

Sygn. akt: KIO 452/22

POSTANOWIENIE
z dnia 7 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 7 marca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2022 r. przez **wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. IMPEX TRANS M. B. z siedzibą w Niedzwicy Dużej** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Koleje Wielkopolskie sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gorzowie Wielkopolskim sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.W. IMPEX TRANS M. B. z siedzibą w Niedzwicy Dużej kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem 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 (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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Koleje Wielkopolskie sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie 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. *„Usługa wykonania przewozów tymczasowej zastępczej kolejowej komunikacji autobusowej na odcinku linii 357 Wolsztyn - Grodzisk Wielkopolski w okresie od 13 marca - 5 listopada 2022 r.”*, nr postępowania: KW-WWA-280.01.2022.AT. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 grudnia 2021 r., za numerem 2021/S 255-676547.

W dniu 21 lutego 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.W. IMPEX TRANS M. B. z siedzibą w Niedrzwicy Dużej – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gorzowie Wielkopolskim sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim – dalej „Przystępujący” lub „PKS GW” oraz zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PKS GW pomimo iż wykonawca ten nie podołał ciężarowi dowodu, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny stanowiąc jedynie działanie matematyczne bez jakiegokolwiek uzasadnienia i dowodów na realność przyjętych założeń dla ustalenia ceny,

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PKS GW pomimo iż wykonawca ten oferuje wykonanie usług poniżej kosztów ich świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, w tym Odwołującego.

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

1) unieważnienia czynności oceny oferty PKS GW,

- 2) powtórzenia czynności badania w/w oferty i dokonanie jej odrzucenia,
- 3) dokonania ponownie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami pzp oraz SWZ.

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

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że w dniu 21 lutego 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gorzowie Wielkopolskim sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim.

W dniu 1 marca 2022 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie naruszenia art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy pzp i odrzuca ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp.

W dniu 3 marca 2022 r. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej pismo Odwołującego, w którym Odwołujący oświadczył, że w związku z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 1 marca 2022 r. na odwołanie, w której Zamawiający uwzględnił zarzut nr 1 t. j. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp i poinformował, że odrzuca ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, wycofuje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

W dniu 7 marca 2022 r. odbyło się posiedzenie z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego. Na posiedzeniu Zamawiający poinformował, że unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonał czynności odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp. Przystępujący, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, nie stawiał się na posiedzenie Izby.

Zgodnie z § 21 ust. 3 ww. rozporządzenia, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów,

a jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyższej wywołuje negatywne skutki procesowe.

Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawiał się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 7 marca 2022 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu 1 odwołania. 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).

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy pzp, zgodnie z którym *„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.”* Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, a Odwołujący wycofał pozostałe zarzuty. Natomiast uczestnik postępowania, który przystąpił po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego nie wniósł w wyznaczonym terminie sprzeciwu co do uwzględnienia w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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) znosząc wzajemnie koszty i nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: