

POSTANOWIENIE
z dnia 13 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron **13 kwietnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **22 marca 2021 r.**

przez wykonawcę: **EKO-TRANS sp. z o.o. z siedzibą w Samokłeskach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych na terenie Gminy Niemce od 1 marca 2021 r. do 28 lutego 2023 r.* (nr postępowania IZP.271.1.2021)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Niemce**

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze jako bezprzedmiotowe.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.**
- 3. Znosi wzajemnie pozostałe koszty postępowania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze 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

Gmina Niemce {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych na terenie Gminy Niemce od 1 marca 2021 r. do 28 lutego 2023 r.* (nr postępowania IZP.271.1.2021). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu 22 lutego 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S_031 pod poz. 077425. Wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa niż progi unijne określone w przepisach, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

22 marca 2021 r. EKO-TRANS sp. z o.o. z siedzibą w Samoklęskach {dalej: „Eko-Trans” lub „Odwołujący”} wniosła w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego, które miały polegać na:

1. Nieprawidłowym uznaniu, że przedstawione przez Atende Medica sp. z o.o. {dalej „Atende” lub „Przystępujący”} w wyjaśnieniach z 21 grudnia 2020 r. odnośnie rażąco niskiej ceny informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) {dalej: „uznk”}.
2. Zaniechaniu ujawnienia informacji zawartych w powyżej wskazanym piśmie z uwagi na błędne ich zakwalifikowanie jako tajemnica przedsiębiorstwa.
3. Zaniechaniu odrzucenia oferty Atende z uwagi na to, że: po pierwsze – zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, po drugie – Atende nie złożyło w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego rzetelnych i popartych dowodami wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty, po trzecie – ocena złożonych wyjaśnień powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że potwierdzają one rażąco niską cenę oferty Atende.

Medinet zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

1. Art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1439 ze zm.) {dalej również: „uucip”} – przez zaniechanie zobowiązania wykonawców do wskazania w ofercie instalacji obligatoryjnego w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów.

2. Art. 99 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 – przez nieuwzględnienie wymaganych prawem zapisów z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.
3. Art. 226 ust. 1 pkt 3 – przez nieodrzućenie ofert niezgodnych z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.
4. Art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 – przez nieunieważnienie postępowania obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia dokonanego 11 marca 2021 r. wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia postępowania.

{Ewentualnie – w przypadku zawarcia umowy przed upływem terminu do wniesienia odwołania}

3. Unieważnienia zawartej umowy na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. a w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp.

W odpowiedzi na odwołanie z 12 kwietnia 2021 r. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania.

Zamawiający podał, że 26 marca 2021 r., 4 dni po złożeniu odwołania, Eko-Trans wystąpił do z wnioskiem o dokonanie zwrotu wadium, co Zamawiający 29 marca 2021 r. uczynił przelewem na wskazany przez Wykonawcę rachunek.

Powyższe zostało dokonane w zgodzie z art. 98 ust. 2 pkt 3 pzp, wedle którego zamawiający niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy, po wyborze najkorzystniejszej oferty, za wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający zwrócił jednak uwagę, że według art. 98 ust. 3 pzp złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pzp, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX – co stanowi novum w ramach systemu Prawa zamówień publicznych.

Ponadto Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 552 ust. 1 pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Zamawiający podniósł, że Izba ocenia zarzuty odwołania, mając na uwadze stan sprawy, czyli istniejące okoliczności faktyczne i stan prawny obowiązujący na dzień zamknięcia rozprawy, a nie tylko na moment wniesienia odwołania.

Wreszcie Zamawiający podniósł, że według art. 528 pkt 2 pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony,

a takim podmiotem stał się Odwołujący w momencie złożenia wniosku o zwrot wadium. Przy czym według Zamawiającego nie ma znaczenia, że okoliczność ta nie wystąpiła w momencie wniesienia odwołania.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Wnosząc odwołanie 22 marca 2021 r. Eko-Trans był do tego podmiotem uprawnionym w rozumieniu art. 528 pkt 2 pzp.

Po wniesieniu odwołania, 26 marca 2021 r. Eko-Trans zwrócił się do Zamawiającego o zwrot wadium, któremu to wnioskowi Zamawiający uczynił niezwłocznie zadość 29 marca 2021 r.

Wniosek Eko-Transu nie miał i nie mógł mieć związku z tym, że po wniesieniu odwołania Zamawiający z wykonawcą, którego ofertę wybrał uprzednio jako najkorzystniejszą, zawarł umowę w sprawie tego zamówienia publicznego, gdyż nastąpiło to dopiero 1 kwietnia 2021 r., po tym, jak postanowieniem z 26 marca 2021 r. sygn. akt KIO/W 32/21 Izba uchyliła zakaz zawarcia umowy związany z wniesieniem odwołania, o którym mowa powyżej.

Izba zważyła, co następuje:.

Z art. 568 pkt 2 pzp wynika, że Izba umarza postępowanie odwoławcze w razie stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny (niż cofnięcie odwołania lub uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego) zbędne lub niedopuszczalne.

Zgodnie z art. art. 98 ust. 3 pzp złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pzp, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX.

Skoro po wniesieniu odwołania Eko-Trans utracił uprawnienie do korzystania z środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX ustawy pzp, w tym z odwołania, o którym mowa w oddziale 2 tego działu, dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego w tej sprawie stało się niedopuszczalne.

Z uwagi na powyższe Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 2 w zw. z art. 568 pkt 2 pzp – umorzyła postępowanie odwołanie na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – znosząc wzajemnie uzasadnione koszty obu Stron oraz nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej przez niego tytułem wpisu.