

Sygn. akt: KIO 177/17

POSTANOWIENIE
z dnia 15 lutego 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 9 lutego 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2017 roku przez wykonawcę **SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Oddział Bydgoszcz**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Bydgoszczy**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum w składzie: (1) TRAKCJA PRKił S.A. (lider), (2) Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. (partner), AB Kauno Tiltai (partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
 - a) nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu na rzecz **Odwołującego SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Oddział Bydgoszcz****
 - b) zasądzić od Odwołującego - **SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Oddział Bydgoszcz** na rzecz **Zamawiającego Zarządu Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Bydgoszczy** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów zastępstwa procesowego**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 ze zmianami), na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 27 stycznia 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych” (tekst jednolity: Dz. U. 2015 r. poz. 2164 ze zm. - zwanej dalej „ustawą Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **SKANSKA S. A. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Bydgoszczy** (zwany dalej „Odwołującym”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „ROZBUDOWA DROGI WOJEWÓDZKIEJ NR 548 STOLNO-WĄBRZEŻNO OD KM 0+005 DO KM 29+619 Z WYŁĄCZENIEM WĘZŁA AUTOSTRADOWEGO W M. LISEWO OD KM 14+144 DO KM 15+146” prowadzi **Zamawiający Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy**.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę TRAKCJA PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „TRAKCJA”);
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TRAKCJA;
- 3) zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy TRAKCJA, a także wyjaśnień treści oferty w zakresie opisanym w odwołaniu;

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy TRAKCJA do wyjaśnienia treści jej oferty, w zakresie co najmniej opisanym w odwołaniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TRAKCJA, mimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TRAKCJA, mimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 90 ust. 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TRAKCJA, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TRAKCJA, mimo iż ocena wyjaśnień, jakie złożył ten wykonawca wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 i 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503, ze zm. - t. j., dalej „UZNK”), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TRAKCJA, mimo iż złożenie oferty tego wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera usługi oferowane

poniżej kosztów ich świadczenia, a także zawiera ustalenie cen jednostkowych na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od realiów rynkowych i ustaleniu ich na danym poziomie wyłącznie po to, aby zdobyć jak najwyższą punktację w rankingu ofert;

7) art. 7 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez dokonanie wyboru oferty TRAKCJA mimo tego, iż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz ze względu na to, że złożenie jej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

8) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty TRAKCJA sprzecznie z przepisami ustawy, nie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, ponieważ jest to wykonawca, którego oferta powinna zostać odrzucona z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz ze względu na to, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Na podstawie powyższych zarzutów, Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia decyzji z dnia 17 stycznia 2017 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty TRAKCJA;
 - b) ewentualnie zażądanie wyjaśnień co do treści oferty co najmniej w zakresie opisanym w odwołaniu;
 - b) odrzucenia oferty TRAKCJA;
 - c) ewentualnie dopytanie wykonawcy TRAKCJA, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o składniki ceny całkowitej, zgodnie z przedstawioną w odwołaniu argumentacją, a następnie odrzucenie oferty TRAKCJA;
 - d) przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert i nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
- 2) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania na okoliczności tam wskazane;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący zaznaczył, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę w ramach postępowania oraz powinien zostać wybrany jako wykonawca przedmiotowego zamówienia (jego oferta jest druga w rankingu).

Zamawiający w dniu 17 stycznia 2017 roku przesłał Wykonawcy drogą mailową informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została

prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie do postępowania odwoławczego zgłoszono przystąpienie po stronie Zamawiającego. Przystąpienie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum w składzie: (1) TRAKCJA PRKił S.A. (lider), (2) Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. (partner), AB Kauno Tiltai (partner) z siedzibą dla Lidera w Warszawie** Przystąpienie uznano za skuteczne.

W dniu 9 lutego 2017 roku na wyznaczonym przez Izbę posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wraz z materiałem dowodowym i wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

Pisemne stanowisko wraz z dowodami przedstawił także Przystępujący.

Odwołujący złożył wniosek o odroczenie posiedzenia z udziałem stron, Izba zobowiązała Strony i Uczestnika postępowania do przedstawienia stanowisk pisemnie i odroczyła posiedzenie do dnia 17 lutego 2017 roku

Odwołujący w dniu 15 lutego 2017 roku, przed otwarciem rozprawy, po otwarciu posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania, złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało podpisane przez osoby umocowane do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za najdalej idące.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, to jest kwotę 18 000 tysięcy złotych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami ze zmianami). Jednocześnie z uwagi na okoliczność, że cofnięcie odwołania nastąpiło po

otwarcu posiedzenia z udziałem stron, które wyznaczone zostało na dzień 9 lutego 2017 roku i zostało odroczone na wniosek odwołującego, a także, że cofnięcie miało miejsce na mniej niż jeden dzień, na który został wyznaczony termin posiedzenia, a Zamawiający złożył na posiedzeniu wniosek o przyznanie kosztów, na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3b Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, czyli koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....