

Sygn. akt: KIO 1949/20

POSTANOWIENIE
z dnia 27 sierpnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **27 sierpnia 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 sierpnia 2020 roku** przez Odwołującego - **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Miasto Gdańsk, reprezentowaną przez Dyрекcję Rozbudowy Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 9 000zł 00 gr (słownie: dziewięciu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu **na rzecz wykonawcy Odwołującego - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie;**
3. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) tytułem nadpłaconego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwołującego - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku.**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 14 sierpnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zmianami, zwanej dalej jako „PZP”) odwołanie złożył Wykonawca **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pod nazwą: „Budowa przepompowni wspomagającej na kolektorze kanalizacji deszczowej w rejonie ul. Stryjewskiego w Gdańsku Stogach” prowadzi Zamawiający: **Gmina Miasto Gdańsk, reprezentowana przez Dyрекcję Rozbudowy Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku**. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego wartość zamówienia będącego przedmiotem prowadzenia postępowania wynosi 2 266 094 zł netto, tj. 530 788,19 euro, czyli nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 5 350 000 euro i nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Jednocześnie zaznaczono, że zamówienie stanowi część zamówienia realizowanego w ramach projektu Systemy gospodarowania wodami opadowymi na terenach miejskich – miasto Gdańsk – II etap. Łączna wartość projektu na dzień wszczęcia postępowania nie przekroczyła wyrażonej w złotych równowartości kwoty 5 350 000 euro (wynosi 8 612 716,65 zł). Jak zaznaczył Zamawiający procedurę przetargową w tzw. trybie unijnym wszczęto „z ostrożności”, na wypadek zwiększenia wartości projektu unijnego w przyszłości i przekroczenia progów unijnych. Według oświadczeń działania takie miały na celu wykluczenie wszelkiego ryzyka nałożenia w przyszłości jakiegokolwiek korekty finansowej obniżającej dofinansowania UE.

Odwołujący zarzucał, że swoim działaniem i zaniechaniem Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, a w szczególności:

a) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 Pzp poprzez wezwanie Odwołującego w dniu 11 sierpnia 2020 r. do zastosowania procedury określonej w art. 24 ust. 8 i 9 Pzp i uznanie tym samym, że zaistniały przesłanki do uznania, że Odwołujący podlega wykluczeniu w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, opierając się wyłącznie na oświadczeniach dwóch zamawiających - Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie oraz Związku Międzygminnego „Bzura” - z którymi Odwołujący znajduje się w sporze sądowym, nie wykazując skutecznie, że do rozwiązania tych umów doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego ani nie wykazując, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez Odwołującego miało charakter istotny - mimo kwestionowania przez Odwołującego

przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp oraz wykazania, że przesłanka ta nie zachodzi w stosunku do Odwołującego, tj. że nie doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o zamówienie publiczne z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, co doprowadziło do jej rozwiązania lub zasądzenia odszkodowania;

b) art. 26 ust. 4 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające niezastosowaniu tego przepisu jako samodzielnej podstawy wezwania Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień na temat oświadczeń przedstawionych w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ), a także na wezwaniu Odwołującego w dniu 11 sierpnia 2020 r. na podstawie tego przepisu do przedstawienia wyjaśnień i informacji na temat środków, które zostały przez Odwołującego przedsięwzięte w celu samooczyszczenia, tj. wykazania swojej rzetelności oraz przedstawienia odpowiednich dowodów na wskazane wyżej okoliczności, tj. podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu Wykonawcy, podczas gdy wezwanie na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp powinno dotyczyć złożenia przez Odwołującego dodatkowych wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, czyli oświadczeń Odwołującego przedstawionych w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ);

c) art. 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp poprzez brak dokonania wszechstronnej analizy całości dokumentów dotyczących przebiegu realizacji zamówienia w zakresie rozwiązanych umów z Państwowym Gospodarstwem Wodnym Wody Polskie oraz Związkiem Międzygminnym „Bzura” i błędne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i powinna wobec niego zostać zastosowana procedura, o której mowa w art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, podczas gdy nie istniały podstawy do uznania, że Odwołujący podlega wykluczeniu w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego z dnia 11 sierpnia 2020 r. do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej wobec faktu, że nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu, względnie o nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp ponad zakres opisany przez Odwołującego w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ) w zakresie rozwiązanych umów z Państwowym Gospodarstwem Wodnym Wody Polskie oraz Związkiem Międzygminnym „Bzura”.

Odwołujący zaznaczył, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania. Jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na miejscu pierwszym w rankingu złożonych ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, gdyż skierowane przez Zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 Pzp wezwanie do tzw. „samooczyszczenia” może skutkować dokonaniem wykluczenia Odwołującego z postępowania wobec niezastosowania się przez Odwołującego do wezwania. Odwołujący bowiem uważa, że nie ma podstaw do skorzystania przez niego procedury „samooczyszczenia”, ani też uznania, że zachodzi w stosunku do Odwołującego podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu, w sposób niezgodny z prawem, uzyskania zamówienia.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący uiścił wpis w wysokości 20 000,00 zł na rachunek UZP (jak dla wartości robot budowlanych powyżej progów). Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron.

Odwołujący, w dniu 25 sierpnia 2020 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izłą, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną 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 oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izłą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 9 000,00 zł, 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. z 2018r., poz. 972).

Izba nakazała również zwrot Odwołującemu kwoty 10 000,00 zł nadpłaconego wpisu. W przedmiotowej sprawie dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający w SIWZ podał, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi część zamówienia o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 350 000 euro, zamieścił ogłoszenie w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i jednocześnie w żadnym miejscu dokumentacji postępowania nie podał, że rzeczywista wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 5 350 000 euro. Fakt ten ujawniono w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, przekazując informację o wartości postępowania, w szczególności czy wartość ta jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp . Oznacza to, że prawidłowy wpis w postępowaniu odwoławczym wynosić powinien 10 000,00 zł dla typu zamówień określonych jako roboty budowlane.

Należy przy tym stwierdzić, że okoliczność, iż Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia stosując instytucje Prawa zamówień publicznych w sposób nadmiarowy, nie uprawnia wykonawców do skutecznego wniesienia odwołania do Prezesa KIO w terminach i zakresie jak dla postępowań powyżej progów. Okoliczności tej nie zmienia także błędne pouczenie wykonawców o możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej w pełnym zakresie. Nie rodzi ono po ich stronie uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej w terminach i zakresie przewidzianych dla postępowań, w których stosowanie przepisów ustawy Pzp jest obligatoryjne. Jednocześnie dostrzec należy, iż Zamawiający winien w ogłoszeniu lub SIWZ powinien w takiej sytuacji poinformować wykonawców, że ogłoszenie wskazujące na prowadzenie postępowania powyżej progów ma charakter nieobowiązkowy, nadmiarowy. W odmiernej sytuacji bowiem takie działania Zamawiającego wprowadzają wykonawców w błąd, co skutkować może dla nich negatywnymi decyzjami w zakresie korzystania ze środków ochrony prawnej. W przedmiotowym postępowaniu natomiast Zamawiający na stronie tytułowej SIWZ wprost wskazał, że postępowanie stanowi część zamówienia o wartości przekraczającej wyrażoną

w złotych równowartość kwoty 5 350 000,00 zł, natomiast w informacji przesłanej Izbie wskazywał na kwoty poniżej progów.

O zastosowaniu odpowiedniej grupy przepisów, w tym dotyczących terminów i zakresu korzystania ze środków ochrony prawnej, decyduje prawidłowo określona wartość szacunkowa zamówienia, nie miejsce publikacji ogłoszenia, a ustawa Pzp nie przewiduje wszczęcia postępowania w trybie „z ostrożności”.

Przewodniczący:

.....