Sygn. akt: KIO 3890/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 14 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Michał Pawłowski
Katarzyna Poprawa

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 14 listopada 2024 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
28 października 2024 roku przez wykonawcę DTŚ spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział
w Szczecinie

A.przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy NBQ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie

B.przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy SAFEGE S.A.S. Francja

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.

2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczwykonawcy DTŚ spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……
……
……

Sygn. akt: KIO 3980/24

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „Budową drogi krajowej S10 Szczecin – Piła" w podziale na 4 części", nr postępowania: O.Sz.D-3.2410.1.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
w dniu 25 marca 2024 r., nr ogłoszenia: 176132-2024.

W dniu 28 października 2024 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 dalej: ustawa / Pzp) wniósł odwołanie wobec działań i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 122 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez niezasadne przyjęcie, że wykonawca NBQ sp. z o.o. (dalej jako „NBQ") wykazał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy i zaniechanie żądania przez Zamawiającego zastąpienia przez NBQ podmiotu, na zasoby którego NBQ powołało się celem wykazania spełnienia warunku udziału w Postepowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, tj. zasoby spółki IRD Engineering S.r.l. (dalej jako „IRD Engineering") innym podmiotem lub wykazania, że NBQ samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu
w sytuacji, gdy zobowiązanie do oddania zasobów, jakie złożyła spółka IRD Engineering
i wyjaśnienia, jakie w tym zakresie zostały złożone przez NBQ na wezwanie zamawiającego nie potwierdzają rzeczywistego dostępu po stronie NBQ do zasobów tej spółki,
a w szczególności nie potwierdzają, że IRD Engineering wykona usługi, do realizacji których zdolności były wymagane, co powinno być poczytywane jako pozorne udostępnienie zasobów przez NBQ, a w konsekwencji także jako niewykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, co z kolei skutkować powinno uruchomieniem przez Zamawiającego procedury, o której mowa w art. 122 Pzp;

2)art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty NBQ pomimo tego, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania, że zaoferowana Zamawiającemu cena (jak również jej składniki) mają charakter rynkowy i pozwalają mu na zrealizowanie usługi zgodnie z warunkami zamówienia, a także na wypracowanie odpowiedniego zysku;
3)art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 j.t. ze zm.), dalej jako „uznk", przez zaniechanie odrzucenia oferty NBQ pomimo tego, że została złożona
w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, czego wyrazem jest oferowanie przez NBQ ceny za Środek transportu Zamawiającego poniżej faktycznych kosztów, w szczególności poniżej rynkowych kosztów najmu pojazdu, które musi ponieść NBQ nie posiadając własnych pojazdów tego typu, na podstawie nierynkowej oferty najmu pojazdów, której nie byliby w stanie uzyskać inni wykonawcy, co z kolei miało pozwolić NBQ uzyskanie przedmiotowego zamówienia i eliminację innych wykonawców z rynku;
4)art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wezwania NBQ
do wyjaśnień istotnej części składowej ceny, jaką stanowią koszty Personelu biurowego
i Personelu pomocniczego w sytuacji, gdy wskazane przez NBQ w pkt 1.5 i 1.6. Formularza cenowego ceny dotyczące tych kosztów (w zakresie wszystkich Części zamówienia) wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości
co do możliwości zatrudnienia osób w oparciu o umowę o pracę, w wymiarze pełnego etatu, jak tego oczekiwał Zamawiający w dokumentach zamówienia, w szczególności w świetle obowiązujących stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę i konieczności poniesienia przez pracodawcę pełnych kosztów, jakie wiążą się z zatrudnieniem pracownika
na podstawie umowy o pracę.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu podjęcia następujących czynności:
1.unieważnienia wyboru oferty NBQ jako najkorzystniejszej w ramach czterech Części Postępowania;
2.przystąpienia do ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności:
a)odrzucenia oferty NBQ na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp we wszystkich Częściach;
b)odrzucenia oferty NBQ na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp we wszystkich Częściach; względnie (w przypadku nieuwzględnienia któregokolwiek z zarzutów dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty NBQ)
c)żądania (we wszystkich częściach Postępowania) zastąpienia przez wykonawcę NBQ spółki IRD Engineering innym podmiotem lub wykazania, że NBQ samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu (we wszystkich Częściach),
d)wezwania NBQ do wyjaśnienia ceny w zakresie pozycji pkt 1.5. i 1.6 Formularza cenowego, w odniesieniu do wszystkich Części zamówienia, w kontekście wynikającego
z dokumentów zamówienia obowiązku zatrudnienia tych osób w oparciu o umowę o pracę, na w pełnym wymiarze czasu pracy, jak również obowiązujących stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę, jaka wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa (we wszystkich Częściach).

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Oferta DTŚ, we wszystkich Częściach Postępowania, została sklasyfikowana na drugim miejscu
tzw. rankingu ofert złożonych w Postępowaniu, za ofertą NBQ. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odrzucenie oferty NBQ (co powinno nastąpić) umożliwiłoby wybór ofert DTŚ jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Szkoda, jaką może ponieść Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki Odwołujący osiągnąłby realizując przedmiotowe zamówienie.

Izba ustaliła:

Pismem **„Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie" z dnia 14 listopada 2024 roku**, przesłanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 roku, Zamawiający przedstawił między innymi następujące oświadczenie:

Działając w imieniu i na rzecz Zamawiającego, w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 października 2024 r. (dalej jako „odwołanie") przez DTŚ S.A. (dalej jako „DTŚ") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Budowa drogi krajowej S10 Szczecin-Piła" w podziale na 4 części" (numer postępowania: O/Sz.D-3.2410.1.2024) – dalej jako Postępowanie Zamawiający ***uwzględnia wniesione Odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu nr 1*** *dotyczącego zarzutu naruszenia art. 122 p.z.p. w zw. z art. 118 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt. 1 p.z.p., zaś w*

*odniesieniu do **zarzutów 2, 3 i 4 wnoszę o oddalenie odwołania**.*
Pismo zawierało również uzasadnienie, w którym Zamawiający odniósł się
do poszczególnych zarzutów odwołania.
Pismo zostało podpisane przez Pani Annę Sinkiewicz, adwokata umocowanego do działania w sprawie.
W trakcie posiedzenia z udziałem stron **Odwołujący złożył oświadczenie, o cofnięciu zarzutów 2, 3, 4 odwołania.**
W trakcie posiedzenia z udziałem stron uczestnik **postępowania NBQ spółka**
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu 1 odwołania.
Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła:

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione
w odwołaniu tj. zarzut 1 odwołania – Izba stwierdziła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w części, w zakresie zarzutu 1 oraz uwzględniając oświadczenie odwołującego o cofnięciu pozostałych nieuwzględnionych przez zamawiającego zarzutów odwołania tj. zarzutu 2, 3, 4 odwołania Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy. Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba umarza postępowanie odwoławcze. W takim przypadku Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Jednocześnie Izba zaznacza w tym miejscu, mając na uwadze pełną treść złożonego przez Zamawiającego pisma z dnia 14 listopada 2024 roku, że umarzając postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w części / w całości zarzutów odwołania Izba nie dokonuje oceny czynności, które ewentualnie w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu odwołania wskazywałby Zamawiający tj. Izba nie ocenia czynności jakie wykonał, wykonuje bądź jakich zapowiada wykonanie Zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania. Zamawiający również nie ma obowiązku przedstawiania takich informacji w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości/ w części.

Przepis ustawy uzależnia możliwość umorzenia postępowania przez Izbę, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez Zamawiającego, jedynie od tego,
czy w postępowaniu zostało skutecznie wniesione zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz czy został wniesiony sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.
Umarzając postępowanie odwoławcze Izba nie rozstrzyga merytorycznie o zarzutach odwołania.
Zgodnie z art. 568 pkt 3 Izba umorzyła postępowanie w formie postanowienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania
na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 i § 9 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania,* w oparciu o który to przepis Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu
z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: ……

……

……