

Sygn. akt KIO 978/23

POSTANOWIENIE

z dnia 11 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniach 20 kwietnia i 11 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę SPD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnicę Wilanów

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego SPD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej równowartość wniesionego 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 2022 r., poz. 1710, 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wilanów działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„pełnienie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad zadaniem polegającym na budowie skrzyżowania ul. Przyczółkowej z ul. A. Branickiego i ul. Z. Vogla wraz z włączeniem ul. A. Branickiego oraz przebudowie niezbędnej infrastruktury technicznej – Etap II i III”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 marca 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00122802/01.

W dniu 5 kwietnia 2023 r. Odwołujący – wykonawca SPD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) nieprawidłowej ocenie oferty wykonawcy NBQ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, zwanego dalej „wykonawcą NBQ”, złożonej w ramach postępowania w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie osoby realizującej zamówienie – inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej” zawartego w pkt V ppkt B.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) poprzez przyznanie wykonawcy NBQ maksymalnej liczby punktów w tym kryterium, podczas, gdy powinien uzyskać on zero punktów, a w konsekwencji wyborze oferty wykonawcy NBQ jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) nieprawidłowej ocenie oferty wykonawcy NBQ w zakresie rażąco niskiej ceny i zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na złożeniu oferty z rażąco niską ceną i wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 3) niedopuszczalnym wezwaniu wykonawcy NBQ do złożenia wyjaśnień w postępowaniu dotyczących treści oferty w zakresie kryterium oceny ofert zawartego w pkt V ppkt B.2 SWZ pn. „Doświadczenie osoby realizującej zamówienie – inspektora nadzoru inwestorskiego

w specjalności drogowej”, co spowodowało przyznanie wykonawcy NBQ maksymalnej liczby punktów w tym kryterium, podczas gdy powinien uzyskać zero punktów, a w konsekwencji wyborze oferty wykonawcy NBQ jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

4) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy NBQ w postępowaniu,

5) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

6) nieprawidłowej ocenie oferty wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAX PROJEKT W. P. z siedzibą w Strzeniówce, zwanego dalej jako „wykonawca W. P.”, złożonej w ramach postępowania w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie osoby realizującej zamówienie – inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej” zawartego w pkt V ppkt B.2 SWZ poprzez przyznanie wykonawcy W. P. maksymalnej liczby punktów w tym kryterium, podczas gdy powinien uzyskać zero punktów, a w konsekwencji sklasyfikowaniu oferty tego wykonawcy jako drugiej w Postępowaniu,

7) niedopuszczalnym wezwaniu wykonawcy W. P. do złożenia wyjaśnień w postępowaniu dotyczących treści oferty w zakresie kryterium oceny ofert zawartego w pkt V ppkt B.2 SWZ pn. „Doświadczenie osoby realizującej zamówienie – inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej”, co spowodowało przyznanie temu wykonawcy maksymalnej liczby punktów w tym kryterium, podczas gdy powinien uzyskać zero punktów,

8) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy W. P. w postępowaniu.

Opisanym powyżej czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

1) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP przez nieprawidłową ocenę oferty wykonawcy NBQ złożonej w ramach postępowania w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie osoby realizującej zamówienie – inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej” zawartego w pkt V ppkt B.2 SWZ i przyznanie wykonawcy NBQ maksymalnej liczby punktów w tym kryterium, a w konsekwencji jej wybór jako najkorzystniejszej (zarzut nr 1),

2) art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP przez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień przez wykonawcę NBQ w zakresie rażąco niskiej ceny i zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę NBQ pomimo, że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, które można uznać za wystarczające i nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a więc a contrario potwierdził, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska, co jednocześnie

stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu (zarzut nr 2),

3) art. 223 ust. 1 ustawy PZP przez wezwanie wykonawcy NBQ do złożenia wyjaśnień w postępowaniu dotyczących treści oferty w zakresie kryterium oceny ofert zawartego w pkt V ppkt B.2 SWZ pn. „Doświadczenie osoby realizującej zamówienie – inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej” w wyniku czego doszło do nieuprawnionego rozszerzenia treści oferty wykonawcy NBQ w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP przez brak odrzucenia oferty wykonawcy NBQ w postępowaniu, podczas gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie osoby realizującej zamówienie – inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej” zawartego w pkt V ppkt B.2 SWZ (zarzut nr 3); ponadto w zakresie tego zarzutu Odwołujący dodał, że wykonawca NBQ świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd, natomiast zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP zamawiający powinien wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

4) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP przez nieprawidłową ocenę oferty wykonawcy W. P. złożonej w ramach postępowania w kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie osoby realizującej zamówienie – inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej” zawartego w pkt V ppkt B.2 SWZ i przyznanie temu wykonawcy maksymalnej liczby punktów w tym kryterium, a w konsekwencji sklasyfikowaniu oferty tego wykonawcy jako drugiej w postępowaniu (zarzut nr 4),

5) art. 223 ust. 1 ustawy PZP przez wezwanie wykonawcy W. P. do złożenia wyjaśnień w postępowaniu dotyczących treści oferty w zakresie kryterium oceny ofert zawartego w pkt V ppkt B.2 SWZ pn. „Doświadczenie osoby realizującej zamówienie – inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej”, w wyniku czego doszło do nieuprawnionego rozszerzenia treści oferty wykonawcy W. P. w postępowaniu, a w konsekwencji do sklasyfikowania oferty wykonawcy W. P. na drugim miejscu w postępowaniu, w konsekwencji natomiast naruszeniu także art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP przez brak odrzucenia oferty wykonawcy W. P. w postępowaniu, podczas gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie osoby realizującej zamówienie – inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej” zawartego w pkt V ppkt B.2 SWZ.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił w całości wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) powtórzył w całości badanie i ocenę ofert oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 3) wykluczył wykonawcę NBQ w trybie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP,
- 4) ewentualnie odrzucił ofertę wykonawcy W. P.,
- 5) dokonał wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował Krajową Izbę Odwoławczą, że w dniu 24 kwietnia 2023 r., po uzyskaniu od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Lublinie informacji potwierdzających, że Pan Dariusz Niewiadomski wskazany przez wykonawcę NBQ w załączniku od oferty jako osoba posiadająca doświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej zdobyte w czasie Budowy obwodnicy Międzyrzecza Podlaskiego jednak nie pełnił tej funkcji podczas realizacji wskazanej inwestycji, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert. Na posiedzeniu niejawnym Izby w dniu 11 maja 2023 r. Zamawiający dodał, że w dniu 26 kwietnia 2023 r. skierował do wykonawcy NBQ wezwanie do złożenia wyjaśnień w sprawie podania w załączniku do oferty informacji, które wprowadzały Zamawiającego w błąd odnośnie posiadania przez Pana Dariusza Niewiadomskiego wymaganego postanowieniami SWZ doświadczenia jako inspektor nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej. Odpowiedź wykonawcy NBQ Zamawiający otrzymał w dniu 27 kwietnia 2023 r. i obecnie kontynuuje czynność badania i oceny ofert w postępowaniu w oczekiwaniu na rozstrzygnięcie odwołania w niniejszej sprawie.

Ostatecznie po doprecyzowaniu swojego stanowiska na posiedzeniu w dniu 11 maja 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Z kolei Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski zawarte w swoim środku ochrony prawnej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie stało się zbędne, albowiem Zamawiający w dniu 24 kwietnia 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i przystąpił do ponownego badania i oceny złożonych ofert. Unieważniając czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu Zamawiający sprawił, że zniesiony został substrat zaskarżenia w niniejszej sprawie. Zatem nie istnieje już czynność, co do której Odwołujący podniósł zarzuty w odwołaniu. Wskazać należy, że Odwołujący w swoim odwołaniu zaskarżył nie tylko wybór oferty jego konkurenta, ale także powiązane z tą czynnością zaniechanie odrzucenia ofert dwóch wykonawców oraz oceny ofert tych wykonawców, w tym na podstawie kryterium określonego w pkt V ppkt B.2 SWZ. Po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 24 kwietnia 2023 r. kwestia oceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu oraz ewentualnego odrzucenia ofert wykonawców rywalizujących z Odwołującym o uzyskanie zamówienia w tym przetargu pozostaje otwarta. Po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Krajowa Izba Odwoławcza nie będzie wchodziła w kompetencje Zamawiającego narzucając mu sposób rozstrzygnięcia przetargu w odniesieniu do analizy ofert pod kątem przesłanek z art. 226 ust. 1 ustawy PZP oraz oceny ofert niepodlegających odrzuceniu w świetle kryteriów określonych w pkt V SWZ. Zamawiający winien jednak dołożyć należytej staranności badając i oceniając powtórnie oferty złożone w tym postępowaniu, biorąc zwłaszcza pod uwagę nowe informacje i dokumenty pozyskane od Odwołującego oraz konfrontując je z dokumentacją postępowania przetargowego. Od nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w tym postępowaniu i jego ewentualnych zaniechań wykonawcom biorącym udział w przetargu, w tym wykonawcy SPD będą przysługiwały nowe środki ochrony prawnej.

Jedynie na marginesie Izba stwierdza, że pomimo braku merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie wniesionego odwołania nowa czynność Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2023 r. w świetle wniosków odwołania w pełni realizuje oczekiwania Odwołującego co do sposobu zakończenia niniejszego postępowania odwoławczego. Wszak Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu przez Izbę, aby unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i powtórzył w całości badanie i ocenę ofert oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Pozostałe wnioski miały charakter ewentualny lub z góry nie możliwy do zrealizowania, co należy odnieść w szczególności do wniosku o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy NBQ w trybie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Odwołujący nie dość, że nie ujął wprost w swoim odwołaniu zarzutu naruszenia wskazanego przepisu prawa

(w tym zakresie wniosek odwołania nie korespondował z jego zarzutami, gdyż Odwołujący w zarzucie nr 3 odwołania, w którym co prawda wymienił też regulację art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, ale przedmiotem zarzutu stawianego Zamawiającemu jest naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy PZP w powiązaniu tego przepisu z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP), to na dodatek z dokumentacji postępowania przetargowego wynika, że Zamawiający – przy uwzględnieniu treści regulacji art. 109 ust. 2 ustawy PZP – zarówno w rozdziale 5.1 ogłoszenia o zamówieniu, jak i w pkt III ppkt A SWZ nie przewidział w ogóle żadnych fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawców z postępowania.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała zatem, że postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie należy umorzyć na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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). Z uwagi na umorzenie tego postępowania odwoławczego na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy PZP Izba nakazała zwrócić Odwołującemu uiszczony wpis od odwołania. Jednocześnie Izba zniósła wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: