

Sygn. akt KIO 2579/18

POSTANOWIENIE
z dnia 3 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Członkowie: **Emilia Garbala**
 Emil Kawa
Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 3 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2018 r. przez wykonawcę TOI TOI Polska Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi

przy udziale wykonawcy WC Serwis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Zabrze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1896 ze zm.), dalej jako „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wynajem i serwis przenośnych kabin toaletowych WC na terenie parków i zieleńców Łodzi. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 21 listopada 2018 r. pod pozycją 650989. Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

17 grudnia 2018 r. wykonawca TOI TOI Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec:

1) zaniechania wykluczenia przez zamawiającego z postępowania wykonawcy WC SERWIS Sp. z o.o. Sp. K. w Zabrze, dalej również jako „WC SERWIS” i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, pomimo, że wykonawca ten zarówno w chwili składania oferty i nieprzerwanie do chwili obecnej pozostaje w grupie kapitałowej z innym oferentem w postępowaniu: WC SERWIS ŁÓDŹ Sp. z o. o. w Łodzi, a WC SERWIS nie wykazał, że powiązania istniejące między tymi oferentami nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co narusza art. 24 ust. 1 pkt 23 oraz art. 24 ust. 11 ustawy;

2) dokonania przez zamawiającego wyboru oferty złożonej przez WC SERWIS jako najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca ten winien być wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z okolicznościami wskazanymi w zarzucie opisanym w pkt 1, a tym samym jego oferta w ogóle nie powinna być porównywana z innymi ofertami i tym samym naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 23, art. 24 ust. 11, art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 91 ust. 1 ustawy;

3) zaniechanie wezwania przez zamawiającego WC SERWIS ŁÓDŹ Sp. z o.o. do złożenia w terminie nie krótszym niż 3 dni oświadczenia co do przynależności do tej samej grupy kapitałowej co WC SERWIS, pomimo że z oświadczenia WC SERWIS datowanego na 3 grudnia 2018 r. wynika, że obaj wykonawcy należą do tej samej grupy kapitałowej i tym samym naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 23 oraz art. 24 ust. 11 ustawy;

4) zaniechania wykluczenia przez zamawiającego z postępowania wykonawcy WC SERWIS ŁÓDŹ Sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, pomimo, że wykonawca ten zarówno w chwili składania oferty jak i nieprzerwanie do chwili

obecnej pozostaje w grupie kapitałowej z innym oferentem, to jest WC SERWIS, i nie wykazał, że istniejące między tymi oferentami powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, co stanowiło naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 23, art. 24 ust. 11 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty WC SERWIS jako oferty najkorzystniejszej i wykluczenia WC SERWIS z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z ostrożności wniósł o nakazanie żądania złożenia przez WC SERWIS ŁÓDŹ sp. z o.o. oświadczenia co do przynależności do grupy kapitałowej. Odwołujący żądał również nakazania odrzucenia ofert WC SERWIS sp. z o.o. Sp. K. oraz WC SERWIS ŁÓDŹ Sp. z o.o. i dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako jedynej nie podlegającej odrzuceniu oferty złożonej w tym postępowaniu. W zakresie kosztów wniósł o zasądzenie na swoją rzecz od zamawiającego kosztów postępowania obejmujących wpis od odwołania, opłaty skarbowe, wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, koszty dojazdu przedstawicieli odwołującego na posiedzenie lub rozprawę do KIO, inne koszty, zwłaszcza wydatki na biegłych.

Z ostrożności procesowej odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego lub opinii wspólnej biegłych o specjalności w zakresie zarządzania przedsiębiorstwami, ekonomiki przedsiębiorstw oraz rachunkowości, zobowiązanie WC SERWIS sp. z o.o. Sp. K. oraz WC SERWIS ŁÓDŹ Sp. z o.o. do udostępnienia ksiąg rachunkowych, dokumentów, korespondencji handlowej, w tym korespondencji elektronicznej w zakresie w jakim potrzebę taką wyrażą biegli oraz przesłuchanie w charakterze świadków lub stron wskazanych przez siebie osób na okoliczności powołane w odwołaniu. Zastrzegł sobie prawo złożenia dokumentów i innych dowodów na poparcie twierdzeń przytoczonych w odwołaniu.

WC SERWIS sp. z o.o. Sp. K. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o odrzucenie lub o oddalenie odwołania.

31 grudnia 2018 r. do Prezesa Izby wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia nie stawiał się na nie.

W tym stanie sprawy Izba uznała, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp.

Przepis ten stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz 964 ze zm.) niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Stosownie do § 3 tego rozporządzenia przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych.

Izba stwierdziła, że skutkiem prawidłowego wezwania przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swoich uprawnień, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na 3 stycznia 2019 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego przez wykonawcę należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów. Powołany pogląd jest wyrażony w orzecznictwie Izby m.in. w postanowieniu z 19 listopada 2018 r. w sprawie KIO 2280/18.

W konsekwencji w sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania skutek prawny niestawiennictwa na posiedzenie przystępującego prawidłowo powiadomionego o jego terminie jest taki sam, jak przy złożeniu oświadczenia o braku sprzeciwu. Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

W ocenie Izby w sprawie zaistniały wszystkie przesłanki wskazane w art. 186 ust. 3 Pzp, zatem Izba działając na jego podstawie umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.). Nie uwzględniono kosztów zastępstwa prawnego, gdyż zgodnie z powołanymi przepisami koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, a wpis uiszczony przez odwołującego podlega zwrotowi.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....