Sygn. akt: KIO 157/21

POSTANOWIENIE
z dnia 4 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz
Członkowie: Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 4 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
11 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.** z siedzibą w Bielanach Wrocławskich przy ul. Atramentowej 10 (55-040 Kobierzyce) oraz **FBSerwis S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wrocław** w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. o.o.
z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Kazimierza Michalczyka 23 (53-633 Wrocław)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o.** z siedzibą w Rusku pod numerem 66 (58-120 Jaroszów) oraz **Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Jerzmanowskiej 6A (54-519 Wrocław), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**,**

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.
2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczwykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FBSerwis Wrocław Sp.**
z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich oraz **FBSerwis S.A.** z siedzibą w Warszawie kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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:……
Członkowie: ……
…….

Sygn. akt KIO 157/21

U z a s a d n i e n i e

Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „dPzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na *Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora II – Krzyki* o numerze: Z30/12504, znak sprawy: 19/2019, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2020 r., pod numerem 2020/S 085-202008.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 11 stycznia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich oraz FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie(zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec:
- wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu oraz ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. w Rusku (zwanych dalej: „Chemeko” lub „Konsorcjum Chemeko");
- zaniechania wykluczenia Konsorcjum Chemeko z postępowania;
- zaniechania wezwania Konsorcjum Chemeko do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia;
- zaniechania odrzucenia oferty Chemeko,
Względnie
- zaniechania ujawnienia odwołującemu dokumentacji postępowania w zakresie dokumentów potwierdzających wniesienie przez Chemeko wadium.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:
1. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 dPzp poprzez zaniechanie ujawnienia Odwołującemu dokumentu potwierdzającego ponowne wniesienie przez Konsorcjum Chemeko wadium;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 dPzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Chemeko z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania doświadczenia w zakresie określonym w rozdziale IV pkt 1.2.2.1. - 1.2.2.6. SIWZ, gdy w rzeczywistości Konsorcjum Chemeko tych warunków nie spełnia, gdyż w ramach wykazywanej na potwierdzenie spełniania wszystkich ww. warunków udziału w postępowaniu usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III - Fabryczna spółka Chemeko sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów (zwana dalej: „Chemeko ZZO”) – lider konsorcjum Chemeko faktycznie zrealizowało znacznie mniejszy zakres, aniżeli wskazany w przedłożonym zamawiającemu Wykazie Usług, bowiem znaczną część ww. usługi wykonały spółki: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA we Wrocławiu (zwana dalej:„WPO ALBA”) – która była wówczas konsorcjantem Chemeko ZZO wykonującym przedmiotową usługę w istotnym zakresie oraz SUEZ Zachód sp. z o.o. we Wrocławiu (zwany dalej: „SUEZ”) – która była podwykonawcą zarówno Chemeko ZZO, jak i WPO ALBA, co oznacza, że Chemeko

ZZO nie wykonało tej usługi w zakresie wskazanym w Wykazie Usług, a według ustaleń odwołującego – wykonało ją w stopniu niewystarczającym do spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 1.2.2.1. - 1.2.2.6. SIWZ, a tym samym nie posiada doświadczenia wymaganego przez zamawiającego przy czym wykonawca Chemeko ZZO będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne powinien mieć świadomość, że samodzielnie nie wykonywał usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III - Fabryczna w pełnym zakresie, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej rażącego niedbalstwa;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Chemeko z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie tego, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania doświadczenia w zakresie określonym w rozdziale IV pkt 1.2.2.1. - 1.2.2.6. SIWZ, gdy w rzeczywistości Konsorcjum Chemeko tych warunku nie spełnia, gdyż w ramach wykazywanej na potwierdzenie spełniania wszystkich ww. warunków udziału w postępowaniu usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III - Fabryczna spółka Chemeko ZZO - lider konsorcjum Chemeko faktycznie zrealizowało znacznie mniejszy zakres, aniżeli wskazany w przedłożonym zamawiającemu Wykazie Usług, bowiem znaczną część ww. usługi wykonały spółki WPO ALBA i SUEZ, co oznacza, że Chemeko ZZO nie wykonało tej usługi w zakresie wskazanym w Wykazie Usług, a według ustaleń odwołującego - wykonało ją w stopniu niewystarczającym do spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 1.2.2.1. - 1.2.2.6. SIWZ, a tym samym nie posiada doświadczenia wymaganego przez zamawiającego, przy czym Chemeko będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne powinien mieć świadomość, że samodzielnie nie wykonywał usługi w zakresie ujawnionym w Wykazie Usług, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej niedbalstwa (i to zdaniem odwołującego niedbalstwa rażącego);
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 dPzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Chemeko z postępowania pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w pkt 1.2.2.1. - 1.2.2.6. SIWZ;
5. art. 26 ust. 3 dPzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Chemeko do uzupełnienia Wykazu Usług w taki sposób, aby odzwierciedlał on zakres usługi faktycznie zrealizowanej przez Chemeko ZZO lub ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o.;
ponadto z ostrożności zarzucił zamawiającemu naruszenie
6. art. 89 ust. 1 pkt 7b) w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 oraz w zw. z art. art. 46 ust. 4a i 5 dPzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Chemeko pomimo iż nie wniosło ono w sposób prawidłowy wadium.
Podnosząc ww. zarzuty odwołujący wniósł o:
- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie zamawiającemu udostępnienie dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium;
- nakazanie zamawiającemu wykluczenie Konsorcjum Chemeko z postępowania;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum Chemeko,
względnie, na wypadek nieuwzględnienia wniosku wskazanego powyżej:
- nakazanie zamawiającemu wezwania Konsorcjum Chemeko do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia;
- ponadto wniósł o zasądzenie na rzecz jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku oraz Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu.

W dniu 22 stycznia 2021 r. do akt sprawy wpłynęło pismo odwołującego, zawierające oświadczenie o wycofaniu w całości odwołania z dnia 11 stycznia 2021 r. wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.).

Stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *Do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.* Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały zatem przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „nPzp". Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 11 stycznia 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie nPzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem za rzecz odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczonego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 nPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący:……
Członkowie: ……
……