

POSTANOWENIE
z dnia 20 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 20 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2023 r. przez wykonawcę **MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie** w postępowaniu prowadzonym przez **3 Regionalną Bazę Logistyczną w Krakowie**,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną 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 (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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:.....

sygn. akt KIO 1948/23

Uzasadnienie

Zamawiający – 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *"Dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia małej ładowności wysokiej mobilności w latach 2024-2026 znak sprawy: 99/2023/D"*. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 081-244227.

W dniu 6 lipca 2023 r. wykonawca MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie wniósł odwołanie od:

1. czynności wyboru oferty częściowej wykonawcy GLOMEX MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Krzemowa 1, 62-002 Suchy Las {dalej jako: "**GLOMEX**") w zakresie Zadania nr 1, Zadania nr 2, Zadania nr 3, Zadania nr 4, Zadania nr 5, podczas gdy to oferty częściowe Odwołującego na przedmiotowe zadania powinny zostać wybrane jako najkorzystniejsze;
2. zaniechania czynności wykluczenia GLOMEX z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, podczas gdy GLOMEX w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił wprowadzające Zamawiającego w błąd nieprawdziwe informacje dotyczące emisji dwutlenku węgla, a więc dotyczących jednego z kryteriów oceny ofert zgodnie z rozdz. XVII pkt. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: "**SWZ**"), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
3. zaniechanie czynności odrzucenia oferty GLOMEX na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: "**ZNKU**") w sytuacji, gdy oferta GLOMEX została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a to z uwagi na okoliczność, iż GLOMEX w swojej ofercie przedstawił wprowadzające w błąd oznaczenie towaru w zakresie parametru emisji dwutlenku węgla (CO₂) pojazdu, a także z naruszeniem dobrych obyczajów zaoferował niezgodny z rzeczywistością parametr pozwalający uzyskać GLOMEX wyższą ocenę Oferty, co miało mu zagwarantować uzyskanie zamówienia kosztem innych wykonawców, w tym Odwołującego;
a w każdym przypadku
4. zaniechania czynność wezwania GLOMEX do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących wartości emisji dwutlenku węgla (CO₂) wskazanych przez GLOMEX w ofertach częściowych w zakresie Zadania nr 1, Zadania nr 2, Zadania nr 3, Zadania nr 4, Zadania nr 5, pomimo wskazania przez Odwołującego na etapie Postępowania nieprawidłowości w tym zakresie.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1. **art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie czynności wykluczenia GLOMEX z Postępowania, podczas gdy GLOMEX w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił wprowadzające Zamawiającego w błąd nieprawdziwe informacje dotyczące parametru emisji dwutlenku węgla (CO²), a więc dotyczące jednego z kryteriów oceny ofert zgodnie z rozdz. XVII pkt. 1 SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2. **art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ZNKU** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GLOMEX w sytuacji, gdy oferta GLOMEX została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a to z uwagi na okoliczność, iż GLOMEX w swojej ofercie przedstawił wprowadzające w błąd oznaczenie towaru w zakresie parametru emisji dwutlenku węgla (CO²) pojazdu, a także z naruszeniem dobrych obyczajów zaferował niezgodny z rzeczywistością parametr pozwalający uzyskać GLOMEX wyższą ocenę Oferty, co miało mu zagwarantować uzyskanie zamówienia kosztem innych wykonawców, w tym Odwołującego;
3. **art. 223 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie czynności wezwania GLOMEX do wyjaśnień w zakresie wartości emisji dwutlenku węgla (CO²) wskazanych przez GLOMEX w ofertach częściowych w zakresie Zadania nr 1, Zadania nr 2, Zadania nr 3, Zadania nr 4, Zadania nr 5, pomimo wskazania przez Odwołującego na etapie Postępowania nieprawidłowości w tym zakresie.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

1. unieważnienie czynności z dnia 26 czerwca 2023 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty częściowej GLOMEX w zakresie Zadania nr 1, Zadania nr 2, Zadania nr 3, Zadania nr 4, Zadania nr 5;
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert częściowych w zakresie Zadania nr 1, Zadania nr 2, Zadania nr 3, Zadania nr 4, Zadania nr 5;
3. odrzucenie oferty częściowej GLOMEX w zakresie Zadania nr 1, Zadania nr 2, Zadania nr 3, Zadania nr 4, Zadania nr 5 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ZNKU, a także wykluczenie GLOMEX z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Złotnikach.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 lipca 2023 r. (pismo z dnia 13 lipca 2023 r.) uwzględnił zarzuty wskazane w odwołaniu w całości.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023 r. (pismo z dnia 17 lipca 2023 r.) wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Odwołujący na podstawie art. 526 ust. 1 ustawy PZP zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego zgłaszającego przystąpienie.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy PZP, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z kolei w myśl art. 525 ust. 2 ustawy PZP, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba zważy, że z akt postępowania wynika, że wykonawca Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Złotnikach zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 10 lipca 2023 r., jednakże nie wypełnił dyspozycji przepisu art. 525 ust. 2 ustawy PZP.

Izba zważy, że do terminu do zgłoszenia przystąpienia, który jest terminem zawitym, tj. do dnia 10 lipca 2023 r. wykonawca Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Złotnikach nie przesłał kopii zgłoszenia przystąpienia Zamawiającemu ani Odwołującemu, jak również nie dołączył do zgłoszenia przystąpienia dowodu w postaci przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Z akt postępowania wynika, że w dniu 10 lipca 2023 r. Zamawiający oraz Odwołujący otrzymali pełnomocnictwo, odpis pełny, opłata od pełnomocnictwa, korespondencje z 7 czerwca 2023 r. między producentem a dealerem, korespondencje z 7-9 czerwca 2023 r. pomiędzy Glomex a dealer Ford, Dane pojazdu (oferta) oraz pismo Ford z 10.07.2023 r., natomiast dopiero w dniu 11 lipca 2023 r. wykonawca Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Złotnikach przesłał „Przystąpienie Glomex MS Polska sp. z o.o..pdf” Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W związku z powyższym, Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Złotnikach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego, uznając że nie zostały wypełnione przesłanki określone w art. 525 ust. 2 w zw. z art. 525 ust. 1 ustawy PZP.

Ponadto jak wskazano powyżej zgłaszający przystąpienie wniósł sprzeciw w dniu 17 lipca 2023 r. wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania. W tym zakresie należy wskazać, że Izba wzywając zgłaszającego przystąpienie do wniesienia sprzeciwu w dniu 14 lipca 2023 r., nie знаła okoliczności dotyczącej braku skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Złotnikach, ponieważ Izba dopiero na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron otrzymała od Odwołującego dokument w postaci maila wskazujący, iż w dniu 11 lipca 2023 r. Zamawiający i Odwołujący otrzymali zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego (załącznik pn. Przystąpienie Glomex MS Polska sp. z o.o..pdf).

Tym samym oświadczenie zgłaszającego przystąpienie o wniesieniu sprzeciwu z dnia 17 lipca 2023 r. Izba uznała za bezskuteczne, ponieważ zgodnie z treścią art. 523 ust. 1 ustawy PZP tylko uczestnik postępowania odwoławczego, tj. wykonawca skutecznie zgłaszający przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy PZP, W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zaistniał stan faktyczny wskazany w powyższej normie prawnej, tj. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że Strony, jak i zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego mogą działać przez pełnomocnika, przy czym pełnomocnictwo zarówno do wniesienia odwołania, jak i do zgłoszenia przystąpienia nie może być pełnomocnictwem ogólnym, lecz rodzajowym, ze względu na to, iż jest ono czynnością przekraczającą zwykły zarząd (na posiedzenie wykonawca Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Złotnikach przyznał, że jego pełnomocnictwo jest pełnomocnictwem ogólnym).

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 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 koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiającego uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu.

Przewodniczący:.....