

Sygn. akt: KIO 2087/22

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 22 sierpnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**  
**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 22 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **Primost Południe sp. z o.o. w Będzinie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Budownictwo Mosty Drogi BMD sp. z o.o. w Nowym Sączu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Primost Południe sp. z o.o. w Będzinie, stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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**

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „zaprojektowanie i budowa dwóch kładek zlokalizowanych nad drogą krajową nr 7 w miejscowości Głogoczów i Mogilany.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 czerwca 2022 r., nr 2022/BZP 00207390/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 8 sierpnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Primost Południe sp. z o.o. w Będzinie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. w Nowym Sączu (zwanego dalej „przystępującym”) zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w związku z faktem, iż wyjaśnienia ww. wykonawcy nie potwierdziły braku istnienia rażąco niskiej ceny,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego zawierającej błąd w obliczeniu ceny (brak uwzględnienia posadowienia kładek schodowych, łóżysk, dylatacji, balustrady na schodach),
- 3) art. 118 ust.1 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wezwania przystępującego do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazanych w rozdziale VIII pkt 8 punktu 8.2 ppkt 4 lit. a oraz b SWZ,
- 4) art. 17 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty przystępującego,
- 3) ewentualnie powtórzenia oceny ofert oraz wezwania przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pochodzące od wykonawcy Budownictwo Mosty Drogi BMD Sp. z o.o. w Nowym Sączu, zwanego dalej „przystępującym”.

Posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego zostało wyznaczone na dzień 22 sierpnia 2022 r., godz. 10.00. Strony i przystępujący zostali prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. W szczególności przystępujący został zawiadomiony o terminie posiedzenia drogą elektroniczną w dniu 16 sierpnia 2022 r. i potwierdził otrzymanie korespondencji w tym dniu (zawiadomienia o terminie posiedzenia, potwierdzenie odbioru, w aktach sprawy). Ustalono również, że przystępujący nie stawiał się na posiedzenie Izby.

Ustalono także, że 22 sierpnia 2022 r., w trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron, przed otwarciem rozprawy, odwołujący oświadczył, że cofa częściowo odwołanie, w zakresie zarzutu nr 3 odwołania, to jest zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazanych w rozdziale VIII pkt 8 punktu 8.2 ppkt 4 lit. a oraz b SWZ.

Ustalono także, że 22 sierpnia 2022 r., w trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron, przed otwarciem rozprawy, zamawiający oświadczył, że uwzględni pozostałe zarzuty odwołania, niewycofane przez odwołującego.

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

Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu części zarzutów odwołania. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, nieuwzględnionym przez zamawiającego.

W tej sytuacji, przesłanką do wyznaczenia rozprawy i rozpoznania odwołania było wniesienie przez przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części uwzględnionej przez zamawiającego do czasu zamknięcia posiedzenia, co nie nastąpiło.

Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe, co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk

uzależnione jest wyznaczenie rozprawy. Jest to zatem faza, w której następuje koncentracja środków ochrony prawnej, w związku z czym uczestnicy postępowania odwoławczego stawiając się na posiedzenie winni być gotowi do określenia swoich stanowisk procesowych warunkujących dalsze procedowanie w sprawie. Omawiany etap postępowania odwoławczego następuje po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron. Przepis § 13 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 poz. 2453) stanowiący o wzywaniu przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy zostało już wyznaczone posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Powyższe wynika z sposób jednoznaczny z przepisu § 13 ust. 2 ww. rozporządzenia.

Wobec braku oświadczenia przystępującego o wniesieniu sprzeciwu do czasu zamknięcia posiedzenia, Izba zobowiązana treścią przywołanych wcześniej przepisów postępowanie umorzyła.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *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.*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonych tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), który

stanowi, że *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.*

**Przewodniczący:** .....