Sygn. akt KIO 252/20

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 17 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2020 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM" Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Miasto Grudziądz z siedzibą w Grudziądzu

przy udziale wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S. A. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie,

1. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM" Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM" Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu

tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Grudziądzu.

Sygn. akt KIO 252/20

Zamawiający Gmina Miasto Grudziądz prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) {dalej również: „ustawa pzp", „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. Odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy-miasto Grudziądz.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 października 2019 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_205 pod poz. 499558.

Wartość tego zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

13 stycznia 2020 r. Zamawiający zaprosił wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu do aukcji elektronicznej

16 stycznia 2020 r. Odwołujący Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM" sp. z o.o.

{dalej również: „PUM"} z siedzibą w Grudziądzu wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powierzenia przeprowadzenia aukcji elektronicznej podmiotowi wskazanemu w zaproszeniu do aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów pzp:

1. Art. 7 ust. 2 - przez prowadzenie postępowania, tj. aukcji elektronicznej przez podmiot (Grudziądzki Park Przemysłowy, w skrócie: „GPP"), w którym urzędującym członkiem zarządu jest ta sama osoba - J. J. B., która jest jednocześnie wiceprezesem (od stycznia 2020) w podmiocie zaproszonym do udziału w aukcji (Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia, w skrócie: „MWiO"), nad którym 100% nadzór sprawuje Zamawiający (Gmina Miasto Grudziądz).

2. Art. 17 ust. 1 pkt 4 - przez pozostawanie przedstawiciela wykonawcy i podmiotu prowadzącego aukcję oraz Zamawiającego w takim stosunku zależności, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności i obiektywności postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Zniesienia zaplanowanej na 17 stycznia 2020 r aukcji elektronicznej lub z ostrożności,

na wypadek niezniesienia terminu przez Zamawiającego - unieważnienia aukcji

elektronicznej.

2. Odstąpienia od aukcji elektronicznej, a ponieważ jest ona nierozerwalnie złączona z całością postępowania - unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego.

W dniu 30 stycznia 2020 r. wyrokiem KIO 87/20 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenia aukcji elektronicznej, przy czym jej przeprowadzenie nie mogło być powierzone Grudziądzkiemu Parkowi Przemysłowemu sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, którego jeden z urzędujących członków zarządu pełni również taką funkcję w Miejskich Wodociągach i Oczyszczalni sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu.

W następstwie wydanego orzeczenia wobec ponownego zaproszenia wykonawców w dniu 5 lutego 2020 r. do udziału w aukcji elektronicznej zaplanowanej na dzień 11 lutego 2020 r. Odwołujący Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM" Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu wniósł odwołanie w dniu 10 lutego 2020 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie ustawy Pzp, t.j.: art. 36 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp - poprzez niezgodność i niespójność zapisów SIWZ (rozdział XIX SIWZ) z czynnością zamawiającego z dnia 5 lutego 2020 r., art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zawarcie w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący opisu przedmiotu zamówienia (w szczególności prowadzonej aukcji) i ujawnionych rozbieżności pomiędzy SIWZ, a informacjami zawartymi na portalu aukcyjnym, o którym mowa w piśmie dnia z 5 lutego 2020 r., art. 41 pkt 14 ustawy Pzp - poprzez niezawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu o udzieleniu zamówienia publicznego - informacji o

przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z podaniem strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna. Odwołujący wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM" Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu wniósł o zniesienie zaplanowanej na dzień 11 lutego 2020 r. aukcji elektronicznej, a z ostrożności na wypadek niezniesienia terminu przez Zamawiającego - o unieważnienie aukcji elektronicznej, odstąpienie przez zamawiającego od aukcji elektronicznej, a ponieważ jest ona nierozerwalnie złączona z całością postępowania, a zwłaszcza że wymagana prawem informacja nie została zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu - o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na brak spełnienia formalnych przesłanek do prowadzonego postępowania. Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Ponadto w dniu 11 lutego 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13 lutego 2020 r. wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S. A. z siedzibą we Wrocławiu zgłosił przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S. A. z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej również: „Przystępującym").

Biorąc pod uwagę powyższe, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający ponownie w dniu 5 lutego 2020 r. zaprosił wykonawców do udziału uczestniczących w powyższym postępowaniu do aukcji elektronicznej w konsekwencji wykonania wyroku KIO z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 87/20. Odwołujący od czynności zaproszenia z dnia 5 lutego 2020 r. wniósł do KIO odwołanie.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Na wstępie zauważenia wymaga, że zgodnie z art.189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zauważenia wymaga, że Izba w wyroku KIO 87/20 nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenie aukcji elektronicznej, przy czym jej przeprowadzenie nie mogło być powierzone Grudziądzkiemu Parkowi Przemysłowemu sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, którego jeden z urzędujących członków zarządu pełni również taką funkcję w Miejskich Wodociągach i Oczyszczalni sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu.

Wobec przytoczonej sentencji orzeczenia Izba nie nakazała Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ. Zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w uzasadnionych wypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem zmiana postanowień SIWZ - co do zasady - jest niedopuszczalna po upływie terminu składania ofert.

Ponadto Odwołujący w odwołaniu o sygn. akt KIO 87/20 wnosił o zniesienie zaplanowanej na 17 stycznia 2020 r aukcji elektronicznej lub z ostrożności, na wypadek niezniesienia terminu przez Zamawiającego - unieważnienia aukcji elektronicznej oraz odstąpienia od aukcji elektronicznej, a ponieważ jest ona nierozerwalnie złączona z całością postępowania - unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podobne żądania kierował w odwołaniu o sygn. akt KIO 252/20.

Zauważenia wymaga, że Izba w wyroku KIO 87/20 nie przychyliła się do żądań Odwołującego w postaci unieważnienia postępowania (wobec przedstawionych zarzutów), - nie nakazując jednocześnie zmiany postanowień SIWZ w wymaganym zakresie ani również unieważnienia postępowania. Jeżeli Odwołujący twierdził, że orzeczenie Izby nakazujące wyłącznie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenia aukcji elektronicznej - bez zmiany stosownych postanowień SIWZ - jest wadliwe i niepełne „a aukcja nierozerwalnie złączona jest z całością postępowania" i postępowanie wymaga unieważnienia, to na podstawie art. 198a ust.1 ustawy Pzp mógł wnieść skargę do sądu na wydane w tej sprawie orzeczenie.

Zatem - w ocenie Izby - Zamawiający unieważniając czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynność zaproszenia do aukcji elektronicznej, powtarzając czynność zaproszenia do aukcji wykonał je zgodnie z treścią wyroku KIO 87/20, co wynika wprost z sentencji orzeczenia. Sentencja orzeczenia nie zawiera - wobec potwierdzenia się zarzutów odwołania - nakazania zmiany postanowień SIWZ czy też unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższe stanowi podstawę do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Wniesione odwołanie o sygn. akt KIO 252/20 z dnia 10 lutego 2020 r. stanowi de facto polemikę z orzeczeniem KIO 87/20 - gdyż Odwołujący, nie zgadzając się w części z orzeczeniem KIO 87/20 domaga się aby Zamawiający na etapie ponownego zaproszenia do aukcji elektronicznej dokonywał zmiany odpowiednich postanowień SIWZ, wbrew zapadłemu orzeczeniu z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 87/20, które nie obligowało Zamawiającego do dokonania takich czynności na etapie zaproszenia do aukcji elektronicznej.

Mając na uwadze powyższe okoliczności odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2020 r. jest odwołaniem wniesionym z naruszeniem przepisu ustawy i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: