

Sygn. akt: KIO 991/15

POSTANOWIENIE
z dnia 25 maja 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 maja 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego 13 maja 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę **PKP Energetyka S.A. Oddział w Warszawie – Usługi z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **ENEA Operator Sp. z o.o. w imieniu którego działa ENEA Operator Sp. z o.o. Oddział Dystrybucji Poznań z siedzibą w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PKP Energetyka S.A. Oddział w Warszawie – Usługi z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

W dniu 13 maja 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”, odwołanie złożył wykonawca PKP Energetyka SA Oddział w Warszawie z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „GPZ Leszno Gronowo modernizacja rozdzielni WN/SN, nr iCM -371-23/2014” prowadzi Zamawiający: ENEA Operator Sp. z o.o. Oddział Dystrybucji Poznań z siedzibą w Poznaniu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2015r. pod numerem 2015/S 002-002756.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na niewłaściwym badaniu i ocenie ofert, w szczególności niezgodnym z prawem odrzuceniu oferty Odwołującego, zaniechaniu sprostowania oferty Odwołującego na podstawie art.87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o:

- 1/ stwierdzenie bezskuteczności unieważnienia postępowania,
- 2/ unieważnienie czynności oceny ofert z dnia 30.04.2015 i unieważnienia uznania za najkorzystniejszą ofertę BUDIMEX SA z siedzibą w Warszawie,
- 3/ powtórzenie czynności oceny ofert,
- 4/ poprawienia omyłek w treści oferty Odwołującego,
- 5/ uznania oferty Odwołującego, w przypadku braku trzech ważnych ofert, za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający dnia 13 kwietnia 2015 roku, przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 23 kwietnia 2015 roku wykonawca BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie oznaczone sygnaturą KIO 839/15 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 8 ust. 1 oraz ust 3 ustawy Pzp, poprzez bezprawne zaniechanie ujawnienia informacji zawartych w ofercie Control Process S.A.,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia niezgodnych ze specyfikacją ofert wykonawców: PBE ELBUD Poznań S.A., ENEA SERWIS sp. z o.o., Eltel Networks Energetyka S.A, PKP Energetyka S.A. ewentualnie - naruszenia art. 87 ust 1 poprzez zaniechanie podjęcia czynności wyjaśnienia treści ofert wykonawców.

Wobec powyższego, Budimex S.A. wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania.
2. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia i powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w odwołaniu.
3. Nakazanie odrzucenia ofert wykonawców: PBE ELBUD Poznań S.A., ENEA SERWIS sp. z o.o., Eltel Networks Energetyka S.A, PKP Energetyka S.A. ewentualnie nakazanie zamawiającemu wyjaśnienia ofert wykonawców w odpowiednim zakresie.
4. Nakazanie ujawnienia całości oferty Control Process S.A.

Izba ustaliła, że Zamawiający dnia 24 kwietnia 2015 roku, przesłał wykonawcom kopię odwołania. Dnia 27 kwietnia 2015 roku, zostało zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego, przez wykonawcę PKP Energetyka S.A. Oddział w Warszawie.

Zamawiający przed posiedzeniem Izby złożył pismo procesowe – odpowiedź na odwołanie, w którym wskazał, iż większość zarzutów podniesionych w odwołaniu stała się bezprzedmiotowa, albowiem po wniesieniu odwołania, w dniu 30 kwietnia 2015 roku, Zamawiający unieważnił zaskarżoną czynność oceny ofert wykonawców dokonaną w dniu 13 kwietnia 2015 r. i po unieważnieniu swoich czynności, zamawiający powtórzył czynność oceny ofert, która doprowadziła do odrzucenia m.in. ofert wykonawców kwestionowanych przez Odwołującego Budimex S.A.

Na posiedzeniu Odwołujący Budimex S.A. oświadczył, iż wycofuje zarzuty odwołania dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący Budimex S.A. podniósł również, że w związku z *de facto* uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu odwołania, dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający dnia 30 kwietnia 2015 roku unieważnił dokonaną ocenę ofert i odrzucił oferty wykonawców, które kwestionował Odwołujący

Budimex S.A., to zachodzą okoliczności statuujące prawo do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec stanowiska Odwołującego Budimex S.A., Zamawiający oświadczył, iż faktycznie zarzuty odwołania (poza innymi okolicznościami) stanowiły podstawę do dokonania powtórnej oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia ofert wykonawców: PBE ELBUD Poznań S.A., ENEA SERWIS sp. z o.o., Eltel Networks Energetyka S.A, PKP Energetyka S.A., dlatego też zasadnym jest przyjęcie, że w podtrzymanym przez Odwołującego Budimex S.A. zakresie Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania. Ponadto Zamawiający podniósł, że przyjmując powyższą argumentację należy wskazać, że uwzględnienie zarzutów odwołania (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) nastąpiło przed otwarciem posiedzenia (pismo zamawiającego – odpowiedź na odwołanie złożone przed wywołaniem posiedzenia) bądź też nawet wcześniej, tj. w dniu 30 kwietnia 2015 roku, kiedy to ziściło się żądanie odwołującego w zakresie odrzucenia ofert wskazywanych wykonawców.

Izba w postępowaniu o sygn. akt KIO 839/15 ustaliła, że przystępujący PKP Energetyka S.A. nie wniósł sprzeciwu, co do uwzględnienia zarzutów odwołania. Z protokołu posiedzenia wynika, że przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia lecz na wyznaczony termin nikt się nie stawił. Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.

Tym samym, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 839/15 należało umorzyć na podstawie przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 30 kwietnia 2015 roku (zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu) dokonał ponownej czynności badania i oceny ofert i odrzucił ofertę wykonawcy PKP Energetyka S.A. Oddział w Warszawie oraz dokonał unieważnienia postępowania.

Na tę czynność Zamawiającego Wykonawca PKP Energetyka S.A. Oddział w Warszawie wniósł w dniu 13 maja 2015 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W odwołaniu Wykonawca zarzucił Zamawiającemu niewłaściwe badanie i ocenę ofert, w szczególności niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu

niezgodności treści oferty tego wykonawcy z SIWZ, wskazując na 6 niezgodności w swoim zakresie tożsamy z podnoszonymi w odwołaniu Budimex S.A. w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 839/15.

Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z artykułem 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonała zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Uwzględniając zatem powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołanie dotyczy bowiem czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu sygn. akt KIO 839/15, uwzględnionym przez Zamawiającego w całości.

Przyczyny odrzucenia oferty Wykonawcy PKP Energetyka S.A. z dnia 30 kwietnia 2015 roku są skorelowane z zarzutami podniesionymi w odwołaniu sygn. akt KIO 839/15 przez Odwołującego Budimex S.A, dotyczą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający, po uwzględnieniu odwołania sygn. akt KIO 839/15, dokonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu i odrzucił ofertę Odwołującego PKP Energetyka S.A. na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż stwierdził niezgodności w treści tej oferty z treścią SIWZ w zakresie wskazywanym przez Odwołującego Budimex.

Wobec stwierdzenia zajścia powyżej wskazanych przesłanek, badanych z urzędu, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego Izba działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 zdanie 1 ustawy pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępującego.

Na podstawie nadesłanej dokumentacji z postępowania ustalono, że Zamawiający przekazał wykonawcom treść odwołania w dniu 15 maja 2015 roku. W dniu 18 maja 2015 roku zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. Przystąpienie uznano za skuteczne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku w obu sprawach, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczonego przez niego wpisu.

Przewodniczący: