Sygn. akt: KIO 2846/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 29 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska
Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2024 r przez wykonawcę Saportia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, ul. Miła 17 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego ENEA Nowa Energia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, ul. Kaszubska 2

Uczestnik po stronie odwołującego – wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych MVB S.K. Spółka Komandytowa z siedzibą w Szczecinie, ul. Widuchowska 19

Uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca ARTEM spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy, pl. Kościcieleckich 3

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy)na rzecz wykonawcy Saportia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, ul. Miła 17 tytułem zwrotu 90% uiszczonego wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: …….

……

……

Sygn. akt KIO 2846/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie zabezpieczeń technicznych EW Koronowo podlegającego obowiązkowej ochronie oraz wykonanie zabezpieczeń technicznych EW Smukała podlegającego obowiązkowej ochronie" zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w dniu 17.05.2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U. S: 96/2024 293226-2024.

W dniu 6 sierpnia 2024 r. zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenia do aukcji elektronicznej.

W dniu 9 sierpnia 2024 r. wykonawca Saportia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 lipca 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) Art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy w zw. z art. 232 ust. 1 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i b) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ATREM spółka akcyjna oraz odrzucenia jego oferty i błędne zaproszenie do aukcji w sytuacji, w której doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego w zakresie warunku udziału w postępowaniu w postaci wymogu posiadania Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego I stopnia do klauzulico najmniej POUFNE, w tym określenia w JEDZa, że spełnia warunki, w sytuacji w której na dzień składania ofert ww. wykonawca takim dokumentem nie dysponował;

2) Art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy w zw. z art. 232 ust. 1 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i b) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ATREM spółka akcyjna oraz odrzucenia jego oferty i błędne zaproszenie do aukcji w sytuacji, w której doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego w postaci wymogu dysponowania co najmniej jedną osobą przeszkoloną przez producentów w zakresie instalacji i uruchomienia wdrażanych systemów tj.: Systemu Telewizji Dozorowej (CCTV), Sygnalizacji Włamania i Napadu (SSWiN) oraz systemów integrujących (ZSB) i okablowa strukturalnych (LAN), jakimi według SWZ są:, SSWiN produkcji NEDAP, CCTV – produkcji Bosch, Zintegrowany Syste

Bezpieczeństwa marki GEMOS, LAN pasywa – Panduit, , w tym określenia w JEDZa, że spełnia warunki, w sytuacji w której na dzień składania ofert ww. wykonawca takimi osobami nie dysponował, co wynika z oświadczeń dostawców ww. systemów;
3) Ewentualnie w przypadku braku wykluczenia z ust. 1) lub 2) powyżej, art. 126 ust. 2 ustawy w zw. z art. 232 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy ATREM spółka akcyjna przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej w celu weryfikacji posiadania przez ww. wykonawcę wymaganego Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego I stopnia do klauzuli co najmniej POUFNE, w sytuacji poinformowania zamawiającego o braku takiego świadectwa, co prowadzi do wniosku, ze prowadzenie aukcji elektronicznej i zaproszenie do niej ww. wykonawcy jest nieprawidłowe i może prowadzić do zafałszowania wyniku aukcji, przez udział podmiotu, o którym od samego początku, czyli od dnia składania ofert było wiadomo, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
4) art. 232 ust. 1 ustawy przez zaproszenie do licytacji wykonawcy ATREM spółka akcyjna, który nie spełnia wymogów udziału w postępowaniu opisanych w SWZ.
Wniósł o:
1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej przewidzianej na dzień 9 sierpnia 2024 (zaproszenie z dnia 6 sierpnia 2024);
3. w przypadku przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem wykonawcy ATREM spółka akcyjna o nakazanie unieważnienia wyników aukcji;
4. nakazanie czynności odrzucenia oferty ATREM spółka akcyjna lub ewentualnie do nakazania przeprowadzenia procedury z art. 126 ust. 2 ustawy, czyli wezwania w zakresie weryfikacji posiadania przez ww. podmiot Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego I stopnia do klauzuli co najmniej POUFNE, jako podmiotowego środka dowodowego;
5. powtórzenie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu;
6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów zastępstwa procesowego na podstawie faktury przedłożonej przez pełnomocnika;
7. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z wydruków:
1) https://bip.abw.gov.pl/download/1/1853/FirmyposiadajaceSBP20150130.xls wraz ze stroną https://bip.abw.gov.pl/bip/informacje-niejawne1/nadzor-nad-systememoc/bezpieczenstwoprzemys/148,BEZPIECZENSTWO-PRZEMYSLOWE.html – na fakt braku posiadania dzień 2 sierpnia 2024 r. świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego przez Artem S.A.;
2) https://www.skw.gov.pl/pliki_do_pobrania/SBP_20240701.pdf na fakt braku posiadania przez Artem S.A. świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego;
3) Wyjaśnień z 17 czerwca 2024 r. tj. pytanie 1 oraz odpowiedniego załącznika do protokołu postępowania – na fakt ustalenia, czy ARTEM S.A. był podmiotem zadającym pytanie, a jeśli tak to na fakt potwierdzenia braku posiadania wymaganego świadectwa na moment składania ofert;
4) Mail od Bosch, mail od Ela-Compil oraz mail od Panduit – na fakt braku spełniania warunku przez ARTEM S.A. z rozdz. 5.1.3 lit. b ppkt V SWZ
Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który złożył nie podlegającą odrzuceniu ofertę, zaś dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wykonawców, których oferty nie spełniają wymogów SWZ i powinny podlegają odrzuceniu, stanowi niezgodne z przepisami ustawy ograniczenie szans odwołującego na uzyskanie zamówienia lub na uzyskanie zamówienia za wynagrodzeniem, jakie mogło by być ustalone w toku aukcji elektronicznej z udziałem jedynie uprawnionych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.
W dniu 9 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 12 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca: Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych MVB S.K. Spółka Komandytowa z siedzibą w Szczecinie, ul. Widuchowska 19. Zgłoszenie zostało wniesione przez komplementariusza reprezentującego spółkę. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu orzeczenia na korzyść odwołującego w postaci:
1 uwzględnienia odwołania w całości;
2 nakazania unieważnienia wyników aukcji elektronicznej z dnia 9 sierpnia 2024 z udziałem wykonawcy ATREM S.A. ;
3 nakazanie czynności odrzucenia oferty ATREM S.A. lub ewentualnie do nakazania przeprowadzenia procedury z art. 126 ust.2 ustawy, czyli wezwania w zakresie weryfikacji posiadania przez ww. pomiot Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego I stopnia do klauzuli co najmniej POUFNE, jako podmiotowego środka dowodowego;
4 powtórzenia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu;

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.
Uwzględnienie w całości w sposób wskazany w treści odwołania z dnia 9 sierpnia 2024 roku pozwoli na prawidłową ocenę zobowiązań i dopuszczenie udziału w postępowaniu tylko tych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Przystępujący, podobnie jak odwołujący, jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Niestety dotychczasowe działanie zamawiającego w postaci zaniechania, a w konsekwencji dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, którego oferta nie spełnia wymogów SWZ i powinna podlegać odrzuceniu stanowi niezgodne z przepisami ustawy ograniczenie szans odwołującego jak i przystępującego do odwołania na uzyskanie zamówienia lub na uzyskanie zamówienia za wynagrodzeniem, jakie mogło by być ustalone w toku aukcji elektronicznej z udziałem jedynie uprawnionych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Takie działanie zamawiającego stanowi rażące naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
W dniu 12 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca ARTEM spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy, pl. Kościcieckich 3. Zgłoszenie zostało wniesione przez członka zarządu i prokurenta, a do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Interes przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przejawia się w tym, że przystępujący został zaproszony do aukcji elektronicznej, co stwarza szansę na pozyskanie zamówienia. Tymczasem odwołujący zmierza do odrzucenia oferty ATREM. Ewentualne uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia zaproszenia i może skutkować utratą przez przystępującego szansy na pozyskanie zamówienia. Oczywistym jest, że może to spowodować szkodę w majątku przystępującego, który w razie uwzględnienia odwołania nie osiągnie ani przychodu na poziomie zakładanej przez niego oferty cenowej, ani zakładanego zysku.
Przystępujący nie zgadza się z zarzutami podniesionymi w odwołaniu, uznając je za bezzasadne. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.
W dniu 27 sierpnia 2024 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w całości.
Izba zważyła, co następuje:
Izba nie stwierdziła zaistnienia podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 ustawy.
Izba dopuściła Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych MVB S.K. Spółka Komandytowa z siedzibą w Szczecinie, ul Widuchowska 19 i ARTEM spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy, pl. Kościcieckich 3 w charakterze uczestników postępowania odpowiednio po stronie odwołującego i po stronie zamawiającego.
Odwołujący jednoznacznie i wyraźnie oświadczył, że cofa odwołanie w całości. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 520 ust. 1 i 2 ustawy, które stanowią, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W tym stanie rzeczy Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania, działając na podstawie art. 568 ust. 1 ustawy.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 3 lit a cyt. rozporządzenia nakazując zwrot odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 90% uiszczonego wpisu.
Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….

……

…….