Sygn. akt: KIO 286/23

POSTANOWIENIE z dnia 14 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 14 lutego 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2023 r. przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówień MM SERVICE MONITORING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie- lider, ul. Trybunalska 21 i Maxus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi- Konsorcjant, ul. 3-Maja 64/66N w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Ernsta Petersona 22

przy udziale wykonawcy MSU GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, Plac Piastowski 3 zgłaszający swój udział w sprawie sygn. akt KIO 286/23 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówień MM SERVICE MONITORING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie- lider, ul. Trybunalska 21 i Maxus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi- Konsorcjant, ul. 3-Maja 64/66N 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 2022 r., poz. 1710 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 286/23

Uzasadnienie

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii europejskiej dnia 29.11.2022 r. pod numerem 2022/S 230-661988.

W dniu 25 stycznia 2023 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania.

W dniu 3 lutego 2023 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówień MM SERVICE MONITORING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kruszowie- lider, ul. Trybunalska 21 i Maxus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi- Konsorcjant, ul. 3-Maja 64/66N. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu lidera konsorcjum działającego w imieniu własnym i w oparciu o pełnomocnictwo konsorcjalne z dnia 27 grudnia 2022 r. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 3 lutego 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art.224 ust. 5 oraz art. 224 ust. 6 ustawy; w zakresie części I, II i III zaniechania odrzucenia oferty jako rażąco niską wykonawcy MSU Group Sp. z o.o. z siedzibą w 85-012 Bydgoszcz ul. Plac Piastowski 3 zwanego dalej „MSU Group”, , którego złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny.

2. art. 16 pkt 1 ustawy oraz art. 239 ustawy w zakresie części I, II i III zaniechania dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy MSU Group Sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę, która powinna zostać odrzucona

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy MSU Group Sp. z o.o. w zakresie części I, II i III;

2) odrzucenia oferty jako rażąco niskiej wykonawcy MSU Group Sp. z o.o, w zakresie części I, II i III;

3) dokonania czynności wyboru oferty spośród pozostałych nieodrzuconych ofert.

Odwołujący wskazał, iż na podstawie art. 505 ustawy ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy. Oferta odwołującego

jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, jednak z uwagi na niezgodne z prawem zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy MSU Group Sp. z o.o, odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. W związku z przytoczonymi okolicznościami odwołujący nie osiągnie zysku, który planował w

związku z realizacją usługi objętej przedmiotowym postępowaniem. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do wniesienia odwołania.

W dniu 3 lutego 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 6 lutego 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca MSU Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy. Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, czyli do zamawiającego. Interes ten polega na tym, że zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, działając w sposób zgodny z przepisami prawa zamówień publicznych i przygotowaną przez siebie dokumentacją przetargową. Rozstrzygnięcie odwołania na korzyść odwołującego spowoduje utratę możliwości realizacji zamówienia przez przystępującego. Przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego. W ocenie przystępującego przedmiotowa oferta nie nosi znamion oferty z rażąco niską ceną, a tym samym nie może podlegać odrzuceniu przez zamawiającego. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 13 lutego 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości i w przypadku braku zgłoszenia sprzeciwu wniósł o umorzenie postępowania.

W dniu 14 lutego 2023 r. Izba przeprowadziła posiedzenie z udziałem stron. Na termin tego posiedzenia nie stawił się wykonawca MSU Group o terminie posiedzenia prawidłowo powiadomiony wezwaniem z dnia 8 lutego 2023 r. – dowód w aktach postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Przystępujący na wyznaczony termin posiedzenia i rozprawy nie stawił. Przystępujący potwierdził fakt otrzymania wezwania na termin posiedzenia w dniu 8 lutego 2023 r.

Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izbą przystępującego po stronie zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy

uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów. Należy bowiem uznać, że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania, to ta faza postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, które zostało w całości uwzględnione przez zamawiającego, uznać należy, że na wyznaczonym już posiedzeniu przystępujący może zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo wykonawcy - przystępującego po stronie zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. A to zwłaszcza wobec faktu, że przystępujący, jak wynika z odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, był przez zamawiającego powiadomiony o uwzględnieniu zarzutów odwołania.

W ocenie Izby przystępujący po stronie zamawiającego, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia w sprawie nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu pisemnie lub ustnie do protokołu posiedzenia.

Izba uznaje także, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezsprzecznie jest przystępujący po stronie zamawiającego, rozumiał status w jakim występuje w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym i znane mu być powinny wszystkie konsekwencje i skutki wynikające z tego stanu rzeczy.

Tym samym, Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację wyrażoną, w odniesieniu do analogicznej sytuacji, w postanowieniach KIO: z 09.06.2010 r., sygn. akt: KIO 991/10, z 11.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1575/10, z 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1264/12, z 23.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1722/12, z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 360/14, z 20.03.2014 r., sygn. akt: KIO 442/14; z 07.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1524/14, z 05.09. 2014 r., sygn. akt: KIO 1744/14, z 04.02.2015 r.,

sygn. akt: KIO 151/15, z 01.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2534/15, z 16.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2637/15, z 26.04.2016 r., sygn. akt: KIO 523/16, z 20.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1259/16, z 31.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1563/16 oraz z 06.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1770/17.

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. 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, 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, 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. 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).

Przewodniczący: