Sygn. akt: KIO 3167/23

POSTANOWIENIE
z dnia 7 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński
Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w dniu 7 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r. przez Odwołującego - wykonawcę Zakład Remontowo Drogowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi przy ul. Piotrkowskiej 276, 90-361 Łódź w postępowaniu w którym zamawiającym jest Gmina Brójce,
przy udziale wykonawcy Instyle24 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Andrespolu przy ul. Rokicińskiej 125/25, 92-020 Andrespol, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze,
2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującegokwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kwoty uiszczonej tytułem 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 (t.j. 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.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 3167/23

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

Gmina Brójce zwana dalej „Zamawiającym”, prowadzi w trybie podstawowym na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: *Remont ulicy Rządowej w Kurowicach*, nr ref: ZP.271.1.12.2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00396440/01 w dniu 14 września 2023 r.

Wykonawca - Zakład Remontowo Drogowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi, zwany dalej „Odwołującym”, w dniu 23 października 2023 r. wniósł w przedmiotowym postępowaniu odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, polegających na polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Instyle24 Sp. z o. o. Sp k z siedzibą w Andrespolu (dalej „wykonawca Instyle24”oraz zaniechaniu odrzucenia tejże oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z 3 ust.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 t.j., zwaną dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty , pomimo, iż wykonawca Instyle24 złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie poświadczył nieprawdę w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu tj. w zakresie warunków udziału dotyczących zdolności ekonomicznej lub finansowej – ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na datę złożenia ofert,

2) art.252 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Instyle24, mimo, że oferta ta winna być odrzucona, a nie wybrana jako najkorzystniejsza,

3) art. 18 ust.3 i art.11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieodtajnienie dokumentów wykonawcy Instyle24 dotyczących zaświadczenia z Urzędu Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a także poprzez niepoprawne zweryfikowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do pozostałych dokumentów;

a także jako zarzut ewentualny

4) naruszenie art. 128 ust.1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechania wezwania do uzupełnienia wykonawcy Instyle24 z uwagi na niespełnienie warunku w zakresie dysponowania ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej na dzień złożenia ofert

W konsekwencji tak postawionych zarzutów odwołania Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu:

1) unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Instyle24, odrzucenia oferty wykonawcy Instyle24 i dokonanie ponownego wyboru ofert bez tej oferty,

2) odtajnienie dokumentów wykonawcy Instyle24 z Urzędu Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz dokonanie ponownej analizy dokumentów zastrzeżonych jak tajemnica przedsiębiorstwa poprzez pryzmat art. 18 ust.3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust.2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

3) w zakresie zarzutu ewentualnego - wezwanie wykonawcy Instyle24 do uzupełnień w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

W dniu 27 października 2023 r. wykonawca Instyle24 zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Dnia 6 listopada 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w części dotyczącej:

a) zarzutu I. pkt. 3 odwołania, tj. że Zamawiający swoim działaniem naruszył art. 18 ust. 3 ustawy pzp i art.11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez nieodtajnienie dokumentów wykonawcy Instyle24 dotyczących zaświadczenia z Urzędu Skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a także poprzez niepoprawne zweryfikowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do pozostałych dokumentów

b) zarzutu I pkt 1 odwołania, tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo, iż wykonawca Instyle24 złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji a mianowicie poświadczył nieprawdę w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu tj. w zakresie warunków udziału dotyczących zdolności ekonomicznej lub finansowej – ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na datę złożenia ofert.

Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części dotyczącej:

a) zarzutu I pkt 2 odwołania, tj. naruszenie art. 252 ustawy pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Instyle24, mimo, że oferta ta winna być odrzucona, a nie wybrana jako najkorzystniejsza,

b) zarzutu ewentualnego, tj. naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykonawcy Instyle24 z uwagi na niespełnienie warunku w zakresie dysponowania ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej na dzień złożenia ofert.

W dniu 6 listopada 2023 r., przed otwarciem rozprawy, Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. zarzutu I pkt 1 odwołania) oraz art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art.11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzutu I pkt 3 odwołania).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Instyle24 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Andrespolu (zwanego dalej jako: „Uczestnik postępowania"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.*

Zgodnie z art. 521 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający do czasu otwarcia rozprawy może wnieść odpowiedź na odwołanie, w której zgodnie z ust. 2 tegoż przepisu ustosunkowuje się do treści odwołania, wskazuje twierdzenia i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub w celu odparcia wniosków i twierdzeń powołanych w odwołaniu.

Z kolei w świetle brzmienia art. 523 ust. 1 ustawy Pzp uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, zaś w odniesieniu do pozostałych zarzutów Odwołujący złożył skuteczne oświadczenie o ich wycofaniu. Jednocześnie Uczestnik postępowania nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522.* Zgodnie zaś z treścią art. 522 ust. 3 *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po*

stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W myśl § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), *skład orzekający dokonuje czynności formalnoprawnych i sprawdzających, o których mowa w § 1, na posiedzeniu niejawnym, i w zależności od poczynionych ustaleń wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w przypadkach, o których mowa w art. 568 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp.*

Uwzględniając zaistniałe w przedmiotowym postępowaniu okoliczności faktyczne przywołane powyżej, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 568 pkt 3 w związku z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

Stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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), *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.*

Mając na uwadze fakt, że przed otwarciem rozprawy Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane, zaś Uczestnik postępowania, który przystąpił po stronie Zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia, postanowiła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000,00 zł, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……
m