

Postanowienie
z dnia 20 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 20 czerwca 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 r. przez wykonawców **NOMET sp. z o. o., ul. Modrzewiowa 1; 42-480 Poręba, Dominex sp. z o. o., ul. Metalowców 3C; 41-600 Świętochłowice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207; 41-914 Bytom,**

przy udziale wykonawcy: **M. C. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C., ul. Kopalniana 9a, 44-230 Czerwionka-Leszczyny** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. A. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w pkt 1, 2 i 3 odwołania z uwagi na ich uwzględnienie przez zamawiającego;

1. B. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 4 i 5 odwołania wobec ich cofnięcia na posiedzeniu.

2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców **NOMET sp. z o. o., Poręba, Dominex sp. z o. o., Świętochłowice** kwoty **9 000 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.

3. zasądza od wykonawców **NOMET sp. z o. o., w Porębie i Dominex sp. z o. o. w Świętochłowicach** na rzecz **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C., m. Czerwionka-Leszczyny** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset

złoty zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów tj. wynagrodzenia pełnomocnika.

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:

sygn. akt: **KIO 1382/22**

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Likwidacja 23 obiektów budowlanych dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział KWK „Piekary I” – cz. II zamówienia, nr sprawy ZP-PI-0003/21, ogłoszono w BZP 2021/BZP 00030656/01.

Odwołujący – konsorcjum firm NOMET sp. z o.o. oraz Dominex sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2019 ze zm.) – dalej: „ustawa Pzp”:

1. Art. 16 ust. 1 poprzez zaniechanie unieważnienia dokonanej w dniu 04.02.2022 r. czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 111 pkt 4 przez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji w której na mocy prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie odpadła podstawa prawna (wyrok KIO o sygn. akt 3707/21) dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 04.02.2022 r., a decyzja ta stała się bezprzedmiotowa;
3. Art. 239 ust. 1 i 2 przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego pomimo, że w świetle prawomocnego wyroku sądu w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 21/22 decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego stała się bezprzedmiotowa;
4. 226 ust. 1 pkt 2 a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz art. 111 pkt 4 oraz art. 110 ust. 1 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. pomimo, że w sposób zawiniony poważnie naruszył on obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość.
5. Art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 111 pkt 4 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. pomimo, że uprzednio zapadła w stosunku do niego decyzja o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co w świetle art. 111 pkt 4 ustawy Pzp rodzi konieczność jego wykluczenia z postępowania na okres 3 lat od dnia zaistnienia tego zdarzenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
4. Odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C.;

Zamawiający: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu złożył odpowiedź na odwołanie.

W odpowiedzi na ww. odwołanie wskazał, iż uwzględnia zarzuty odwołania w całości i wnosi o umorzenie postępowania.

W zakresie zarzutów nr 4 i 5, Zamawiający wskazał jednak, że nie jest możliwe w niniejszym postępowaniu dokonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez PHU Foxmet M. C. zgodnie z żądaniem Odwołującego, z uwagi na treść prawomocnego wyroku z dnia 14 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 895/22, w którym Izba nakazała zamawiającemu w postępowaniu ZP-PI-0003/21 „unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy M. C. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy”.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiła M. C. PHU FOXMET wnosząc o oddalenie odwołania.

Wobec stanowiska zamawiającego przystępująca wniosła sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w części tj. w zakresie zarzutów nr 4 i nr 5.

W trakcie posiedzenia odwołujący świadczył, że cofa zarzuty nr 4 i nr 5.

Przystępujący złożył wniosek o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza mając na uwadze stanowiska stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze nie podlega merytorycznemu rozpatrzeniu wobec zaistnienia przesłanek jego umorzenia. Wynika to z faktu że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania jakkolwiek przedstawił w swoim stanowisku wątpliwości co do możliwości dokonania przez niego czynności wynikających z zarzutów 4 i 5, żądanych w odwołaniu wobec wykonawcy przystępującego w sytuacji dokonania oceny tego podmiotu w wyroku KIO 895/22, odmiennej od oczekiwanej przez odwołującego.

Cofnięcie odwołania w zakresie powyższych zarzutów oznacza, że także w tym zakresie postępowanie podlega umorzeniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 9 ust. 1 pkt 3 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Należy zauważyć, że wskazany przepis rozporządzenia w całości ma zastosowanie do rozpatrywanego stanu faktycznego, w tym co do uprawnionego podmiotu, jakim jest przystępując po stronie zamawiającego, wnoszący sprzeciw, jak i faktu cofnięcia zarzutów odwołania w dniu wyznaczonym jako termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron i uczestników. Uznano także, że brak jest podstaw do stosunkowego rozdziału kosztów przy stwierdzonym sprzeciwie w odniesieniu do dwóch spośród pięciu zarzutów i takiej samej proporcji zarzutów cofniętych w stosunku do uwzględnionych. Należy bowiem zauważyć, że instytucja stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania może mieć zastosowanie jedynie do orzeczeń Izby wydanych w formie wyroku uwzględniającego odwołanie w części.

Przewodniczący: