

Sygn. akt: KIO 2274/24

POSTANOWENIE
z dnia 12 lipca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska
Członkowie: Emilia Garbala
Małgorzata Jodłowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **12 lipca 2024 roku**, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 czerwca 2024 roku** przez wykonawcę **ZOMIX G.Z., P.Z. Spółka Komandytowa z siedzibą w Nisku** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego działa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** przy udziale wykonawcy **ZABERD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** (Przystępujący), zgłaszającego przystąpienie **po stronie Odwołującego** postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. **nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu na rzecz **Odwołującego - ZOMIX G.Z., P.Z. Spółka Komandytowa z siedzibą w Nisku;**
3. **znieść pozostałe koszty między Stronami.**

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:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 2274/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego działa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji GDDKiA Oddział w Rzeszowie, w podziale na części: Część 1- utrzymanie dróg krajowych Rejonu w Rzeszowie OUA Rzeszów* Numer ogłoszenia: OJ S 61/2024 26/03/2024 180930-2024 - Procedura konkurencyjna.

Dnia 30 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca ZOMIX G.Z., P.Z. Spółka Komandytowa z siedzibą w Nisku (dalej jako „Odwołujący” lub „Zomix”). Odwołanie dotyczy części 1.

Odwołanie wniesiono wobec zaniechania wydłużenia terminu na złożenie wyjaśnień, dla Wykonawców wezwanych przez Zamawiającego w trybie art. art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do czasu wydania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie odwołania Wykonawcy Zaberda z uwagi na fakt, że Wykonawca ten zakwestionował całą procedurę wyjaśnień prowadzoną przez Zamawiającego w trybie art. art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 1 odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej, wnosząc o jej unieważnienie – w tym unieważnienie wezwania do złożenia „wyjaśnień”, względnie modyfikację procedury i wezwania, z uwagi na fakt, iż wezwanie do wyjaśnień dotyczących „rażąco niskiej ceny” sformułowano w zakresie wykraczającym ponad uprawnienia wynikające z treści przepisów ustawy Pzp i w sposób prowadzący do zmiany treści oferty.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wydłużenia terminu na złożenie „wyjaśnień”, paralelnie dla Odwołującego ZOMIX i pozostałych wykonawców wezwanych w zakresie Części 1 postępowania, z uwagi na fakt, iż jeśli Krajowa Izba Odwoławcza uzna odwołanie Zaberda za zasadne (wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną), potwierdzając wadliwość wezwania i fakt, że jego zakres był nadmierny, naruszający przepisy Pzp,

to analogicznie wezwania skierowane do pozostałych Wykonawców (w tym Odwołującego) winny zostać uznane jako będzie zbędne (nadmierne). Tym samym wyznaczenie różnych terminów na wykonanie takiej samej (z prawnego punktu widzenia czynności) naruszać będzie równe traktowanie wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu,

a w przypadku uwzględnienia odwołania Wykonawcy Zaberd, Wykonawca ten – w tym samym stanie faktycznym i prawnym - zwolniony zostanie z czynności, o których mowa

w art. 224 ust 1 i ust 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust 1 ustawy Pzp, podczas gdy pozostali Wykonawcy wyjaśnienia będą musieli złożyć.

Odwołujący wnosił o:

1) nakazanie Zamawiającemu prowadzenia badania oceny złożonych ofert z poszanowaniem zasad przewidzianych w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust 2 ustawy Pzp w szczególności równego traktowania Wykonawców, w sposób który nie różnicuje ich sytuacji w postępowaniu,

2) nakazanie Zamawiającemu prowadzenie procedury w trybie art. 224 ust 1 i art. 223 ust 1 ustawy Pzp z poszanowaniem zasad przewidzianych w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp

tj. wydłużenia Odwołującemu i pozostałym wezwanym Wykonawcom terminu na udzielenie wyjaśnień, co najmniej do czasu rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania wniesionego przez Zaberd

Co do zachowania terminu na wniesienie odwołania, to Odwołujący zaznaczył, że w dniu 26 czerwca 2024 r. - z uwagi na odwołanie Wykonawcy Zaberd kwestionujące zasadność wezwania do złożenia wyjaśnień – wystosował do Zamawiającego wniosek w którym wskazał:

„W związku z odwołaniem wniesionym do KIO przez Wykonawcę Zaberd Sp z o.o.

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji GDDKiA Oddział w Rzeszowie,

w podziale na części: Część 1- utrzymanie dróg krajowych Rejonu w Rzeszowie OUA Rzeszów” na czynności Zamawiającego, w szczególności zaś :

- naruszenia art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1) w związku z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” poprzez wezwanie do wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny w zakresie wykraczającym ponad uprawnienia wynikające z treści w/w przepisów i prowadzącym do zmiany treści oferty z jednoczesnym wnioskiem Odwołującego do Izby

o unieważnienie czynności wezwania, zasadne jest zdaniem Wykonawcy ZOMIX - w świetle równego traktowania wykonawców w postępowaniu - wydłużenie terminu na składanie wyjaśnień do czasu rozstrzygnięcia Izby.

Ponieważ wezwania innych Wykonawców (których ceny ofert są wyższe od Zaberd sp z o.o.) mogą okazać się w świetle orzeczenia Izby równie niezasadne, koniecznym jest w świetle art 16 pkt 1 oraz 17 ust 2 ustawy pzp wydłużenie terminu na składanie wyjaśnień do momentu uzyskania wyroku KIO, która uzna czynność wezwania zbędną i nakaże ją unieważnić, bądź przeciwnie oddalając odwołanie nakaże dalsze procedowanie.

Uczciwe prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, z jednoczesnym równym traktowaniem wszystkich Wykonawców, nakazuje wspomniany termin wydłużyć.

Nie jest zdaniem Wykonawcy dopuszczalne - w sytuacji uznania odwołania - tolerowanie stanu w którym jeden Wykonawca zwolniony jest przez Izbę z wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1) w związku z art. 224 ust. 1 ustawy pzp z uwagi na naruszenie przepisów - podczas gdy inni Wykonawcy w tym samym stanie faktycznym wyjaśnienia takie muszą składać”.

W odpowiedzi w dniu 27 czerwca 2024 r. Zamawiający „zmodyfikował” treść wezwania oraz odmówił wydłużenia terminu składania wyjaśnień

Z uwagi na powyższe zdaniem Odwołującego dochowany został termin do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 515 ust 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp ,gdyż za moment od którego termin biegnie Wykonawca Zomix uznaje ten, w którym Zamawiający odmówił mu wydłużenia terminu na złożenie wyjaśnień, modyfikując jednocześnie treść wezwania. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż odwołanie nie zawierało braków formalnych.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej wskazany w treści złożonego odwołania.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożył wykonawca ZABERD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

Odwołujący, w dniu 11 lipca 2024 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na 12 lipca 2024 roku, godz. 10.00, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu Wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce dzień przed datą, na którą został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania i przed jej otwarciem, zatem na rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

Przewodnicząca:

.....

Członkowie:

.....

.....