

Sygn. akt: KIO 187/23

POSTANOWIENIE
z dnia 1 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Justyna Tomkowska**

Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**
 Agnieszka Trojanowska

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 1 lutego 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2023 roku przez wykonawcę **PKP Energetyka Obsługa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – „**PKP Intercity**” **Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **J. Electric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego kwoty **15 000,00 zł** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego - **PKP Energetyka Obsługa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: „PKP Intercity” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Utrzymanie urządzeń oświetlenia zewnętrznego, instalacji elektroenergetycznych, urządzeń technicznych oraz urządzeń elektrycznego ogrzewania rozjazdów na terenie bocznic kolejowych PKP Intercity SA. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2022/S 148-425138 z dnia 3.08.2022 r.

Dnia 23 stycznia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 pkt 1 i 2 oraz art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z 11.09.2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022 r. poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”, odwołanie złożył w prowadzonym postępowaniu wykonawca PKP Energetyka Obsługa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący” lub „PKPEO”). Odwołanie złożono w częściach 1-2, 4, 6-11.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego oraz bezprawnych zaniechań czynności, do których Zamawiający był zobowiązany zgodnie z ustawą Pzp, tj. od:

- 1) czynności badania i oceny ofert,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty J. Electric Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Janaszek” w części 1-2, 4, 6-11 i oferty wykonawcy: Po prostu K. B. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „B.” w części 1-2, 6-11, pomimo że oferty J. i B. zostały złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania;
- 3) zaniechania odrzucenia ofert wykonawców J. i B. również z uwagi na fakt, że zostały one złożone przez wykonawców podlegających odrzuceniu z uwagi na ich złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie części 1-2 i 6-8, 10-11 postępowania; a w konsekwencji
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty J. w części 1-2, 4 i 6-11 w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców J. w części 1-2, 4 6-11 i B. w części 1-2, 6-11 jako złożonych przez wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu z postępowania z uwagi na zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z 218 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „ustawą „ZNK”, w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji

i konsumentów, dalej jako „UKK”, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców J. i B. w części nr 1-2, 6-8, 10-11 postępowania, pomimo że oferty wykonawców zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

3) a w konsekwencji art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty J. w częściach 1-2, 4, 6-11 postępowania, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, co stanowi jednocześnie naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty J. w częściach 1-2, 4 i 6-11 w postępowaniu;
- 2) unieważnienia czynności oceny ofert,
- 3) ponowienia czynności badania i oceny ofert,
- 4) odrzucenia ofert J. w częściach 1-2, 4 i 6-11 i ofert wykonawcy Banaś w częściach 1-2 i 6-11,
- 5) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślał, że jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu (złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę w częściach 1-11 postępowania) i ma interes we wniesieniu odwołania i w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w wyniku naruszających przepisy ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę, przejawiającą się w braku możliwości uzyskania zamówienia. Oferta złożona w postępowaniu przez Odwołującego jest ofertą zgodną z warunkami zamówienia, nieodrzuconą, kolejną po wybranej w części 1-2, 4, 6-11 postępowania ofercie wykonawcy J. . W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą w częściach 1-2, 4 i 6-11. W konsekwencji Odwołujący został pozbawiony szansy na uzyskanie zamówienia w wymienionych częściach, w związku z czym poniesie szkodę przejawiającą się chociażby w postaci poniesionych kosztów.

Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana przez Zamawiającego w dniu 11 stycznia 2023 r., tym samym termin na wniesienie odwołania został dochowany. Zarzuty opierają się na okolicznościach faktycznych, jakie miały miejsce po zaproszeniu do aukcji elektronicznej aż do wyboru w częściach 1-2 4, 6-11 ofert wykonawcy J. . Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości na rachunek UZO, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu, spełniało wymogi formalne i możliwe było jego merytoryczne rozpoznanie.

Ustalono, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, wybór oferty innego wykonawcy powoduje, że nie może on uzyskać zamówienia. W konsekwencji działań Zamawiającego istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego tj. utraty zamówienia publicznego.

Ustalono także, że do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **J. Electric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

Ustalono następnie, że 31 stycznia 2023 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na dzień 1 lutego 2023 roku, Zamawiający w złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił jego zarzuty w całości.

Przystępujący na wyznaczony termin posiedzenia i rozprawy nie stawił. Złożył pismo procesowe, w którym wskazał, że został o terminie posiedzenia i rozprawy powiadomiony 27 stycznia 2023 roku (co oznacza, że Strona została zawiadomiona prawidłowo). Przystępujący wnosił także o odroczenie terminu na dzień 7 lutego lub późniejszy, w związku z otrzymaniem odpowiedzi na odwołanie. W obliczu dokumentacji postępowania i prawidłowego powiadomienia Przystępującego o terminie, wniosek ten Izba uznała za niezasadny. W złożonym piśmie procesowym Przystępujący nie oświadczył, że korzystał będzie z prawa do wniesienia sprzeciwu. Wobec takiego stanowiska procesowego, pismo zawierało oświadczenia pozostające w sprzeczności z oświadczeniami Strony, do której wykonawca przystąpił.

Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izbą Przystępującego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów. Należy bowiem uznać, że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania, to ta faza postępowania odwoławczego,

w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

W warunkach prawidłowego powiadomienia Przystępującego po stronie Zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, które zostało w całości uwzględnione przez Zamawiającego, uznać należy że na wyznaczonym już posiedzeniu Przystępujący może zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo wykonawcy - Przystępującego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

W ocenie Izby Przystępujący po stronie Zamawiającego, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia w sprawie nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu pisemnie lub ustnie do protokołu posiedzenia.

Izba uznaje także, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezspornie jest Przystępujący po stronie Zamawiającego, rozumiał status w jakim występuje w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym i znane mu być powinny wszystkie konsekwencje i skutki wynikające z niniejszego stanu rzeczy.

Tym samym, Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację wyrażoną, w odniesieniu do analogicznej sytuacji, w postanowieniach KIO: z 09.06.2010 r., sygn. akt: KIO 991/10, z 11.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1575/10, z 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1264/12, z 23.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1722/12, z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 360/14, z 20.03.2014 r., sygn. akt: KIO 442/14; z 07.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1524/14, z 05.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1744/14, z 04.02.2015 r., sygn. akt: KIO 151/15, z 01.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2534/15, z 16.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2637/15, z 26.04.2016 r., sygn. akt: KIO 523/16, z 20.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1259/16, z 31.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1563/16 oraz z 06.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1770/17.

Skoro zatem Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił sprzeciwu, to mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem *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.

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. 2 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej 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 rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....