

Zamość, dnia 3 sierpnia 2021 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Miasto Zamość
Rynek Wielki 13, 22-400 Zamość
Tel.: +48 84 677 23 37
Faks: +48 846386669
E-mail: ireneuszwes@zamosc.pl
<https://umzamosc.bip.lubelskie.pl>

Odwołujący:

Przedsiębiorstwo Robót Drogowych
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą Zamościu
ul. Peowiaków 7, 22-400 Zamość
KRS: 0000059284
Tel.: +48 84 639 20 11
Faks: +48 84 639 26 66
E-mail: prdzam@op.pl
w imieniu którego działa:
Marcin Basak – Prezes Zarządu

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami o wartości zamówienia nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach, o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych na roboty budowlane pn.: „BUDOWA ULICY ŁĄCZĄCEJ ULICĘ ALTANOWĄ Z ULICĄ LIPSKĄ OD KM 0+0,00 DO KM 0+374,58 ORAZ ULICY ALTANOWEJ OD KM 0+00,00 DO KM 0+259,28 W ZAMOŚCIU”

numer postępowania: IM-ZP.272.8.2021.IW.2021

numer ogłoszenia o zamówieniu w BZP: 2021/BZP 00088215/01

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu (dalej: Odwołujący lub Wykonawca),

na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 oraz art. 514 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm., dalej: Pzp) **wnoszę odwołanie na:**

- 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj.: **na czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia,**
- 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj.: **zaniechanie prawidłowego przekazania wszystkim wykonawcom, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, informacji, o której mowa w art. 287 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, stosownie do treści art. 287 ust. 3 pkt 2 Pzp.**

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo braku w stanie faktycznym niniejszej sprawy przesłanek, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp,
- 2) art. 287 ust. 3 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, co uniemożliwia Odwołującemu merytoryczną polemikę z argumentacją Zamawiającego, leżącą u podstaw odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, a tym samym godzi w jedną z podstawowych zasad przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest zasada przejrzystości postępowania.

Mając na względzie przywołane zarzuty **wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:**

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- 2) unieważnienia dokonanej na podstawie art. 287 ust. 3 Pzp czynności poinformowania wszystkich Wykonawców którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o Wykonawcach których oferty nie zostały odrzucone oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji oraz Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz Wykonawcach, którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji, oraz punktacji przyznanej ich ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji i nakazanie Zamawiającemu ponownego jej dokonania, z uwzględnieniem wskazania oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty która nie została odrzucona.

Oświadczam, iż Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ oferta złożona przez Odwołującego w prowadzonym przez

Miasto Zamość (dalej: „Zamawiający”) postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „BUDOWA ULICY ŁĄCZĄCEJ ULICĘ ALTANOWĄ Z ULICĄ LIPSKĄ OD KM 0+0,00 DO KM 0+374,58 ORAZ ULICY ALTANOWEJ OD KM 0+00,00 DO KM 0+259,28 W ZAMOŚCIU”, jak wynika z treści sporządzonej przez Zamawiającego w oparciu o treść art. 222 ust. 5 Pzp informacji datowanej na 14 lipca 2021 r., stanowiłaby ofertę najbardziej korzystną, biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert „Cena”, któremu Zamawiający przypisał zasadnicze znaczenie. Mając zaś na względzie okoliczność, iż w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał, że „ograniczy liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert do trzech wykonawców, których oferty spełnią w najwyższym stopniu kryterium „Cena””, Odwołujący znalazłby się na pierwszej pozycji spośród Wykonawców zaproszonych do udziału w negocjacjach. Tym samym, gdyby Zamawiający nie przedsięwziął powyżej wyszczególnionej, niezgodnej z przepisami Pzp czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz nie zaniechał podjęcia czynności, do których zobowiązany był na podstawie Pzp, Odwołujący mógłby ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz miałby szansę na jego uzyskanie. Nie ulega zatem wątpliwości, iż Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wyszczególnionych przepisów Pzp.

Powyższe zapatrywanie jest tym bardziej uzasadnione, jeśli weźmie się pod uwagę okoliczność, że w ramach pozostałych kryteriów oceny ofert, a mianowicie kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” oraz kryterium „Okres oferowanej gwarancji jakości robót budowlanych”, oferta złożona przez Wykonawcę również stanowiła ofertę najbardziej korzystną.

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami o wartości zamówienia nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach, o jakich stanowi art. 3 Pzp, na roboty budowlane pn.: „BUDOWA ULICY ŁĄCZĄCEJ ULICĘ ALTANOWĄ Z ULICĄ LIPSKĄ OD KM 0+0,00 DO KM 0+374,58 ORAZ ULICY ALTANOWEJ OD KM 0+00,00 DO KM 0+259,28 W ZAMOŚCIU”, nr postępowania IM-ZP.272.8.2021.IW.2021, numer ogłoszenia o zamówieniu w BZP: 2021/BZP 00088215/01 (dalej: „postępowanie”).

W dniu 30 lipca 2021 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania (<https://umzamosc.bip.lubelskie.pl>), Zamawiający zamieścił plik zatytułowany „Informacja w sprawie negocjacji”.

We wskazanym pliku znajduje się dokument datowany na 29 lipca 2021 r. (dalej: „informacja z dnia 29 lipca 2021 r.”), w treści którego Zamawiający, na podstawie art. 287 ust. 3 Pzp poinformował równocześnie wszystkich Wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o:

1. wykonawcach, których oferty nie zostały odrzucone, oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,
2. wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Wobec okoliczności, że w postępowaniu zostały złożone cztery oferty, spośród których jedna (oferta złożona przez Odwołującego) została odrzucona, zaś na podstawie art. 288 ust. 1 Pzp, Zamawiający ograniczył liczbę Wykonawców, którzy mieli zostać zaproszeni do negocjacji ofert do trzech, we wskazanym dokumencie nie było konieczności zawierania informacji o Wykonawcach, którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji, oraz punktacji przyznanej ich ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, albowiem do udziału w negocjacjach zakwalifikowani zostali wszyscy Wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Zgodnie bowiem z treścią art. 289 ust. 1 Pzp, w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający może zaprosić jednocześnie wykonawców do negocjacji ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, jeżeli nie podlegały one odrzuceniu, a jeżeli zamawiający ustalił kryteria, o których mowa w art. 288 ust. 2, zaproszenie kieruje do tych wykonawców, których oferty spełniają w najwyższym stopniu te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego.

Z chwilą zapoznania się z treścią opublikowanej przez Zamawiającego informacji z dnia 29 lipca 2021 r., tj. **w dniu 30 lipca 2021 r. Odwołujący powziął zatem wiedzę, iż oferta złożona przez niego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.**

Zaakcentowania wymaga w tym miejscu okoliczność, iż informacja z dnia 29 lipca 2021 r. została przez Zamawiającego opublikowana wyłącznie na stronie prowadzonego postępowania. Zamawiający w sposób rażący uchybił więc określönemu w art. 61 ust. 1 Pzp obowiązkowi wymiany informacji oraz przekazywania dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Podkreślić w tym miejscu należy, że sam Zamawiający w treści SWZ wskazał, iż postępowanie prowadzone jest przy użyciu środków komunikacji elektronicznej - przy użyciu miniPortalu. Pomimo tego faktu, informacja z dnia 29 lipca 2021 r. nie została Odwołującemu przekazana za pośrednictwem miniPortalu.

Z uwagi jednak na fakt, iż Odwołujący (pomimo braku takiego obowiązku) regularnie śledził stronę prowadzonego postępowania i powziął wiedzę o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia niniejszego odwołania bezpośrednio po jej podjęciu, nie stawia Zamawiającemu osobnego zarzutu naruszenia powyższego przepisu Pzp.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów podniesionych w petitum odwołania, mianowicie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo braku w stanie faktycznym niniejszej sprawy przesłanek, o których mowa w art. 226 ust. 1

pkt 5 Pzp, wskazać należy, iż powołany przepis stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący podkreśla w tym miejscu okoliczność, że poza lakonicznym stwierdzeniem o treści: „Zamawiający informuje, że dokonał czynności odrzucenia 1 oferty (oferta Nr 4), gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia - art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.” - w informacji z dnia 29 lipca 2021 r. brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego dla podjętej przez Zamawiającego czynności.

Odwołujący nie dysponuje więc wiedzą jakie przyczyny legły u podstaw przedsięwziętej przez Zamawiającego czynności, a zatem nie jest w stanie merytorycznie odnieść się do ewentualnych argumentów Zamawiającego, które skutkowały uznaniem przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego niezgodna jest z warunkami zamówienia.

Tym samym, Odwołujący wskazuje jedynie, że wbrew stanowisku Zamawiającego, złożona przez niego oferta spełniła wszystkie warunki zamówienia, określone przez Zamawiającego w SWZ. W treści formularza oferty Wykonawca jednoznacznie zadeklarował bowiem wykonanie całości przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową w nim określoną. Podkreślenia wymaga w tym miejscu również okoliczność, iż w treści formularza oferty Odwołujący oświadczył, że zapoznał się z SWZ i uznaje się za związanego określonymi w niej postanowieniami.

Odwołujący stoi zatem na stanowisku, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie zaistniały przesłanki, które pozwalałyby Zamawiającemu na uznanie, że złożona przez Odwołującego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji, dokonanie czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odwołujący wskazuje w tym miejscu na wyrażony w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”) pogląd prawny, zapadły co prawda na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „stare Pzp”), tym niemniej zachowujący aktualność również w obecnie obowiązującym stanie prawnym, zgodnie z którym, interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 starego Pzp (obecnie wskazanemu przepisowi odpowiada art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp), nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Co więcej, w treści przywołanego orzeczenia KIO wskazała, iż odrzucenie oferty wykonawcy na ww. podstawie prawnej jest możliwe, gdy sprzeczność oferty wykonawcy z treścią SIWZ (obecnie SWZ) jest niewątpliwa (tak: Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17).

Jak zaś zostało powyżej podkreślone, Odwołujący jednoznacznie zaoferował wykonanie całości opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia. Mając powyższe na względzie, Odwołujący stoi na stanowisku, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego

pomimo braku w stanie faktycznym niniejszej sprawy przesłanek, o których mowa w treści powołanego przepisu.

W odniesieniu do drugiego ze wskazanych w petitum zarzutów, tj. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 287 ust. 3 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp, Odwołujący wskazuje, że uchybienia powyższym przepisom Zamawiający dopuścił się poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Powyższe uniemożliwia natomiast merytoryczną polemikę z argumentacją Zamawiającego leżącą u podstaw decyzji o odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty, a tym samym godzi w jedną z podstawowych zasad przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest zasada przejrzystości postępowania.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż ocena prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy winna być dokonywana w zakresie uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności zawartego w treści informacji, o której mowa w art. 287 ust. 3 Pzp. Zamawiający, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty, powinien we wskazanej informacji przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne, jak i prawne podjętej czynności, w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty, do czego obliuguje go jedna z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest wyrażona w art. 16 pkt 2 Pzp zasada przejrzystości postępowania.

Odwołujący wskazuje bowiem, że to na podstawie uzyskanych od Zamawiającego informacji po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, art. 287 ust. 3 pkt 2 Pzp, stanowi realizację wyrażonej w art. 16 pkt 2 Pzp zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powołując się na pogląd prawny wyrażony w orzecznictwie KIO (por. Wyrok KIO z dnia 22 września 2020 r., sygn. akt 1864/20, 1869/20), Odwołujący stoi na stanowisku, iż z uwagi na okoliczność, że czynność odrzucenia oferty danego wykonawcy jest najdalej idącą w skutkach prawnych czynnością, pozbawiającą Wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia publicznego, czynność ta powinna być kompleksowo uzasadniona, tak aby była ona weryfikowalna, nie tylko przez Wykonawcę, którego oferta została odrzucona, ale przez każdy podmiot, który byłby zainteresowany prześledzeniem procesu decyzyjnego Zamawiającego.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, wobec braku podania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności, podstawy decyzji o odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty są niemożliwe do zweryfikowania, zaś sama decyzja ma charakter arbitralny. Tym samym więc, w sposób rażący naruszona została przez Zamawiającego wyrażona w art. 16 ust. 2 Pzp jedna z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a mianowicie zasada przejrzystości. Jak zauważa się w doktrynie, dochowanie zasady przejrzystości przez zamawiającego wymaga przede wszystkim wskazania

podstaw podejmowania decyzji oraz zapewnienia dostępu do tych informacji (por. Dzierżanowski W., Prawo zamówień publicznych. Komentarz., System Informacji Prawnej Lex). W stanie faktycznym niniejszej sprawy, Zamawiający powyższym obowiązkom nie zadośćuczynił, co uzasadnia postawiony przez Odwołującego zarzut.

Mając na względzie powołaną argumentację, wnoszę jak w petitum niniejszego odwołania.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców KRS Odwołującego,
2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
3. potwierdzenie wysłania odwołania Zamawiającemu.