

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 04.07. 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 4 lipca 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2024 r. przez odwołującego: **J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Komunalno - Transportowe "Wencel" J.W. z/s w Kępnie** (ul. Poznańska 9, 63600 Kępno) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Perzów** (Perzów 78, 63642 Perzów),

- Uczestnik po stronie zamawiającego: **E.P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo-Handlowe „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie** (ul. Wrocławska 61, 63-600 Kępno)
postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Komunalno - Transportowe "Wencel" J.W. z/s w Kępnie** (ul. Poznańska 9, 63600 Kępno) kwotę **6.750 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą 90 % kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

.....

Sygn. akt: KIO 2096/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2024 r. przez wykonawcę: J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Komunalno - Transportowe "Wencel" J.W. z/s w Kępnie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Gmina Perzów. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Perzów”. Znak postępowania: ROŚGPK.271.15.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 21.05. 2024 r. w BZP pod numerem 2024/BZP 00332127. Odwołujący podał, że wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie (dalej również jako: „PUH PETER” lub „Wykonawca”), jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie jako niezgodnej z warunkami zamówienia;

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 16 przywołanej ustawy – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PUH PETER pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę oraz koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca nie sprostął obowiązkowi wyjaśnienia i udowodnienia, że jego cena nie jest rażąco niska, co spowodowało, że postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - przez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowana przez firmę PUH PETER cena stanowi cenę rażąco niską, wobec czego wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów byłoby niewykonalne wobec wymagań prawnych oraz warunków rynkowych, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, iż oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego jako oferta mniej korzystna, niż oferta PUH PETER;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PUH PETER w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w Rozdziale V.1.4,

V.1.12 oraz V.1.17 SWZ, a niezgodność ta polega na zaoferowaniu Zamawiającemu 47 567 sztuk worków przy założeniu ceny 0,37 zł za 1 worek, którą to cenę wskazał sam Wykonawca w wyjaśnieniach w przedmiocie rażąco niskiej ceny, podczas gdy zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający oczekiwał uwzględnienia w cenie ofertowej zapewnienia przez wykonawców 78 670 sztuk worków.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania w całości,
 - 2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie,
 - 3)dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny ofert, a następnie odrzucenie oferty PUH PETER jako zawierającej rażąco niską cenę oraz niezgodnej z warunkami zamówienia,
 - 4)wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
- (...)

Jednocześnie wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów z dokumentów:

- 1) skany dowodów ważenia za okres od dnia 2 stycznia 2023 r. do dnia 28 grudnia 2023 r. – na okoliczność: odbycia łącznie 196 wyjazdów pojazdów z odpadami komunalnymi podczas realizacji usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych z Gminy Perzów w roku 2023 i dostarczenia ich do Zakładu Gospodarowania Odpadów Olszowa; ilości etatów potrzebnych do realizacji 196 wyjazdów.
- (...)

Wskazał, że (...) Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, posiada zatem legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą firmy PUH PETER w wyniku niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej zaniechaniu odrzucenia oferty PUH PETER, pomimo iż zawiera rażąco niską cenę oraz jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia niewątpliwie doznał uszczerbku, gdyż Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe „Wencel” J.W. nie uzyskało przedmiotowego zamówienia, pomimo że jego oferta jest w rzeczywistości najkorzystniejsza. W przedmiotowej sprawie Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i interes ten jest kwalifikowany szkodą jaka zostanie przez niego poniesiona wskutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, która to stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą”, w znaczeniu określonym przez ustawę Pzp oraz Zamawiającego, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wskutek bowiem naruszenia wskazywanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp - czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadzone zostały nieprawidłowo, co spowodowało, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w klasyfikacji ofert. W związku z powyższym, z Odwołującym nie zostanie zawarta umowa o zamówienie, a tym samym Odwołujący utraci możliwość uzyskania przychodów z jej realizacji, wskutek czego poniesie szkodę. Szkada ta jest normalnym następstwem naruszenia przepisów ustawy Pzp, bowiem gdyby te przepisy nie zostały naruszone, oferta PUH PETER, która aktualnie sklasyfikowana jest na pierwszym miejscu zostałaby odrzucona”.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie (pismo z dnia 18.06.24) zgłosił wykonawca: E.P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługo-Handlowe „PETER” E.P. z siedzibą w Kępnie [Uczestnik po stronie zamawiającego] wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 21.06.2024 r.) wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący w piśmie z dnia 03/07/2024 w punkcie III pisma oświadczył (...)Odwołujący – *Przedsiębiorstwo Komunalno - Transportowe "Wencel" J.W. – jest firmą rodzinną prowadzoną przez J.W., jego córkę i zięcia, działającą wyłącznie na rynku lokalnym od 1984 r. Wydanie przez Izbę postanowienia o cofnięciu zakazu zawarcia umowy zamknęło Odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia, które do tej pory realizował. Odwołujący wniósł odwołanie ponieważ oferta Przystępującego zawierała cenę niższą o prawie 30 % od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, co również wzbudziło wątpliwość Zamawiającego, który wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Takie okoliczności faktycznie bardzo często są przedmiotem odwołań wnoszonych do KIO, a nie jak twierdzi przystępujący jedynie zmierzały do uniemożliwienia zawarcia umowy przez Zamawiającego. Dalsza kontynuacja postępowania odwoławczego, jest więc bezprzedmiotowa i wyłącznie generowałaby po stronie Odwołującego koszty, bez możliwości uzyskania zamówienia. Mając powyższe na uwadze, w imieniu Odwołującego – J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Komunalno - Transportowe "Wencel" J.W., na podstawie art. 520 ust. 1 Pzp niniejszym cofam odwołanie i wnoszę o zwrot 90 % wpisu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa”.*

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlega umorzeniu w związku z oświadczeniem złożonym przez wnoszącego odwołanie wykonawcę na podstawie art. 520 ust.1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „*Odwolujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*”.

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 3 lipca 2024 r. - przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy na dzień 4 lipca 2024 r. - jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba dodatkowo zauważa, że w myśl art. 520 ust. 2 Pzp: „*2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby*”. Odwołujący – jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie Prawa zamówień publicznych - jest dysponentem wniesionego przez siebie odwołania, co przejawia się również w uprawnieniu do jego wycofania. Krajowa Izba Odwoławcza nie bada i nie ocenia przyczyn cofnięcia odwołania. Bada wyłącznie formalną skuteczność złożenia oświadczenia o cofnięciu odwołania. Skuteczne cofnięcie odwołania jest wiążące dla Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto cofnięcie odwołania nie wymaga zgody pozostałych stron i uczestników postępowania.

Tym samym Izba na podstawie art. 568 pkt 1 w związku z art. 520 ust.1 cytowanej ustawy Pzp postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 7.500 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....