

**Sygn. akt: KIO 2032/21, KIO 2009/21**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 21 września 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Anna Wojciechowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Agata Mikołajczyk</b> <b>Anna Kuszel – Kowalczyk</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Marta Słoma</b>

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 21 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- w dniu 5 lipca 2021 r. przez **wykonawcę FOXMET sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce – Leszczyny (KIO 2032/21)**
- w dniu 5 lipca 2021 r. przez **wykonawcę ENERGOKON - PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (KIO 2009/21)**

w postępowaniach prowadzonych przez **zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale **wykonawcy Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach KIO 2032/21, KIO 2009/21,

przy udziale **wykonawcy Dominex sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie KIO 2009/21,

przy udziale **wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO” mgr inż. A. S. z siedzibą w Bełku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie KIO 2009/21

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2032/21 oraz KIO 2009/21;**
- 2. w sprawie KIO 2032/21 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy FOXMET sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce – Leszczyny kwoty 9 000 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.**
- 3. w sprawie KIO 2009/21 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ENERGOKON - PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć 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 (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**

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Likwidacja infrastruktury powierzchniowej w zakresie obiektów pozostałej infrastruktury kolejowej dla SRK S.A. w Bytomiu Oddział KWK „Pokój I – Śląsk“ Ruch „Pokój I“ w Rudzie Śląskiej.”*, nr postępowania: ZP-P-0002/21. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 kwietnia 2021 r., za numerem 2021/BZP 00035843/01.

**KIO 2032/21**

W dniu 5 lipca 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca FOXMET sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce – Leszczyny – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) wadliwej oceny wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonych przez Odwołującego w piśmie z dnia 16 czerwca 2021 r. (w odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 czerwca 2021 r.);
- 2) odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny;
- 3) skorzystania przez Zamawiającego z prawa ograniczenia liczby wykonawców zakwalifikowanych do negocjacji pomimo rezygnacji z możliwości przeprowadzenia negocjacji, podczas gdy przepisy art. 288 ust. 1 i art. 287 ust. 3 oraz art. 289 ust. 1 i 2 w zw. z art. 275 pkt 2) ustawy pzp nie przewidują ograniczenia liczby wykonawców zakwalifikowanych do negocjacji, jeżeli z możliwości przeprowadzenia negocjacji Zamawiający nie korzysta;
- 4) zaniechania zbadania i oceny ofert wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo, że zgodnie z art. 308 ust. 1 w zw. z art. 126 ust. 2 ustawy pzp Zamawiający może poprzedzić wybór oferty najkorzystniejszej przeprowadzeniem aukcji elektronicznej tylko w przypadku gdy złożono co najmniej (2) dwie oferty niepodlegające odrzuceniu;
- 5) ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo, że przepisy art. 308 ust. 1 w zw. z art. 288 ust. 1 oraz art. 289 ust. 2 ustawy pzp takiej możliwości nie przewidują.

## KIO 2009/21

W dniu 5 lipca 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca ENERGOKON - PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) zakwalifikowania do negocjacji ofert 5 wykonawców, którzy złożyli najtańsze oferty;
- 2) zaniechaniu zakwalifikowania do negocjacji oferty Odwołującego, którego oferta nie podlega odrzuceniu;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Dominex sp. z o. o. z siedzibą w Świętochłowicach – dalej Przystępujący Dominex, wykonawcy A. S., prowadzącego działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne "ARGO" mgr inż. A. S. z siedzibą w Bełku – dalej Przystępujący ARGO, wykonawcy Developer i Recykling sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, wykonawcy Tree Capital sp. z o.o. z siedzibą w Baniocha, wykonawcy Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej – dalej Przystępujący Recycling.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości proporcjonalności, co polegało na pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów, jakie nie zostały złożone przez wykonawców 1) Dominex sp. z o. o., 2) Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO” mgr inż. A. S., 3) Developer i Recykling sp. z o.o., 4) Tree Capital sp. z o.o. oraz 5) Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k. na wezwanie Zamawiającego w ramach procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a także na pominięciu czynu nieuczciwej konkurencji, jakim było posłużenie się przez 1) Dominex sp. z o. o. oraz 2) Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO” mgr inż. A. S. ofertą na utylizację odpadów (kruszywa torowego) pochodzącą od NOMET S. N. w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami, w sytuacji gdy pomiędzy Dominex sp. z o. o. a S. N. istnieją powiązania osobowo-rodzinne, a oferta na utylizację odpadów (kruszywa torowego) pochodzącą od NOMET S. N. została przedstawiona dla pozoru,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert 1) Dominex sp. z o. o., 2) Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO” mgr inż. A. S., 3) Developer i Recykling sp. z o.o., 4) Tree Capital sp. z o.o. oraz 5) Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k. z powodu rażąco niskiej ceny,

3. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert 1) Dominex sp. z o. o., 2) Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO” mgr inż. A. S., w związku z tym, że oferty te złożono w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a to na skutek zawarcia bezprawnego porozumienia ze S. N., prowadzącym działalność gospodarczą jako „NOMET” S. N., w zakresie przedstawionej przez NOMET Szczepan Nowak pozornej oferty na utylizację „kruszywa torowego”,

4. art. 289 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zakwalifikowanie do negocjacji ofert złożonych przez 1) Dominex sp. z o. o., 2) Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO” mgr inż. A. S., 3) Developer i Recykling sp. z o.o., 4) Tree Capital sp. z o.o. oraz 5) Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k., podczas gdy oferty te podlegają odrzuceniu z rażąco niskiej ceny,

5. art. 289 ust. 2 ustawy pzp, poprzez potraktowanie oferty Odwołującego za ofertę odrzuconą, w sytuacji gdy Odwołujący powinien zostać zaproszony do negocjacji ofert.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności z dnia 30 czerwca 2021 r., polegającej na zakwalifikowaniu do negocjacji ofert wykonawców: 1) Dominex sp. z o. o., 2) Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO” mgr inż. A. S., 3) Developer i Recykling sp. z o.o., 4) Tree Capital sp. z o.o. oraz 5) Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k.

2) dokonania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: 1) Dominex sp. z o. o., 2) Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO” mgr inż. A. S., 3) Developer i Recykling sp. z o.o., 4) Tree Capital sp. z o.o. oraz 5) Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k.

3) powtórzenia czynności kwalifikacji wykonawców do negocjacji ofert oraz zaproszenia Odwołującego do negocjacji.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2021 r. Zamawiający oświadczył, iż uwzględni odwołanie w części dot. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Dominex sp. z o. o. z siedzibą w Świętochłowicach oraz wykonawcy A. S., prowadzącego działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne "ARGO" mgr inż. A. S. z siedzibą w Bełku.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołania czynią zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołania nie zawierają braków formalnych oraz został uiszczony od nich wpis. Izba ustaliła, że nie

zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołań.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazali przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie: wykonawca Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej w sprawach KIO 2032/21, KIO 2009/21, wykonawca Dominex sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach w sprawie KIO 2009/21 – dalej Przystępujący Dominex, wykonawca A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO” mgr inż. A. S. z siedzibą w Bełku w sprawie KIO 2009/21 – dalej Przystępujący ARGO.

#### **KIO 2032/21**

W dniu 20 września 2021 r. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie Odwołującego – wykonawcy FOXMET sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce – Leszczyny - o wycofaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo wycofujące odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osobę umocowaną, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy.

W dniu 21 września 2021 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Odwołujący nie stawiał się na posiedzenie pomimo prawidłowego powiadomienia.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izba.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego

na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 9 000,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 3a 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 ze zm.).

#### **KIO 2009/21**

W dniu 21 września 2021 r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Zamawiający podtrzymał uwzględnienie odwołania w części, a Przystępujący Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia. Przystępujący Dominex sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach oraz Przystępujący A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Inżynieryjne „ARGO” mgr inż. A. S. z siedzibą w Bełku nie stawili się na posiedzenie pomimo prawidłowego powiadomienia. Ponadto, pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że wycofuje wniesione odwołanie w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego.

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 Dominex oraz ARGO mieli możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swoich interesów, a ich niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyższej wywołuje negatywne skutki procesowe.

Przystępujący Dominex i ARGO nie zdecydowali się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawili się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 21 września 2021 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zauważyć bowiem należy, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest 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 (tak KIO w postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r. sygn. akt: 2214/16).

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.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 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 ze zm.) dokonując zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....