Sygn. akt: KIO 179/22

POSTANOWIENIE

z dnia 3 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Małgorzata Matecka

Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum: Thales Polska Sp. z o.o., Thales Deutschland GmbH, ul. gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,
przy udziale wykonawcy: Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., ul. Modelarska 12, 40-142 Katowice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 179/22 po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum: Thales Polska Sp. z o.o., Thales Deutschland GmbH, ul. gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego 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 2021r. 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: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 179/22

Uzasadnienie

Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i zabudowa

systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 w ramach projektu POIiŚ 5.1 - 10 Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka-Radom (LOT C, D, E)". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2021 r. pod nr

2021/S 136-363036.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: Thales Polska Sp. z o.o., Thales Deutschland GmbH z siedzibą lidera konsorcjum w Warszawie wnieśli w dniu 21 stycznia 2022 r. odwołanie wobec:

1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. (dalej jako „Bombardier") pomimo, iż Bombardier podlegał wykluczeniu z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd;

2) zaniechania wezwania Bombardier do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty w zakresie załączonego do niej „Wykazu Personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 20.8.3" w celu ustalenia rzeczywistego doświadczenia osoby proponowanej na stanowisko kierownika budowy, zdobytego przez nią przy realizacji inwestycji wymienionych w Wykazie;

3) błędnej oceny oferty wykonawcy Bombardier w zakresie poza cenowego kryterium oceny „Doświadczenie personelu Wykonawcy";

4) bezpodstawnego zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej, pomimo, iż nie zaistniały podstawy do jej przeprowadzenia.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej Pzp:

1) art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Bombardier z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd odnośnie doświadczenia osoby wskazanej w Wykazie, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu w zakresie oceny ofert w kryterium doświadczenie, a w konsekwencji poprzez zaniechanie odrzucenia jego oferty Bombardier, pomimo, że została ona złożona przez wykonawcę podlegające wykluczeniu z postępowania;

2) art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie zażądania od Bombardier wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie doświadczenia osoby wskazanej w Wykazie w odniesieniu do rzeczywistego doświadczenia zdobytego przy realizacji inwestycji wymienionych w tym dokumencie, co uniemożliwiło dokonanie prawidłowego badania oferty tego wykonawcy i jej oceny w zakresie kryterium doświadczenie;

3) art. 232 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 116 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez błędną ocenę oferty Bombardier polegającą na przyznaniu jej 10 punktów w kryterium doświadczenie, w sytuacji, gdy:

a. wykonawca ten nie wykazał realnego dysponowania osobą wskazaną w Wykazie (z uwagi na jej obecne zaangażowanie w inne inwestycje będące w trakcie realizacji) na potrzeby wykonania udzielanego zamówienia;

b. podane w Wykazie doświadczenie osoby proponowanej na stanowisku kierownika budowy obejmuje równolegle realizowane inwestycje, w rezultacie czego nie jest wiadome, w jakim okresie wykonywał powierzone mu obowiązki przy każdej

z równolegle trwających inwestycji;

- co powinno skutkować nieprzyznaniem ofercie Bombardier jakichkolwiek punktów w ramach kryterium doświadczenie lub względnie przyznaniem jedynie 5 punktów, a co tym samym miało wpływ na ranking wykonawców ustalony w treści zaproszenia do aukcji, na przebieg postąpień w trakcie aukcji, a docelowo również na jej wynik i pozycję Odwołującego

w klasyfikacji ofert;

' 4) art. 227 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, poprzez

niezasadne zaproszenie do aukcji elektronicznej Odwołującego i Bombardier oraz jej przeprowadzenie przy uwzględnieniu w bieżącej klasyfikacji ofert błędnej liczby 10 punktów przyznanych ofercie Bombardier w kryterium doświadczenie, podczas gdy:

a. w rezultacie zaistnienia podstaw do wykluczenia Bombardier z postępowania, a tym samym i odrzucenia jego oferty, w postępowaniu pozostała tylko jedna niepodlegająca odrzuceniu oferta, tj. oferta Thales, którą należało wybrać jako najkorzystniejszą bez przeprowadzania aukcji, lub ewentualnie

b. Zamawiający powinien był przed zaproszeniem wykonawców do aukcji co najmniej wezwać Bombardier do udzielenia wyjaśnień odnośnie doświadczenia osoby wskazanej w Wykazie i na tej podstawie ustalić prawidłową liczbę punktów w ramach kryterium doświadczenie, uwzględniając ją w klasyfikacji ofert przed i po zakończeniu aukcji, czego zaniechał.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp:

1. unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej przez Zamawiającego w dniu

20 grudnia 2021 r.

2. unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej z dnia 14 grudnia 2021 r.;

3. wykluczenia Bombardier z postępowania i odrzucenia jego oferty;

4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej bez przeprowadzania aukcji;

względnie - w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt 3 - o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z pominięciem doświadczenia osoby

proponowanej przez Bombardier na stanowisko kierownika budowy, ocenianego w ramach kryterium doświadczenie, i ponowne przeprowadzenie aukcji z uwzględnieniem poprawionej punktacji przyznanej Bombardierowi w ramach kryterium pn. „Doświadczenie personelu Wykonawcy".

Ponadto, Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że jest jednym z dwóch wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu oferty i ubiegają się o udzielenie zamówienia. Odwołujący jest wykonawcą niepodlegającym wykluczeniu z postępowania, który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę i która może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Jednakże, wskutek błędnego zaniechania wykluczenia Bombardier z postępowania i odrzucenia jego oferty, został on wraz z Odwołującym zaproszony do aukcji elektronicznej, w wyniku której oferta Bombardier uplasowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Tymczasem, gdyby Zamawiający odrzucił ofertę Bombardier, oferta Odwołującego jako jedyna skutecznie złożona w postępowaniu zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza bez przeprowadzania aukcji.

Pismem z dnia 2 lutego 2022 r., przesłanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym dniu, tj. przed otwarciem rozprawy w sprawie odwoławczej, Odwołujący złożył na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego na

podstawie art. 568 pkt 2 Pzp oraz zwrot wpisu od odwołania na rachunek Odwołującego, względnie, w przypadku niedostrzeżenia podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę zgodnie z pkt 1, Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w całości na podstawie art. 520 ust. 1 Pzp, wnosząc o zwrot wpisu od odwołania na rachunek wskazany w pkt 3.

Odwołujący w uzasadnieniu złożonych powyższych wniosków wskazał, że w dniu 2 lutego 2022 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty, tj. na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Wobec tego, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że dalsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne, bowiem dotyczy zarzutów odwołania na czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które już po złożeniu odwołania zostało unieważnione, co uzasadnia jego umorzenie na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp i zwrot na rzecz Odwołującego wpisu od odwołania w pełnej wysokości.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 568 ust. 2 Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, nie wstąpiła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego, jako takiego, którego dalsze prowadzenie jest zbędne lub niedopuszczalne. Z punktu widzenia procesowego, czynność Zamawiającego z dnia 2 lutego 2022 r. polegająca na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest ostateczna, gdyż nie upłynął jeszcze ustawowy termin na wniesienie odwołania wobec tej czynności. W tych okolicznościach stanowisko Odwołującego o zbędności dalszego prowadzenia postępowania odwoławczego jest wynikiem subiektywnej oceny przez Odwołującego jego aktualnej sytuacji w postępowaniu, która nie wyczerpuje przesłanek z art. 568 ust. 2 Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, działając na podstawie art. 568 pkt 1 oraz art. 553 zdanie drugie ustawy z

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.). Izba tym samym uwzględniła oświadczenie Odwołującego o cofnięciu odwołania w całości i wniosek o unieważnienie postępowania na tej podstawie.

Na podstawie § 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. poz. 2437), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty stanowiącej 90% uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....