Sygn. akt: KIO 1535/22

POSTANOWIENIE
z dnia 21 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 21 czerwca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2022 r. przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eneris Surowce spółka akcyjna z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 232a i Eneris Tomaszów Mazowiecki spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, ul. Majowa 87/89 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Mniszków z siedzibą w Mniszkowie, ul. Powstańców Wielkopolskich 10

przy udziale wykonawcę S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych HAK S. B. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Próchnika 25 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1535/22 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eneris Surowce spółka akcyjna z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 232a i Eneris Tomaszów Mazowiecki spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, ul. Majowa 87/89 tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 1535/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Mniszków w terminie 01.07.2022 r. do 30.06.2023 r. Numer referencyjny: ZP.271.3.2022/RB zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP- 00157629.

W dniu 3 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 8 czerwca 2022 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Eneris Surowce spółka akcyjna z siedzibą w Kielcach, ul. Zagnańska 232a i Eneris Tomaszów Mazowiecki spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, ul. Majowa 87/89. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 czerwca 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu Eneris Surowce spółka akcyjna jako lidera działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 16 maja 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu partnera konsorcjum,

zgodnie z zasadami reprezentacji każdego z konsorcjantów ujawnionymi w KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 3 czerwca 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 255 pkt 6 w zw. z art. 281 ust. 1 pkt 12 oraz w zw. z art. 99 ust 1 i 4, a także art. 16 pkt 1 i 2 ustawy oraz art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. przez zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie wskazał w ofercie instalacji, w której przekażą odbierane odpady komunalne, a która to wada nie jest możliwa do usunięcia (gdyż nie istnieje w przepisach prawa możliwość uzupełnienia oferty po jej otwarciu o elementy nie wymagane pierwotnie w postępowaniu) oraz prowadzi do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na naruszenie przepisów u.c.p.g. oraz narusza to przejrzystość postępowania i równego traktowania w wykonawców; zamawiający nie ma możliwości stwierdzić przed wyborem konkretnego wykonawcy, czy jest on w stanie legalnie zagospodarować odbierane odpady, a więc prawidłowo i zgodnie z przepisami wykonać zamówienie publiczne.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) unieważnienie postępowania.

W ocenie odwołującego wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ustawy, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest jednym z podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w zakresie odbierania odpadów komunalnych, a nadto złożył w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę. W związku z zaniechaniem unieważnienia postępowania, zamówienie otrzyma podmiot nieweryfikowalny w zakresie istotnym z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i przepisów prawa. Takie rozstrzygnięcie powoduje powstanie szkody po stronie odwołującego przez nieuzyskanie przez niego zamówienia, a tym samym przez nieosiągnięcie zysku. W przypadku unieważnienia postępowania, odwołujący może ciągle uzyskać zamówienie, a nadto zamawiający będzie dysponował instrumentami pozwalającymi ocenić mu prawidłowość wyboru danego wykonawcy.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy stanowi implementację do prawa krajowego art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31) (zwanej dalej "dyrektywą 89/665"), czyli tzw. dyrektywy odwoławczej.

Pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszeń prawa przez instytucję zamawiającą dotyczy po pierwsze zamówienia, które jest przedmiotem postępowania, w ramach którego wniesiono odwołanie. TSUE wskazał także jednoznacznie, że interesu tego można także upatrywać w sytuacji, w której wprawdzie w wyniku środka odwoławczego zamawiający nie będzie w stanie wybrać oferty w obecnym postępowaniu i wnoszący odwołanie zamówienia w tym postępowaniu nie uzyska. Trybunał sprecyzował jednak, że w takiej sytuacji można powołać się na interes w uzyskaniu zamówienia rozumiany jako możliwość uzyskania zamówienia w ramach procedury ponowionej przez zamawiającego.

W dniu 9 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 10 czerwca 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca S. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych HAK S. B. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Próchnika 25 wnosząc o odrzucenie odwołania. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a unieważnienie postępowania wyeliminuje przystępującego z postępowania i uniemożliwi uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom. W ocenie przystępującego odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy jako wniesione z uchybieniem terminowi zakreślonemu w art. 515 ust. 2 ustawy, gdyż zawarte w nim zarzuty są zarzutami wobec treści dokumentów zamówienia. Zarzut sprowadza się do stwierdzenia, że „zamawiający nie zawarł w dokumentach zamówienia wymogu wskazania w ofercie instalacji, w w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady”.

Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od publikacji ogłoszenia w BZP lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej w przypadku zamówień, których wartość jest niższa niż progi unijne. W tej sprawie ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 13 maja 2022 r., a odwołanie zostało wniesione w dniu 8 czerwca 2022 r. wobec czego powinno być odrzucone. Zgodnie z zasadą skargowości Izba nie bierze pod uwagę żadnych istniejących okoliczności z urzędu. Przystępujący nie zgodził się z odwołującym, że odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę żądania unieważnienia postępowania po wyborze najkorzystniejszej oferty. W sytuacji, w której odwołujący upatruje uchybień wprost w treści dokumentów zamówienia, nie sposób formułować zarzutu wobec oferty jednego z wykonawców, która odpowiada wymogom tego zamówienia. Niedopuszczalne jest również w ocenie przystępującego oczekiwanie od wykonawców opracowywania ofert ponad wymogi wynikające z dokumentów zamówienia i uzależniania od ich treści oceny czy konkretne postępowanie zostało czy też nie dotknięte wadą. Ramy, zasady i wymogi postępowania zostały określone w dokumentach zamówienia, które to dokumenty skonkretyzowały postępowanie. Stanowisko odwołującego stanowi próbę obejścia ustanowionych przez ustawodawcę terminów złożenia środków ochrony prawnej. Przystępujący zwrócił również uwagę, że w odniesieniu do instalacji nie wpłynęły jakiekolwiek pytania do treści dokumentów zamówienia.

W dniu 15 czerwca 2022 zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zamawiający, zgodnie z art. 522 ust. 1 zdanie drugie ustawy oświadczył, że wykona, powtórzy lub unieważni czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca: Zakład Usług Komunalnych „HAK" S. B., 97-300 Piotrków Trybunalski ul. Próchnika 25

Zamawiający wniósł, aby Krajowa Izba Odwoławcza rozważyła możliwość umorzenia postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 1535/22 na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. Wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego zamawiający wystosował do każdego z wykonawców biorących udział w postępowaniu i zamieścił na właściwej stronie internetowej zamawiającego. Informacja o uwzględnieniu zarzutów została przekazana odwołującemu i przystępującemu do odwołania.

W dniu 15 czerwca 2022 r. Izba wezwała przystępującego do zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu w terminie określonym w par. 13 ust. 1 pkt. 5 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (dz. U. z 2020 poz. 2453).

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne, o których mowa w art.

525 ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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.

Izba ustaliła, że zaistniały wszystkie przesłanki, o których mowa w tym przepisie tj. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości i przystępujący nie zgłosił sprzeciwu, z tego

względu postępowanie należało umorzyć.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie

szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek uwzględnienia całości zarzutów przez zamawiającego, koszty, o których mowa w znosi się wzajemnie, a Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku

Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, skoro odwołujący uiścił wpis w wysokości 7 500zł., to do zwrotu pozostała ta kwota, o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

Przewodniczący:.....