

POSTANOWENIE

z dnia 5 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Małgorzata Jodłowska
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **5 września 2023 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **21 sierpnia 2023 r.**

przez wykonawcę: **BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i Rozbudowa drogi krajowej nr 79 na odcinku Ciepiałów-Lipsko wraz z budową obwodnicy Ciepiałowa (O/WA.D-3.2411.8.2023)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg i Autostrad z siedzibą w Warszawie – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego:

AINKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

– po stronie Odwołującego

B.EM-TECHNIK sp. z o.o. z siedzibą w Chruszczobrodzie

C.Eksametr sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Miliarium sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

– po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **z tytułu uzasadnionych kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.**

3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 13500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) – odpowiadającej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Generalny Dyrektor Dróg i Autostrad z siedzibą w Warszawie – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) (dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i Rozbudowa drogi krajowej nr 79 na odcinku Ciepiałów-Lipsko wraz z budową obwodnicy Ciepiałowa (O/WA.D-3.2411.8.2023)*. Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 marca 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_055 pod poz. 163383. Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

21 sierpnia 2023 r. BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od rozstrzygnięcia powyższego postępowania, w tym odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7) i art. 111 pkt 4) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu w sytuacji, gdy nie zostały wypełnione wszystkie przesłanki do uznania, że wykluczeniu on podlega, w szczególności poprzez brak wykazania, że okoliczności będące podstawą zakończenia umowy lub naliczenia kar umownych leżały po stronie Odwołującego, a także z uwagi na to, iż była to czynność przedwczesna w świetle mającej zastosowanie „procedury odwróconej”, o której mowa w pkt 4.2.1. SWZ z uwagi na to, że Odwołujący nie odwołał się od czynności wykluczenia przez SGGW w dniu 27.01.2023 roku, podczas, gdy brak takiego odwołania nie może stanowić o czynności wykluczenia, a wykluczając wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp Zamawiający powinien zbadać, czy zaistniały łącznie wszystkie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, czego zamawiający nie uczynił, a oparł swoje wykluczenie tylko i wyłącznie na niezakwestionowaniu wykluczenia w dniu 27.01.2023 roku,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 9) i art. 111 pkt 4-6 i 110 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu w sytuacji, gdy nie zostały wypełnione żadne przesłanki wynikające z tego przepisu, w tym w zakresie bezprawności wpływu lub próby wpływu na działania Zamawiającego, a także z uwagi na to, iż była to czynność przedwczesna w świetle mającej zastosowanie „procedury odwróconej”, o której mowa w pkt 4.2.1. SWZ gdy Zamawiający nawet nie pokusił się o wskazanie pierwszej części tego przepisu, to jest nawet wskazania, jaki to bezprawny wpływ lub próba wpływu przez Odwołującego na Zamawiającego miała miejsce, w przypadku gdy nie tylko nie wypełniła się dyspozycja tego przepisu, ale Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania naruszenia danej normy, a ponadto jeśli uznać jak twierdzi zamawiający tożsamość norm – art. 109 ust. 1 pkt 8), 9) czy 10) ustawy Pzp, które Odwołujący stawia na równi to Odwołujący także i w tym zakresie podkreśla skuteczność swojego samooczyszczenia (plik z 14.07.2023),
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10) ustawy Pzp i art. 111 pkt 4-6 i 110 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu i uznaniu samooczyszczenia Odwołującego za nieskuteczne w sytuacji, gdy Odwołujący przedstawił obszerne i skuteczne dla uznania rzetelności

samooczyszczenie, a sama decyzja Zamawiającego była automatyczna i nie uwzględniała przedstawionych okoliczności faktycznych i prawnych, a także z uwagi na to, iż była to czynność przedwczesna w świetle mającej zastosowanie „procedury odwróconej”, o której mowa w pkt 4.2.1. SWZ poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na to, że został w poprzednich postępowaniach skutecznie wykluczony, (co sam przyznał), z uwagi na to, że nie upłynęły okresy wykluczenia, a także z uwagi na przeprowadzenie samooczyszczenia według jednego schematu, pomimo, iż sam fakt wykluczenia z przeszłych postępowań nie może być przyczyną wykluczenia, a zamawiający w ogóle nie ocenił w sposób obiektywny samooczyszczenia wykonawcy,

- 4) art. 226 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, podczas, gdy oferta jest zgodna z warunkami zamówienia,
- 5) art. 239 ust.1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, która nie powinna być wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż powinna być wybrana oferta Odwołującego,
- 6) art. 128 ust.4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie co do samooczyszczenia wykonawcy i zadanie pytań w celu rozwiązania wątpliwości, a arbitralną ocenę wyjaśnień i przyjęcie faktów, które w żaden sposób z samooczyszczenia Wykonawcy nie wynikają,
- 7) art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania względem wykonawców wybranych (Eksametr Sp. z o.o., ul. 1 Praskiego Pułku WP 17/7, 05-075 Warszawa, Miliarium Sp. z o.o. ul. 1 Praskiego Pułku WP 17/7, 05-075 Warszawa), w sytuacji gdy oferta tych wykonawców jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdyż wycena pozycji w Ofercie nie obejmuje całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia.

Ewentualnie, w przypadku uznania zarzutu wskazanego w pkt 7) powyżej za przedwczesny, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Eksametr Sp. z o.o. i Miliarium Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty, w sytuacji gdy istnieją uzasadnione podejrzenia co do jej niezgodności z warunkami zamówienia w zakresie kalkulacji kosztów poszczególnych pozycji Oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenie procedury oceny i badania ofert,
- 4) ewentualne wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w zakresie samooczyszczenia,
- 5) odrzucenie oferty wykonawców Eksametr Sp. z o.o., ul. 1 Praskiego Pułku WP 17/7, 05075 Warszawa i Miliarium Sp. z o.o., ul. 1 Praskiego Pułku WP 17/7, 05-075 Warszawa, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwanie tych wykonawców do wyjaśnienia sposobu kalkulacji kosztów poszczególnych pozycji Oferty w świetle pkt 17.3. SWZ.

5 września 2023 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego zawierające jego oświadczenie o wycofaniu przez niego powyższego odwołania w całości

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ustawy pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (ust. 1). Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (ust. 2).

Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem posiedzenia i rozprawy.

Z tych względów – działając na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w obydwu sprawach.

O kosztach tego postępowania odwoławczego w tych sprawach orzeczono stosownie do treści art. 575 ustawy pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b 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. poz. 2437).