

Sygn. akt: KIO 1870/18

POSTANOWIENIE
z dnia 1 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dnia 1 października 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2018r. przez **Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL spółka akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej Al. Józefa Piłsudskiego 74** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gmina Dąbrowa Górnicza w Dąbrowie Górniczej, ul. Graniczna 21**

przy udziale **wykonawcy Firmy Produkcyjno-Handlowo-Uslugowej „K. II” spółka jawna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Florowska 2B** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1870/18 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **Umorzyć postępowania,**
2. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL spółka akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej Al. Józefa Piłsudskiego 74** kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1870/18

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usuwanie pojazdów z dróg na terenie Gminy Dąbrowa Górnicza oraz prowadzenie parkingów strzeżonego do przechowywania pojazdów usuwanych w trybie art. 130a Ustawy z dnia 20 czerwca 1997r. Prawo o ruchu drogowym (tekst jedn. Dz. U. z 2017r.f poz. 1260 z późn. zm.), przechowywanie na terenie wykonawcy pojazdów usuniętych w trybie art. 130a Ustawy Prd, a nieodebranych w ustawowym terminie, a także pojazdów usuwanych w trybie art. 50a Ustawy Prd oraz demontaż zgodnie z przepisami ustawy z dnia 20 stycznia 2005r. o recyklingu pojazdów wycofanych z eksploatacji (tekst jedn. Dz. U. z 201 8r, poz. 574) zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 601058-N-2018 z dnia 8 sierpnia 2018 roku.

W dniu 11 września 2018r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Firmy Produkcyjno-Handlowo-Uslugowej K. II Spółka jawna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Florowska 2b – dalej przystępujący.

W dniu 17 września 2018r. odwołanie od tej czynności wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL spółka akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej Al. Józefa Piłsudskiego 74 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 września 2018r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 17 września 2017r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty przystępującego pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to jest czyn stypizowany w art. 15 ust-1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419 j.t ze zm.) polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców,

2) art- 89 ust 1 pkt 4 ustawy w zw. z art 90 ust. 1 cyt. ustawy przez ich niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie przystępującego do wyjaśnienia ceny oferty oraz nieodrzućenie jego oferty pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

3) art, 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty przystępującego pomimo, że wadium nic zostało wniesione, a co najmniej zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, podczas gdy zamawiający żądał wniesienia wadium.

Wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego;
- 4) nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert;
- 5) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący podniósł, że spełnia przesłanki materialnoprawne z art 179 ust. 1 ustawy ponieważ ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, istnieje nie tylko możliwość, ale wręcz całkowita pewność uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, iż w postępowaniu zostały złożone dwie oferty – przystępującego i odwołującego.

W tym stanie rzeczy — oferta odwołującego, po uwzględnieniu odwołania, będzie jedyną ofertą w postępowaniu (to jest również ofertą najkorzystniejszą), a więc zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia.

W obecnym stanie rzeczy, w wyniku podjęcia przez zamawiającego czynności i zaniechań niezgodnych z ustawą, możliwość odwołującego w uzyskaniu zamówienia została wyłączona, a więc zgodnie z przepisem art. 179 ust 1 ustawy odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W dniu 18 września 2018r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 20 września 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa K. II spółka jawna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Florowska 2B. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż jest wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany wyboru oferty najkorzystniejszej, a nawet odrzucenia przystępującego. Nieuwzględnienie odwołania umożliwi przystępującemu uzyskanie zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch współników reprezentujących spółkę jawną ujawnionych w KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 19 września 2018r.

W dniu 26 września 2018r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie i uwzględnił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b i zadeklarował uwzględnienie żądań odwołującego przez unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenie powtórnego badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b. Uwzględniając ten zarzut, zamawiający pozostałe zarzuty uznał za bezprzedmiotowe. Podniósł, że w skutek wniesionego odwołania sprawdził godzinę księgowania przelewu dokonanego przez przystępującego i ustalił, że zaksięgowanie miało miejsce w dniu 16

sierpnia 2018r. o godz. 11:17, czyli po upływie terminu składania ofert, który upływał w dniu 16 sierpnia 2018r. o godz. 9:30. Tym samym przystępujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, a jego ofertę należy odrzucić. W związku z uwzględnieniem zarzutów w części zamawiający wniósł o umorzenie postępowania w oparciu o art. 186 ust. 3a ustawy w sytuacji wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego i braku wniesienia sprzeciwu.

W dniu 27 września 2018r. odwołujący cofnął zarzuty w części tj. w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 i naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Wniósł o zniesienie terminu posiedzenia z udziałem stron wyznaczonego na dzień 1 października 2018r. godz. 10:00. W przypadku, gdy przystępujący nie wniesienie sprzeciwu wniósł o zwrot z rachunku Urzędu kwotę uiszczanego wpisu, a w przypadku wniesienia sprzeciwu o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego od przystępującego na rzecz odwołującego.

Przystępujący nie wniósł sprzeciwu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, czym wypełnił przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 186 ust. 3a ustawy stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zaistniał stan faktyczny podpadający pod wyżej wskazaną normę prawną, to jest zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy, odwołujący cofnął pozostałe zarzuty tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy, a przystępujący nie wniósł sprzeciwu. W tej

sytuacji Izba umorzyła postępowania, a zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania ofert i wykonania zaniechanej czynności odrzucenia oferty przystępującego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionego zarzutu.

Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt. 1 koszty postępowania Izba wzajemnie zniosła. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 ze zm. z 2016r. pod. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: