

Sygn. akt: KIO 3635/23

POSTANOWENIE
z dnia 19 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 19 grudnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2023 roku przez **wykonawcę**

Veolia Energia Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Ursynowskie Centrum Sportu**

i Rekreacji z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy **PGNiG TERMIKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego**

postanawia:

zakończyć postępowanie odwoławcze,

zakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego kwoty **15 000,00 zł** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego – **wykonawcę Veolia Energia Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 3635/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Ursynowskie Centrum Sportu i Rekreacji z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie **DOSTAWA ENERGII CIEPLNEJ DO OBIEKTÓW URSYNOWSKIEGO CENTRUM SPORTU**

I REKREACJI W WARSZAWIE W LATACH 2024 – 2025. Numer ogłoszenia o zamówieniu

w Dz. Urz. UE: 2023/S 201-632396.

Dnia 4 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **Veolia Energia Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechanie czynności przez Zamawiającego:

1) czynność otwarcia ofert w postępowaniu;

2) zaniechanie czynności unieważnienia postępowania, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 64 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zastosowanie środka komunikacji elektronicznej, którego wadliwe funkcjonowanie uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu w taki sposób, aby Zamawiający mógł dokonać otwarcia tej oferty i zapoznać się z treścią tej oferty;

2) art. 222 ustawy Pzp poprzez zaniechanie otwarcia oferty Odwołującego przesłanej

w ramach postępowania przy pomocy środka komunikacji elektronicznej przewidzianej przez Zamawiającego w ramach postępowania, tj. Platformy e-Zamówienia;

3) art. 225 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci:

a) zaniechania otwarcia oferty Odwołującego przesłanej przy pomocy środka komunikacji elektronicznej przewidzianej

przez Zamawiającego w ramach postępowania,
tj. Platformy e-Zamówienia.

b) błędów w obrębie specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) w zakresie treści formularza ofertowego oraz opisu przedmiotu zamówienia, których istnienie skutkuje ewentualną nieporównywalnością ofert, a tymczasem błędów tych nie da się skorygować po upływie terminu składania ofert.

Odwolujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 225 pkt 6 ustawy PZP.

Odwolujący podkreślił, że jest legitymowany do wniesienia odwołania w postępowaniu, ma interes w uzyskaniu zamówienia na dostawę energii cieplnej do obiektów Ursynowskiego Centrum Sportu i Rekreacji w Warszawie. Odwołujący jest podmiotem świadczącym usługi sprzedaży i dystrybucji energii cieplnej na obszarze m.st. Warszawy oraz ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę energii cieplnej do obiektów Ursynowskiego Centrum Sportu i Rekreacji w Warszawie w latach 2024-2025. Tym samym Odwołujący może także ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP w postaci nieudzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego Odwołującemu. Skoro z powodu wad działania platformy zakupowej wykorzystywanej przez Zamawiającego, nie dokonał on otwarcia oferty Odwołującego, Odwołujący ma interes w tym, aby dążyć do unieważnienia tego postępowania, aby zapewnić sobie możliwość udziału w postępowaniu dotyczącym tego samego zamówienia publicznego (tj. na ten sam przedmiot zamówienia) w ramach przyszłego postępowania, które nie będzie obciążone wadą.

Odwolanie dotyczy niezgodnej z przepisami czynności otwarcia ofert w postępowaniu, w ramach której nie została otwarta oferta Odwołującego. Czynność otwarcia ofert została przeprowadzona dnia 24.11.2023 r., na dowód czego na platformie zakupowej Zamawiający tego samego dnia opublikował „Informację z otwarcia ofert”. Zamawiający powinien unieważnić postępowanie, czego na dzień złożenia odwołania nie zrobił, pomimo że został poinformowany przez Odwołującego o wadliwości działania platformy e-Zamówienia – zaniechanie tej czynności ma charakter ciągły.

Termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz ust. 3 pkt 1 ustawy PZP został zachowany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek UZP.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu, spełniało wymogi formalne i możliwe było jego merytoryczne rozpoznanie.

Ustalono, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono także, że do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **PGNiG TERMIKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

Ustalono następnie, że 13 grudnia 2023 roku, przed wyznaczeniem terminu posiedzenia i rozprawy przed Izba, Zamawiający w złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił jego zarzuty w całości. Zamawiający wskazał, że unieważni całe postępowanie, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Przystępujący, w dniu 13 grudnia 2023 roku został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie korzystania z prawa do wniesienia sprzeciwu.

Do momentu wydania niniejszego postanowienia w aktach sprawy nie odnotowano oświadczenia o korzystaniu z wniesienia sprzeciwu. Na marginesie jedynie odnotować można, iż Przystępujący w dniu 14 grudnia 2023 roku, przesłał maila, z treści którego wynika, że „Spółka nie będzie wnosić sprzeciwu w niniejszej sprawie”. Jednak oświadczenie to podpisała osoba nieumocowana w sprawie, nie mogło więc mieć ono decydującego wpływu na wynik postępowania odwoławczego. Przystępujący, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy, nie stawil się, co w ocenie składu orzekającego Izby oznacza, że Uczestnik postępowania odwoławczego nie będzie korzystała z możliwości wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania.

Skoro zatem Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił sprzeciwu, to mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie

art. 522 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów*

przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 2 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a 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). Izba nie zasądziła kosztów zastępstwa procesowego ze złożonej faktury na rzecz Odwołującego z uwagi na treść § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a. Koszty te bowiem znosi się wzajemnie.

Przewodniczący:.....