

POSTANOWIENIE  
z dnia 18 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 18 stycznia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CIVIS Polska sp. z o. o. z siedzibą w Ząbkach, CIVIS Polska CDO sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa - Zakład Remontów i Konserwacji Dróg

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Silesia Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3788/21 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CIVIS Polska sp. z o. o. z siedzibą w Ząbkach, CIVIS Polska CDO sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CIVIS Polska sp. z o. o. z siedzibą w Ząbkach, CIVIS Polska CDO sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CIVIS Polska sp. z o. o. z siedzibą w Ząbkach, CIVIS Polska CDO sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach na rzecz Zamawiającego: Miasta Stołecznego Warszawy - Zakładu Remontów i Konserwacji Dróg kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz 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.

Przewodniczący:.....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa - Zakład Remontów i Konserwacji Dróg wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Ochronę obiektów oraz mienia ZRiKD w 2022r.” nr sprawy DPZP/271/563/2021.

Pismem z dnia 23 grudnia 2021 r. Odwołujący zawiadomiony został o czynności odrzucenia jego oferty oraz o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekotrade sp. z o.o i Silesia Ekotrade sp. z o.o. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zwani dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 28 grudnia 2021 r. wniósł pierwsze odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych(t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b. ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w oparciu o nieuzasadnione przyjęcie, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

a. wobec nieuzasadnionego zakwestionowania Poświadczenia wykonania usługi wystawione przez Polskie Koleje Państwowe S.A. w dniu 22 grudnia 2020 roku w odniesieniu do umowy ochrony fizycznej osób i mienia na dworach kolejowych oraz w budynkach niedworcowych, znajdujących się w zarządzie PKP S.A. (umowa KIZ.03.022.UO.15342.2018 dotycząca OGN Gdańsk) oraz Poświadczenia wykonania usługi wystawione przez Polskie Koleje Państwowe S.A. w dniu 22 grudnia 2020 roku w odniesieniu do umowy ochrony fizycznej osób i mienia na dworach kolejowych oraz w budynkach niedworcowych, znajdujących się w zarządzie PKP S.A. (umowa KIZ.03.022.UO.15443.2018 dotycząca OGN Warszawa) w sytuacji gdy naliczenie kar umownych automatycznie nie oznacza nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, a treść samych dokumentów Poświadczeń oraz niewielki udział kar umownych w stosunku do wartości wykonanych usług na podstawie umów w sprawie zamówienia publicznego uzasadnia przyjęcie, iż dokumenty Poświadczeń złożone przez Wykonawcę potwierdzają należyte wykonanie usług w nich wskazanych,

b. nieuzasadnionego pominięcia złożonych przez Odwołującego pismem z dnia 21 grudnia 2021 roku referencji udzielonych przez Instytut „Pomnik - Centrum Zdrowia

3

Dziecka” z dnia 10 grudnia 2019 roku, oraz Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. z dnia 7 września 2020 roku w sytuacji gdy przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wprowadzają zakazu składania dokumentów bez wezwania ze strony Zamawiającego, a dokumenty te stanowią dodatkowe referencje potwierdzające spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu określonego w Części II pkt 1 lit. c tiret 1 SWZ.

2. art. 252 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego EKOTRADE Sp. z o.o i SILESIA EKOTRADE Sp. z o.o. po upływie terminu związania ofertą pomimo zaniechania wezwania przez Zamawiającego ww. wykonawców, do wyrażenia pisemnej zgody na wybór ich oferty.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawców Ekotrade sp. z o.o. i Silesia Ekotrade sp. z o.o. oraz nakazanie Zamawiającemu powtórnej czynności badania i oceny ofert, tym przy uwzględnieniu jako potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w Części II pkt 1 lit. c tiret 1 SWZ dokumentów Poświadczenia wykonania usługi wystawione przez Polskie Koleje Państwowe S.A. w dniu 22 grudnia 2020 roku w odniesieniu do umowy ochrony fizycznej osób i mienia na dworach kolejowych oraz w budynkach niedworcowych, znajdujących się w zarządzie PKP S.A. (umowa

KIZ.03.022.UO.15342.2018 dotycząca OGN Gdańsk) oraz Poświadczenia wykonania usługi wystawione przez Polskie Koleje Państwowe S.A. w dniu 22 grudnia 2020 roku w odniesieniu do umowy ochrony fizycznej osób i mienia na dworach kolejowych oraz w budynkach niedworcowych, znajdujących się w zarządzie PKP S.A. (umowa KIZ.03.022.UO.15443.2018 dotycząca OGN Warszawa) a nadto złożonych pismem z dnia 21 grudnia 2021 roku referencji udzielonych przez Instytut „Pomnik - Centrum Zdrowia Dziecka” z dnia 10 grudnia 2019 roku oraz Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. z dnia 7 września 2020 r.

W dniu 31 grudnia 2021 r. Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 18 stycznia 2022 r. Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie na zasadzie art.528 pkt 6 ustawy Pzp, ewentualnie o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym akt sprawy odwoławczej, a także treści odwołania oraz oświadczeń stron i uczestnika Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym z udziału stron i uczestnika, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, podzielając argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 stycznia 2022 r.

Izba ustaliła, że pełnomocnik Zamawiającego wnosił o odrzucenie odwołania podnosząc, że Zamawiający otrzymał jedynie samą treść odwołania bez załączników od nr 10 do 17.

Jednocześnie pełnomocnik ten stwierdził, że nieprzesłanie tych załączników wraz z odwołaniem oznacza, że odwołanie nie zostało przesłane i zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 528 pkt 6 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że pełnomocnik Odwołującego wnosił o nieuwzględnienie wniosku o odrzucenie odwołania. Przy czym pełnomocnik ten przyznał, że jeżeli chodzi o załączniki do odwołania od nr 10 do 17 to w istocie nie zostały one Zamawiającemu przekazane z tego powodu, że były to jedynie dowody.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że pełnomocnik Odwołującego na pytanie Izby udzielił wyjaśnień, że załączniki od 10 do 17 miały być złożone na okoliczność wykazania braku należytego wykonania umowy.

Ostatecznie, ustalono, że Odwołujący w swoim odwołaniu wyspecyfikował 22 załączniki do odwołania, w tym te sporne od 10 do 17, które zostały przekazane w komplecie jedynie Izbie.

Na tle powyższego stanu faktycznego kluczowym zagadnieniem natury formalnej była kwestia udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy zachodzą przesłanki do odrzucenia przedmiotowego odwołania z powodu stwierdzenia, że Odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii.

W ocenie Izby - doszło do przyznania przez Odwołującego, że spornych załączników do

odwołania od 10 do 17 (kopia pozwu o zapłatę przeciwko PKP S.A; załączniki do umów KIZ.03.022.UO.15342.2018 i KIZ.03.022.UO.15443.2018; umowa

5

KIZ.03.022.UO.15342.2018; aneks nr 5 do umowy KIZ.03.022.UO.15342.2018; aneks nr 6 do umowy KIZ.03.022.UO.15342.2018; umowa KIZ.03.022.UO.15443.2018; aneks nr 2 do umowy KIZ.03.022.UO.15443.2018; porozumienie z dnia 23 września 2020 roku do umowy KIZ.03.022.UO.15443.2018) nie załączył.

Według zapatrywania Izby - przedmiotowe dokumenty stanowiły merytoryczną treść odwołania, bowiem zawierały one rozwinięcie stanu faktycznego odwołania i mogły mieć one istotne znaczenie przy ocenie podstawowego zagadnienia spornego w tej sprawie jakim było udowodnienie przez Odwołującego okoliczności należytego wykonania zobowiązań z umów zawartych z PKP S.A.

Wymaga wskazania, że w myśl przepisu art. 528 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2.

Zdaniem Izby - Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu pełnej treści odwołania, na którą składały się wszystkie jego załączniki, w tym te oznaczone od 10 do 17, uniemożliwiając tym samym zarówno Zamawiającemu, jak i Przystępującemu zapoznanie się z pełną treścią odwołania, co w konsekwencji ograniczało ich prawo do obrony własnego stanowiska.

Należy zauważyć, że stosownie do art.514 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. W przedmiotowej sprawie zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący nie mogli zrealizować swojego prawa z przyczyn wyżej wskazanych.

Izba w całej rozciągłości podziela zapatrywania doktryny ( vide: komentarz jak niżej do art. 528 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/D. Grześkowiak-Stojek, pub. legalis C.H Beck) w odniesieniu do uchybienia obowiązkowi przesłania odwołania albo kopii odwołania zamawiającemu.

W powyższym zakresie autorzy powyższego komentarza wyrazili następujący pogląd prawny, znajdujący akceptację również obecnego Składu Orzekającego w sprawie, że: „Odwołanie albo kopia odwołania przekazywane zamawiającemu muszą być także kompletne. Złożenie niepełnej treści odwołania, na którą to treść składały się także załączniki mające merytoryczne znaczenie dla podniesionych zarzutów, oznacza, że

6

odwołujący nie przekazali zamawiającemu odwołania albo kopii odwołania, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 528 pkt 6 PZP. Jak wskazała KIO w post. z 26.6.2018 r. (KIO 1118/18, Legalis), przez pojęcie treści odwołania należy rozumieć ogół informacji na temat istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania okoliczności faktycznych i prawnych, podawanych przez odwołujących, odnoszących się do stawianych zarzutów i podawanych na ich poparcie. Informacje te wcale nie muszą być podawane w samym piśmie stanowiącym odwołanie, ale również mogą być sformułowane w postaci odrębnych dokumentów/dowodów załączanych do odwołania. Istotne jest, aby zamawiający przez otrzymanie odwołania albo kopii odwołania uzyskał wszystkie informacje odnoszące się do jego meritum, pozwalające na ocenę zasadności jego zarzutów i twierdzeń. Jest to związane z instytucją uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Zamawiający może w pełni ocenić zasadność odwołania i zdecydować o jego uwzględnieniu tylko wówczas, gdy będzie posiadał wszystkie tego typu informacje.”.

Podsumowując, w przekonaniu Izby - Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu pełnej treści odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Zaakceptowanie innej niż powyższa wykładni powołanych wyżej przepisów prawa byłoby równoznaczne z przyjęciem nielogicznego rozumowania dopuszczającego możliwość formułowania maksymalnie oszczędnego stanu faktycznego odwołania wraz z wybiórczą argumentacją na poparcie zarzutów odwołania, co w istocie w sposób znaczący stawiałoby Zamawiającego, jak i Przystępującego w nierównorzędnej pozycji procesowej w tym postępowaniu odwoławczym.

Z powyższych względów Izba orzekła na zasadzie przepisu art. 528 pkt 6 ustawy Pzp stosownie do którego Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....