

POSTANOWENIE
z dnia 15 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestnika w Warszawie w dniu 15 maja 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2023 r. przez: **wykonawcę Korporacja Budowlana DORACO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Rotterdamska 9**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19 i NDI Sopot Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1221/23 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 **wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12** tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

3.

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:.....

Sygn. akt KIO 1221/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę wnęki dokowej oraz przedstawienie doku pływającego wraz z robotami towarzyszącymi zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 grudnia 2022 r. za numerem 2022/S 233-667823.

W dniu 21 kwietnia 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 2 maja 2028 r. wykonawca Korporacja Budowlana DORACO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 kwietnia 2023 r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt. 8) w zw. z art. 224 ust 5 i 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców NDI pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę za realizację zamówienia opisanego warunkami zamówienia wskazanymi w SWZ

2) art. 226 ust. 1 pkt. 5) w zw. z art. 218 ust 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców NDI, pomimo iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi w dokumentacji przetargowej (SWZ i jej załącznikach, udzielanych wyjaśnieniach),

Ewentualnie

1) art. 101 ust. 5 i 6 ustawy przez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty NDI w sytuacji gdy zawiera ona rozwiązanie niezgodne z warunkami zamówienia a w ofercie nie wykazał odpowiednimi dowodami, a w szczególności przedmiotowymi środkami dowodowymi spełnianie warunków równoważności swojego rozwiązania.

A w konsekwencji naruszenie:

2) Art. 239 ustawy w zw. z art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy przez wybór oferty NDI i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na okoliczności przedstawione w tym odwołaniu ,

3) Art. 239 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, pomimo iż oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie kryteriów oceny ofert wskazanych w SWZ

4) Art. 16 ust. 1 ustawy przez promowanie wykonawcy, który złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, nie uzasadnił poprawności wyceny i nie zastosował się do norm obowiązujących w budownictwie

Wniósł o:

- Uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
- Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów postępowania oraz dowodów załączonych do niniejszego pisma na okoliczności w nim wskazane, a także dowodów, które zostaną przedstawione w trakcie rozprawy;
- Nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy NDI dokonanego w dniu z dnia 21 kwietnia 2023 roku.
- Nakazanie zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania i oceny oferty NDI oraz odrzucenie oferty NDI z uwagi na fakt, że brak jest możliwości realizacji zamówienia opisanego warunkami zamówienia, treść tejże oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę.
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego oraz pozostałych zgodnie z dokumentami przedstawionymi na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma legitymację do złożenia odwołania, gdyż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 505 ust. 1 Pzp). Odwołujący podniósł, że kwestionowane przez niego zaniechanie podjęcia czynności odrzucenia oferty wykonawców NDI oraz wybór tejże oferty, pomimo jej oczywistej niezgodności z warunkami zamówienia i zaoferowania rażąco niskiej ceny za realizację zamówienia, są niezgodne z prawem, co w konsekwencji prowadzi do uniemożliwienia odwołującemu uzyskania zamówienia, pomimo iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą wg kryteriów oceny ofert i winna zostać wybrana. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem czynności zamawiającego i zaniechań, odwołujący uzyskałby zamówienie, a następnie należałoby zrealizować i uzyskać od zamawiającego wynagrodzenie.

W dniu 4 maja 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 5 maja 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19 i NDI Sopot Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Przystępujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która na skutek decyzji zamawiającego z dnia 21 kwietnia 2023r. wybrana została jako najkorzystniejsza. Przystępujący ma więc realny interes w utrzymaniu ww. decyzji zamawiającego tj. w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do unieważnienia czynności zamawiającego odnośnie do wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej a nawet prowadzić do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe spowoduje, że przystępujący utraci szanse na realizację przedmiotowego zamówienia, tym samym jego interes ekonomiczny i handlowy zostanie naruszony. Należy mieć na uwadze, że interes, o którym mowa w art. 525 ust. 1 ustawy należy rozumieć szeroko i obejmuje on nie tylko interes w uzyskaniu zamówienia, ale również interes ekonomiczny i handlowy (por. zachowujący swą aktualność wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2013 r. sygn. akt KIO 437/13). Uwzględnienie odwołania mogłoby skutkować co najmniej poniesieniem szkody przez przystępującego równej utraconym korzyściom związanym z realizacją przedmiotu zamówienia, które przystępujący mógłby uzyskać w wyniku utrzymania wygranej w postępowaniu.

Interes przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego wyraża się także w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym będzie uczestniczył przystępujący, było prowadzone w sposób prawidłowy, zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami ustawy.

Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie „przepis art. 525 ust. 1 PrZamPubl nie zawęża pojęcia interesu, czy to do interesu prawnego, czy też do interesu w uzyskaniu zamówienia, a zatem należy go interpretować szeroko. Interes ten może polegać w szczególności na oczekiwaniu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przystępujący uczestniczy w sposób prawidłowy, zgodny z przepisami ustawy. W komentowanym przepisie mówi się o interesie w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje. Chodzi więc w tym przypadku o jakąkolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której przystępuje wygra postępowanie odwoławcze” (tak A. Matusiak w komentarzu do art. 525 PZP, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, wyd. 2, 2021, opubl. Legalis).

Przystępujący w tym miejscu przywołał wyrok KIO z dnia 9 września 2022r. (sygn. akt KIO 2225/22)

Interes przystępującego ma charakter realny, gdyż uwzględnienie odwołania wniesionego przez odwołującego mogłoby doprowadzić do naruszenia interesu ekonomicznego i handlowego przystępującego oraz prowadzenia postępowania w sposób wadliwy, gdyż zarzuty odwołania są całkowicie chybione i odwołanie powinno zostać oddalone w całości. Przystąpienie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 maja 2023 r. udzielonego przez prezesa zarządu lidera konsorcjum, który działał w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 25 stycznia 2023 r. udzielone przez prezesa zarządu partnera. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 12 maja 2023 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Termin posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania był wyznaczony na dzień 15 maja 2023 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 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 uiszczył 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: