Sygn. akt: KIO 3649/23

POSTANOWIENIE

z dnia 18 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 18 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2023r. przez odwołującego: **Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. z/s Białe Błota**(ul. Nizinna 1 86005 Białe Błota) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Białe Błota (**ul. Szubińska 7, 86005 Białe Błota),

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. z/s Białe Błota**(ul. Nizinna 1 86005 Białe Błota)kwotę **9.000 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą 90 % kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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.**

……

Sygn. akt: 3649/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2023r. przez wykonawcę Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. z/s Białe Błota (Odwołujący) w postępowaniuprowadzonym 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: Gmina Białe Błota.Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Dostawa oraz transport kruszywa". Numer referencyjny: RZP.271.48.2023.ZP3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 19/10/2023r.pod numerem 2023/BZP 00452050/01.

Wykonawca podał, że wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

1.badaniu i ocenie ofert, w tym zwłaszcza oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego,

2.odrzuceniu przez Zamawiającego oferty Odwołującego z uwagi na rzekome podleganie przez Wykonawcę wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 PZP, pomimo niezaistnienia przesłanek wskazanych w tych przepisach, względnie- pomimo oczywistej nieproporcjonalności wykluczenia w stosunku do powołanych przesłanek wykluczenia,

a w konsekwencji

3. wyborze przez Zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Transport- Handel- Usługi Krzysztof Wasilewski w spadku (dalej THU) pomimo iż to oferta Odwołującego była najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 PZP w zw. z art. art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 253 ust. 1 PZP, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekome podleganie przez Wykonawcę wykluczeniu z postępowania, w sytuacji gdy Zamawiający:

1)nie wykazał przy pomocy stosownych dowodów, ażeby Odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co skutkowałoby podważeniem jego uczciwości, w szczególności by wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, ani też nie wyjaśnił, na czym ww. naruszenie miałoby polegać, zaś Odwołujący nie dopuścił się takiego naruszenia;

2)nie wykazał, aby Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, podczas gdy do takiej sytuacji nie doszło, w szczególności nie doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania przez Odwołującego w znacznym stopniu z przyczyn leżących po jego stronie wcześniejszego zamówienia, nie doprowadziło to do odszkodowania od Odwołującego ani do wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z rękojmi;

3)nie przedstawił wystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego zaskarżonej czynności;

a w konsekwencji

4)nie wykazał, aby Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do niepodlegania wykluczeniu z postępowania

tym samym - poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy z przyczyn nieznajdujących potwierdzenia w okolicznościach sprawy i w oparciu o instrumentalnie traktowane postanowienia SWZ i okoliczności faktyczne współpracy Stron, działając w sposób nietransparentny i naruszający interesy Wykonawcy, wbrew znanym sobie okolicznościom faktycznym i z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji;

ewentualnie

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 PZP w zw. z art. 109 ust. 3 PZP w zw. z art.art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 253 ust. 1 PZP, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako podlegającego wykluczeniu z postępowania, pomimo iż jego wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności z uwagi na diametralnie odmienny przedmiot niniejszego Postępowania (dostawy) w stosunku do postępowania, którego dotyczą zarzuty Zamawiającego (roboty budowlane), charakter i wagę naruszeń, na które powołuje się Zamawiający (w tym- zakres prac, którego dotyczą oraz stosunek tego zakresu do przedmiotu spornego zamówienia jako całości) i ich sporny

charakter;
a w konsekwencji
3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP, poprzez dokonanie oceny oferty THU z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i jej wybór jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Odwołującego była najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez Zamawiającego).
Mając na uwadze powyższe wniósł o:
1.merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania w całości na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu w szczególności przesłanek wykluczenia wykonawców, zakresu zamówienia i jego składowych, przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego i treści uzasadnienia tego odrzucenia,
3.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:
1)protokołu odbioru zamówienia nr ref. RZP.271.19.2021.KZP z dnia 18.11.2021r.
2)referencji dot. zamówienia nr ref. RZP.271.19.2021.KZP wystawionych przez Zamawiającego dokumenty jak w pkt. 1 i 2 na okoliczność należytego wykonania zamówienia RZP.271.19.2021.KZP, usunięcia usterek wskazanych w protokole odbioru technicznego z 4.11.2021r., odbioru zamówienia bez uwag przez Zamawiającego, niedopuszczenia się naruszenia obowiązków zawodowych przez Odwołującego, niezaistnienia przesłanki wykluczenia przywołanej przez Zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 29.11.2023r. o odrzuceniu oferty Odwołującego
3)korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym a dot. realizacji zamówienia RZP.271.19.2021.KZP
4)korespondencji pomiędzy Zamawiającym, Odwołującym i wystawcą gwarancji należytego wykonania umowy dot. realizacji zamówienia RZP.271.19.2021.KZP
5)korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym dot. naruszenia dóbr osobistych
6)dokumentacji zamówienia RZP.271.19.2021.KZP- umowy, Specyfikacji Warunków Zamówienia,Opisu Przedmiotu Zamówienia, wyciągu z dokumentacji projektowej; dokumenty jak w pkt. 3-6 na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu w szczególności braku naruszenia przez Odwołującego obowiązków zawodowych, niezaistnienia przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania innego zamówienia, spełniającego przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 lub pkt 7 PZP, niewprowadzenia wykonawstwa zastępczego, niewystąpienia odszkodowania, sporności i bezzasadności zastrzeżeń Zamawiającego zgłaszanych w okresie gwarancji, uznania przez gwaranta braku podstaw do wypłaty środków z zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia, nieuznawania przez Odwołującego odpowiedzialności za domniemane wady prac w ramach zamówienia RZP.271.19.2021.KZP
7)referencji i potwierdzeń odbioru prac bez zastrzeżeń odnoszących się do zamówień udzielanych Odwołującemu przez Zamawiającego i innych zamawiających na okoliczność instrumentalnego traktowania przesłanki wykluczenia przez Zamawiającego, rzetelności zawodowej Odwołującego, nienaruszania przez niego obowiązków zawodowych i należytego realizowania przez niego licznych zamówień na rzecz Zamawiającego i innych podmiotów, braku podstaw (ewentualnie- nieproporcjonalności) wykluczenia
8)dokumentacji innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego- wyciągu ze specyfikacji warunków zamówienia, zawiadomień o wyborze oferty, na okoliczność udzielania Odwołującemu przez Zamawiającego zamówień po wystąpieniu okoliczności mających rzekomo stanowić przesłankę wykluczenia, pomimo przewidzenia w treści SWZ w tamtych postępowaniach analogicznych do przewidzianych w niniejszym Postępowaniu przesłanek wykluczenia, instrumentalnego traktowania przesłanki wykluczenia przez Zamawiającego, rzetelności zawodowej Odwołującego, nienaruszania przez niego obowiązków zawodowych i należytego realizowania przez niego licznych zamówień na rzecz Zamawiającego i innych podmiotów, braku podstaw (ewentualnie- nieproporcjonalności) wykluczenia
9) dokumentacji postępowania ws. RZP.271.38.2023.ZP1- informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego na okoliczność przesłanek odrzucenia oferty Odwołującego w tamtym postępowaniu, przyczyn wycofania złożonego w tamtym postępowaniu odwołania,
10)nagrań sesji Rady Gminy: z dnia 26.10.2023r. dostępnego pod adresem https://esesja.tv/transmisja/42165/sesja-rady-w-dniu-26-pazdziernika-2023.htm, fragment od min. 27:20 do min. 37:20, oraz z dnia 28.11.2023r. dostępnego pod adresem https://esesja.tv/transmisja/43112/sesja-rady-w-dniu-28-listopada-2023.htm, fragment od min. 28:05-29:40 i 2.21:20-2.40:40 na okoliczność instrumentalnego dążenia przez Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, działania z naruszeniem zasady transparentności i uczciwej konkurencji, publicznego informowania o woli odrzucenia oferty Wykonawcy, przyznania sporności argumentów przywołanych na uzasadnienie odrzucenia, wiedzy Zamawiającego o braku uznania przez Odwołującego odpowiedzialności za rzekome nieprawidłowości przy realizacji wcześniejszego zamówienia i przyczyn cofnięcia odwołania w postępowaniu RZP.271.38.2023.ZP1, dyscyplinującego a nie odszkodowawczego charakteru kar umownych, na naliczenie których powołuje się Zamawiający
4. nakazanie Zamawiającemu
4.1. unieważnienia zaskarżonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także poprzedzających ją czynności badania i oceny ofert;
4.2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
4.3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jako ważnej i niepodlegającej odrzuceniu
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego do dnia 18 grudnia 2023 r. nie zostały zgłoszone.

Odwołujący w piśmie z dnia 17/12/23 wskazując w szczególności na sygn. akt: KIO 3649/23 oraz termin posiedzenia 18/12/23 godz.13:00 oświadczył, że (...) *cofa odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt jak w nagłówku - w całości* (...) i wniósł o dokonanie zwrotu na rzecz Odwołującego odpowiedniej części wpisu od odwołania, przelewem na rachunek bankowy, z którego wpis uiszczono.

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 17 grudnia 2023 r. - przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy na dzień 18 grudnia 2023 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. Cofnięcie odwołania nie wymaga zgody pozostałych stron i uczestników postępowania. 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.

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 10.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

……