

Sygn. akt: KIO 2490/20

POSTANOWENIE
z dnia 27 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika w dniu 27 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2020 r. przez wykonawcę NERSEN.pJ. P. z siedzibą w Niebylcu w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie reprezentowany przez Gminę Miasto Rzeszów - Urząd Miasta Rzeszowa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wimed 4.0 sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Tuchowie, Bruk-Mar F.H.U. M. G. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2490/20 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy NERSEN.pJ. P. z siedzibą w Niebylcu kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 wraz 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 Rzeszowie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2490/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie reprezentowany przez Gminę Miasto Rzeszów - Urząd Miasta Rzeszowa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Bieżące utrzymanie i konserwacja znaków drogowych pionowych i urządzeń bezpieczeństwa ruchu na ulicach zlokalizowanych w granicach administracyjnych Rzeszowa”, znak sprawy: CZ-1.271.55.155.2020.

W dniu 24 lipca 2020 r. przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 142-349711.

W dniu 21 września 2020 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu: NERSEN.pJ. P. z siedzibą w Niebylcu informację o wykluczeniu go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem Zamawiającego Odwołujący w dniu 1 października 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu:

1. czynności badania i oceny oferty Odwołującego;

2. czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez ich bezpodstawne zastosowanie, względnie - z ostrożności, na wypadek uznania także, że sam fakt naliczenia kary umownej przez zamawiającego względnie kwestionowania prawidłowości i jakości realizowanych przez wykonawcę prac jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem zawodowym i może przez to stanowić samoistną i wystarczającą przesłankę wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, bez konieczności badania zasadności naliczenia kary umownej i podstaw do kwestionowania prawidłowości i jakości realizowanych przez wykonawcę prac (w szczególności: faktu i stopnia ewentualnego nienależytego wykonania umowy, z uwzględnieniem przyczyn leżących także po stronie Zamawiającego).

Nadto, Odwołujący czynności Zamawiającego zarzucił również:

(1) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania poprzez niedopełnienie obowiązku wskazania w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego merytorycznego uzasadnienia faktycznego,

które mogłoby być uznane za udowodnienie spełnienia przesłanek wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp („...nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych”), a nie stanowić jedynie ogólne i niepodparte dowodami stwierdzenia (jak np. „notoryczne opóźnienia”, „narażenie na niebezpieczeństwo w ruchu drogowym” lub też bliżej nieokreślony „poziom niedbalstwa” Odwołującego przy realizacji umowy), które Zamawiający (subiektywnie) kwalifikuje jako zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych Odwołującego;

(2) naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez ich bezpodstawne zastosowanie we wskazanych wyżej okolicznościach.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp wnosił o:

(1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy Pzp wnosił o:

(2) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- przeprowadzenia dalszych czynności związanych z badaniem i oceną ofert z uwzględnieniem oferty

Odwołującego;

(3) wyłączenie jawności rozprawy w całości, ponieważ całość zarzutów dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, tj. szczegółów realizacji umowy nr 44.TR.2312.1.2019 z dnia 22 maja 2019 r. do zadania pn. „Wykonanie oznakowania poziomego ulic miasta Rzeszowa realizowanego na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie, które to informacje nie mają charakteru jawnego;

(4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) Odwołujący zażądał od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 186 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Zgodnie z art.186 ust.3 ustawy Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu, co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W dniu 26 października 2020 r. przed wyznaczoną rozprawą Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie z tej samej daty oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z art.185 ust.2 zd. 1 cyt. ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba ustaliła również, że w niniejszej sprawie zgłoszenie takie zostało skutecznie dokonane po stronie Zamawiającego przez Przystępującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wimed 4.0 sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Tuchowie, Bruk-Mar F.H.U. M. G. z siedzibą w Rzeszowie lecz nie został wniesiony przez nich sprzeciw od uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, a zatem zaistniała przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art.186 ust.6 pkt 2 lit.b ustawy Pzp i § 5 ust. 1 pkt 2 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Z wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec

uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości przed otwarciem rozprawy, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonych tytułem wpisu.

W niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło w okolicznościach, o których mowa w ust.3 art.186 ustawy Pzp, a w takiej sytuacji w myśl ust.6 pkt 2 lit.b powyższego przepisu koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.186 ust.2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....