Sygn. akt: KIO 3062/23

POSTANOWIENIE z dnia 30 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników w dniu 30 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez wykonawcę B. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. J.F. – Instalacje w Stanisławowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Białystok

przy udziale wykonawcy W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WALMAR W.G. w Wasilkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego B. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. J. F. – Instalacje w Stanisławowie kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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 3062/23

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

Zamawiający Miasto Białystok (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na roboty budowlane pn. „Wykonywanie remontów cząstkowych nawierzchni bitumicznych na terenie miasta Białegostoku mieszanką mineralno – asfaltową na gorąco z użyciem i bez użycia piły i remontera" (numer referencyjny: ZDM-XIV.271.33.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 28 lipca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00329630. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. -Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 16 października 2023 r. wykonawca B. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. J. F. – Instalacje w Stanisławowie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WALMAR W. G. w Wasilkowie (dalej jako „Przystępujący") jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu, wobec zaniechania wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku;

2. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny robót budowlanych, a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;

3. art. 224 ust. 1 zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo iż zaoferowana cena i jej istotne elementy składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a ww. rozbieżność nie wynikała z przyczyn oczywistych, niewymagających wyjaśnienia;

4. art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo, iż zaoferowana cena jest niższa o ponad 30% od wartość zamówienia, a ww. rozbieżność nie wynikała z przyczyn oczywistych, niewymagających wyjaśnienia;

5. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo, iż złożył on ofertę z rażąco niską ceną, poniżej kosztów, w celu eliminacji pozostałych wykonawców z postępowania, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wyboru oferty

najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez

Przystępującego ze względu na rażąco niską cenę, ewentualnie ze względu na dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia.

Zamawiający w dniu 25 października 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutów naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską;

2. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny robót budowlanych, a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;

3. art. 224 ust. 1 zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo iż zaoferowana cena i jej istotne elementy składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a ww. rozbieżność nie wynikała z przyczyn oczywistych, niewymagających wyjaśnienia;

4. art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo, iż zaoferowana cena jest niższa o ponad 30% od wartość zamówienia, a ww. rozbieżność nie wynikała z przyczyn oczywistych, niewymagających wyjaśnienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części, wskazując, że nie uznaje za zasadne żądań uwzględnienia odwołania w całości i nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na rażąco niską cenę, ewentualnie ze względu na dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania. Zamawiający wskazał, iż uwzględnia żądania dotyczące nakazania unieważnienia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia. W związku z tym Zamawiający unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzy czynność badania i oceny ofert, a następnie dokona ponownego wyboru oferty. Zamawiający wyjaśnił, że nie może uwzględnić pozostałych żądań bez dania Przystępującemu możliwości wykazania, że jego oferta jest rzetelna. Na obecnym etapie wynik badania i oceny ofert nie jest jeszcze przesądzony, zatem żądanie odrzucenia oferty Przystępującego jest przedwczesne.

Odwołujący w dniu 27 października 2023 r. złożył pismo, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego i wnosi o umorzenie postępowania w całości z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego części zarzutów oraz cofnięcie odwołania przez Odwołującego w zakresie pozostałych zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WALMAR W. G. w Wasilkowie.

Na posiedzeniu w dniu 30 października 2023 r. Przystępujący nie stawił się, tym samym rezygnując z przysługującego mu prawa do wniesienia sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia odwołania w części przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią tego przepisu 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 udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym

w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnił częściowo odwołanie, w pozostałym zaś zakresie odwołanie zostało wycofane przez Odwołującego. Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołania. Powyższe wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego, co powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Zgodnie z tym przepisem w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu. W świetle ww. regulacji Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……..……