sygn. akt KIO 2855/22

POSTANOWIENIE
z dnia 14 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias
Członkowie: Anna Chudzik

Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 14 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2022 r. przez wykonawcę PKP Energetyka Obsługa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez ,,PKP Intercity" S. A. z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy K. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą po prostu K. B. w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy J. Electric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy PKP Energetyka Obsługa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty 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 (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:

Członkowie:

sygn. akt KIO 2855/22

Zamawiający - ,,PKP Intercity" S. A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o

udzielenie zamówienia publicznego w trybie w trybie przetargu nieograniczonego na: ,,Utrzymanie urządzeń oświetlenia zewnętrznego, instalacji elektroenergetycznych, urządzeń technicznych oraz urządzeń elektrycznego ogrzewania rozjazdów na terenie bocznic kolejowych PKP Intercity S.A.", dotyczy części 1-11. Nr referencyjny postępowania: 22/WNP-013304/INF. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2022/5 148-425138 z dnia 3.08.2022 r.

W dniu 31 października 2022 r. wykonawca PKP Energetyka Obsługa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności oraz zaniechań:

1) niezgodnej z ustawą Pzp czynności badania i oceny ofert,

2) zaniechania dokonania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany zgodnie

z ustawą Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty J. Electric Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 77, 02-952 Warszawa, dalej jako: ,,J." w części 1-11 i oferty wykonawcy: Po prostu K. B., ul. Czarnomorska 17/341, 02-758 Warszawa, dalej jako: ,,B." w części 1-4, 7-11, pomimo że oferty J. i B. zostały złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu;

3) zaniechania odrzucenia ofert wykonawców J. i B. również z uwagi na fakt, że zostały one złożone przez wykonawców podlegających odrzuceniu z uwagi na ich. złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie części 2

Postępowania;

4) zaniechania czynności wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy J. w odniesieniu do części 7 i wykonawcy B. w odniesieniu do części 1 i 7, pomimo, że oferowane przez tych wykonawców ceny były o ponad 30% niższe od wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, a rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych niewymagających wyjaśnienia;

5) zaniechania czynności wezwania do uzupełnienia JEDZ wykonawcy B. w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdz. VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) pkt ii) odnoszącego się do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia przedmiotowego warunku w odniesieniu do części 1, 6, 7, 9 i 10 Postepowania,

6) niezgodnej z ustawą Pzp czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w Częściach 1-11 Postępowania wykonawcy J. i w częściach 1-4, 7-11 wykonawcy B., a w konsekwencji

7) niezgodnej z ustawą czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej w sytuacji, gdy nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu w częściach 1, 4, 6, 8, 9 i 11.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust.1ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców J. w części 1-11 i B. w części 1-4, 7-11 jako złożonych przez wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu z postępowania z uwagi na zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji;

2) art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z 218 ust.1ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art.15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „ustawą ZNK", w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, dalej jako „UKK", poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców J. i B. w części nr 2 Postępowania, pomimo że oferty ww. wykonawców zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

3) naruszenie art. 224ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia ceny wykonawcy J. w zakresie części 7 i wykonawcy B. w zakresie części 1 i 7, pomimo że ceny zaoferowane przez ww. wykonawców w ramach wskazanych części są niższe o więcej niż 30% od wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, a rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych niewymagających wyjaśnienia,

4) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu JEDZ wykonawcy B. w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdz. VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) pkt ii) odnoszącego się do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia co do części 1, 6, 7, 9 i 10 zamówienia, w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał spełnienia przedmiotowego warunku ze względu na przedstawienie na potwierdzenie spełniania warunku w ww. częściach tych samych osób;

5) art. 232 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy J. w części 1-11 i wykonawcy B. w części 1-4, 7-11, którzy złożyli oferty podlegające odrzuceniu, co stanowi naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości), a w konsekwencji

6) art. 227 ust. 1 w zw. z art. 232 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przekazanie wykonawcom zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w częściach 1, 4, 6, 8, 9 i 11 w sytuacji, gdy w tych częściach nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o uwzględnienie odwołania

i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, w tym w szczególności wykonawców J. w części 1-11i wykonawcy B. w części 1-4, 7-11 oraz w konsekwencji czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej w częściach 1, 4, 6, 8, 9 i 11, tj. w częściach, w których nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu;

2) unieważnienia czynności oceny ofert,

3) ponowienia czynności badania i oceny ofert,

4) odrzucenia ofert J. w częściach 1-11 i odrzucenia ofert wykonawcy B. w częściach 1-4, 7-11,

5) na wypadek nieuwzględnienia zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert wykonawców J. i K. B.:

- wezwania wykonawcy J. do wyjaśnienia ceny w zakresie części 7 i wykonawcy B. w zakresie części 1 i 7;

- wezwania do uzupełnienia JEDZ wykonawcy B. w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdz. VIII ust. 2 pkt 1 lit. d) pkt ii) odnoszącego się do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia co do części 1, 6, 7, 9 i 10 zamówienia.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę PKP Energetyka Obsługa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Hoża 68/1, 00-682 Warszawa, Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 listopada 2022 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili:

- wykonawca K. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą po prostu K. B. w

Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

- wykonawca J. Electric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, ze ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący - J. Electric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Warszawie, ul. Wiertnicza 77, 02-952 Warszawa - pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2022 r. wnosił o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy, oświadczeniem złożonym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

10 listopada 2022 r. (pismo z dnia 10 listopada 2022 r.), Odwołujący - PKP Energetyka

Obsługa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - cofnął odwołanie wniesione w dniu 31 października 2022 r.

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że w sytuacji cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu. W takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Przewodniczący:

Członkowie: .....