

**Sygn. akt: KIO 3062/23**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 30 października 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników w dniu 30 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez wykonawcę B. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. J.F. – Instalacje w Stanisławowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Białystok

przy udziale wykonawcy W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WALMAR W.G. w Wasilkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego B. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. J. F. – Instalacje w Stanisławowie kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) 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:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Miasto Białystok (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na roboty budowlane pn. „Wykonywanie remontów częściowych nawierzchni bitumicznych na terenie miasta Białegostoku mieszanką mineralno – asfaltową na gorąco z użyciem i bez użycia piły i remontera” (numer referencyjny: ZDM-XIV.271.33.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 28 lipca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00329630. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 16 października 2023 r. wykonawca B. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. J. F. – Instalacje w Stanisławowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WALMAR W. G. w Wasilkowie (dalej jako „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu, wobec zaniechania wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku;
2. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny robót budowlanych, a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;
3. art. 224 ust. 1 zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo iż zaoferowana cena i jej istotne elementy składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a ww. rozbieżność nie wynikała z przyczyn oczywistych, niewymagających wyjaśnienia;

4. art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo, iż zaoferowana cena jest niższa o ponad 30% od wartość zamówienia, a ww. rozbieżność nie wynikała z przyczyn oczywistych, niewymagających wyjaśnienia;
5. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo, iż złożył on ofertę z rażąco niską ceną, poniżej kosztów, w celu eliminacji pozostałych wykonawców z postępowania, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego ze względu na rażąco niską cenę, ewentualnie ze względu na dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia.

Zamawiający w dniu 25 października 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutów naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską;
2. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny robót budowlanych, a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;
3. art. 224 ust. 1 zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo iż zaoferowana cena i jej istotne elementy składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a ww. rozbieżność nie wynikała z przyczyn oczywistych, niewymagających wyjaśnienia;

4. art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo, iż zaofferowana cena jest niższa o ponad 30% od wartość zamówienia, a ww. rozbieżność nie wynikała z przyczyn oczywistych, niewymagających wyjaśnienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części, wskazując, że nie uznaje za zasadne żądań uwzględnienia odwołania w całości i nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na rażąco niską cenę, ewentualnie ze względu na dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania. Zamawiający wskazał, iż uwzględnia żądania dotyczące nakazania unieważnienia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia. W związku z tym Zamawiający unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzy czynność badania i oceny ofert, a następnie dokona ponownego wyboru oferty. Zamawiający wyjaśnił, że nie może uwzględnić pozostałych żądań bez dania Przystępującemu możliwości wykazania, że jego oferta jest rzetelna. Na obecnym etapie wynik badania i oceny ofert nie jest jeszcze przesądzony, zatem żądanie odrzucenia oferty Przystępującego jest przedwczesne.

Odwołujący w dniu 27 października 2023 r. złożył pismo, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego i wnosi o umorzenie postępowania w całości z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego części zarzutów oraz cofnięcie odwołania przez Odwołującego w zakresie pozostałych zarzutów.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę W. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WALMAR W. G. w Wasilkowie.

Na posiedzeniu w dniu 30 października 2023 r. Przystępujący nie stawił się, tym samym rezygnując z przysługującego mu prawa do wniesienia sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia odwołania w części przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią tego przepisu 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 przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnił częściowo odwołanie, w pozostałym zaś zakresie odwołanie zostało wycofane przez Odwołującego. Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołania. Powyższe wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego, co powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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). Zgodnie z tym przepisem 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. W świetle ww. regulacji Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....