Sygn. akt: KIO 2313/22

POSTANOWIENIE
z dnia 19 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 19 września 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: (1) Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) TAR-POL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe T. J. z siedzibą w Targówce (Partner) - (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwa DUBR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: (1) Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) TAR-POL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe T. J. z siedzibą w Targówce (Partner) uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 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: .....

Sygn. akt KIO 2313/22

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalny Dyrektor Dróg Kraj owych i Autostrad Oddział w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie

przetargu nieograniczonego pn. Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, w podziale na 3 Części: Część nr 1 - Rejon w Ostrowi Mazowieckiej, Część nr 2 - Rejon w Płońsku, Część nr 3 - Rejon w Przasnyszu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 października 2021 r. pod numerem 2021/S 208-544841.

Dnia 5 września 2022 roku w prowadzonym postępowaniu odwołanie złożyli również

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

(1) Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz

(2) TAR-POL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe T. J. z siedzibą w Targówce (Partner), dalej jako „konsorcjum Abramss" lub „Odwołujący 2".

Odwołanie złożono wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego naruszający ustawę Pzp:

1. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - Przedsiębiorstwo „DUBR" Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej jako „DUBR") z uwagi na niezgodność z SWZ;

2. zaniechanie odrzucenia oferty DUBR zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub zawierającej ceny jednostkowe rażąco niskie,

3. zaniechanie wezwania DUBR do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Konsorcjum Abramss zarzucało naruszenie:

1. art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty DUBR, pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu i jako taka nie mogła być uznana za najkorzystniejszą;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp lub ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DUBR, która zawiera błędy w obliczeniu ceny (zgodnie z wymaganiami pkt 17 SWZ), które nie gwarantują wykonania przedmiotu zamówienia zgodnego z SWZ lub stanowią ceny jednostkowe rażąco niskie, nierealne, niedające rękojmi należytego wykonania zamówienia, względnie z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku uznania przez Izbę, że odrzucenie oferty Konsorcjum byłoby przedwczesne:

3. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania DUBR do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, wzbudzających uzasadnione wątpliwości, wskazane szczegółowo w uzasadnieniu i w załącznikach do odwołania.

Odwołujący 2 wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

• unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez DUBR.

• powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

• odrzucenie oferty Konsorcjum,

• uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, względnie z daleko posuniętej ostrożności procesowej :

• wezwanie DUBR do złożenia wyjaśnień.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący 2 uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący 2 wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do złożenia odwołania, gdyż wybór oferty DBUR pozbawia go możliwości zawarcia umowy i następnie jej realizacji. Odwołujący 2 w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy PZP zostaje pozbawiony uzyskania zamówienia, a tym samym może ponieść z tego tytułu znaczną szkodę. Oferta Odwołującego 2 jest ofertą — pod względem złożonych ofert oraz kryterium oceny ofert — klasyfikującą się na drugiej pozycji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu, spełniało wymogi formalne i możliwe było jego merytoryczne rozpoznanie.

Ustalono, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, wybór oferty innego wykonawcy, która powinna być odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę, powoduje, że nie może on uzyskać zamówienia. W konsekwencji działań Zamawiającego istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego tj. utraty zamówienia publicznego.

Ustalono także, że do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Przedsiębiorstwo DUBR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

Ustalono następnie, że 16 września 2022 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na dzień 19 września 2022 roku, Zamawiający przesłał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że uwzględnia odwołanie w części, w zakresie zarzutów 1 i 2 odwołania w stosunku do grupy prac 11.

Odwołujący 2 na posiedzeniu przed Izbą w dniu 19 września 2022 roku złożył oświadczenie, iż wycofuje zarzuty 1 i 2 w stosunku do pozostałych grup oraz zarzut nr 3 odwołania i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Przystępujący, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy, nie stawił się na wyznaczony termin.

Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izbą Przystępującego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia (dowód w aktach postępowania), należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów. Należy bowiem uznać, że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania, to ta faza postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

W warunkach prawidłowego powiadomienia Przystępującego po stronie Zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, które zostało w części uwzględnione przez Zamawiającego, uznać należy że na wyznaczonym już posiedzeniu Przystępujący może zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo wykonawcy - Przystępującego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

W ocenie Izby Przystępujący po stronie Zamawiającego, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia w sprawie nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu pisemnie lub ustnie do protokołu posiedzenia.

W konsekwencji, w niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, na którym Przystępujący po stronie

Zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez

Zamawiającego. Brak stawiennictwa Przystępującego po stronie Zamawiającego nie uniemożliwiał zatem umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 3 Pzp.

Izba uznaje także, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezsprzecznie jest Przystępujący po stronie Zamawiającego, rozumiał status w jakim występuje w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym i znane mu być powinny wszystkie konsekwencje i skutki wynikające z niniejszego stanu rzeczy.

Tym samym, Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację wyrażoną, w odniesieniu do analogicznej sytuacji, w postanowieniach KIO: z 09.06.2010 r., sygn. akt: KIO 991/10, z 11.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1575/10, z 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1264/12, z 23.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1722/12, z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 360/14, z 20.03.2014 r., sygn. akt: KIO 442/14; z 07.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1524/14, z 05.09. 2014 r., sygn. akt: KIO 1744/14, z 04.02.2015 r., sygn. akt: KIO 151/15, z 01.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2534/15, z 16.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2637/15, z 26.04.2016 r., sygn. akt: KIO 523/16, z 20.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1259/16, z 31.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1563/16 oraz z 06.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1770/17.

Skoro zatem Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części, wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił sprzeciwu, a odwołujący pozostałe zarzuty odwołania wycofał, to mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzie-lenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów u..

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Jednocześnie Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego, o które wnioskował na podstawie złożonej faktury, ponieważ zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia znosi się wzajemnie. W takim przypadku Izba orzeka jedynie o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku UZP kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: .....