

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 30 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska
Justyna Tomkowska
Renata Tubisz

Protokolantka: Aldona Karpińska

Po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Budimex Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186

Uczestnik po stronie zamawiającego:

– wykonawca Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12 A

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Budimex Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 tytułem zwrotu 90% uiszczonego wpisu.

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.

Przewodnicząca:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław-Kłodzko- zadanie 5 odc. Niemcza (bez węzła) – węzeł Ząbkowice Śląskie Północ (z węzłem) długości ok 7,94 km zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w dniu 29.12.2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U. S: 251/2023 794916-2023.

W dniu 5 sierpnia 2024 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Sygn. akt KIO 2966/24

W dniu 16 sierpnia 2024 r. wykonawca Budimex Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 czerwca 2021 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz 10) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że w niniejszej sprawie zmaterializowały się wobec wykonawcy Mostostal przesłanki wykluczenia, o których mowa w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) ustawy, ponieważ wykonawca Mostostal, w wyniku rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie posiadanego doświadczenia w zakresie realizacji samodzielnej realizacji obiektów mostowych, które skłoniły zamawiającego do uznania, że wykonawca Mostostal spełnia warunek udziału określony w pkt 8.2.4 podpunkt 1 IDW (Tom I SWZ),
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że w niniejszej sprawie wykonawca Mostostal nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4 podpunkt 1 IDW (Tom I SWZ),
3. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy w zw. z art. 16 ustawy i w zw. z art. 3 ust. 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk, a w konsekwencji

naruszenie art. 16 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Mostostal,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenia Mostostal z postępowania i odrzucenia jego oferty.

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

W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy.

Oferta odwołującego uzyskała 99,71 pkt i w związku z tym została sklasyfikowana na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu. Oferta Mostostal została natomiast sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Na skutek dokonanych niezgodnie z prawem czynności zamawiającego, odwołujący, który złożył prawidłową i rzetelnie wycenioną ofertę, został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) zasadności tego odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący ma realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie w tym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez spółkę Budimex S.A. Szkada ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 21 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Mostostal Warszawa Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Przystąpienie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 sierpnia 2024 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący oświadczył, że ma interes uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, to jest strony do której przystępuje. Oferta przystępującego została przez zamawiającego wybrana jako oferta najkorzystniejsza w ww. postępowaniu. Ewentualne uwzględnienie odwołania może zatem skutkować zmianą decyzji co do wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji – pozbawić przystępującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego, udzielanego w ramach postępowania, w efekcie czego przystępujący może ponieść szkodę w postaci utracenia zysku, na którego uzyskanie liczył w związku z realizacją zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania.

Zamawiający w dniu 28 sierpnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści dokumentów - cyfrowego odwzorowania Dzienników Budowy prowadzonych dla obiektów 21WD, 16PZŚd, 20PZŚd i 22APZŚd wykonanych przez Mostostal w ramach realizacji zadania pn.: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) z podziałem na trzy zadania: Zadanie „A” od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km” - celem wykazania faktu spełniania przez wykonawcę Mostostal warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 28 sierpnia 2024 r. przystępujący złożył pisemne stanowisko wnosząc o oddalenie odwołania wniesionego przez Budimex S.A. jako całkowicie bezzasadnego.

W dniu 29 sierpnia 2024 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w całości i wniósł o zwrot na jego rzecz 90% uiszczonego wpisu.

Termin posiedzenie z udziałem stron był wyznaczony na dzień 30 sierpnia 2024 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła wykonawcę Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, przystępującego po stronie zamawiającego w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołujący jednoznacznie i wyraźnie oświadczył, że cofa odwołanie w całości. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 520 ust. 1 i 2 ustawy, które stanowią, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W tym stanie rzeczy Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania, działając na podstawie art. 568 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 3 lit a cyt. rozporządzenia nakazując zwrot odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 90% uiszczonego wpisu. Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....