

Sygn. akt: KIO 3557/23

POSTANOWENIE

z dnia 13 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Danuta Dziubińska**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 13 grudnia 2023 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **PORR Spółka Akcyjna, "DP SYSTEM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą lidera w Warszawie, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale wykonawcy **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Sandomierska 19, 80-051 Gdańsk zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2. znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego tytułem zwrotu kwoty uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 3557/23

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Zabudowa urządzeń sterowania zdalnego na st. Kołodziejewo, Janikowo ze sterowaniem ze st. Mogilno w ramach Krajowego Planu Odbudowy w obszarze działania pn.: „Digitalizacja infrastruktury kolejowej poprzez budowę nowoczesnych urządzeń i systemów - etap IV”, numer referencyjny: 0554/IZ13GM/10685/03078/23/P. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 lipca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 142-455010.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: PORR S.A. „DP SYSTEM” sp. z o.o. (dalej łącznie: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego, tj.:

1) nieprawidłowego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe z siedzibą w Gdańsku („PPM-T”) i w efekcie przyjęcia, że PPM-T, wykazał spełnienie warunku, o którym mowa w rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. b) Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) w zakresie dysponowania projektantem w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, który winien posiadać uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń;

2) zaniechania wezwania PPM-T do uzupełnienia Wykazu osób o osobę spełniającą wymagania z rozdziału X ust. 2 pkt 4) lit. b) SWZ w zakresie dysponowania projektantem w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych;

ewentualnie;

zaniechania wezwania PPM-T do wyjaśnień dotyczących osoby spełniającej wymagania z rozdziału X ust. 2 pkt 4) lit.

b) SWZ w zakresie dysponowania projektantem w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych;

- 3) wezwania PPM-T do złożenia (uzupełnienia) zobowiązania podmiotu trzeciego (JAR-BUD) do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia podpisanego podpisem kwalifikowanym;
- 4) zaniechania wezwania PPM-T do wykazania spełnienia warunków w zakresie dysponowania personelem w postaci: projektant SRK, projektant branży energetyka, projektant w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, projektant branży torowej i budowlanej poprzez zasoby własne;
- 5) zaniechania udostępnienia / odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych na wezwanie z dnia 27 października 2023 r., w tym uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;
a w konsekwencji;
- 6) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznana została oferta złożona przez PPM-T.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie, że PPM-T wykazało, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. b) SWZ, tj., że dysponuje osobą, której powierzone zostanie pełnienie funkcji projektanta w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, spełniającą wymóg posiadania uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń, gdy tymczasem Pan inż. Romuald Kijowski, wskazany przez PPM-T do pełnienia tej funkcji, posiada uprawnienia budowlane z ograniczeniami, a ponadto ich zakres nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego (obejmują jedynie telekomunikację przewodową);
- 2) art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania PPM-T do uzupełnienia Wykazu osób o osobę mającą pełnić funkcję projektanta w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych spełniającą wymagania Zamawiającego określone w rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. b) SWZ, tj. posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń;
ewentualnie:
art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania PPM-T do udzielenia wyjaśnień w zakresie uprawnień budowlanych posiadanych przez Pana inż. Romualda Kijowskiego mającego pełnić funkcję projektanta w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych spełniających wymagania Zamawiającego określone w rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. b) SWZ;
- 3) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 123 Pzp poprzez wezwanie PPM-T do złożenia/ uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego (JAR-BUD) do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia podpisanego podpisem kwalifikowanym, podczas gdy w momencie składania ofert PPM-T nie polegał na zasobach tego podmiotu trzeciego;
- 4) art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania PPM-T do wykazania spełnienia warunków w zakresie dysponowania personelem w postaci: projektant SRK, projektant branży energetyka, projektant w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, projektant branży torowej i budowlanej poprzez zasoby własne;
- 5) art. 74 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez PPM-T w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 października 2023 r.;
ewentualnie, tj. na wypadek, w którym wyjaśnienia te zostałyby utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa:
art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez uznanie, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlega całokształt złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym również argumentacja stanowiąca uzasadnienie utajnienia złożonych wyjaśnień;
a w konsekwencji powyższego;
- 6) art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert;
- 3) wezwania PPM-T do uzupełnienia Wykazu osób o osobę mającą pełnić funkcję projektanta w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych spełniającą wymagania Zamawiającego określone w rozdziale X ust. 2

pkt 4) lit. b) SWZ (tj. posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń); ewentualnie; wezwania PPM-T do udzielenia wyjaśnień w zakresie uprawnień budowlanych posiadanych przez Pana inż. Romualda Kijowskiego mającego pełnić funkcję projektanta w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych spełniającą wymagania Zamawiającego określone w rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. b) SWZ;

4) wezwania PPM-T do wykazania spełnienia warunków w zakresie dysponowania personelem w postaci: projektant SRK, projektant branży energetyka, projektant w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, projektant branży torowej i budowlanej poprzez zasoby własne;

5) udostępnienia (ewentualnie odtajnienia) wyjaśnień udzielonych przez PPM-T w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 października 2023 roku.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

Z pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego wynika, że jego zdaniem, z uwagi na czynności, które zostały podjęte przez niego po otrzymaniu odwołania, postępowanie podlega umorzeniu w zakresie pierwszych dwóch zarzutów odwołania, zaś w pozostałym zakresie podlega oddaleniu jako bezzasadne.

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że w dniu 7 grudnia 2023 r. otrzymał informację przekazaną przez Zamawiającego o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z tym z uwagi na to, że odwołanie jest wniesione wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a ta czynność została przez Zamawiającego unieważniona, odpadł substrat zaskarżenia. Zgłoszone w odwołaniu zarzuty do poszczególnych czynności lub zaniechań Zamawiającego zostały bowiem skonsumowane przez decyzję o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została unieważniona, to nie istnieje podstawa do prowadzenia postępowania odwoławczego wobec wszystkich czynności lub zaniechań Zamawiającego poprzedzających wybór najkorzystniejszej oferty. Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp. Zamawiający i Przystępujący oświadczyli, że nie oponują przeciwko wnioskowi Odwołującego o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W piśmie datowanym 5 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując, iż wiąże się to z uwzględnieniem przez niego w części zarzutów odwołania. Zamawiający pismem z tej samej daty wezwał Przystępującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu osób. Nie jest sporne, że Przystępujący zastosował się do tego wezwania. Nie jest również sporne, że Zamawiający nie dokonał ponownie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Stosownie do art. 568 pkt 2 Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie istnieje zatem czynność stanowiąca efekt badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, wobec której zostało wniesione odwołanie.

Zamawiający ponownie podjął czynności poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty. Na tym etapie postępowania jest władny ponownie dokonać wszelkich czynności, które wiążą się z badaniem i oceną ofert, wobec których wykonawcom będą przysługiwały środki ochrony prawnej.

W związku z powyższym w ocenie Izby postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

Z tych względów Izba postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do art. 575 Pzp i § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia

2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: