Sygn. akt: KIO 3870/23

POSTANOWIENIE

z dnia 12 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 12 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2023 r. przez odwołującego: **Firma Usługowa Gryf sp. z o.o. z/s w Trzebuni**(Trzebunia 319, 32438 Trzebunia) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** reprezentowany przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Krakowie (ul. Mogilska 25, 31542 Kraków),
uczestnik zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Usługowe SED-HUT S.A. z/s w Krakowie** (ul. T. Sendzimira 5, 31-752 Kraków),

postanawia:

1.Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2.Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Firma Usługowa Gryf sp. z o.o. z/s w Trzebuni**(Trzebunia 319, 32438 Trzebunia) kwotę **6.750 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą 90 % kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania.

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.

……

Sygn. akt: 3870/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2023 r. przez wykonawcę: Firma Usługowa Gryf sp. z o.o. z/s w Trzebuni (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP]przez zamawiającego: Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostradreprezentowany przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Krakowie Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Dozorowanie i ochrona osób i mienia na terenie obiektów Oddziału w Krakowie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w okresie 8 miesięcy w podziale na 3 części" w zakresie części 2 obejmującej dozorowanie i ochronę osób i mienia obiektów na terenie GDDKiA Rejonu Tarnów, znajdujących się w Tarnowie przy ul. Zakładowej 6, 33-100 Tarnów. Numer ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2023/BZP 00531671/01 z dnia 2023-12-05.
Wykonawca podał, że wnosi odwołanie od:
1.zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której był obowiązany na podstawie ustawy Pzp, polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwa Usługowego SED-HUT S.A. (...) złożonej do części nr 2 w postępowaniu„Dozorowanie i ochrona osób i mienia na terenie obiektów Oddziału w Krakowie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w okresie 8 miesięcy w podziale na 3 części”, albowiem oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożenie przez wykonawcę takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej;
2.niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wyborze w ramach przedmiotowego postępowania jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usługowe SED-HUT S.A. (dalej: SED-HUT)
Zamawiającemu zarzucił naruszenie art. 224 ust. 5 i 6, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 Pzp w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty wykonawcy oraz art. 239 w związku z art. 224 ust. 1 Pzp z uwagi na wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, albowiem (...) zaproponowane przez SED-HUT warunki cenowe zawierają cenę rażąco

niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowane wynagrodzenie wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez zamawiającego *wymogów przedstawionych przez zamawiającego wymogów, jak chociażby zatrudnienie na wyłącznie na podstawie stosunku pracy, z poszanowaniem norm prawa pracy, przepisów BHP i regulujących minimalne wynagrodzenie z jednoczesnym zakazaniem delegowania do pracy osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do uznania, że pozostałe oferty złożone w toku postępowania zostały uznane za niekonkurencyjne w stosunku do oferty wybranej przez zamawiającego*; (...)

Wykonawca wskazał, że: „*Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony w niniejszym postępowaniu, gdyż zamawiający dokonał czynności wyboru oferty, która zawiera rażąco niską cenę, za którą wykonanie zamówienia na poziomie oczekiwanym przez zamawiającego w warunkach rynkowych jest niemożliwe, albowiem zaoferowana cena nie pozwala nawet na pokrycie kosztów pracowniczych. Gdyby zamawiający prawidłowo ocenił i przeliczył ofertę przedstawioną przez SED-HUT, okazałoby się, że nie da się tego zamówienia wykonaćza cenę wskazaną przez SED-HUT, albowiem koszty wykonania usługi z poszanowaniem przepisów obowiązującego prawa przewyższają zaoferowaną cenę. Prawidłowe badanie winno skutkować przyjęciem, że zaoferowana cena jest rażąco niska, co z kolei winno skutkować odrzuceniem oferty. Z kolei oferta odwołującego jest na drugim miejscu, zatem w przypadku odrzucenia oferty SED-HUT, oferta odwołującego wygrałaby.*

W konsekwencji działań zamawiającego istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego tj. utraty zamówienia publicznego, a co za tym idzie utraty planowanego zysku oraz utraty możliwości zdobycia dodatkowych referencji, stąd odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, aby uzyskać zamówienie".

Wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;

2)odrzucenie oferty SED-HUT;

3)powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie wpiśmie z dnia 2.01.2024 r. zgłosił wykonawca: Przedsiębiorstwo Usługowe SED-HUT S.A. z/s w Krakowie (Przystępujący)wnosząc w szczególności o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 11.01.2024 r.) w szczególności podał: (...) *Zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania prostując przy tym, że nie formułował zakazu delegowania do pracy osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, wnosząc w związku z tym o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert. (...)*

Zgłaszający przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowe SED-HUT S.A. z/s w Krakowie w piśmie z dnia 11/01/2024 podał w szczególności (...) *wobec doręczenia mi dziś (11.01.2024) stanowiska Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości, oświadczam, że przystępująca - po myśli art. 523 ust. 1 Pzp - wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania - w całości*. (...)

Odwołującyw piśmie z dnia 11/01/2024 oświadczył: „*Działając na podstawie art. 520 p.z.p. w imieniu własnym, niniejszym cofam odwołanie wniesione dnia 23.12.2023 r. w sprawie zamówienia publicznego na postępowanie dozorowanie i ochronę osób i mienia na terenie obiektów Oddziału w Krakowie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w okresie 8 miesięcy w podziale na 3 części. Numer referencyjny: O.KR.D3.2421.33.2023 i wnoszę w trybie art. 568 ppkt 2 pzp o umorzenie przedmiotowego postępowania. Wobec powyższego wnoszę o zwrot 90 % opłaty tytułem wpisu na rachunek bankowy o nr* (....).

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*".

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 11 stycznia 2024 r. - przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy na dzień 12 stycznia 2024 r. - jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym przedmiotowe odwołanie zostało na podstawie wskazanego art. 520 ust. 1 ustawy Pzp skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy.

Izba dodatkowo zauważa, że w myśl art. 520 ust. 2 Pzp: „2.*Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby*".

Odwołujący – jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie Prawa zamówień publicznych - jest dysponentem wniesionego przez siebie odwołania, co przejawia się również w uprawnieniu do jego wycofania. Krajowa Izba Odwoławcza nie bada i nie ocenia przyczyn cofnięcia odwołania. Bada wyłącznie formalną skuteczność złożenia oświadczenia o cofnięciu odwołania. Skuteczne cofnięcie odwołania jest wiążące dla Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto cofnięcie odwołania nie wymaga zgody pozostałych stron i uczestników postępowania, nawet w przypadku, jak w tym stanie faktycznym, złożenia oświadczenia o sprzeciwie, którego skuteczność nie jest także w takim przypadku

weryfikowana przez Izbę.

Tym samym Izba - zgodnie z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy - postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 7.500 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

……