

Sygn. akt: KIO 2881/23

POSTANOWENIE
z dnia 12 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2023 r. przez wykonawcę **Lobos A Łobos, M. Łobos spółka komandytowa w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Archiwum Narodowe w Krakowie** przy udziale wykonawcy **Bydgosta sp. z o.o. w Bydgoszczy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Lobos A Łobos, M. Łobos spółka komandytowa w Krakowie, stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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 2881/23

Uzasadnienie

Archiwum Narodowe w Krakowie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa wyposażenia do siedziby Archiwum Narodowego w Krakowie Oddział w Nowym Sączu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 lipca 2023 r., nr 2023/S 140-446400.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 2 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Lobos A. Łobos, M. Łobos spółka komandytowa w Krakowie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Bydgosta sp. z o.o. w Bydgoszczy (zwanego dalej „Bydgosta” lub „przystępujący Bydgosta”), podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdyż wykonawca podlega wykluczeniu z uwagi na fakt, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając nieprawdziwą informację, w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a informacja ta miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (w zakresie części numer 1) oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Bydgosta, podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdyż wykonawca podlega wykluczeniu z uwagi na fakt, że wyniki lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, a informacja ta miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (w zakresie części numer 1);
- 2) względnie – zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Bydgosta do poprawienia wykazu wykonanych dostaw oraz uzupełnienia dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, podczas gdy wykonawca Bydgosta nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który został określony w części V ust. 3 pkt 3 SWZ (w zakresie części numer 1);
- 3) względnie – zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Bydgosta do wyjaśnień dotyczących treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy okoliczności sprawy wskazują, że wykonawca Bydgosta nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który został określony w części V ust. 3 pkt 3 SWZ (w zakresie części numer 1).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (w zakresie części numer 1);
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert (w zakresie części numer 1), w tym:
 - a) odrzucenia oferty wykonawcy Bydgosťa;
 - b) względnie - wezwania wykonawcy Bydgosťa do poprawienia wykazu wykonanych dostaw oraz uzupełnienia dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie;
 - c) względnie - wezwania wykonawcy Bydgosťa do wyjaśnień dotyczących treści złożonych podmiotowych środków dowodowych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pochodzące od wykonawcy Bydgosťa sp. z o.o. w Bydgoszczy, zwanego dalej „przystępującym Bydgosťa”.

Do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego pochodzące od wykonawcy Tronus Polska Sp. z o.o. w Warszawie. Wykonawca ten nie wskazał, czy przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego czy odwołującego, ani nie wskazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść żadnej ze stron postępowania odwoławczego.

Posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego zostało wyznaczone na dzień 12 października 2023 r., godz. 10.00. Strony i przystępujący zostali prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. W szczególności przystępujący Bydgosťa został zawiadomiony o terminie posiedzenia drogą elektroniczną w dniu 9 października 2023 r. i potwierdził otrzymanie korespondencji w tym dniu (zawiadomienia o terminie posiedzenia, potwierdzenie odbioru, w aktach sprawy). Ustalono również, że przystępujący Bydgosťa nie stawiał się na posiedzenie Izby.

Ustalono także, że Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że:

- 1) uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp,
- 2) wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie pozostałych zarzutów wskazanych w odwołaniu.

Ustalono także, że 12 października 2023 r., w trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron, przed otwarciem rozprawy, odwołujący oświadczył, że cofa częściowo odwołanie, w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Bydgosťa sp. z o.o. w Bydgoszczy, podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdyż wykonawca podlega wykluczeniu z uwagi na fakt, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając nieprawdziwą informację, w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a informacja ta miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (w zakresie części numer 1).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Tronus Polska sp. z o.o. w Warszawie. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło wprawdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego pochodzące od ww. wykonawcy, jednakże niespełniające wymagań określonych w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu *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.*

Jak wynikało ze zgłoszenia przystąpienia z dnia 3 października 2023 r. wykonawca Tronus sp. z o.o. w Warszawie nie wskazał strony do której przystępuje, a także nie wskazał swego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść jednej ze stron. Wobec niespełnienia ww. wymagań formalnych zgłoszenia przystąpienia Izba postanowiła uznać zgłoszenie przystąpienia Tronus Polska sp. z o.o. za nieskuteczne i nie dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, to jest części zarzutu głównego.

Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w więc w zakresie dotyczącym pozostałej części zarzutu głównego, nieuwzględnionej przez zamawiającego.

Pozostałe zarzuty nieuwzględnione przez zamawiającego były, zgodnie z treścią odwołania, jedynie zarzutami ewentualnymi, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego.

W tej sytuacji, przesłanką do wyznaczenia rozprawy i rozpoznania odwołania było wniesienie przez przystępującego Bydgosťa sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części uwzględnionej przez zamawiającego do czasu zamknięcia posiedzenia, co nie nastąpiło.

Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą

postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe, co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest wyznaczenie rozprawy. Jest to zatem faza, w której następuje koncentracja środków ochrony prawnej, w związku z czym uczestnicy postępowania odwoławczego stawiając się na posiedzenie winni być gotowi do określenia swoich stanowisk procesowych warunkujących dalsze procedowanie w sprawie. Omawiany etap postępowania odwoławczego następuje po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron. Przepis § 13 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 poz. 2453) stanowiący o wzywaniu przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy zostało już wyznaczone posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Powyższe wynika z sposób jednoznaczny z przepisu § 13 ust. 2 ww. rozporządzenia.

Wobec braku oświadczenia przystępującego Bydgoska o wniesieniu sprzeciwu do czasu zamknięcia posiedzenia, Izba zobowiązana treścią przywołanych wcześniej przepisów postępowanie odwoławcze umorzyła w całości.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.*

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. 3 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, 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 przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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), który stanowi, że *W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu,*
- *w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.*

Przewodniczący:.....