

POSTANOWIENIE

z dnia 27 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego **27 grudnia 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **12 grudnia 2022 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe spółka cywilna STAN- LUB L. B., S. M., Bełżyce** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa drogi powiatowej nr 2604L Wilków-Majdany-Zakrzów-Janiszów na odcinkach od km 13+791 do km 14+378, od km 14+777 do km 15+002 oraz od km 15+390 do km 17+870 o łącznej długości 3,292 km* (nr DT.ZP.2720.01.2022)

prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Opolski – Zarząd Dróg Powiatowych w Opolu Lubelskim z siedzibą w Poniatowej**

przy udziale wykonawcy: **WOD-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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**.

Uzasadnienie

Powiat Opolski – Zarząd Dróg Powiatowych w Opolu Lubelskim z siedzibą w Poniatowej {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Przebudowa drogi powiatowej nr 2604L Wilków-Majdany-Zakrzów-Janiszów na odcinkach od km 13+791 do km 14+378, od km 14+777 do km 15+002 oraz od km 15+390 do km 17+870 o łącznej długości 3,292 km* (nr DT.ZP.2720.01.2022). Ogłoszenie o tym zamówieniu 15 listopada 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00439858/01. Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

7 grudnia 2022 r. Zamawiający poinformował drogą elektroniczną o odrzuceniu oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe spółkę cywilną STAN-LUB L. B., S. M. w Bełżycach {dalej „Stan-Lub”} i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez WOD-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku {dalej: „Wod-Bud”}.

12 grudnia 2022 r. Stan-Lub {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności, a także od zaniechań czynności objętych poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp – przez odrzucenie oferty Stan-Lub pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
2. Art. 16 pzp – przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza.
3. Art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 65 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 pkt 3 pzp oraz art. 112 ust. 1 pzp – przez dokonanie wykładni rozdziału II ust. 7 pkt 4 lit. b SWZ w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności i uznanie, że posiadane przez Stan-Lub zdolności techniczne nie spełniają wymogów określonych w tym postanowieniu.

Ponadto w ramach uzasadnienia pisma Odwołujący przedstawił dodatkowe okoliczności faktyczne i prawne, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Stan-Lub.
3. Unieważnienia wezwania Stan-Lub na podstawie art. 128 pzp.

Sygn. akt KIO 3311/22

4. Powtórzenia badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wod-Bud skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

23 grudnia 2022 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zamawiający nadmienił, że poinformował o powyższej czynności wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

27 grudnia 2022 r. na posiedzeniu, o którego terminie zarówno Strony, jak i Przystępujący zostali prawidłowo powiadomieni, nikt się nie stawił. W konsekwencji nie został zgłoszony przez Przystępującego do protokołu posiedzenia sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

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 częściowego uznania zarzutów odwołania przez zamawiającego przy jednoczesnym wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Powyższy przepis jest tożsamy z tym, który zawierał art. 186 ust. 3 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej zwanej: „popzp”}. Jednocześnie art. 549 ust. 4 ustawy pzp stanowi, że niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. W poprzednim stanie prawnym analogiczny przepis zawierał § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.). Wreszcie, tak jak to nieobowiązujące

już rozporządzenie, *de lege lata* rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (poz. 2453) zawiera przepisy, z których wynika, że Izba ma obowiązek wezwania w drodze zarządzenia uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania, pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego, wyłącznie w ramach czynności formalnoprawnych i sprawdzających przedsięwziętych przed skierowaniem sprawy do rozpoznania.

W związku z tym należy uznać, że wyznaczone do rozpoznania sprawy posiedzenie z udziałem stron i uczestników stanowi fazę postępowania odwoławczego, w której zachodzi koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Następuje ona już po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron i uczestników. Wobec tego po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron i uczestników lub na rozprawę, co do zasady będzie ono rozpatrzone na tym wyznaczonym posiedzeniu, na którym rozpatrzone zostaną również ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do takiej czynności ze strony przystępującego po tej samej stronie.

Skoro uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – ma miejsce na wyznaczonym terminie posiedzenia lub rozprawy, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można i należy zgłosić w tym terminie. W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, na tym posiedzeniu przystępujący ten może i powinien zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo przystępującego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Za słusznością powyższego rozumowania przemawia dodatkowo, wyrażona pośrednio w art. 544 ust. 1 ustawy pzp (art. 189 popzp) zasada szybkości i efektywności tego postępowania – rozpoznanie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą powinno nastąpić w ciągu 15 dni. Temu celowi służą także przewidziane w ustawie pzp

Sygn. akt KIO 3311/22

oraz przywołanym rozporządzeniu wykonawczym instrumenty zmierzające do koncentracji postępowania odwoławczego, w szczególności poprzedzające rozpatrzenie odwołania posiedzenie niejawne dla dokonania czynności formalnoprawnych i sprawdzających, na którym można dokonać odpowiednich zawiadomień i wezwań stron i uczestników postępowania. W szczególności 3-dniowy termin na wyrażenie przez przystępującego po stronie zamawiającego sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, znajduje zastosowanie na etapie postępowania odwoławczego przed wyznaczeniem posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Izba podzieliła w powyższym zakresie stanowisko wyrażone uprzednio w zbliżonych stanach faktycznych przez Izbę m.in. w postanowieniach wydanych: 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10), 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15), 1 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2534/15), 8 listopada 2022 r. (sygn. akt 2840/22).

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 podejmuje w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a Przystępujący nie zgłosił co do tej czynności sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy pzp – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 575 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 2 pkt 2 lit. a 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. poz. 2437), nakazując zwrot Odwołującym kwoty uiszczonej tytułem wpisu.