Sygn. akt: KIO 631/23

POSTANOWIENIE
z dnia 15 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Elżbieta Dobrenko

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Warszawie w dniu 17 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez: **wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53, jednostka prowadząca postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, ul. Ogrodowa 21**
przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mosty Łódź Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, ul. Bratysławska 52 i ANTEX II Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubyczy Królewskiej, ul. Dolna 1 lok. 2** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 631/23 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **Umorzyć postępowanie,**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000 zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9** tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

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

Członkowie: ……

……

Sygn. akt KIO 631/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Projekt i budowę obwodnicy m. Gorajec w ciągu drogi krajowej nr 74 od km 235+575 do km 242+615; dł. ok. 6,658 km zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 września 2022 r. pod nr 2022/S 184-516842.
W dniu 24 lutego 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.
W dniu 6 marca 2023 r. odwołujący Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 grudnia 2022 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z odpisem z KRS. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu w dniu 6 marca 2023 r.
Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił, że zostały dokonane z naruszeniem:
1.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MOSTY, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo, że jej treść nie odpowiada specyfikacji warunków zamówienia (w tym Programu Funkcjonalno – Użytkowego) (dalej jako: „PFU”), co w efekcie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania, a co zostało szczegółowo opisane w treści uzasadnienia niniejszego odwołania;
2.art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MOSTY, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo, że oferta ta zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie elementów opisanych szczegółowo poniżej, stanowiących istotną część składową ceny oferty złożonej przez Konsorcjum MOSTY, przez co budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;

3.art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy w zw. z art. 16 ustawy i w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MOSTY, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów UZNK, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum MOSTY;
2)odrzucenia oferty Konsorcjum MOSTY na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu odwołania;
3)powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu;
4) uznania oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu.
W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy.
W dniu 7 marca 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 10 marca 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Mosty Łódź Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, ul. Bratysławska 52 i ANTEX II Sp z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubyczy Królewskiej, ul. Dolna 1 lok. 2 wnosząc o jego oddalenie. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż ich oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, a wszystkie zarzuty podniesione przez odwołującego mają na celu zakwestionowanie tego wyboru. Ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania skutkować będzie zatem unieważnieniem wyboru ich oferty oraz jej odrzuceniem, co z kolei prowadzić najpewniej będzie do utraty zamówienia przez nich. Oddalenie odwołania natomiast oznaczać będzie, że to oni będą realizować umowę o to zamówienie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 marca 2023 r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu lidera przystępujących. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 listopada 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu partnera. Do zgłoszenia dołączono dowód przekazania zgłoszenia stronom w dniu 10 marca 2023 r.
W dniu 13 marca 2023 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.
Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na dzień 15 marca 2023 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ustawy.
Zgodnie z art. 520 ust. 1 i ust. 2 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie aż do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania.

Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a) 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) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy - odwołującemu zwraca się 90% wpisu. W związku z powyższym odwołujący spełnił warunki do zwrotu wpisu. Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiścił wpis w wysokości 20 000,00 zł., to do zwrotu pozostała kwota 18 000,00 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji postanowienia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..