

POSTANOWIENIE
z dnia 3 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Skład Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 519 ust. 4 w związku z art. 519 ust. 1 – 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 t.j. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.) wobec braku dowodu uiszczenia wpisu we właściwej wysokości, o którym mowa w art. 517 ust. 2 oraz po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w art. 518 ust.1, od odwołania wniesionego w dniu 23 maja 2022 r. przez **M. R. prowadzącą działalność pod nazwą Dróg - Pol Roboty Drogowe i Remontowo Budowlane z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Zachodnia 30B/6** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53

Przy udziale **wykonawcy FBSerwis spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Wyszogrodzka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1378/22 po stronie zamawiającego

postanawia :

1. zwraca wniesione odwołanie,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **M. R. prowadzącej działalność pod nazwą Dróg - Pol Roboty Drogowe i Remontowo Budowlane z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Zachodnia 30B/6**, kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 t.j. z 2021 r. poz. 1129 wraz z późn. 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

W dniu 23 maja 2022 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie M. R. prowadzącej działalność pod nazwą Dróg - Pol Roboty Drogowe i Remontowo Budowlane z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Zachodnia 30B/6 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Bieżące utrzymanie Obiektów Inżynierskich Oddziału w Warszawie w podziale na 10 zadań” (GDDKiA.O.WA.D-3.2412.61.2021) – zadanie nr 2 ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2021 r. pod numerem S213 / 560611-2021-PL.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia zamawiający podał:

6. Opis przedmiotu zamówienia

6.1. Przedmiotem zamówienia jest:

Bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich GDDKiA Oddziału w Warszawie w podziale na 10 zadań:

Zadanie 1 – Rejon Boża Wola

Zadanie 2 – Rejon Garwolin, Mińsk Mazowiecki, Siedlce

Zadanie 3 – Rejon Ożarów Mazowiecki – drogi nr 50, 92, 92e, 50a, 50f, Rejon Grójec

Zadanie 4 – S2 od Węzła Konotopa do węzła Lubelska, S79, S7 Salomea – Wolica

Zadanie 5 – A2 od węzła Konotopa do granicy województwa mazowieckiego

Zadanie 6 – S8 od węzła Opacz do granicy województwa mazowieckiego

Zadanie 7 – S8f od węzła Konotopa do drogi 639 (Marki)

Zadanie 8 – Rejon Przasnysz, Ostrołęka, Ostrów Mazowiecka

Zadanie 9 – Rejon Radom, Zwoleń

Zadanie 10 – Rejon Płock, Płońsk, Mława

CPV (Wspólny Słownik Zamówień):

Główny przedmiot:

45221110-6 – roboty budowlane w zakresie mostów

Dodatkowe przedmioty:

45221120-9 – roboty budowlane w zakresie wiaduktów

77312000-0 – usługi usuwania chwastów

90000000-7 – usługi odbioru ścieków, usuwania odpadów, czyszczenia/sprzątania i usługi ekologiczne

90511300-5 – usługi zbierania śmieci

90610000-6 – usługi sprzątanania i zamywania ulic

Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że zamawiający określił:

1. Zakres zamówienia w zakresie obiektów inżynierskich.

Zamówienie obejmuje wykonanie robót/usług na obiektach mostowych i przepustach na obszarze GDDKiA Oddział w Warszawie w zakresie :

(I). Usług bieżącego utrzymania czystości

(II). Robót strukturalnych, konieczność wykonania których może wynikać ze złego stanu technicznego określonych elementów obiektów i ich otoczenia lub w skutek nieprzewidzianych okoliczności typu kolizja, wypadek, wandalizm itp.

(I).USŁUGI BIEŻĄCEGO UTRZYMANIA CZYSTOŚCI

Do podstawowych czynności wykonywanych w ramach usługi bieżącego utrzymania czystości obiektu mostowego, zapewniających bezpieczeństwo konstrukcji i użytkowników, estetykę oraz wydłużenie trwałości wszystkich elementów konstrukcyjnych obiektu i jego bezpośredniego sąsiedztwa, zalicza się:

- (a) Usuwanie zanieczyszczeń z trudno dostępnych miejsc,
- (b) Zamywanie pomostu,
- (c) Mycie elementów obiektu mostowego,
- (d) Usuwanie roślin,
- (e) Koszenie traw i niszczenie chwastów,
- (f) Czyszczenie urządzeń dylatacyjnych,
- (g) Czyszczenie elementów systemu odwodnienia,
- (h) Czyszczenie elementów konstrukcyjnych obiektu mostowego (ustroju nośnego i podpór) z produktów korozji ługującej oraz z czynników mogących wywoływać korozję biologiczną,
- (i) Utrzymanie czystości w otoczeniu obiektu mostowego,
- j) mycie ekranów akustycznych

Dokumentem potwierdzającym wykonanie usługi bieżącego utrzymania czystości obiektów mostowych [tj. terminowe i bez wad wykonanie określonych czynności objętych zamówieniem], będzie protokół odbioru prac bieżącego utrzymania obiektów mostowych (BU_OM) podpisywany komisyjnie co miesiąc (przez cały rok) przez przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy. Wzór protokołu przedstawiono w Załączniku nr 1 do OPZ

Płatność za bieżące utrzymanie czystości obiektów mostowych przynależnych do określonej części zamówienia, realizowana będzie na podstawie faktury częściowej wystawianej przez Wykonawcę, na koniec każdego miesiąca rozliczeniowego oddzielnie na każde Zadanie.

(II). ROBOTY STRUKTURALNE (RS).

Roboty strukturalne dotyczą napraw bieżących przywracających sprawność techniczną i użytkową zniszczonych (lub uszkodzonych) elementów konstrukcyjnych, ochronnych (takich jak powłoki, nawierzchnie, izolacje itp.) lub stanowiących wyposażenie drogowego obiektu mostowego lub przepustu.

Dokumentem potwierdzającym wykonanie robót strukturalnych/awaryjnych będzie każdorazowo spisywany protokół odbioru robót strukturalnych/awaryjnych (RS_OI).

Wzór protokołu przedstawiono w Załączniku nr 23.

Roboty wykonywane na podstawie zleceń wystawianych przez przedstawiciela Zamawiającego. W zleceniu zostanie podany termin wykonania i zakres robót.

Wykonawca niezwłocznie, pisemnie lub drogą elektroniczną potwierdzi przyjęcie polecenia wykonania. Brak potwierdzenia przyjęcia polecenia przez Wykonawcę nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku jego realizacji w terminach w nim określonych.

Zamawiający opracował trzy wzory kosztorysów ofertowych odnoszące się do:

1. utrzymania czystości,
2. robót strukturalnych
3. sumy obu poprzedzających kosztorysów.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zakwalifikował rodzaj zamówienia jako roboty budowlane. W SWZ zaś określił, że roboty budowlane w zakresie mostów stanowią główny przedmiot zamówienia.

Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części 2 zamówienia skarżąc wybór oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia tej oferty z uwagi na występującą w niej w ocenie odwołującego rażąco niską cenę. W odwołaniu odwołujący wskazywał, że zgodnie z pkt. 17.1. SWZ zamawiający wymagał wycenienia ceny oferty przez wykonawcę w oparciu o Kosztorysy ofertowe sporządzone na formularzach stanowiących integralną część SWZ - Tom IV dla każdego zadania, na które składana jest oferta. W Tomie IV SWZ zamawiający zamieścił 2 odrębne formularze Kosztorysu ofertowego – jeden dla dokonania wyceny usług utrzymania czystości, drugi – dla wykonania wyceny robót strukturalnych.

W Kosztorysie dla usług utrzymania czystości zamawiający wymagał określenia ceny jednostkowej za utrzymanie całego obiektu w czystości w okresie 1 miesiąca dla poszczególnych, wymienionych w tym kosztorysie obiektów, identyfikowanych przez podanie miejscowości oraz kilometra drogi/autostrady, w których są usytuowane, ich rodzaju i długości, a także wskazał okres, w jakim poszczególne obiekty mają być utrzymywane w czystości.

Natomiast w kosztorysie roboty strukturalne zamawiający wymagał podania ceny jednostkowej odpowiednio dla: m, m² lub sztuki określonych w tym kosztorysie robót strukturalnych, polegających na bieżących naprawach przywracających sprawność techniczną i użytkową zniszczonych (lub uszkodzonych) elementów obiektów i ich otoczenia, których wykonanie

może być konieczne z uwagi na ich zły stan techniczny lub skutek nieprzewidzianych okoliczności typu kolizja, wypadek, wandalizm itp. (tak OPZ pkt 1, s. 1 i pkt II, s. 10).

Zamawiający wymagał również przeniesienia tak obliczonych cen do Kosztorysu ofertowego – Zestawienie zbiorcze, w którym wyodrębnił 2 pozycje: 1) utrzymanie czystości i 2) roboty strukturalne.

Zamawiający w Projektowanych postanowieniach umowy (dalej jako „Umowa”) określił również, że

a. § 4 ust. 2: „Rozliczenie Umowy nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe netto określone przez Wykonawcę w Kosztorysach Ofertowych, stanowiących Załącznik nr 2 do Umowy, złożonych wraz z ofertą”;

b. § 5 ust. 2-4:

„2. Wykonawca będzie wystawiał odrębne faktury dla:

a) bieżące utrzymanie czystości,

b) robót strukturalnych.

3. Faktury, o których mowa w ust. 2 lit a) i b), wystawiane będą w oparciu o protokół odbioru prac, stanowiący Załącznik nr 1 do OPZ. Faktury wystawiane będą na kwoty ustalone w dołączonych do faktur zestawieniach wartości wykonanych prac. Dołączone do faktury zestawienie wykonanych prac musi być potwierdzone przez Przedstawiciela Zamawiającego.

4. Wynagrodzenie Wykonawcy podwyższone o podatek VAT, stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych prac i cen jednostkowych podanych w Kosztorysach Ofertowych, stanowiących Załącznik nr 2 do niniejszej Umowy, z zastrzeżeniem ust. 3”.

3. Przy tym usługi utrzymania czystości mają być wykonywane „na bieżąco” dla wskazanych w Kosztorysie obiektów (według częstotliwości określonej w OPZ, s. 3-9 oraz według standardu określonego w Szczegółowych specyfikacjach technicznych dla robót rutynowych w zakresie utrzymania czystości na obiektach inżynierskich – plik w Tomie III SWZ, oznaczony jako: SST_OI-czystość)D.3___SST_OI-CZYSTOŚĆ-Warszawa). Natomiast roboty strukturalne mają być „wykonywane na podstawie zleceń wystawianych przez przedstawiciela Zamawiającego” (OPZ, s. 10 oraz § 6 ust. 1 Umowy).

Odwołujący podkreślił, że powyższe postanowienia SWZ jednoznacznie wskazują, że cena oferty składa się z dwóch części składowych, dotyczących dwóch różnych zobowiązań wykonawcy, wykonywanych i rozliczanych niezależnie od siebie na podstawie odrębnych faktur. Odwołujący w dalszej kolejności wywodził, o ile cena oferty FBService SA odbiega od wartości szacunkowej zamówienia i od średniej arytmetycznej pozostałych ofert. Odwołujący kwestionował ofertę FBService jako rażąco niską w części dotyczącej utrzymania czystości. Natomiast odwołujący nie polemizował z ustaleniem przez zamawiającego, że przedmiotem głównym zamówienia są roboty budowlane w zakresie obiektów mostowych.

Izba na podstawie wiedzy dostępnej Izbie z urzędu ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły wcześniej dwa odwołania, w których nie kwestionowano ustalenia zamawiającego, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. W obu przypadkach był uiszczony wpis w wysokości 20 000zł. – patrz sygn. akt KIO 585/22 i KIO 788/22.

Do odwołania nie dołączono:

- dowodu uiszczenia wpisu w wysokości 20 000 zł.

Pismem z dnia **25 maja 2022 r.** na podstawie w art. 518 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Ustawą”, wezwano odwołującego pod rygorem zwrotu odwołania do przesłania w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania dowodu uiszczenia wpisu w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania. Termin na uzupełnienie odwołania upływał w dniu 21 30 maja 2022 r. Odwołujący **nie przedłożył** w wyznaczonym terminie dowodu uiszczenia wpisu w wysokości 20 000 zł. Odwołujący wyjaśnił, że w odwołanie zostało złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Bieżące utrzymanie Obiektów Inżynierskich Oddziału w Warszawie w podziale na 10 zadań” (GDDKiA.O.WA.D-3.2412.61.2021) – zadanie nr 2. Już sama nazwa postępowania wskazuje wprost, że przedmiotem zamówienia są usługi bieżącego utrzymania obiektów. Również szczegółowe kody CPV wskazane w Specyfikacji Warunków Zamówienia wskazują, że zamówienie w istotnie przeważającej części dotyczy usług:

„45221120-9 – roboty budowlane w zakresie wiaduktów

77312000-0 – usługi usuwania chwastów

90000000-7 – usługi odbioru ścieków, usuwania odpadów, czyszczenia/sprzątania i usługi ekologiczne

90511300-5 – usługi zbierania śmieci

90610000-6 – usługi sprzątania i zamywania ulic”.

Kwalifikacja niniejszego zamówienia, dokonana przez zamawiającego, jako zamówienia na roboty budowlane, nie może przesądzać o wysokości wpisu od odwołania w znacząco wyższej wysokości, w sytuacji, gdy w rzeczywistości zamówienie powinno być zakwalifikowane jako usługa. Przyjęcie tej kwalifikacji jako wiążącej dla ustalenia wpisu od odwołania de facto stanowić będzie ograniczenie prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej.

W dniu 24 maja 2022 r. zamawiający powiadomił o wniesieniu odwołania.

W dniu 27 maja 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca FBSerwis spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Podniósł, że jak wskazano w orzecznictwie kio „interes przystępującego jest pojęciem znacznie szerszym niż inte-

res do wniesienia odwołania. Skutkiem przystąpienia nie musi być uzyskanie zamówienia publicznego, może to być natomiast jakikolwiek interes, również faktyczny, który będzie potencjalnie zrealizowany przez rozstrzygnięcie odwołania na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie". (wyr. KIO z 17.4.2019 r., KIO 569/19, Legalis) Przystępujący posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, bowiem zaskarżone odwołaniem czynności dotyczą wprost wyboru oferty FBService, zaniechania odrzucenia oferty FBService. W razie uwzględnienia przez Izbę odwołania oferta FBS może zostać odrzucona zaś FBService utraci szansę na uzyskanie zamówienia.

Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 maja 2022 r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 sierpnia 2020 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i umocowanego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

Izba mając na uwadze wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, która przekracza progi unijne, a także fakt, że odwołujący od daty opublikowania ogłoszenia o zamówieniu publicznych wiedział, że zamawiający kwalifikuje przedmiotowe zamówienie jako roboty budowlane, to zgodnie z par. 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, wpis od odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi wynosi 20 000 zł. Bezsporne jest, że w tej wysokości do końca dnia 23 maja 2022 r. odwołujący wpisu nie uiścił. Odwołujący nie kwestionował ustaleń zamawiającego i kwalifikacji rodzaju zamówienia na wcześniejszym etapie postępowania. Izba nadto ustaliła, że sam traktował zamówienia na usługi i zamówienia na roboty jako zamówienia co najmniej równorzędne. Co więcej na podstawie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia dokonywał ustaleń, co do rozbieżności ceny ofertowej FBService od rzeczywistej wartości zamówienia. Odwołujący natomiast, poza przedstawieniem własnej opinii co do kwalifikacji przedmiotu zamówienia, nie wykazał, że doszło przed otwarciem ofert do zmiany rodzaju zamówienia. Przeciwnie niż odwołujący inni wykonawcy wnoszący środki ochrony prawnej w tym postępowaniu podzielali stanowisko zamawiającego, że głównym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane uiszczając wpis w wysokości 20 000zł.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne należy zauważyć, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 517 ust. 1 ustawy odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono wpis w wymaganej wysokości. Stosownie zaś do art. 518 ust. 1 ustawy, jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, braku pełnomocnictwa lub braku dowodu uiszczenia wpisu w terminie, o którym mowa w art. 517 ust. 2 ustaw, Prezes Izby wzywa odwołującego, pod rygorem zwrócenia odwołania, do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu lub dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Nie poprawienie lub nie uzupełnienie odwołania lub nie złożenie dowodu uiszczenia wpisu w/w terminie skutkuje – zgodnie z treścią art. 519 ust. 1 ustawy – zwrotem wniesionego odwołania w drodze postanowienia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Izba ma świadomość, że bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich jest zamówieniem o charakterze mieszanym, dla którego zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy przy zbiegu zamówień na usługi, dostawy lub roboty budowlane dla ustalenia jego rodzaju istotne znaczenie ma główny przedmiot zamówienia, nawet niezależnie od tego, która wartość szacunkowa jest wyższa. W tym przypadku zamawiający wskazał wprost, że według niego główne są roboty budowlane na obiektach mostowych. Izba nie znalazła podstaw do podważenia kwalifikacji rodzaju zamówienia dokonanej przez zamawiającego.

W związku z powyższym, postanawiam jak na wstępie.

Zwrotu uiszczanego wpisu w wysokości 15 000zł. dokonano na podstawie par. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania Dz. U. z 2020 r. poz. 2437.

Przewodniczący:.....