

Sygn. akt: KIO 1177/21

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 19 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ryszard Tetzlaff  
**Członkowie:** Monika Szymanowska  
Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **19 maja 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 kwietnia 2021 r.** przez Odwołującego **W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) FBSerwis Kamieńsk Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); ul. Wieluńska 50, 97-360 Kamieńsk; 2) FBSerwis Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia; 3) FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce; 4) FBSerwis Karpatia Sp. z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów; z adresem do doręczeń: FBSerwis S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. **nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu na rzecz W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa**

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**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## UZASADNIENIE

Dnia 19 kwietnia 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożył wykonawca W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa (dalej jako „BYŚ” W. B.” albo „Odwołujący”). Odwołania zostało złożone przez właściciela.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na: „*Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 86 000 Mg*”. przez Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa (dalej jako: „Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o.” albo „Zamawiającym”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 grudnia 2020 r. pod nr 2020/S 255-641348.

Odwołanie złożono wobec:

- 1) przedwcześnie czynności Zamawiającego polegającej na przyjęciu, że żadna ze złożonych w postępowaniu ofert, w każdej z jego części, nie podlega odrzuceniu,
- 2) zaniechania wyjaśnienia, w jaki sposób wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Konsorcjum Firm: 1) FBSerwis Kamieńsk Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); ul. Wieluńska 50, 97-360 Kamieńsk; 2) FBSerwis Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia; 3) FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce; 4) FBSerwis Karpatia Sp. z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów: z adresem do doręczeń: FBSerwis S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum FBSerwis” albo „Przystępującym” zamierzają zrealizować zamówienie i czy założony przez nich sposób wykonania zamówienia pozostaje zgodny z wymogami SIWZ, ewentualnie:
- 3) zaniechania udostępnienia Odwołującemu dokumentów i wyjaśnień Konsorcjum FBSerwis potwierdzających, że zaoferowane przez niego usługi odpowiadają SIWZ.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 Pzp, w szczególności zaś jego pkt 2, w zw. z art. 7 Pzp oraz w zw. z art. 24 aa Pzp poprzez przyjęcie, że żadna ze złożonych w Postępowaniu ofert nie podlega odrzuceniu w sytuacji, gdy Zamawiający nie był w posiadaniu dokumentów, na podstawie których zgodnie z zapisami SIWZ miał dokonać oceny zgodności złożonych ofert z zapisami SIWZ; ewentualnie, tj. na wypadek, jeśli Zamawiający przed podjęciem czynności z 9 kwietnia 2021r. wystąpił do Konsorcjum FBService o dodatkowe dokumenty lub wyjaśnienia;

2) art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów potwierdzających, że oferowane przez Konsorcjum FBService usługi spełniają wymagania SIWZ oraz ewentualnie dodatkowych wyjaśnień treści oferty złożonej przez tego wykonawcę, mimo ciążącego na Zamawiającym w tym zakresie obowiązku, co uniemożliwiło Odwołującemu prawidłowe skonstruowanie zarzutów niniejszego odwołania, a w konsekwencji może utrudnić mu korzystanie ze środków ochrony prawnej;

3) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że obowiązkiem Zamawiającego było powiadomienie wykonawców o tym, że żadna z ofert złożonych w postępowaniu nie została odrzucona w sytuacji, gdy obowiązek taki nie istnieje, a przekazanie takiej informacji wykonawcom – w świetle zasady koncentracji środków ochrony prawnej – może utrudnić lub całkowicie uniemożliwić im skorzystanie ze środków ochrony prawnej. W sytuacji bowiem, gdy Zamawiający informuje o danej czynności, jednak równocześnie nie wskazuje, z jakich względów dana decyzja została podjęta oraz nie udostępnia dokumentów (o ile takie zostały przez niego pozyskane) stanowiących podstawę podjętych decyzji, wykonawcy nie mogą skonstruować zarzutów odwołania;

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na przyjęciu, że żadna ze złożonych w postępowaniu ofert nie podlega odrzuceniu oraz, ewentualnie, nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu dokumentów potwierdzających, że usługa zaoferowana przez Konsorcjum FBService spełnia wymagania SIWZ oraz wyjaśnień dotyczących złożonych ofert.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, w zakresie czynności z dnia 9 kwietnia 2021 r. (za pomocą platformy Marketplanet), gdy Zamawiający poinformował w zakresie Zadanie 1 (9.1), Zadanie 2 (9.2), Zadanie 3 (9.3) oraz w zakresie Zadanie 4 (9.4) o tym, że żadna ze złożonych ofert nie została odrzucona.

Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 31 grudnia 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. (zwana dalej: „Pzp”).

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. (zwanej dalej: „nPzp”).

Zamawiający w dniu 21 kwietnia 2021 r. (za pomocą platformy Marketplanet) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 nPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 26 kwietnia 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum FBSerials zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego do działania w imieniu całego konsorcjum na podstawie załączonych pełnomocnictw oraz dokumentów rejestrowych.

Odwołujący, w dniu 18 maja 2021 r. (e-mailem – oświadczenie o wycofaniu podpisane podpisem cyfrowym) przed wyznaczeniem terminu posiedzenia i rozprawy przed Izbą złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, odpowiadając na pismo Odwołującego, potwierdził, że ocena ofert pod kątem

podstaw do ich odrzucenia nie jest ostateczna i jeśli na podstawie złożonych w późniejszym terminie dokumentów dana oferta będzie podlegała odrzuceniu, czynność taka zostanie podjęta. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez właściciela.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie nPzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie o sygn. akt: KIO 1177/21, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 nPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....