

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 11 lutego 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Kot**

**Członkowie: Beata Konik**

**Emil Kuriata**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 11 lutego 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2022 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Climamedic Sp. z o.o. sp.k. (Reguły, ul. Stanisława Bodycha 73A, 05-816 Michałowice) oraz EBS BUD Sp. z o.o. (ul. Stanisława Kostki Potockiego 2B lok. 39, 02-958 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. Adama Grucy CMKP (ul. Konarskiego 13, 05-400 Otwock)**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PORR S.A. (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa) oraz PORR Bau GmbH (ul. Absberggasse 47, 1100 Wiedeń, Austria)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Climamedic Sp. z o.o. sp.k. (Reguły, ul. Stanisława Bodycha 73A, 05-816 Michałowice) oraz EBS BUD Sp. z o.o. (ul. Stanisława Kostki Potockiego 2B lok. 39, 02-958 Warszawa) kwoty 20 000,00 złotych (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. prof. Adama Grucy CMKP z siedzibą w Otwocku (dalej: „Zamawiający” oraz „SPSK”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Projekt i budowa Centrum Naukowo-Dydaktycznego i Ćwiczeń Kadawerowych oraz projekt i budowa Łącznika pomiędzy budynkiem Centrum Rehabilitacji oraz budynkiem H-J w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym im. prof. Adama Grucy CMKP w Otwocku” (Znak postępowania: DZP.26.78.2021) (dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 września 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 171-443649.

W dniu 28 stycznia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Climamedic Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Regułach oraz EBS BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego, mającej miejsce w ramach prowadzonego postępowania, tj. wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria) (dalej: „Konsorcjum Porr”) oraz zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy i zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, jak również ewentualnie zaniechania wezwania do wyjaśnienia okoliczności wskazanych w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia oraz ewentualnego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum PORR wobec faktu odstąpienia w dniu 28 października 2020 r. przez Galleria di Base del Brennero - Brenner Base Tunnel BBT SE od umowy wobec konsorcjum ARGE H51 Pfonz-Brenner, w skład którego wchodzi PORR Bau GmbH, tj. złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy dotyczącej Projektu budowlanego H51 - Brenner Base Tunnel (H51 des Brenner Basistunnels);
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum PORR nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, ze względu na okoliczność, iż Zamawiający w treści SWZ w zakresie zdolności

technicznej i zawodowej odnoszącej się do wiedzy i doświadczenia (warunek C), wymagał aby co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazał, że posiada wymagane zdolności w pełnym zakresie zaś w przypadku Konsorcjum PORR dwie inwestycje ujęte w wykazie robót budowlanych zrealizował Porr Bau GmbH, zaś jedną Porr S.A.;

- 3) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PORR pomimo, iż wykonawca ten zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, co przyznał sam wykonawca w załączniku 3a1 do oferty a z oferty wykonawcy wynika, że w chwili składania ofert i w chwili kwalifikacji podmiotowej mogło nie minąć jeszcze 3 lata od dnia zawarcia tego porozumienia;

Ewentualnie, jeśli Izba uzna, iż zarzut nr 1 i 3 są przedwczesne Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 4) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy PORR do złożenia wyjaśnień i dowodów w celu uszczegółowienia istotnych okoliczności faktycznych oraz udowodnienia, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania w związku z zaistnieniem przesłanki, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W konsekwencji Odwołujący zarzucił również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp przez oparcie kwalifikacji podmiotowej Konsorcjum PORR tylko i wyłącznie na oświadczeniach własnych tego wykonawcy.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 18 stycznia 2022 r.;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Konsorcjum PORR na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał zobowiązania wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy w dniu 28 października 2020 r. przez Galleria di Base del Brennero - Brenner Base Tunnel BBT SE wobec konsorcjum ARGE H51 Pfons-Brenner, w skład którego wchodzi PORR Bau GmbH dotyczącej Projektu budowlanego H51 - Brenner Base Tunnel (H51 des Brenner Basistunnels);

- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Porr na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp jako nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu określonych w treści SWZ;
- 5) nakazanie wykluczenia Konsorcjum PORR na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wobec stwierdzenia, iż podmiot ten należąc do grupy kapitałowej brał udział w naruszających prawo działaniach antykonkurencyjnych, w tym zмовach przetargowych;
- 6) ewentualnie (w ramach alternatywnego zarzutu), gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła zarzutów naruszeń określonych w pkt 3 – 5 nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Konsorcjum PORR do złożenia udokumentowanych wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów zawierających informacje w zakresie zarzutu z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnośnie zakresu działań naruszających konkurencję, podmiotów i osób biorących w nich udział, zakresu ich odpowiedzialności, metod bezprawnego działania i konsekwencji prawnych oraz faktycznych tych działań, jak również czasookresu w jakim te naruszenia prawa miały miejsce i kiedy one ustały z jednoczesnym wyjaśnieniem konsekwencji prawnych jakie mogą ponieść podmioty w nich uczestniczące oraz na jakim etapie znajdują się postępowania toczące się wobec Grupy PORR w kraju, gdzie doszło do tych naruszeń, jak również nakazania wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp) oraz w zakresie podstaw kwestionujących zasadność odstąpienia od umowy w ramach zarzutu z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp;
- 7) przeprowadzenie przez Izbę dowodów zawnioskowanych w odwołaniu oraz na rozprawie;
- 8) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa i reprezentacji przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego niniejszego odwołania Odwołujący wnosi o wykonanie czynności zgodnie z żądaniami zawartymi we wniesionym środku ochrony prawnej.

Dnia 3 lutego 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria) (dalej: „Przystępujący”).

W dniu 3 lutego 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że uwzględnia odwołanie w części tj. zarzut nr 4 przedstawiony w odwołaniu na stronie 4,

wobec czego wykona czynność wezwania wykonawcy PORR do złożenia wyjaśnień i dowodów zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionego zarzutu. Ponadto Zamawiający oświadczył, że w dniu 31 stycznia 2022 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 8 lutego 2022 r. Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie, iż w związku z unieważnieniem przez Zamawiającego w dniu 31 stycznia 2022 r. zaskarżonej czynności, tj. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 18 stycznia 2022 r. oraz zawiadomieniu o zamiarze powtórzenia czynności badania ofert, jak również wobec dokonanego w dniu 3 lutego 2022 r. uwzględnienia części zarzutów odwołania Odwołujący cofa w pozostałym zakresie zarzuty zawarte w odwołaniu.

Izba w toku posiedzenia z udziałem stron ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosiło Konsorcjum PORR. Izba stwierdziła niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego Przystępującego o terminie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania.

Zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy Pzp *„Niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania”*.

Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów. Jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyżej wywołuje negatywne skutki procesowe. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 11 lutego 2022 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie 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 skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów.

Tym samym w analizowanej sprawie skład orzekający podzielił stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach m.in. w postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2214/16), postanowieniu z dnia 1 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2534/15), postanowieniu z dnia 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z dnia 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14).

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że przed otwarciem rozprawy Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów, natomiast Odwołujący wycofał pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu.

*Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp „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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów”.*

Z kolei przepis art. 568 ustawy Pzp stanowi, że „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania; 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; 3) o którym mowa w art. 522”.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....