Sygn. akt:KIO 269/23

POSTANOWIENIE
z dnia 9 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:J.G.

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 9 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 stycznia 2023 r. przez wykonawcę:

Rotomat Sp. z o.o. (ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu (ul.Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław)

postanawia:

1.Umorzyć postępowanie odwoławcze;

2.Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującegokwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą 100 % należnego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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.**

Przewodniczący:……

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. Zm.) (dalej: „Ustawa" lub „PZP")przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu (ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław) (dalej: „Zamawiający") na: poprawę brd na przejściach dla pieszych na DK8 w Rejonie we Wrocławiu. Numer referencyjny: O/WR.D3.2411.44.2022 (dalej "Postępowanie")w dniu 30 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez wykonawcę, którym jest Rotomat Sp. z o.o. (ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław) (dalej: „Odwołujący" lub „Wykonawca"). W Postępowaniu warunki udziału opisane zostały w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ").

Wykonawca wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MTB DROG sp. z o.o. (dalej: „MTB") pomimo, iż oferta tego wykonawcy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej o których mowa w pkt. 8.2 ppkt 4a oraz pkt. 8.2 ppkt. 4b pkt. 1 SWZ.

Wykonawca zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1.art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 PZP poprzez uznanie, iż oferta MTB spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.2 ppkt. 4a SWZ dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych Wykonawcy tj. że wykonawca ten w ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie wykonał jedno zadanie polegające na budowie lub przebudowie oświetlenia drogowego dróg lub ulic o wartości 60 000,00 zł brutto;
2.art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 PZP poprzez uznanie, iż oferta MTB spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.2 ppkt. 4b pkt. 1 SWZ dotyczący doświadczenia zawodowego osoby wskazanej przez MTB na stanowisko kierownika budowy;
3.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, MTB pomimo, iż Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania doświadczeniem określonym przez Zamawiającego w pkt. 8.2 ppkt. 4a SWZ;
4.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, MTB pomimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania doświadczeniem określonym przez Zamawiającego w pkt. 8.2 ppkt. 4b pkt. 1 SWZ;
5.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MTB, pomimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził

zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ewentualnie MTB w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie w jakim MTB przedstawił wprowadzające w błąd informacje na temat: a) wykonania na rzecz ZNAKSERWIS A.P. zadania pn. Budowa doświetlenia przejść dla pieszych na drogach publicznych powiatu Kłobuszowskiego podczas, jak wynika z informacji udzielonych przez tego zamawiającego wykonawca ZNAKSERWIS A.P. w trakcie realizacji zamówienia nie korzystał z usług podwykonawców; b) doświadczenia osoby wskazanej na stanowiska kierownika budowy tj. w zakresie przedstawienia informacji, iż Pan M.M. przy realizacji zadania pn. Rozbudowa drogi powiatowej nr 2707G na odc. Starogard Gdański - Linowiec w zakresie budowy ścieżki rowerowej, zjazdów, wykonanie trzech aktywnych przejść dla pieszych wciągu drogi powiatowej nr 2707G podczas gdy osoba ta z uwagi na brak odpowiednich wymagań nie mogła i nie pełniła na w/w zadaniu funkcji kierownika budowy;

6.art. 16 pkt 1 i 2) PZP poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty w następstwie dokonania zaniechania zbadania i oceny ofert w sposób zgodny z warunkami oceny ofert określonymi w SWZ i PZP;

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty MTB jako najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert; wykluczenia Wykonawcy MTB oraz odrzucenie jego oferty jako oferty niespełniającej warunku udziału w postępowaniu oraz oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji. Na dowód zasadności odwołania Odwołujący załączył pismo Zarządu Dróg w Stargardzie Gdańskim z dnia 30 stycznia 2023 r., w którym znalazło się oświadczenie o tym, że Pan M.M. nie pełnił na zadaniu pn. „Rozbudowa drogi powiatowej nr 2707G na odc. Starogard Gdański – Linowiec w zakresie budowy ścieżki rowerowej, zjazdów, wykonanie trzech aktywnych przejść dla pieszych w ciągu drogi powiatowej nr 2707G" funkcji kierownika budowy funkcji kierownika budowy ani innej funkcji technicznej.

Pismem procesowym z dnia 6 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował o tym, że w wyniku wniesionego odwołania uwzględnił część zarzutów, a mianowicie: zarzuty nr 1-4 w całości, zarzut nr 6 w części tj. w zakresie wyznaczanym zarzutami 1-4, dokonując jednocześnie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w celu ponownej oceny ofert oraz wnosi o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nr 5 w całości i zarzutu nr 6 w części tj. w zakresie wyznaczanym zarzutem nr 5. Zamawiający załączył potwierdzenie dokonania czynności w ramach Postępowania tj. pismo skierowane do wykonawców z dnia 6 lutego 2023 r. zatytułowane UNIEWAŻNIENIE CZYNNOŚ WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY ORAZ CZYNNOŚCI BADANIA I OCENY OFERT, w którym Zama poinformował, że: „w związku z wniesieniem odwołania w dniu 30 stycznia 2023 r. przez: ROTOMAT SP. Z O.O. adres siedziby: 54-062 Wrocław, ul. Stabłowicka 134 numer KRS: 0000270704 REGON: 930634035 NIP: 897-001-56-21 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu podstawowego pn. „Poprawa brd na przejściach dla pieszych na DK8 w Rejonie we Wrocławiu" uwzględnia część zarzutów Odwołującego przedstawionych w odwołaniu tj.:

1) zarzuty nr 1-4 w całości,

2) zarzut nr 6 w części tj. w zakresie wyznaczanym zarzutami 1-4,

W związku z powyższym Zamawiający unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty: MTB DROG SPÓŁKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ adres siedziby: ul. Rydza Śmigłego 60 KRS: 0000790110 REG 383591688 NIP: 5252792173 (pismo nr O/WR.D- 3.2411.44.2022.8.umb z dnia 25 stycznia 2023 r.) oraz informuje, iż powtórzy procedurę badania i oceny ofert złożonych w wyżej wymienionym postępowaniu."

Pismem z dnia 7 lutego 2023 r. Odwołujący oświadczył, że w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów odwołania nr 1-4 w całości oraz nr 6 w części tj. wyznaczonej zarzutami nr 1-4, cofa zarzut odwołania nr 5 oraz zarzut odwołania nr 6 w części w jakiej nie został uwzględniony przez Zamawiającego i wnosi o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym.

Izba stwierdziła, że Zamawiający i Odwołujący przesłali wzajemnie pisma procesowe.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

W związku z dokonaniem przed rozprawą przez Zamawiającego czynności opisanych w piśmie skierowanym do wykonawców z dnia 6 lutego 2023 r. wobec uwzględnienia części zarzutów Odwołującego przedstawionych w odwołaniu

(zarzutów nr 1-4 w całości i zarzutu nr 6 w części tj. w zakresie wyznaczanym zarzutami 1-4) tj. unieważnienia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty MTB oraz poinformowania o woli powtórzenia procedury badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu oraz złożenia pisma z dnia 7 lutego 2023 r. informującego o uwzględnieniu części zarzutów i dokonaniu czynności w ramach Postępowania wraz z żądaniem oddalenia odwołania w pozostałym zakresie bez przesądzania o zasadności wykluczenia MTB oraz wobec złożenia przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu złożonego odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego a także wobec braku zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego Izba uznała, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania w trybie art. 568 pkt. 1 i pkt. 2 Ustawy. Odwołanie zostało w zakresie nieuwzględnionym skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy zgodnie z art. 520 Ustawy przewidującym, że: „1. Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa".

Izba uznała, wobec treści oświadczenia Odwołującego, że czynności Zamawiającego opisane pismem z dnia 7 lutego 2023 r. i 6 lutego 2023 r. stanowią faktycznie odpowiedź na zarzuty odwołania (nr 1-4 w całości i nr 6 w części tj. w zakresie wyznaczanym zarzutami 1-4) i dokonane zostały przed otwarciem posiedzenia. W tej sytuacji nie mógł znaleźć zastosowania przepis art. 522 ust. 3 Ustawy, który dotyczy uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego będącej czynnością proceduralną, lecz norma art. 568 pkt 2 Ustawy.

Mając na uwadze nowe brzmienie przepisu art. 568 pkt 2 Ustawy, w którym wskazana została dodatkowa podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, należało uznać, iż opisany stan faktyczny w zakresie dokonanych przez Zamawiającego czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia wypełnia przesłankę innej przyczyny, niż spowodowana oświadczeniem odwołującego o wycofaniu odwołania w całości lub oświadczeniem zamawiającego o uwzględnieniu odwołania (również w części), prowadzącej do zbędności postępowania odwoławczego. Jednocześnie Odwołujący cofnął odwołanie w pozostałym zakresie, co czyni zasadnym umorzenie postępowania w tym zakresie w oparciu o art. 568 pkt. 1 Ustawy.

Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się bez udziału stron i uczestników w związku z § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz. 2453) Izba w sytuacji opisanej w art. 568 Ustawy, wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 Ustawy w zw. z § 9 ust. 1 pkt. 2 lit. b) i ust. 2 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych 100 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji

Przewodniczący:……