

POSTANOWIENIE
z dnia 13 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 13 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez:

I. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego M. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Magnum M. J. w Łodzi i W. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Wibud” – W. S. w Łodzi sygn. akt: KIO 3572/23,

II. odwołującego Sandfield Sp. z o.o. w Warszawie sygn. akt: KIO 3577/23,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Łódź przy udziale wykonawców:

– M. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „CHYBO-TEX” M. N. w Łodzi przystępującej do postępowania odwoławczego sygn. akt: KIO 3572/23 po stronie zamawiającego,

– A. S. i B. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „CIS” S.C. A. S., B. S. w Łasku przystępujących do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 3572/23 po stronie zamawiającego,

– S. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe „BUD DROG” S. P. w Koluszkach i S. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma NEDAP S. P. w Łodzi przystępujących do postępowania odwoławczego sygn. akt: KIO 3577/23 po stronie zamawiającego,
postanawia:

I. W przedmiocie odwołania sygn. akt: KIO 3572/23:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego M. J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Magnum M. J. w Łodzi i W. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Wibud” – W. S. w Łodzi kwoty 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

I. W przedmiocie odwołania sygn. akt: KIO 3577/23:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz odwołującego Sandfield Sp. z o.o. w Warszawie kwoty 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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
postanowienia z dnia 13 grudnia 2023 r.
w sprawach sygn. akt: KIO 3572/23, KIO 3577/23

Zamawiający Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi, działający jako podmiot wykonujący zadania centralnego zamawiającego, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Kompleksowe oczyszczanie dróg w sezonie zimowym i letnim na terenie Miasta Łodzi w okresie od dnia zawarcia umowy, nie wcześniej niż od 01.04.2023 r. do dnia 30.06.2025 r.”, podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 lutego 2023 r. pod nr 2023/S 036-105882. Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3572/23:

W dniu 27 listopada 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w części II postępowania – rejon III – obszar Polesie, Śródmieście wniosło konsorcjum: M. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Magnum M. J. ul. Przelajowa 4 lok. 253, 94-044 Łódź i W. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Wibud” – W. S. ul. Przelajowa 4 lok. 253, 94-044 Łódź (dalej zwane „odwołującym” lub „odwołującym konsorcjum Wibud”). Odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów i informacji bezzasadnie zastrzeżonych przez wykonawców: a) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „CIS” s.c. A. S., B. S. ul. Warszawska 42 98-100 Łask, b) „CHYBO-TEX” M. N. ul. Zagrodowa 10/12 93-354 Łódź, c) konsorcjum Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „SOFT” s.c. Usługi Komunalno - Transportowe P. G. i M. G. ul. Konarskiego 34 95-039 Sokolniki i P.H.U. „SOFT II” Usługi Komunalno - Transportowe M. G. ul. Mielczarskiego 28/30 lok. 7 91-067 Łódź jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dokumentów/dowodów złożonych przez wymienionych powyżej wykonawców, pomimo że wykonawcy nie przedstawili wyjaśnień ani dowodów, które uzasadniałyby skuteczne zastrzeżenie tajemnicy. Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i odtajnienia nieskutecznie zastrzeżonych oświadczeń i dokumentów wskazanych wykonawców.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3577/23:

W dniu 27 listopada 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w części IV postępowania – rejon V – obszar Widzew wniósł wykonawca Sandfield Sp. z o.o. ul. Puławska 111A/86, 02-707 Warszawa (dalej zwany „odwołującym” lub „odwołującym Sandfield”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 74 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu dokumentów konsorcjum zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny (w części zastrzeżonej) wraz z załącznikami, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania przez zastrzeżone informacje przesłanek umożliwiających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uznania za nieskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów konsorcjum S. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe „BUD DROG” S. P. w Koluszkach i S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma NEDAP S. P. w Łodzi, tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, i udostępnienie ich odwołującemu oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba stwierdziła spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1 - 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego:

- M. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „CHYBO-TEX” M. N. ul. Zagrodowa 10/12, 93-354 Łódź (dalej zwana jako „przystępujący Chybotex”) w postępowaniu sygn. akt: KIO 3572/23,
- A. S. i B. S. prowadzące działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „CIS” S.C. A. S., B. S. ul. Warszawska 42. 98-100 Łask (dalej zwanych jako „przystępujący konsorcjum Cis”) w postępowaniu sygn. akt: KIO 3572/23,
- S. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe „BUD DROG” S. P. Zawila 23, 95-040 Koluszki i S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma NEDAP S. P. ul. Piotrkowska 213/4, 90-451 Łódź (dalej zwanych jako „przystępujący konsorcjum Buddrog”) w postępowaniu sygn. akt: KIO 3577/23.

Dalej skład orzekający stwierdził, że w dniu 11 grudnia 2023 r. wpłynęły do Izby odpowiedzi na wniesione odwołania, w których wskazano, że zamawiający w całości uwzględnił środki zaskarżenia wniesione w sprawach sygn. akt: KIO 3572/23 i KIO 3577/23.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, które odbyło się w dniu 13 grudnia 2023 r. przystępujący Cis i przystępujący Chybotex oświadczyli, że nie wnoszą sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w sprawie sygn. akt: KIO 3572/23.

Ponadto, na posiedzeniu nie stawił się przystępujący w sprawie sygn. akt: KIO 3577/23 konsorcjum Buddrog, który zgodnie z aktami postępowania odwoławczego został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia/rozprawy (zawiadomienie z dnia 06.12.23 r. w aktach sprawy). Jak również w dniu 13 grudnia 2023 r. przystępujący konsorcjum Buddrog przekazał Izbie zwolnienie lekarskie pani S.P., która zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 21 lipca 2023 r. złożonym wraz z ofertą, jest uprawniona do składania oświadczeń w imieniu konsorcjum. Co istotne, przystępujący konsorcjum Buddrog nie zdecydował się na złożenie wniosku o odroczenie posiedzenia w związku z faktem przebywania pani S.P. na zwolnieniu.

W ocenie składu orzekającego, gdyby przystępujący konsorcjum Buddrog uważał, że dla obrony jego praw konieczne jest odroczenie sprawy, to profesjonalista (a takim jest wykonawca działający na rynku zamówień publicznych) złożyłby wniosek o odroczenie posiedzenia, czego nie zrobiono. Przystępujący nie zdecydował się również udzielić dalszego pełnomocnictwa innej osobie, celem reprezentacji swoich interesów. Warto zaznaczyć, że odwołanie dotyczy weryfikacji dokumentów składanych przez przystępującego w przetargu tj. prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, pełnomocnik nie musi mieć szczegółowej, unikatowej merytorycznej wiedzy, skoro przedmiotem sporu jest badanie i ocena tego, co wcześniej złożono przed zamawiającym. Przystępujący miał również możliwość złożenia stanowiska pisemnego w sprawie ewentualnego sprzeciwu (sprzeciw można wnieść w formie pisemnej lub ustnie do protokołu), czego także nie uczyniono.

Konkludując, przystępujący konsorcjum Buddrog nie stawił się na posiedzeniu, co należało poddać ocenie przez pryzmat art. 549 ust. 4 p.z.p. – niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego przystępującego na posiedzeniu stanowi *de facto* rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym i o braku zgłoszenia ewentualnego sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania.

Skład orzekający wskazuje dalej, że zgodnie z art. 522 ust. 1 p.z.p., jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zatem na kanwie tej normy przesłankami obligującymi Izbę do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, które muszą zaistnieć łącznie są: 1) skuteczne oświadczenie woli zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, 2) brak oświadczenia przystępującego co do wniesienia sprzeciwu, względem autorewizji zamawiającego.

Zdaniem składu orzekającego w ustalonym stanie rzeczy moment zamknięcia posiedzenia stanowił stanowiący termin na złożenie oświadczenia o sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Posiedzenie jest etapem, na którym zapada decyzja o skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie, zaś do tego konieczne jest istnienie w sprawie sporu, który Izba może rozstrzygnąć. Wniesienie sprzeciwu przez przystępującego stanowi więc *conditio sine qua non* kontynuacji postępowania odwoławczego w sytuacji, gdy zamawiający uznaje za zasadne zarzuty postawione przez odwołującego – ponieważ skutkiem prawnym braku sprzeciwu uczestnika postępowania jest materialny zanik sporu. Natomiast w kontradiktoryjnym procesie przed Krajową Izbą Odwoławczą istnienie sporu warunkuje możliwość wydania merytorycznego rozstrzygnięcia i wobec braku oświadczenia przystępującego o sprzeciwie, sprawa nie zostanie skierowana na rozprawę. Izba zatem zobligowana jest – w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego – do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego, poprzez umorzenie postępowania odwoławczego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniami, skład orzekający stwierdził, że zamawiający pismem z dnia 11 grudnia 2023 r. w sposób skuteczny wyraził wolę uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniach, natomiast na wyznaczonym posiedzeniu przystępujący Cis i przystępujący Chybotex skutecznie oświadczyli, że nie wnoszą sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w sprawie sygn. akt: KIO 3572/23,

zaś przystępujący w sprawie KIO 3577/23 konsorcjum Buddrog nie zdecydował się na pisemne wniesienie sprzeciwu, nie stawił się na posiedzeniu, o którym został prawidłowo zawiadomiony, nie wniósł także o odroczenie posiedzenia, rezygnując ze swojego prawa do wniesienia ewentualnego sprzeciwu.

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 522 ust. 2 p.z.p. i zobligowana była postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Na marginesie można zaznaczyć, że należy zgodzić się z odwołującymi, iż brak wykazania spełnienia przesłanki formalnej art. 18 ust. 3 p.z.p. – podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi działań w celu utrzymania ich w poufności, czyli brak udowodnienia, że zastrzegane informacje faktycznie stanowią tajemnicę gospodarczą (poprzez złożenie adekwatnych dowodów dotyczących podejmowanych działań celem ochrony tajemnicy) – skutkuje uznaniem zastrzeżenia tajemnicy za nieskuteczne, zaś w ustalonym stanie rzeczy takich właściwych dowodów nie dołączono do zastrzeżenia wyjaśnień sposobu kalkulacji cen, co powodowałoby konieczność nakazania odtajnienia tych danych (np. adekwatny do ustalonego stanu rzeczy wywód zawarty w wyroku z dnia 09.05.2023 r. sygn. akt: KIO 1141/23, por. też wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie: z dnia 01.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 53/21, z dnia 24.11.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 87/21, i z dnia 24.02.2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 133/21).

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym koszty stron postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, a także Izba nakazuje dokonanie zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:

.....