

Sygn. akt: KIO 1004/21

POSTANOWIENIE
z dnia 23 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 20 kwietnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2021 r. przez wykonawcę: **ENERGOKON-PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** (ul. Mierosławskiego 3 41-200 Sosnowiec) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Budynków i Lokali Komunalnych z siedzibą w Szczecinie** (Mariacka 25, 70-546 Szczecin),

- zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca: **RECYCLING GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Szczecinie** (ul. Nadbrzeźna 1, 70-031 Szczecin)

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **ENERGOKON-PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** (ul. Mierosławskiego 3 41-200 Sosnowiec) kwoty **9.000 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu.

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 2019 r., poz. 2019 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**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 30 marca 2021 r. przez wykonawcę: ENERGOKON-PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Budynków i Lokali Komunalnych z siedzibą w Szczecinie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Wykonanie rozbiórki budynku mieszkalnego przy ul. Studziennej 30 oficyna i ul. Studziennej 31 oficyna oraz rozbiórki budynku mieszkalnego, budynków garażowych i budynków gospodarczych przy ul. Studziennej 32 oficyna w Szczecinie, wraz z uporządkowaniem i zagospodarowaniem terenu”. Numer referencyjny: ZBiLK.DZP.ACH.171•62..PN/20. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 grudnia 2020 r. pod numerem 76CB23-N-2020.

Odwołujący skierował zarzuty wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Recycling Group Sp. z o. o. Sp.k. z siedzibą w Szczecinie wskazując na naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1 art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - zaniechanie przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- 2 art. 89 ust. pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Recycling Group, albowiem treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawierają rażąco niską cenę;
- 3 art. 91 ust. 1 Pzp - dokonanie wyboru oferty wykonawcy Recycling Group jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu w powodu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Recycling Group oraz (2) dokonania odrzucenia oferty tego wykonawcy i (3) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał m.in., że (...) Istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego wynika z faktu, iż złożył od ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu, w związku z czym Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Recycling Group, która z kolei podlega odrzuceniu. Zważywszy

na zakres podniesionych zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności Zamawiającego zgodnie z żądaniami Odwołującego. Mając na uwadze powyższe, można realnie zakładać, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, Zamawiający dokona wyboru oferty Odwołującego. W wyniku zasygnalizowanych naruszeń ustawy Odwołujący został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz Zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu. W konsekwencji, Odwołujący może nie uzyskać zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans)”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca - RECYCLING GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Szczecinie, który wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3) nPZP. Wskazał w szczególności na odwołanie wniesione w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt: KIO 501/21.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 16/04/2021) także stwierdził w szczególności, że (...) *odwołanie wniesione przez ENERGO KON - PLUS Sp. z o.o. podlega odrzuceniu. (...) Zgodnie bowiem z art. 528 pkt 5 ustawy nPZP, odwołanie podlega odrzuceniu, jako wniesione na czynność Zamawiającego, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Recycling Group Sp. z o. o. Sp.k. z dnia 15 marca 2021 r., wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu”. Wskazał, że (...) w dniu 15 marca 2021 r. Przystępujący - Recycling Group Sp. z o.o. Sp. k. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w dniu 11.03.2021r. Przystępujący w odwołaniu wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz zawarcie z Odwołującym umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Ponadto wskazał, że (...) zgodnie z art. 528 pkt 5 nPZP, złożone odwołanie od czynności Zamawiającego zgodnej z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym przez Przystępującego z dnia 15 marca 2021 r., podlega odrzuceniu. Niniejszy przepis stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Ponadto jak wskazuje*

art. 527 nPZP na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej (...).

Odwołujący (działający w jego imieniu upoważniony pełnomocnik) w piśmie z dnia 19 kwietnia 2021r. oświadczył, że cofa odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2021 r. Dalej wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w tej sprawie oraz dokonanie zwrotu 90% kwoty uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania na jego rachunek bankowy wykonawcy.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 30 marca 2021 r. Izba zatem wydając postanowienie w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 nPzp: *„Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”*.

Izba stwierdziła, że odwołanie zostało na podstawie art. 520 ust. 1 nPzp z dnia 11 września 2019 r. skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy dla której termin nie został jeszcze wyznaczony. Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Wskazany art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowania odwoławcze w formie postanowienia.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 nPzp z dnia 11 września 2019 r. 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). Zgodnie z dyspozycją wskazanego art. 557 w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a ww. rozporządzenia w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania, najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Tym samym Izba, uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu od odwołania uiszczonego w przedmiotowej sprawie w wysokości 10.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....