

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 6 maja 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron **6 maja 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **23 kwietnia 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **M.J.– DROGLAB, Kielce**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług laboratoryjnych w zakresie budownictwa drogowo- mostowego na drogach i obiektach inżynierskich Dolnego Śląska zarządzanych przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu* (nr postępowania NI.2720.2.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu**

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz M.J. – DROGLAB w Kielcach kwoty 7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Świadczenie usług laboratoryjnych w zakresie budownictwa drogowo- mostowego na drogach i obiektach inżynierskich Dolnego Śląska zarządzanych przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu* (nr postępowania NI.2720.2.2019). Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 stycznia 2019 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 506218-N-2019. Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

23 kwietnia 2019 r. Odwołujący M.J.– DROGLAB w Kielcach {dalej w skrócie: „Droglab”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od wyboru przez Zamawiającego 18 kwietnia 2019 r. jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Laboratorium Budowlane sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze {dalej w skrócie: „Laboratorium Budowlane”}, a także od zaniechania wykluczenia tego wykonawcy i zaniechania odrzucenia tej oferty przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Laboratorium Budowlanego, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji powyższych stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż cena istotnych części składowych (konkretnych rodzajów badań) jest poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców.
2. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 – przez dokonanie badania i oceny oferty Laboratorium Budowlanego w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny już po formalnym wyborze najkorzystniejszej oferty, a następnie jednoczesne dokonanie czynności unieważnienia i ponownego wyboru oferty, co pozostaje również w sprzeczności z zasadą jawności postępowania i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji winno prowadzić do wniosku,

że Zamawiający nie mógł opierać się na tak złożonych wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny przy ponownej ocenie i badaniu oferty Laboratorium Budowlanego.

{ewentualnie:}

3. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Laboratorium Budowlanego, podczas gdy złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny są ogólne, wymijające i nie odpowiadają treści wezwania Zamawiającego, a w szczególności nakazowi wynikającemu z sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 19.03.2019 r., a nadto nie są poparte stosownymi dowodami na ich potwierdzenie.
4. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 – przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Laboratorium Budowlane, podczas gdy wykonawca ten winien zostać odrzucony z uwagi na rażąco niską cenę lub czyn nieuczciwej konkurencji oraz wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji.
5. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i wybór wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy pzp.
6. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Laboratorium Drogowego oraz uznania jego oferty za odrzuconą, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania aparatury do określania wskaźnika PSV kruszyw do nawierzchni bitumicznych.
7. Art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Laboratorium Drogowego, pomimo wprowadzenia przez tego wykonawcę w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu co do posiadania (jako właściciel) aparatury do określania wskaźnika PSV kruszyw do nawierzchni bitumicznych, podczas gdy wykonawca takiego urządzenia nie posiada.

{ewentualnie z ostrożności procesowej:}

8. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Laboratorium Drogowego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego urządzenia tj. aparatury do określania wskaźnika kruszyw do nawierzchni bitumicznych.
9. Art. 26 ust. 4 – przez zaniechanie wezwania Laboratorium Drogowego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów mających na celu wykazanie

spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Laboratorium Drogowe z uwagi na rażąco niską cenę i naruszenie uczciwej konkurencji.
4. Wykluczenia Laboratorium Drogowego z postępowania z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

{względnie:}

5. Wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp Laboratorium Drogowego do uzupełnienia dokumentów mających na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu
6. Wezwania w trybie art. 26 ust. 4 pzp Laboratorium Drogowego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów związanych z wykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej.

Uzasadnienie odwołania zawiera uszczegółowienie okoliczności prawnych i faktycznych, które zdaniem Odwołującego uzasadniają jego wniesienie.

W piśmie z 24 kwietnia 2019 r. Zamawiający poinformował, że kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom drogą elektroniczną 23 kwietnia 2019 r.

Izba ustaliła, że w tej sprawie do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia.

6 maja 2019 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 pzp, po zapoznaniu się z treścią odwołania, w tym zarzutami i ich uzasadnieniem, uwzględni w całości zarzuty zawarte w powyższym odwołaniu.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i cofnięcia pozostałych zarzutów przez

odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Jednocześnie żaden wykonawca nie zgłosił skutecznie przystąpienia do postępowania odwoławczego po jego stronie.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający faktycznie już podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej przypomnieć należy, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stąd Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron tego postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Wobec uregulowania w ustawie pzp i przepisach wykonawczych w powyższy sposób kwestii kosztów

**Sygn. akt KIO 736/19**

postępowania odwoławczego w takiej sytuacji procesowej, Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie od Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izbą zgodnie ze złożoną do akt fakturą.

**Przewodniczący:** .....