

POSTANOWIENIE
z dnia 25 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Justyna Tomkowska
Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2021 r. przez **wykonawcę GE Power spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Inflancka 4C** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego –PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie, ul. Węglowa 5**

przy udziale **wykonawcy Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku, ul. Golejowska 73B** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2014/21 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie.

- 1.1.** Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy GE Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Inflancka 4C** tytułem zwrotu 90% wpisu uiszczono- nego od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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:.....

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie remontu kapitalnego TG4 dla PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Opole” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2020 r. pod nr.2020/S 249-622439

W dniu 28 czerwca 2021 r. zamawiający poinformował o terminie aukcji elektronicznej oraz udostępnił wyjaśnienia dotyczące wysokości ceny firmy Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku.

W dniu 5 lipca 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca GE Power spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Inflancka 4C. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 kwietnia 2021r. udzielonego przez wice prezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu w dniu 5 lipca 2021 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”) w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego przez zaniechanie unieważnienia postępowania, podczas gdy jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. jej wykonanie w terminach określonych datami kalendarzowymi w SIWZ obiektywnie nie jest możliwe, a jednocześnie z uwagi na art. 38 ust. 4 PZP zamawiający na obecnym etapie nie może tych terminów zmienić, co powoduje, że jest to wada nieusuwalna, mająca istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem będzie oznaczać wybór bezwzględnie nieważnej oferty złożonej w ramach przyszłej aukcji elektronicznej (której przeprowadzenie ma charakter obligatoryjny);

2) art. 91b ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez błędne zaproszenie wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej w sytuacji, gdy:

a. postępowanie podlega unieważnieniu i wobec czego przeprowadzenie aukcji jest bezprzedmiotowe;

b. prawidłowe przeprowadzenie aukcji z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie jest możliwe, bowiem wykonawcy biorący udział w aukcji złożą oferty zakładające realizację zamówienia w terminach obiektywnie niemożliwych do dotrzymania lub zakładających realizację zamówienia z istotnym opóźnieniem (a zatem oferty niezgodne z SIWZ i dobrymi obyczajami).

Natomiast w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołującego najdalej idących, tj. związanych zaniechaniem unieważnienia postępowania, odwołujący zarzucił zamawiającemu również naruszenie:

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. art. 90 ust. 2 PZP przez błędne uznanie, że Doosan wykazał, iż złożona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wskutek czego zamawiający błędnie zaniechał jej odrzucenia, podczas gdy treść udzielonych wyjaśnień nie pozwalała uznać, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Względnie, na wypadek uznania, że wyjaśnienia Doosan w zakresie zaangażowania podwykonawców, tj. podmiotów z grupy Doosan, są wiarygodne, a w konsekwencji wyjaśnienia Doosan potwierdzają realność zaoferowanej ceny, również naruszenie:

4) art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP przez zaniechanie wykluczenia Doosan z postępowania z uwagi na przedstawienie przez tego wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. poprzez wskazanie w ofercie, że nazwy podwykonawców nie są znane, podczas gdy, jak wynika z wyjaśnień Doosan, posiadał on wiedzę o podwykonawcach z grupy Doosan, a zatem powinien on wskazać ich nazwy w załączniku do oferty pn. „Wykaz prac zleconych podwykonawcom”, a co z kolei uniemożliwiło zamawiającemu weryfikację tych podwykonawców, w tym na podstawie art. 25a ust. 5 PZP.

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 nPZP:

1. unieważnienie postępowania.

Natomiast – jedynie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę żądania odwołującego najdalej idącego, tj. związanego z nakazaniem unieważnienia postępowania – wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej;
2. unieważnienie oceny oferty Doosan jako niepodlegającej odrzuceniu;
3. odrzucenie oferty Doosan jako zawierającej rażąco niską cenę, względnie o wykluczenie tego wykonawcy z postępowania;
4. zaproszenia do aukcji elektronicznej pozostałych wykonawców, z pominięciem Doosan.

Ponadto o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W dniu 6 lipca 2021 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 9 lipca 2021 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku, ul. Golejowska 73B wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w przystąpieniu do postępowania ponieważ jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył w postępowaniu ofertę, która przed aukcją elektroniczną została zaklasyfikowana jako druga najkorzystniejsza oferta, a po odrzuceniu oferty REMAK jako najkorzystniejsza. Z uwagi, na to, że odwołujący domaga się odrzucenia oferty przystępującego w sposób oczywisty przystępujący posiada interes w przystąpieniu do postępowania po stronie zamawiającego. Rozstrzygnięcie odwołania w niniejszej sprawie w sposób bezpośredni wpływa na prawa i interesy przystępującego, skoro odnosi się do możliwości udziału w aukcji elektronicznej oraz uzyskania zamówienia przez przystępującego. Niezależnie od powyższego, przystępujący jako podmiot biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia posiada interes przejawiający się w oczekiwaniu przeprowadzenia postępowania w sposób zgodny z przepisami prawa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, które powinno zachować aktualność pod rządami PZP, wielokrotnie podkreślano, że interes przystępującego powinien być interpretowany w sposób szeroki, szerzej od interesu we wniesieniu odwołania. Powołał wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2013 r. w sprawie KIO 712/13.

W ocenie przystępującego wniesione odwołanie jest bezzasadne, a zaskarżone przez odwołującego czynności zamawiającego są prawidłowe i zgodne z przepisami prawa.

Przystępujący w pełni podziela stanowisko Zamawiającego, że wyjaśnienia Przystępującego potwierdziły, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co doprowadziło do zaproszenia przystępującego do aukcji elektronicznej. Jednocześnie przystępujący w żadnym wypadku nie wprowadził zamawiającego w błąd, co miałoby uzasadniać wykluczenie przystępującego z odwołania. Wobec powyższego, przystępujący przystępuje do postępowania po stronie zamawiającego i domaga się oddalenia wniesionego w całości. Zgłoszenie zostało wniesione przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

W dniu 25 sierpnia 2021 r. odwołujący cofnął odwołanie.

Termin posiedzenia z udziałem stron został wyznaczony na dzień 1 września 2021 r..

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ustawy.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania;

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący wycofał odwołanie na więcej niż jeden dzień przed terminem posiedzenia i uiścił wpis w wysokości 15 000zł., to do zwrotu pozostała kwota 13 500 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....