

POSTANOWIENIE
z dnia 2 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **2 września 2020 r.** w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 sierpnia 2020 r.** przez wykonawcę **DUCTUS sp. z o.o., z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział we Wrocławiu,**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze.**

- 2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy DUCTUS sp. z o.o., z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim kwoty 10 000,00 złotych (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej 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 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: „**Zamawiający**”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „**ustawa Pzp**”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Bieżące utrzymanie dróg krajowych A-4, S-3, 3, 94 na terenie Rejonu w Legnicy w latach 2020-2023, Zadanie nr 3 - Utrzymanie oznakowania i urządzeń BRD”, zwanego dalej „**Postępowanie**”.

W dniu 17 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy DUCTUS sp. z o.o., z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając Zamawiającemu: (1) zaniechanie wezwania, na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, mimo iż cena zaproponowana przez tego wykonawcę budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz jest rażąco niska oraz mimo spełnienia przesłanek z art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz związane z tym nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej; (2) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę działającego pod firmą ZABERD S.A., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz związane z tym nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej ; (3) zaniechanie odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferty wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności, tj. oferta wspomnianego wyżej wykonawcy stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca ten oferuje wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia oraz związane z tym nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej; (4) zaniechanie wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie oświadczenia o prawdziwości danych na oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, pomimo iż na dokumencie tym brakowało podpisu osoby uprawnionej oraz związane z tym nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej; (5) zaniechanie wykluczenia, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. mimo iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej tj. warunku dysponowania doświadczeniem w realizacji

zadania w zakresie ustawienia nowych znaków pionowych na drogach klasy minimum GP oraz w zakresie remontu lub montażu drogowych barier ochronnych na drogach klasy minimum GP oraz związane z tym nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej; (6) zaniechania wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie wykazu wykonanych robót i referencji, pomimo iż przedłożone dokumenty nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz związane z tym nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej; (7) zaniechanie uznania za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferty wykonawcy pod firmą ZABERD S.A. pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności tj. oferta wspomnianego 'wyżej wykonawcy powinna zostać uznana za odrzuconą, ponieważ w/w wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania oraz związane z tym nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej; (8) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy pod firmą ZABERD S.A. pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp , a wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu wezwania wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, mimo iż cena zaproponowana przez tego wykonawcę budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz jest rażąco niska;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę działającego pod firmą ZABERD S.A., pomimo, iż oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A., pomimo, iż oferta tego wykonawcy stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie oświadczenia o prawdziwości danych na oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, pomimo iż na dokumencie tym brakowało podpisu osoby uprawnionej;

- 5) art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie wykazu wykonanych robót i referencji, pomimo iż przedłożone dokumenty nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 6) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A, mimo iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej tj. warunku dysponowania doświadczeniem w realizacji zadania w zakresie ustawienia nowych znaków pionowych na drogach klasy minimum GP oraz w zakresie remontu lub montażu drogowych barier ochronnych na drogach klasy minimum GP;
- 7) art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania, a w konsekwencji nie był zdolny do prawidłowej realizacji zamówienia.
- 8) art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy pod firmą ZABERD S.A. pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności tj. oferta wspomnianego wyżej wykonawcy powinna zostać uznana za odrzuconą, ponieważ w/w wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania;
- 9) art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, przejawiające się w szczególności w uprzywilejowanym traktowaniu wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A.

Mając na względzie powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o: (i) uwzględnienie odwołania w całości; (ii) unieważnienie czynności Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty; (iii) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZABERD S.A., gdyż stanowiła ona czyn nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych; (iv) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZABERD S.A. z powodu zawartej w tej ofercie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych; (v) ewentualnie - nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych; (vi) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo-zamówień publicznych, wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A, ponieważ nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej tj. warunku dysponowania doświadczeniem w realizacji zadania w zakresie ustawienia nowych znaków pionowych na drogach klasy minimum GP oraz w

zakresie remontu lub montażu drogowych barier ochronnych na drogach klasy minimum GP; (vii) ewentualnie - nakazanie Zamawiającemu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwania wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie oświadczenia o prawdziwości danych na oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ponieważ na dokumencie tym brakowało podpisu osoby uprawnionej; (viii) ewentualnie - nakazanie Zamawiającemu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwania wykonawcy działającego pod firmą ZABERD S.A. do uzupełnienia dokumentu w zakresie wykazu wykonanych robót i referencji, ponieważ przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu; (ix) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego wyboru i oceny ofert z pominięciem oferty ZABERD S.A.; (x) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W dniu 1 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołania Zamawiającego, w której oświadczył, iż uwzględni w całości odwołanie wniesione przez Odwołującego.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie w terminie 3 dni od wezwania Zamawiającego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania odwołania. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznie opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W niniejszym postępowaniu do Izby nie wpłynęło przystąpienie wykonawcy ZABERD S.A., z siedzibą we Wrocławiu. Przesłanie przystąpienia wyłącznie Zamawiającemu nie czyni zadość obowiązkowi wyrażonemu ustawodawcy w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca ZABERD S.A. nie przesłał do Prezesa Izby przystąpienia w sposób wymagany w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, co skutkowało tym, iż Izba uznała, że żaden z wykonawców skutecznie nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zatem, w związku z faktem, że żaden z wykonawców nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – należało umorzyć.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem

koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) 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 (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:.....