

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 15 czerwca 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Termores Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie i Presystem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Lubelskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „WAMACO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i Heatco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach 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 Termores Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie i Presystem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu 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 2019 r. poz. 2019 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**

Zamawiający Lubelskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa preizolowanej sieci ciepłowniczej oraz remonty sieci ciepłowniczej na terenie miasta Lublin. Przedmiot zamówienia składa się z 3 odrębnych zadań” (nr ref.NZ5-3113-4-3071-676,677,678/20). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 222-546617. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 6 maja 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Termores Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie i Presystem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie w ww. postępowaniu w zakresie dotyczącym Zadania (części zamówienia) nr 3 (Działania 1.5, poz. 6 pn.: „Zmiana systemu dostarczania ciepła do instalacji w budynkach mieszkalnych wielorodzinnych i usługowych przy ul. K. Lipińskiego i Radzyńskiej w Lublinie. Nr budżetu: M/00705/TR1/17” wraz z wykonaniem węzłów cieplnych indywidualnych jedno i dwufunkcyjnych c.o.+c.w.) wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „WAMACO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i Heatco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej jako: „Konsorcjum WAMACO”) oraz zaniechaniu unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 18.02.2021 r. oraz jej powtórzenia, pomimo uczestniczenia w aukcji elektronicznej podmiotu nieuprawnionego tj. W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma Inżynierska KPW mgr inż. W. K.(dalej jako: „KPW”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91b ust. 1 w zw. z art. 91c ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy KPW, którego oferta podlegała odrzuceniu, co zaburzyło prawidłowy przebieg aukcji, uniemożliwiając złożenie przez Odwołującego kolejnego, planowanego postąpienia, korzystniejszego niż wykonawca ostatecznie wybrany w Zadaniu nr 3;
2. art. 91c ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sposób, który nie gwarantował przekazywania na bieżąco każdemu wykonawcy informacji o rzeczywistej pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz punktacji

najkorzystniejszej oferty, gdyż pozycja ta była błędnie wyznaczana z uwzględnieniem uczestniczącego w aukcji wykonawcy KPW, który w toku aukcji zaoferował najniższą cenę, lecz nie powinien wziąć w niej udziału, gdyż jego oferta podlegała odrzuceniu - a co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie kolejnego, planowanego postąpienia, korzystniejszego niż wykonawca ostatecznie wybrany w Zadaniu nr 3;

3. art. 91d ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum WAMACO jako najkorzystniejszej w ramach Zadania nr 3 w oparciu o aukcję przeprowadzoną w dniu 18.02.2021 r., podczas gdy wyniki tejże aukcji nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie ofert, bowiem w aukcji wziął udział wykonawca KPW, którego oferta podlegała odrzuceniu, co zaburzyło prawidłowy przebieg aukcji, i doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum WAMACO jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 3; unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej dnia 18.02.2021 r. w zakresie dwóch ostatnich zatwierdzonych postąpień dokonanych przez KPW z ceną 4.604.500,00 zł brutto oraz 4.640.500,00 zł brutto, którego oferta podlegała odrzuceniu; wznowienia aukcji elektronicznej w Zadaniu nr 3 z udziałem wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu i jej kontynuację od momentu złożenia w dniu 18.02.2021 r. przez Konsorcjum WAMACO tj. podmiot, którego oferta nie podlega odrzuceniu, ostatniego zatwierzonego postąpienia na kwotę 4.685.000,00 zł brutto. Ewentualnie, gdyby w ocenie Izby wznowienie aukcji w zakresie Zadania nr 3 i jej dalsze prowadzenie od ww. momentu (tj. z pominięciem dwóch ostatnich postąpień dokonanych przez wykonawcę KPW, którego ofertę Zamawiający odrzucił) nie było zasadne, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum WAMACO jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 3; unieważnienia w całości aukcji elektronicznej przeprowadzonej w ramach Zadania nr 3 w dniu 18.02.2021 r.; powtórzenia w całości aukcji elektronicznej w ramach Zadania nr 3 z udziałem tych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek gdyby Izba doszła do przekonania, że wyeliminowanie zaistniałego naruszenia możliwe jest jedynie poprzez unieważnienie postępowania, Odwołujący wniósł o nakazanie dokonania czynności unieważnienia postępowania w ramach Zadania nr 3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia

skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Wobec spełnienia wymogów wskazanych w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dokonane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „WAMACO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i Heatco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Przystępujący”) i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Do akt sprawy w dniu 31 maja 2021 r. wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty zawarte w odwołaniu. W konsekwencji powyższego w dniu 7 czerwca 2021 r. Przystępujący został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania, pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego. Przystępujący potwierdził fakt otrzymania ww. wezwania. W zakreślonym terminie do akt sprawy nie wpłynęło oświadczenie Przystępującego w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 2 ustawy nPzp. Zgodnie z treścią tego przepisu 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. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast przystępujący po jego stronie uczestnik w zakreślonym terminie nie wniósł sprzeciwu co do ww. czynności. Powyższe wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego, co powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy nPzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy nPzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 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).

**Przewodniczący:** .....