

POSTANOWENIE
z dnia 4 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 4 lipca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2023 r. przez: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: FCC Polska Spzoo z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10 i FCC Śląsk Spzoo z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wojkowice z siedzibą w Wojkowicach, ul. Jana III Sobieskiego 290a

przy udziale wykonawcy **Reko Prime spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie, ul. Jana Pawła II 104** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1775/23 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: FCC Polska Spzoo z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10 i FCC Śląsk Spzoo z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10 tytułem zwrotu 90% 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 1775/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Wojkowice w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie Miasta Wojkowice” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 068-203104.

W dniu 12 czerwca 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 22 czerwca 2023 r. 19 czerwca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: FCC Polska Spzoo z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10 i FCC Śląsk Spzoo z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10 wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 czerwca 2023 r. udzielonego przez obu członków konsorcjum odpowiednio przez dwóch członków zarządu i prezesa zarządu każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. 226 ust. 1 pkt 2 lit b w zw. z art. 112 ustawy w zw. z art. 116 ust. 2 ustawy w zw. z 239 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty REKO w przypadku, gdy oferta REKO nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 3.3.1 SWZ i 3.3.2. SWZ z uwagi na fakt, że:

a) umowa realizowana przez REKO na rzecz Gminy Poraj nie została wykonana należycie, co wynika wprost z pisma otrzymanego przez zamawiającego z Gminy Poraj w dniu 31.05.2023 r.

b) oraz z uwagi na fakt, że REKO nie przedstawił żadnych dokumentów na potwierdzenie prawdziwości oświadczenia złożonego na formularzu stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ „narzędzia, wyposażenie zakładu lub urządzeń technicznych”.

Powyższe powoduje, że zamawiający w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu jednocześnie, wybierając ofertę wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 3.3.1 SWZ i 3.3.2. SWZ, a zatem wykonawcy, którego oferta powinna podlegać odrzuceniu jako nie spełniająca warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, 10 ustawy w zw. z art. 110 ustawy w zw. z art. 119 ustawy w zw. z art. 112 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w zw. z art. 239 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy REKO i w konsekwencji odrzucenia złożonej przez niego oferty z uwagi na:

a) niewykazanie przez REKO, że realnie jest w posiadaniu pojazdów wskazanych w załączniku nr 6 do SWZ „narzędzia, wyposażenie zakładu lub urządzeń technicznych” zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu zawartymi w pkt 3.3.2.

SWZ oraz, że wskazana w tym oświadczeniu podstawa dysponowania tymi pojazdami przez REKO jest zgodna z rzeczywistością,

b) zatajenie przez REKO przed zamawiającym na etapie składania oferty, tj. brak wskazania w JEDZ, że REKO by karami umownymi przez Gminę Poraj, co spowodowało, że Zamawiający dopiero na etapie oceny oferty REKO, z pisma otrzymanego przez Gminę Poraj, dowiedział się o karach umownych jakimi obciążony był REKO przez Gminę Poraj w trakcie realizacji umowy wskazanej przez REKO w załączniku nr 4 „wykaz wykonanych usług” na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.3.1. SWZ

co doprowadziło do dokonania przez zamawiającego wadliwego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy REKO, która powinna była zostać odrzucona z na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy jako oferta wykonawcy, który podlega wykluczeniu. Dokonanie wyboru oferty REKO w takich okolicznościach jednocześnie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

3.art. 128 ust. 1 ustawy w związku z art. 112 ustawy w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy w zw. z art. 239 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie wezwania REKO do przedstawienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w zawartym w pkt 3.3.2. SWZ tj. dotyczących wykazu „narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych”, co doprowadziło do przedwczesnego dokonania czynności wyboru w sytuacji braku wskazania stanu technicznego pojazdu w wykazie oraz potwierdzenia, że REKO rzeczywiście dysponuje, jako własnym potencjałem, pojazdami wskazanymi w oświadczeniu złożonym przez REKO na wzorze stanowiącym formularz załącznika nr 6 do SWZ, czym zamawiający jednocześnie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2.odrzuć oferty REKO na skutek nie spełnienia przez REKO warunków udziału w postępowaniu oraz w wyniku konieczności wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu;
- 3.dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów ustawy jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem złożył ważną ofertę w postępowaniu i w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy REKO lub prawidłowego przeprowadzenia oceny ofert, oferta odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Zatem szkoda odwołującego odpowiada kwocie jaką Odwołujący utracił na skutek nieuzyskania przedmiotowego zamówienia.

W dniu 23 czerwca 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 26 czerwca 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Reko Prime spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie, ul. Jana Pawła II 104 , wskazując, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą i w związku z tym ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Czynności dokonane przez zamawiającego w tym postępowaniu są zgodne z przepisami ustawy. Odwołanie zmierza do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty przystępującego, co może spowodować po stronie przystępującego szkodę polegającą na utracie zysku i doświadczenia związanego z realizacją umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołanie. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji określonymi w KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

W dniu 3 lipca 2023 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości.

Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na dzień 4 lipca 2023 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła wykonawcę Reko Prime spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w charakterze uczestnika postępowania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i ust. 2 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie aż do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania.

Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 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 cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy - odwołującemu zwraca się 90% wpisu. W związku z powyższym odwołujący spełnił warunki do zwrotu wpisu. Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiszczył wpis w

wysokości 15 000,00 zł., to do zwrotu pozostała kwota 13 500,00 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji postanowienia. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, gdyż wycofanie odwołania nastąpiło na dzień przed wyznaczonym terminem posiedzenia to jest zgodnie z par. 9 ust. 1 pkt 3 lit. a cyt. Rozporządzenia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: