Sygn. akt: KIO 515/21

POSTANOWIENIE

z dnia 30 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Justyna Tomkowska
Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **30 marca 2021 r.**
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
15 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider), 2) SEBAN Sp. z o.o.ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, 3) DGP PROVIDER Sp z o. o., ul. Środkowa 20, 59-220 Legnica 4) 7 MG Sp. z o. o., ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica5) Partner Medica Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Zygmunta Słomińskiego 15/52, 00-195 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) GOLKONDA M. R. B. S. Sp. j. (Lider), 2) M. C. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą GOLKONDA M. C. (Partner), ul. Sułkowicka 8/20, 00-746 Warszawa 3) B. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą GO CARE B. S. (Partner), ul. W. Górskiego 6/56,00-033 Warszawa; adres dla siedziby lidera: ul. Wiśniowa 40B/10, 02-520 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 **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy **Konsorcjum Firm: 1) DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider),2) SEBAN Sp. z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, 3) DGP PROVIDER Sp z o. o., ul. Środkowa 20, 59-220 Legnica 4) 7 MG Sp. z o. o., ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica 5) Partner Medica Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Zygmunta Słomińskiego 15/52, 00-195 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:

……

……

Sygn. akt: KIO 515/21

UZASADNIENIE

Dnia 15 lutego 2021 r. (wpływ bezpośredni) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw Warszawie, w oparciu o art. 505 ust.1, 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych /Dz.U.2019r., poz. 2019 ze zmianami/ stosowanym na mocy dyspozycji art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych /Dz.U.2019r., poz. 2020/, zwana dalej: „ustawą Pzp" odwołanie złożył Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia – **Konsorcjum Firm: 1) DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider), 2) SEBAN Sp. z o.o.ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, 3) DGP PROVIDER Sp. z o. o., ul. Środkow 20, 59-220 Legnica 4) 7 MG Sp.z o. o., ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica5) Partner Medica Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica;z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Zygmunta Słomińskiego 15/52, 00-195 Warszawa** (dalej jako: „Odwołujący").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: *„Usługa sprzątania pomieszczeń i powierzchni UCK WIJM Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus w Warszawie"* Znak sprawy: DZPUCK.262.153.2020 zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym wDzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.12.2020 r. pod nr 2020/S 251-631255 przez Zamawiającego –**Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, ul. Banacha 1a, 02-097 Warszawa.**

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań czynności przez Zamawiającego polegających na:

1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **Konsorcjum Firm: 1) GOLKONDA M. R. B. S. Sp. j. (Lider), 2 M. C. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą GOLKONDA M. C. (Partner), ul. Sułkowicka 8/20, 00-746 Warszawa 3) B. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą GO CARE B. S. (Partner), ul. W. Górskiego 6/56,00-033 Warszawa; adres dla siedziby lidera: ul. Wiśniowa 40B/10, 02-520 Warszawa** (dalej: „Konsorcjum GOLKONDA" albo „Przystępującym" albo „Wykonawca"),

2) nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty Wykonawcy, w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, że jest ofertą, która zawiera nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny lub kosztu w zakresie pozycji pn. Szpitalny Oddział Ratunkowy- Pawilon nr 20 Zadaszony podjazd zewnętrzny dla tetetek zawartej formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ oraz w pozycji nr 20 formularza asortymentowo- cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ (załącznik nr 2 do umowy) a opisanej w punkcie 20 Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego załącznik nr 2.1 do SIWZ) tj. nieprawidłową stawkę podatku od i usług; usługa ujęta w przywołanej pozycji zgodnie z ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2020 poz. 106 z późn.zm., dalej: „ustawa o VAT") podlega opodatkowaniu stawka 23%, Wykonawca w formularzu asortymentowo-cenowym wskazał stawkę 8%,
3) nieprawidłowym badaniu i ocenie zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w konsekwencji uznaniu za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w załącznikach do wyjaśnień (datowanych na dzień 29 stycznia 2021 r.) dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztów na podstawie art. 90 Pzp, tj. informacji znajdujących się w złożonych dowodach w postaci: przykładowych zanonimizowanych umów o pracę, faktur zakupowych środków czystość, zestawienia dotyczącego pomocy publicznej, wyciągu z kalkulacji cenowej, w konsekwencji zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu informacji znajdujących się w ww. dokumentach,
4) nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty Wykonawcy w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznaniu że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej tj. zrealizowało w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności krótszy — w tym okresie, co najmniej 2 usługi kompleksowego sprzątania, gdzie każda z tych 2 usług powinna spełniać łącznie następujące warunki:
- świadczenie usługi, nieprzerwanie przez co najmniej 12 miesięcy „w ramach jednego kontraktu;
- gdzie wartość usługi za 12 miesięcy wynosiła minimum 1.200.000,00 zł brutto;
- świadczenie usługi kompleksowego sprzątania wykonywanej na minimum 15.000 m2 powierzchni wewnętrznej podmiotu leczniczego, w szczególności, przedrożyło w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp na tą okoliczność stosowne dowody, w konsekwencji, uznaniu, iż wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy:
a) na potwierdzenie należytego wykonania usługi na rzecz CM Pro-MED. Centrum Medyczne ProMED. Sp. z o.o Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Pabianicach przedstawił referencje wystawione w dniu 30 września 2019 r. tj. została wystawiona w trakcie trwania usługi, której okres realizacji wynosił od dnia 2 stycznia 2018 r. do dnia 31 grudnia 2019 r. . Biorąc pod uwagę, iż przedmiotowy dokument nie został wystawiony po ukończeniu świadczenia usług, należy przyjąć, iż nie potwierdza on należytego wykonania tych usług,
b) obiekt w których świadczona była usługa sprzątania nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie powierzchni minimum 15 000 m2
c) na potwierdzenie należytego wykonania usługi realizowanej w pomieszczeniach Przychodni grupy VITA-MED przedstawił referencje wystawione przez Black Tegu Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, brak jest udokumentowania jakiegokolwiek powiązania wystawcy dokumentu referencji z przychodniami VITA-MD.,
d) na potwierdzenie należytego wykonania usługi realizowanej w pomieszczeniach Przychodni grupy VITA-MED przedstawił referencje z dnia 30 grudnia 2020 r. wystawione przez Black Tegu Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w konsekwencji przedstawiony dokument nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu w zakresie świadczenia usługi, nieprzerwanie przez co najmniej 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu, albowiem zgodnie z treścią referencji potwierdzone zostało należyte wykonanie usługi do dnia 30 grudnia 2020 r. a usługa rozpoczęła się 3 stycznia 2020 r.,
e) na potwierdzenie należytego wykonania usługi realizowanej w pomieszczeniach Przychodni grupy VITA-MED przedstawił referencje z dnia 30 grudnia 2020 r. wystawione przez Black Tegu Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w konsekwencji przedstawiony dokument nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu w zakresie świadczenia usługi, nieprzerwanie przez co najmniej 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu, albowiem z treści referencji z dnia 30 grudnia 2020 r. wynika, iż Wykonawca świadczy usługi specjalistycznego sprzątania w placówkach leczniczych o łącznej powierzchni przekraczającej 15000 m^2. Literalne brzmienie referencji wskazuje, iż usługa świadczona w oparciu o więcej niż jedną umowę zawartą z każdą z przychodni
f) obiekt w których świadczona była usługa sprzątania nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie powierzchni minimum 15 000 m^2
w konsekwencji zaniechaniu wezwania Wykonawcy do: przedłożenia dokumentów potwierdzających, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowej, tj. zaniechaniu wezwania do przedstawienia poprawnego wykazu usług oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług objętych wykazem zrealizowanych usług, w tym przedstawienie umów zawartych z podmiotami wystawiającymi referencje,
w konsekwencji zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy,
5) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się (1) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu; (2) utajnienia informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, (3) przedwczesnemu uznaniu, iż Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,

Odwołujący oświadczył, iż - przekazano informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej: przekazano Odwołującemu za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej tj. Platformy zakupowej „e-zamawiający", dostępnej pod https://uckwum.aamawiajacy.pl zwanej dalej „Platformą", w dniu 9 lutego 2021 r.

Z kolei przekazanie informacji o odmowie udostępnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa przekazano Odwołującemu za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej tj. poczty elektronicznej w dniu 5 lutego 2021 r.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany (art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy NPzp). Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu (art. 514 ust. 2 i 3 ustawy NPzp). Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów prawa:
1) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. l i ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 Pzp poprzez nieprawidłowe badania i ocenę oferty Wykonawcy, zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, że jest ofertą, która zawiera nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny lub kosztu w zakresie pozycji pn. Szpitalny Oddział Ratunkowy - Pawilon nr 20 Zadaszony podjazd zewnętrzny dla karetek zawartej w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ oraz w pozycji nr 20

formularza asortymentowo - cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ (załącznik nr 2 do umowy) a w punkcie 20 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 2.1 do SIWZ)polegający na podaniu nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług za 1 m2 jak i za jeden miesiąc kalendarzowy; usługa ujęta w przywołanej pozycji zgodnie z ustawą o VAT (tj. Dz.U. z 2020 poz. 106 z późn.zm.) podlega opodatkowaniu stawką 23%, Wykonawca w formularzu asortymentowo -cenowym wskazał stawkę 8%,
co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez (1) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jest ofertą zawierająca błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;
2) art. 8 ust. 1, ust.2 i ust. 3 Pzp , art. 96 IR. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 poz. 1913 z dalej jako „ustawa o znk") w zw. z art. 11 ust. 4 znk w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o znk w zw. z art. 7 ust 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 Pzp poprzez błędną ocenę i uznanie skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości treści dowodów załączonych do pisma datowanego na dzień 29 stycznia 2021 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, polegającą w szczególności na przyjęciu, że całość treści dowodów w postaci: przykładowych zanonimizowanych umów o pracę, faktur zakupowych środków czystości, zestawienia dotyczącego pomocy publicznej, wyciągu z kalkulacji cenowej utajnieniu, mimo iż: (1) Wykonawca nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje maja walor tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec nie wykazania przesłanek opisanych w art. 11 znk, m.in. że są to informacje techniczne, organizacyjne, przedstawiają wartość gospodarczą, nie wykazał podjęcia działań zmierzających do zachowania ich w poufności (2) wyłącznie niektóre informacje zwarte w załączonych dowodach mogły ewentualnie stanowić przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk oraz (3) mimo że informacje zawarte w wyjaśnieniach — załączonych dowodach w szczególności wyciąg z kalkulacji cenowej czy też zestawienie dotyczące publicznej mają charakter wyłącznie jednorazowy i na obecnym etapie postępowania pozbawione są wartości gospodarczej,
co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia postepowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez utajnienie informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa,
3) art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, w zw. z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. Dz. U. z 2020 poz. 1282 z późn.zm. dalej: „rozporządzenie ws. dokumentów") w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, w związku z treścią postanowień SIWZ poprzez błędną ocenę oferty dokumentów oraz oświadczeń przedłożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, przedwczesne uznanie, iż Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w konsekwencji zaniechanie wezwania Wykonawcy do przedłożenia dokumentów potwierdzających, iż Wykonawca spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowej, tj. zaniechaniu wezwania do przedstawienia poprawnego wyłazu usług wraz z dowodami w postaci umów zawartych z podmiotami wystawiającymi referencje oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług objętych Wykazem zrealizowanych usług, w sytuacji gdy:
a) na potwierdzenie należytego wykonania usługi na rzecz CM Pro-MED. Centrum Medyczne ProMED. Sp. z o.o Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Pabianicach przedstawił referencje wystawione w dniu 30 wrzenia 2019 r. tj. została wystawiona w trakcie trwania usługi, której okres realizacji wynosił od dnia 2 stycznia 2018 r. do dnia 31 grudnia 2019 r. . Biorąc pod uwagę, iż przedmiotowy dokument nie został wystawiony po ukończeniu świadczenia usług, należy przyjąć, iż nie potwierdza on należytego wykonania tych usług,
b) obiekt w których świadczona była usługa sprzątania nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie powierzchni minimum 15 000 m^2
c) na potwierdzenie należytego wykonania usługi realizowanej w pomieszczeniach Przychodni grupy VITA-MD przedstawił referencje wystawione przez Black Tegu Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, brak jest udokumentowania jakiegokolwiek powiązania dokumentu referencji z przychodniami VITA-MED.,
d) na potwierdzenie należytego wykonania usługi realizowanej w pomieszczeniach Przychodni grupy VITA-MED przedstawił referencje z dnia 30 grudnia 2020 r. wystawione przez Black Tegu Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w konsekwencji przedstawiony dokument nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu w świadczenia usługi, nieprzerwanie przez co najmniej 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu, albowiem zgodnie z treścią referencji potwierdzone zostało należyte wykonanie usługi do dnia 30 grudnia 2020 r. a usługa rozpoczęła się 3 stycznia 2020 r.,
e) na potwierdzenie należytego wykonania usługi realizowanej w pomieszaniach Przychodni grupy VITA-MED przedstawił referencje z dnia 30 grudnia 2020 r. wystawione przez Black Tegu Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w konsekwencji przedstawiony dokument nie potwierdza warunku udziału w postepowaniu w zakresie świadczenia usługi, nieprzerwanie przez co najmniej 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu albowiem z treści referencji z dnia 30 grudnia 2020 r. wynika, iż Wykonawca świadczy usługi specjalistycznego sprzątania w placówkach leczniczych o łącznej powierzchni przekraczającej 15000 m^2. Literalne brzmienie referencji wskazuje, iż usługa świadczona jest w oparciu o więcej niż jedną umowę zawartą z każdą z przychodni,
f) obiekt w usługa sprzątania nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w powierzchni minimum 15 000 m2.
a w konsekwencji zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1) uwzględnienie odwołania w całości,
2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę,
3) uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w treści dowodów załączonych do pisma datowanego na dzień 29 stycznia 2021 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. dowodów w postaci: przykładowych zanonimizowanych umów o pracę, faktur zakupowych środków czystości, zestawienia dotyczącego pomocy publicznej, wyciągu z kalkulacji cenowej podlega utajnieniu i udostępnienie Odwołującemu powyższych dokumentów i informacji,
4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności o których mowa powyżej, a w tym:
- odrzucenie oferty Wykonawcy,

- wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

ewentualnie z ostrożności procesowej:

1) uwzględnienie odwołania w całości

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę,

3) uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w treści dowodów załączonych do pisma datowanego na dzień 29 stycznia 2021 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. dowodów w postaci: przykładowych zanonimizowanych umów o pracę, faktur zakupowych środków czystości, zestawienia dotyczącego pomocy publicznej, wyciągu z kalkulacji cenowej podlega utajnieniu i udostępnienie Odwołującemu powyższych dokumentów i informacji,

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności o których mowa powyżej, a w tym:

- wezwanie Wykonawcy do przedłożenia dokumentów potwierdzających, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowej, tj. wezwanie do przedstawienia poprawnego wykazu usług wraz z dowodami w postaci umów zawartych z podmiotami wystawiającymi referencje oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług objętych wykazem zrealizowanych usług,
- wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- odrzucenie oferty Wykonawcy,
- wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

ponadto wnosił o:

1) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed KIO.

Dodatkowo wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentów w postaci:

1. zdjęcia nr 1- wewnątrz,
2. zdjęcia nr 2- wewnątrz (drugi koniec pomieszczenia),
3. zdjęcia nr 3 — widok z zewnątrz na bramę wjazdowa do podjazdu,

dot. obiektu podlegającego wycenie w pozycji 20 formularza asortymentowo- cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ (załącznik nr 2 do umowy) pn. Szpitalny Oddział Ratunkowy - Pawilon nr 20 Zadaszony podjazd zewnętrzny dla karetek, na okoliczność usytuowania tegoż podjazdu, jego wyglądu, konstrukcji, w szczególności na okoliczność umieszczenia podjazdu w kubaturze budynku Szpitala,

4.Pabianice rzut 1,
5.Pabianice rzut 1 z powierzchnią budynku,
6.Pabianice rzut 2,
7.Pabianice rzut 3,
8.Pabianice rzut 4,

oraz pomiarów wykonanych na google maps odnoszących się do obiektu CM Pro-MED. Centrum Medyczne Pro-MED. Sp. z o.o. Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Pabianicach na okoliczność rzeczywistej powierzchni obiektu objętego przedmiotową usługą,

9.Meissnera 7 - zdjęcie nr 1,
10.Meissnera 7- zdjęcie nr 2,
11.Meissnera 1/3- zdjęcie nr 1,
12.Meissnera 1/3- zdjęcie nr 2,
13.Meissnera 1/3 — zdjęcie nr 3,
14.Meissnera 1/3 — zdjęcie nr 4,
15.JIN Jeziorańskiego 6 — zdjęcie nr 1,
16.JN Jeziorańskiego 6 — zdjęcie nr 2,
17.JN Jeziorańskiego 6 — zdjęcie nr 3,
18.JN Jeziorańskiego 6 — zdjęcie nr 4,

na okoliczność rzeczywistej powierzchni obiektu objętego usługą realizowaną w pomieszczeniach grupy VITA- MED.

Odwołujący wskazał, że ma interes określony w art. 505 ust 1 ustawy NPzp. Zgodnie z tym przepisem, środki ochrony prawnej określone w Dziale IX ustawy NPzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy nPzp. Tym zakresie aktualne pozostaje stanowisko prezentowane w orzecznictwie i doktrynie zamówień publicznych, przesłanki określone w przytoczonym wyżej przepisie muszą zostać spełnione łącznie. Jednocześnie interes w orzecznictwie z zamówień publicznych definiuje się jako obiektywną, a więc wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia odnoszącą się do postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony i które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Łącznie z w uzyskaniu zamówienia powinna zostać wykazana szkoda, która zasadniczo ma szkody majątkowej wskutek utraty możliwości uzyskania zamówienia, przy czym szkoda ta musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe, bez wątpienia w przedmiotowej sprawie Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i interes ten jest kwalifikowany szkodą zostanie przez niego poniesiona wskutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, która to stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą", w znaczeniu określonym przez ustawę PZP oraz Zamawiającego, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertąz ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Wskutek bowiem naruszenia wskazywanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp - czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadzone zostały nieprawidłowo, co spowodowało, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w klasyfikacji ofert. W związku z powyższym, z Odwołującym nie zostanie zawarta umowa o zamówienie, a tym samym Odwołujący utraci możliwość uzyskania przychodów z jej realizacji, wskutek czego poniesie szkodę. Szkoda ta jest normalnym następstwem naruszenia przepisów ustawy Pzp, bowiem gdyby te przepisy nie zostały naruszone, oferta Wykonawcy, która aktualnie sklasyfikowana na pierwszym miejscu zostałaby odrzucona z uwagi na fakt, iż ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny lub kosztu polegający na zastosowaniu

nieprawidłowej stawkj podatku od towarów i usług w pozycji pn. Szpitalny Oddział Ratunkowy- pawilon 20. Zadaszony podjazd zewnętrzny dla karetek zawarty w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ oraz formularzu asortymentowo- cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ (załącznik nr 2 do umowy). Ponadto w oparciu o przedłożone Zamawiającemu dokumenty Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a w przypadku nie przedstawienia na wezwanie prawidłowego wyłazu usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, będzie podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu. W konsekwencji oferta Odwołującego sklasyfikowana zostałaby na pierwszym miejscu i wówczas Odwołujący zawarłby z Zamawiającym umowę o zamówienie publiczne. Wobec zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy, oferta złożona przez Odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejsza. Tym samym Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie stanowiące przedmiot prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania na czynność Zamawiającego polegającą na uznaniu zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości dokumentów złożonych jako załączniki do pisma z dnia 29 stycznia 2021 r. tj. przykładowych zanonimizowanych umów o pracę, faktur zakupowych środków czystości, zestawienia dotyczącego pomocy publicznej, wyciągu z kalkulacji cenowej, a w konsekwencji zaniechaniu ujawnienia wskazuję, iż Odwołujący może ponieść szkodę w przypadku nieuprawnionej odmowy udostępnienia ww. dokumentów. Odwołujący dąży do sanowania, w jego ocenie niezgodnej z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego, które pozbawia go wglądu do ww. dokumentów. Skutkiem nieodtajnienia informacji zawartych w ww. dokumentach było uniemożliwienie Odwołującemu dokonania oceny czy wyjaśnienia są rzetelne i wystarczające do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny bądź ceny jednostkowej w stosunku do przedmiotu zamówienia; czy oferta jest zgodna z SIWZ i czy Wykonawca prawidłowo przypisał poszczególne koszty realizacji zmówienia. Ponadto Zamawiający swoim zaniechaniem znaczono ograniczył lub wręcz uniemożliwił postawienie i odpowiednie uzasadnienie zarzutów związanych z rażąco niską ceną Wykonawcy. W sytuacji gdyby Zamawiający zbadał rzetelnie prawidłowość zastrzeżenia w całości informacji załączonych w ww. dokumentach, to udostępniłby Odwołującemu co najmniej informacje zawarte w przedmiotowych dokumentach, co do których nie wykazano skutecznie, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o znk. W takim przypadku Odwołującemu umożliwiono by ocenę wyjaśnień Wykonawcy i skorzystanie w pełnym zakresie ze środków ochrony prawnej co do czynności Zamawiającego związanych z ofertą Wykonawcy.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że odwołanie wniesiono zostało w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych i podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że *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*.

Jednocześnie przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *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 roku stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Skład orzekający Izby ustalił, iż do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego, na podstawie art. 525 ustawy NPzp, złożył w dniu 18 lutego 2021 r. (na wezwanie z 16 lutego 2021 r. zamieszczone poprzez platformę internetową https://uckwum.ezamawiajacy.pl/) wykonawców **Konsorcjum GOLKONDA**. Izba potwierdziła skuteczność złożonego przystąpienia.

W dniu 26 marca 2021 r. Zamawiający na podstawie trybie art. 521 ustawy NPzp złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał w całości zarzuty Odwołującego. Wobec uwzględnienia zarzutów Zamawiający wnosił o umorzenie postępowania.

W dniu 29 marca 2021 r. (e-mailem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izbyz 29.03.2021 r. wezwał Konsorcjum GOLKONDA na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5 lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izbą – Konsorcjum GOLKONDA tj. Przystępującego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia (dowód w aktach postępowania), należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów. Należało bowiem uznać odnosząc do uwzględnienie w całości – co do sprzeciwu, że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron to ta faza postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro zatem uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – odbędzie się na tym posiedzeniu lub rozprawie, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można zgłosić w tym czasie. W warunkach prawidłowego powiadomienia Przystępującego po stronie Zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, uznać należy że na tym posiedzeniu Przystępujący może zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo wykonawcy - Przystępującego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Inaczej mówiąc, Przystępujący po stronie Zamawiającego, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia w sprawie nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu pisemnie lub ustnie do protokołu posiedzenia (albo przedstawienia dowodu że kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu). Skoro odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na posiedzenie z udziałem stron, Izba nie wzywała oddzielenie Przystępującego po stronie Zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, uznając, iż jego nieusprawiedliwione niestawiennictwo na posiedzeniu oznacza rezygnację z prawa do zgłoszenia sprzeciwu (albo przedstawienia dowodu że kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu).

W konsekwencji, w niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, na którym Przystępujący po stronie Zamawiającego mógł wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego (albo przedstawić dowód że kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu). Brak stawiennictwa Przystępującego po stronie Zamawiającego nie uniemożliwiał zatem umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp.

Izba uznaje także, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezsprzecznie jest Przystępujący po stronie Zamawiającego, rozumiał status w jakim występują w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym i znał wszystkie konsekwencje i skutki wynikające z niniejszego stanu rzeczy. Zamawiający, nadto oświadczył na posiedzeniu, że przesłał Przystępującemu po jego stronie (zgłaszającemu przystąpienie) – e-mailem - swoją odpowiedź na odwołanie w ramach której uwzględnia odwołanie w całości (dowód na tą okoliczność została okazana na posiedzeniu). Izba wskazuje, że nie pozostało to bez wpływu na jej stanowisko. Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę również konieczność sprawnego prowadzenia postępowania, profesjonalny charakter jego uczestników i przysługujący jego uczestnikom środek zaskarżenia w postaci skargi.

Tym samym, Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację wyrażoną, w odniesieniu do analogicznej sytuacji, w postanowieniach KIO: z 09.06.2010 r., sygn. akt: KIO 991/10, z 11.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1575/10, z 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1264/12, z 23.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1722/12, z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 360/14 z 20.03.2014 r., sygn. akt: KIO 442/14; z 07.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1524/14, z 05.09. 2014 r., sygn. akt: KIO 1744/14, z 04.02.2015 r., sygn. akt: KIO 151/15, z 01.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2534/15, z 16.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2637/15, z 26.04.2016 r., sygn. akt: KIO 523/16, z 20.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1259/16, z 31.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1563/16 oraz z 06.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1770/17. Jednocześnie w trakcie trwania posiedzenia Przystępujący –przesłał pismo z 30.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) - w ramach którego oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 1 oraz art. 568 pkt 3 ustawy NPzp – należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności,
w taki sposób, który uczyni zadość postulatom postawionym w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że 23 lutego 2021 r. unieważniono czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, stwierdził także, że otrzymał informację pismem z 17 marca 2021 r. o odstąpieniu od przetargu przez Konsorcjum GOLKONDA, który przyznał że nie spełnia warunku udziału w postępowaniuW konsekwencji pismem z 19 marca 2021 r. wykluczył Konsorcjum GOLKONDA na podstawie art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, a następnie dokonał w dniu 24 marca 2021 r. nowego wyboru oferty najkorzystniejszej – Konsorcjum DGP. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający uznał w całości słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie w całości, natomiast przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, nie skorzystał z przysługującego mu prawa, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 2 ustawy NPzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy, którzy nie skorzystali z prawa do wniesienia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 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 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……