

Sygn. akt: KIO 1885/21

POSTANOWIENIE
z dnia 29 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Cyprian Herl

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 29 lipca 2021r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2021r. przez odwołującego: **Voith Hydro GmbH & CoKG**, Linzer Strasse 55, A-3100 St. Pölten (Austria) w postępowaniu powadzonym przez zamawiającego: **PGE Energia Odnawialna spółka akcyjna** ul. Ogrodowa 59a, 00-876 Warszawa,

- przy udziale: Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. GE Hydro France S.A.S. 204 Rond Point du Pont Sèvres, 92100 Boulogne-Billancourt, (Francja) i 2. Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Voith Hydro GmbH & CoKG**, Linzer Strasse 55, A-3100 St. Pölten (Austria) kwoty **18.000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego 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 (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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

Wykonawca - Voith Hydro GmbH & Co KG z siedzibą w St. Pölten (Austria), działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych wniósł w dniu 25 czerwca 2021 r. odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego postępowaniu, którego przedmiotem jest: „Wykonanie w trybie generalnego realizatora inwestycji modernizacji części technologicznej ESP Porąbka-Żar”. Numer referencyjny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: POST/EOD/EOD/BM/00178/2020. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. U.E. poz. 2020/S 183-442828 dnia 21 września 2020 r. Zamawiający - PGE Energia Odnawialna spółka akcyjna, zdaniem wnoszącego odwołanie (Odwołujący), naruszył przepisy ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 60d ust. 2 Pzp poprzez uznanie, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie określonym w pkt 12.5.2 lit. a) Instrukcji pomimo, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na:
(a) niewykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w związku z przedstawieniem w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumentów, które nie potwierdzają należytego wykonania zamówienia na rzecz właściciela Elektrowni Szczytowo - Pompowej Gilboa, a co za tym idzie Konsorcjum nie potwierdziło, iż warunek udziału w Postępowaniu, dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej — dotyczący wykonania co najmniej jednego zamówienia obejmujące dostawę i montaż lub dostawę i usługę nadzoru nad montażem nowego hydrozespołu (zapewniającego pracę w trybie turbinowym i pompowym) w elektrowni wodnej o mocy nominalnej generatora co najmniej 50MWe i spadzie nominalnym nie mniejszym niż 100m w Elektrowni Szczytowo - Pompowej Gilboa został spełniony;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez niewykluczenie Konsorcjum z Postępowania pomimo, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej złożyło w Postępowaniu dokumenty, które mają potwierdzać należyłą realizację zadania wskazanego w wykazie zamówień, a dotyczą dwóch różnych umów, przy czym świadectwo przejęcia mające potwierdzać należyte wykonanie zamówienia, w ocenie Odwołującego dotyczy innej umowy, w której GE Hydro pełni jedynie funkcję operatora, a w konsekwencji - Konsorcjum złożyło nieprawdziwe

wyjaśnienia w piśmie z 25 lutego 2021 r., które miały na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności uznania przez Zamawiającego, że dokumenty przedstawione w Postępowaniu przez Konsorcjum, potwierdzają należyte wykonanie zamówienia wskazanego w zamówień w lit. a;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu i na podstawie:
 - a) art. 60d ust. 2 p.z.p. niedopuszczenie Konsorcjum do udziału w Postępowania ze względu na okoliczność, iż Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
 - b) art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p w zw. z art. 22 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. wykluczenie z Postępowania Konsorcjum, ze względu na okoliczność, iż nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej;
 - c) art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. wykluczenie Konsorcjum ze względu na przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało dopuszczeniem Konsorcjum w Postępowaniu; zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Wskazał ponadto, że dokumenty złożone przez Konsorcjum na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zostały odtajnione po 11 czerwca 2021 roku przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku w sprawie o sygnaturze KIO 1317/21. Dokumenty zostały przekazane Odwołującemu za pośrednictwem platformy elektronicznej 15 czerwca 2021 roku, a co za tym idzie 10 dniowy termin na wniesienie odwołania upływa 25 czerwca 2021 roku, w związku z czym niniejsze odwołanie zostało złożone we właściwym terminie.

Wskazał także, że (...) Odwołujący spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 p.z.p., tj. posiada interes w uzyskaniu Zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez Zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów ustawy, bowiem został dopuszczony do Postępowania i jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego Zamówienia. Ponadto posiada interes w uzyskaniu dostępu- do dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum, jako tajemnice przedsiębiorstwa, gdyż pozwoli to na zweryfikowanie, czy wykonawca ten wykazał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności

technicznej i zawodowej oraz ewentualne zaskarżenie tej czynności po uzyskaniu dostępu do dokumentów”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosiło Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. GE Hydro France S.A.S. (Francja) i 2. Mostostal Warszawa S.A. wnosząc (1) o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp jako wniesionego przedwcześnie, a tym samym z uchybieniem terminu na złożenie odwołania, względnie (2) o jego oddalenie z uwagi na bezzasadność zgłoszonych w nim zarzutów i żądań.

Odwołujący oświadczył - w piśmie z dnia 28 lipca 2021 r. (data wpływu do akt sprawy 28/07/2021), że na podstawie art. 520 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych cofa (...) *odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 czerwca 2021 roku w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego na „wykonanie w trybie generalnego realizatora inwestycji modernizacji części technologicznej ESP Porąbka-Żar” przez PGE Energia Odnawialna S.A.* *Podał, że: „Po wniesieniu ww. odwołania Zamawiający podjął jednak czynności mające na celu wyjaśnienie okoliczności podniesionych przez Odwołującą w odwołaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Konsorcjum GE Hydro i Mostostal Warszawa. W dniu 22 lipca 2021 roku, Zamawiający poinformował Odwołującą, iż dokonał ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu w zakresie szerszym, aniżeli wynikało to z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 11 czerwca 2021 roku — sygnatura akt KIO 1317/21 i wezwał Konsorcjum Wykonawców GE Hydro i Mostostal Warszawa do wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. W dniu 27 lipca 2021 roku, Zamawiający poinformował Odwołującą o przeprowadzeniu ponownej oceny wniosku Konsorcjum Wykonawców GE Hydro i Mostostal Warszawa o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu w zakresie spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 12.5.1. dot. sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz w pkt 12.5.2 dot. zdolności technicznej lub zawodowej Instrukcji Dotyczącej Prowadzonego Postępowania. W rezultacie decyzja, która była przedmiotem odwołania została unieważniona również w zakresie oceny dotyczącej zdolności technicznej lub zawodowej i zastąpiona decyzją z 27 lipca 2021 roku, dlatego też uzasadnione jest cofnięcie niniejszego odwołania. Przedmiotem odwołania w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej może obecnie być więc decyzja Zamawiającego z 27 lipca 2021 roku”.*

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*”.

Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone w piśmie z dnia 28 lipca 2021 r. przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego i odwołanie zostało na podstawie wskazanego art. 520 ust. 1 ustawy Pzp skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy dla której termin został wyznaczony na dzień 29 lipca 2021 r.

Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Wskazany art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowania odwoławcze w formie postanowienia.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a 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). Izba, uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego od odwołania w przedmiotowej sprawie w wysokości 20.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....