Sygn. akt: KIO 1386/22

POSTANOWIENIE
z dnia 7 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 7 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe MOSTY Sp. z o.o. BUDOWNICTWO sp. k. z siedzibą w Warszawie, INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spectare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, NIWA Szczecin Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe MOSTY Sp. z o.o. BUDOWNICTWO sp. k. z siedzibą w Warszawie, INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 : .....

Sygn. akt: KIO 1386/22

Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie

(dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp" pn.: „Wykonanie czynności utrzymaniowych na obiektach inżynierskich w Warszawie dla części I i II" (nr postępowania: ZDM/UM/DZP/88/PN/20/21) - dalej „postępowanie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej z dnia 14 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 010-019979.

W dniu 23 maja 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia: Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe MOSTY Sp. z o.o. BUDOWNICTWO sp. k. z siedzibą w Warszawie, INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w postępowaniu, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w części I postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. §8 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych w zw. z art.

   52 ustawy o rachunkowości oraz art. 128, art. 57 pkt 2, art. 115, art. 124 pkt 2 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Spectare do uzupełnienia stosownych dokumentów i wybór jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy w sytuacji, w której Spectare nie wykazało spełnienia (nie spełnia) warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia, a to z uwagi na brak przedstawienia Zamawiającemu Rachunków Zysków i Strat (dalej „RZS") zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia, tj. spełniających warunki określone w ustawie o rachunkowości (dokumenty te nie zostały podpisane w sposób określony tą ustawą), co też winno skutkować uznaniem, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału (nie wykazał spełnienia warunków udziału);

   ewentualnie:

   2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Spectare do uzupełnienia RZS co najmniej za lata 2019 i 2020 z uwagi na fakt, że złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału;

   3. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - dalej „UZNK" poprzez uznanie, że informacje (dokumenty) załączone do treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Spectare stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy Spectare w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazało, jak powinno, wszystkich przesłanek niezbędnych do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym że podjęło działania w celu utrzymania ich (dokumentów) w poufności, a w konsekwencji że dostęp do przedmiotowych informacji jest ograniczony do określonego grona osób, a ponadto nie sposób uznać, że część z tych dokumentów (np. referencje) rzeczywiście stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (np. są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą) w rozumieniu treści art. 11 ust. 2 UZNK, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odtajnienia wspomnianych informacji (dokumentów) i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny dokonanej przez Zamawiającego;

   4. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK poprzez uznanie, że informacje (dokumenty) załączone do JEDZ złożonego przez FBSerwis na potrzeby wykazania skutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie sposób uznać, że informacje (dokumenty) te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (np. są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą) w rozumieniu treści art. 11 ust. 2 UZNK, co w konsekwencji

doprowadziło do zaniechania odtajnienia wspomnianych informacji (dokumentów) i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny dokonanej przez Zamawiającego w zakresie samooczyszczenia;

5. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ustawy Pzp z uwagi na uznanie, że poprzez złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny Spectare wykazało, że istotne części składowe, które budziły wątpliwości Zamawiającego, a co do których wezwał do wyjaśnień, nie zawierają rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie, oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu, mimo iż jest rażąco niska, z czym nie można jednak się zgodzić - szereg cen za istotne części składowe, do wyjaśnień których zostało

wezwane Spectare, jest nierynkowa, przez co nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia w tym zakresie;

6. art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 w zw. z art. 218 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty FBSerwis, pomimo iż z uwagi na złożenie dwóch Formularzy cenowych zamiast jednego, jak tego oczekiwał Zamawiający, jest ona niezgodna ze specyfikacją warunków zamówienia oraz przepisami ustawy, choćby w zakresie możliwości złożenia tylko jednej oferty w postępowaniu (ewentualnie niedopuszczalności złożenia oferty wariantowej);

a w konsekwencji:

7. art. 17 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

(a) odtajnienia dokumentów wykonawców Spectare i FBSerwis, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności w postaci: dokumentów załączonych do wyjaśnień Spectare w zakresie rażąco niskiej ceny (pisma z dnia 18.03.22 r.); dokumentów załączonych do oświadczenia JEDZ, złożonego przez wykonawcę FBSerwis, na potrzeby wykazania przeprowadzenia procedury samooczyszczenia tego wykonawcy;

(b) unieważnienia wyboru oferty Spectare jako najkorzystniejszej; (c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert; (d) odrzucenia oferty FBSerwis jako sprzecznej ze specyfikacją warunków zamówienia oraz ustawą; (e) odrzucenie oferty Spectare jako zawierającej RNC, z uwagi na brak wykazania, że oferta tego wykonawcy nie zawiera RNC lub też z uwagi na brak wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału (ewentualnie, o ile brak jest podstaw do odrzucenia oferty na obecnym etapie w tym zakresie); (f) wezwania wykonawcy Spectare do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili: (1) wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie; (2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Spectare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, NIWA Szczecin Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie.

W dniu 3 czerwca 2022 r. Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe - odpowiedź na odwołanie w którym oświadczył, że uwzględnia przedmiotowe odwołanie w zakresie pkt 3, opisanego wyżej. Z kolei w piśmie procesowym z 6 czerwca 2022 r. uzupełniając swoje stanowisko oświadczył, że uwzględnia również zarzuty opisane w pkt 4.

Na posiedzeniu w dniu 7 czerwca 2022 r. zgłaszający przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, działając na podstawie art. 523 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów opisanych w pkt 4 powyżej.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 7 czerwca 2022 r. oświadczył, że cofa odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów 1-2 oraz 4-7 powyżej. Izba uznała, że oświadczenie o cofnięciu odwołania w zakresie zarzutu opisanego w pkt 4 tj. w zakresie w jakim wykonawca FBSerwis S.A. wniósł sprzeciw - należy uznać za dalej idące, niż oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu. Zgodnie bowiem z przepisem art. 520 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Z kolei w ust. 2 tego przepisu ustawodawca stwierdził, że takie odwołanie, w przypadku jego wycofania, nie

wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Tym samym Izba stwierdziła, że należy uznać, że odwołanie zostało przez Zamawiającego uwzględnione w zakresie zarzutu opisanego w pkt 3 powyżej, w pozostałym Odwołujący złożył oświadczenie o jego wycofaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia, zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący : .....