonawca nie może jej już zakwestionować przed Izbą. Art. 189 ust. 2 pkt 5 stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która ma zapobiegać ponownemu prowadzeniu sporu w tej samej sprawie.

Odwołanie wniesione w tej sprawie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czyli czynności, którą Zamawiający dokonał zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu wykonawcy „ELBUDREM” w poprzednim postępowaniu odwoławczym.

W ocenie Izby nie ma żadnych wątpliwości, że zarzuty odwołania wniesionego przez wykonawcę „ELBUDREM” skierowane były przeciwko ofercie Odwołującego. Powyższej oceny nie zmienia fakt, że formułując zarzuty odwołania wykonawca posłużył się jedynie nazwą lidera konsorcjum (FBSerwis S.A.). Skoro w postępowaniu nie została złożona oferta spółki FBSerwis, ofertę złożyło natomiast konsorcjum, którego ta spółka jest liderem, to nie sposób twierdzić, że wykonawca „ELBUDREM” wniósł odwołanie kwestionujące prawidłowość oferty nieistniejącej. Teza ta jest pozbawiona jakichkolwiek logicznych podstaw. Oczywistym jest, że ww. wykonawca kwestionował prawidłowość oferty Odwołującego (tj. konsorcjum FBSerwis S.A., Ferrovial Servicios S.A.), co znajduje potwierdzenie w treści odwołania, w której przywołano m.in. treść wezwań do wyjaśnień skierowanych do tego właśnie konsorcjum czy treść oświadczeń znajdujących się na konkretnych stronach formularza JEDZ załączonego do oferty tego konsorcjum.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że zarzuty odwołania wykonawcy „ELBUDREM”, mimo posłużenia się w treści odwołania nazwą lidera konsorcjum, pozwalają bez żadnych wątpliwości zidentyfikować ofertę, której dotyczą, co jest wystarczające do stwierdzenia, że nie były one sformułowane pod względem formalnym w sposób wadliwy. W odróżnieniu od sytuacji, gdy niewskazanie wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy oznaczenia strony postępowania, tj.

odwołującego czy zgłaszającego przystąpienie (wówczas odwołanie czy zgłoszenie przystąpienia dotknięte jest wadą formalną), przedstawienie zarzutów odwołania należy uznać za formalnie poprawne, jeżeli jest na tyle precyzyjne, że nie ulega wątpliwości, czyjej oferty dotyczą. W niniejszej sprawie, ze względu na krąg wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz treść wniesionego przez wykonawcę „ELBUDREM” odwołania, które wprost odnosi się do elementów oferty oraz dokumentów dotyczących konsorcjum FBSerwis S.A., Ferrovial Servicios S.A., nie sposób twierdzić, że zarzuty i żądania tego odwołania dotyczyły oferty innej, niż właśnie oferta obecnego Odwołującego. Uznanie, że uwzględnione przez Zamawiającego odwołanie skierowane było przeciwko ofercie nieistniejącej, byłoby wyłącznie wyrazem skrajnego i niczym nieuzasadnionego formalizmu, który Odwołujący usiłuje przedstawić jako prawidłowy w celu przywrócenia sobie możliwości obrony swojej oferty. Tymczasem Odwołujący mógł to uczynić w poprzednim postępowaniu odwoławczym, gdyby skutecznie do niego przystąpił, a następnie wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego. Skoro tego nie zrobił, to stosownie do art. 185 ust. 6 ustawy Pzp nie może obecnie korzystać ze środków ochrony prawnej.

Podkreślenia wymaga również, że bez znaczenia dla oceny dopuszczalności odwołania są przywołane przez Odwołującego argumenty dotyczące niewskazania w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że czynność jest wynikiem uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego oraz że Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czego domagał się wykonawca „ELBUDREM”. Odnosząc się do tych argumentów wskazać należy, że fakt odrzucenia oferty Odwołującego w konsekwencji uwzględnienia zarzutów odwołania z 4 września 2017 r. wynika z samej chronologii decyzji podejmowanych przez Zamawiającego (na co zwrócił uwagę sam Odwołujący), a Zamawiający nie miał obowiązku wskazywać literalnie w uzasadnieniu czynności odrzucenia, że czynność ta stanowi wykonanie żądań uwzględnionego odwołania (wystarczające jest, że czynność jest z tymi żądaniami zgodna). Ponadto niewskazanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego nie zmienia faktu, że czynność odrzucenia była realizacją żądania odwołania wykonawcy „ELBUDREM”.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....