Sygn. akt: KIO 3031/20

POSTANOWIENIE
z dnia 4 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 4 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Sprint Spółka Akcyjna z o. z siedzibą w Olsztynie przy ul. Jagiellończyka 26** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Olszynie przy ul. Warszawskiej 89,**
przy udziale wykonawcy **CAT TRAFFIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy ul. Botanicznej 20,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 3031/20,**

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Sprint Spółka Akcyjna z o. z siedzibą w Olsztynie przy ul. Jagiellończyka 26** kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 3031/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Olszynie przy ul. Warszawskiej 89, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „bieżące utrzymanie systemów preselekcji wagowej pojazdów w ruchu w ciągu drogi krajowej nr S7 na odcinku Elbląg-Ostróda w m. Liksajny w km ok. 45+000 po prawej stronie i w km ok. 39+000 po lewej stronie". Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Informacja o wyborze oferty za którą została uznana oferta wykonawcy CAT TRAFFIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy ul. Botanicznej 20 (dalej: „CAT" lub „Przystępujący") została przekazana odwołującemu 9 listopada 2020 r.

W dniu 19 listopada 2020 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy CAT. W treści odwołania Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucał naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CAT pomimo, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymogu podania w ofercie kosztu dostosowania systemu preselekcyjnego i odróżnienia go od pozostałych kosztów zamówienia obejmujących utrzymanie systemów preselekcji wagowej,
   ewentualnie, w razie uznania, że koszt dostosowania systemu preselekcyjnego został podany w ofercie i wynosi 1.580.004 zł netto:
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CAT pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji
   art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CAT pomimo, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ w zakresie zakazu ujęcia kosztu „utrzymania" w kosztach „dostosowania"
   art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy CAT do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny za bieżące utrzymanie systemów preselekcji wagowej (z wyłączeniem kosztu dostosowania systemu preselekcyjnego), stanowiącej istotną część składową ceny całej oferty (zarzut formułowany na wypadek oddalenia zarzutów z pkt 2) tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenie oferty złożonej przez CAT Traffic

ewentualnie

- wezwania CAT do udzielenia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień w zakresie sposobu obliczenia kosztu bieżącego utrzymania systemów preselekcji wagowej (z wyłączeniem kosztu dostosowania systemu preselekcyjnego).

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca CAT.

W dniu 26 listopada 2020 r. do Izby w formie elektronicznej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości w zakresie zarzutu głównego i wypełni żądanie w zakresie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę CAT. Ponadto wskazał, że zarzut ewentualny stał się bezprzedmiotowy.

Izba w toku posiedzenia z udziałem stron stwierdziła niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego w dniu 27.11.2020 r. Przystępującego o terminie posiedzenia z udziałem stron (pismo z dnia 27.11.2020 r. znak UZP/BO/MP/23708/29056/20 – w aktach postępowania odwoławczego). W dniu 13 listopada 2020 r. Przystępujący za pomocą
e-maila potwierdził otrzymanie ww. korespondencji w sprawie (e-mail z dnia 27.11.2020 r. godz. 14:26 przesłany z

adresu).

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.

Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronienia swych interesów. Jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyższej wywołuje negatywne skutki procesowe. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na 19 listopada 2020 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów.

Tym samym w analizowanej sprawie skład orzekający podzielił stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach, m.in. w postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2214/16), postanowieniu z dnia 1 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2534/15), postanowieniu z dnia 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z dnia 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), postanowieniu z dnia 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10), postanowieniu z dnia 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15), postanowienie z dnia 30 lipca 2019 r. (sygn. akt KIO 1353/19), postanowienie z dnia 19 listopada 2020 r. (sygn. akt KIO 2760/20) .

W toku posiedzenia z udziałem stron Odwołujący wycofał zarzuty z pkt 2 odwołania zgłoszone jako ewentualne.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, Izba stwierdziła, że postępowania podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3a Pzp. Jednocześnie Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią powołanego przepisu Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba wzięła pod uwagę fakt, że uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy. W tych okolicznościach – w świetle przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp w zw. z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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.2010.41.238) – Izba postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i orzec o dokonaniu zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……