

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 18 grudnia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 18 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2020r. przez **wykonawcę Jimmy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 13**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie, ul. Chmielna 100**

przy udziale **wykonawcy FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 3194/20 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie,**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Jimmy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 13** tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

## **Sygn. akt KIO 3194/20**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na konserwację oświetlenia ulicznego na terenie m.st. Warszawy, obejmująca 10 rejonów na terenie dzielnic: Białołęka, Bielany, Mokotów, Ochota, Praga-Południe, Praga-Północ, Rembertów, Śródmieście, Targówek, Ursynów, Wawer, Wesoła, Wilanów, Włochy, Wola, Żoliborz na ulicach krajowych, wojewódzkich, powiatowych i gminnych” nr postępowania ZDM/UM/DZP/38 /PN/33/20” , część nr 3 zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2020 za numerem 2020/S 091-217498.

## **Sygn. akt KIO 3194/20**

W dniu 23 listopada 2020r. zamawiający poinformował wykonawcę Jimmy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie – dalej odwołującego o odtajnieniu informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej uznając, że odwołujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 3 grudnia 2020r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 grudnia 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu komplementariusza ujawnionego w KRS i upoważnionego do reprezentacji odwołującego. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 3 grudnia 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez uznanie, iż odwołujący składając dokumenty tj. wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny zawartych w Załączniku nr 1 do pisma przewodniego zaznaczone kolorem czerwonym oraz dokumenty wydzielone jako załączniki niejawnie do Załącznika nr 1, nie wykazał tj. nie udowodnił skutecznie, że wskazane przez niego informacje i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a ponadto uznanie, iż wskazanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że stanowią one tajemnicę, powinno nastąpić przed upływem terminu do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień.
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odtajnienia części wyjaśnień wraz z dowodami w przedmiocie rażąco niskiej ceny zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania w przypadku prawidłowego działania zamawiającego część wyjaśnień wraz z dowodami w przedmiocie rażąco niskiej ceny zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, w dalszym ciągu podlegałyby ochronie w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 3 grudnia 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 7 grudnia 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca FBSerwis spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie wnosząc o jego oddalenie. Przystępujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, bowiem złożył w postępowaniu ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu. Rozstrzygnięcie odwołania na korzyść zamawiającego i tym samym utrzymanie decyzji zamawiającego o odtajnieniu informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa ułatwi odwołującemu weryfikację tych wyjaśnień i w konsekwencji podważenie prawidłowości jego oferty i doprowadzenie do jej odrzucenia. Tym samym, otworzy to przystępującemu drogę do wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 sierpnia 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 7 grudnia 2020r.

W dniu 17 grudnia 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 3 grudnia 2020 r. (zwane dalej „odwołaniem nr 2”) wniesione przez JIMMY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa uwzględniam odwołanie w całości w zakresie wszystkich zarzutów odwołującego nr 2, zarzuty 1) — 2) odwołania, które zostanie zrealizowane poprzez unieważnienie czynności odtajnienia części wraz z dowodami w przedmiocie rażąco niskiej ceny zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz niedokonanie ujawnienia treści części wyjaśnień w toku postępowania.

Odwołujący złożył opozycję wobec przystąpienia FBSerwis argumentując, że interes FBSerwis miał się sprowadzać do możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami i kwestionowania najkorzystniejszej oferty, ale odwołujący składając wyjaśnienia podzielił je na cztery części część jawną szczegółowo odnoszącą się do elementów wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu, załącznik nr 1 częściowo zawierający informacje objęte zastrzeżeniem oraz jawne dowody i dowody objęte zastrzeżeniem. Tak skonstruowane wyjaśnienia nie stanowiły przeszkody dla FBSerwis do wniesienia odwołania w sprawie sygn. akt KIO 3209/20 i co więcej FBSerwis podniósł te sam zarzuty i argumentację, co we wcześniejszym odwołaniu, które składał w niniejszej sprawie. W ocenie odwołującego przedmiotowe przystąpienie nie służy ochronie interesu realizowanego w postępowaniu o

udzielenie zamówienia, ale ma na celu uzyskanie przewagi konkurencyjnej w przyszłości, przez zapoznanie się z ofertami podwykonawców, dostawców i rabatami odwołującego, co w ocenie odwołującego nie uzasadnia istnienia interesu w przystąpieniu.

Zamawiający przyłączył się do opozycji.

FBSerwis wniósł o oddalenie opozycji wskazując, że ma interes, gdyż nie mógł sformułować wszystkich potencjalnych zarzutów czy argumentacji, jaka mógłby podnieść gdyby zapoznał się z całą treścią wyjaśnień, w tym z dowodami. Wskazał, że podniósł w odwołaniu KIO 3209/20 zarzuty oparte właśnie o udostępnione mu wyjaśnienia – dotyczące zegara astronomicznego, a ponadto w poprzednim postępowaniu odwoławczym zamawiający był w toku badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, więc wówczas podnoszenie zarzutów do wyniku tej czynności (którego nie było) byłoby przedwczesne.

Na posiedzeniu z udziałem stron przystępujący FBSerwis oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba postanowiła oddalić opozycję wskazując, że interes w przystąpieniu nie jest wyłącznie interesem prawnym, ale jest rozumiany szeroko także jako interes ekonomiczny, gospodarczy. W ocenie Izby możliwość zapoznania się przez wykonawców z wszelkimi dokumentami składanymi w toku postępowania jest przejawem realizacji zasady jawności postępowania, a także zasady przejrzystości. Tym samym nie można wykluczyć, że FBSerwis mając możliwość zapoznania się z pełnymi wyjaśnieniami użył by innej argumentacji niż oparta na KNR/KNNRach, bądź może mógłby podnieść inne zarzuty, których nie podniósł nie znając wyjaśnień, możliwe jest też, że znając pełną treść wyjaśnień inaczej oceniłby czynności zamawiającego – jako niewadliwe. Tym samym przyłączenie się do stanowiska zamawiającego o odtajnieniu wyjaśnień odwołującego jest w ocenie Izby przejawem dbałości o interes przystępującego i ochronę jego pozycji w postępowaniu i dlatego Izba uznała, że opozycja zasługuje na oddalenie.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba dopuściła zgłaszającego się przystępujących w charakterze uczestników postępowania.

Z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego wynika, że zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca nie wniósł sprzeciwu. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 186 ust. 3 ustawy, która stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie 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.

Konsekwencją zastosowania tej normy prawnej jest obowiązek umorzenia postępowania przez Izbę, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji rozstrzygnięcia. Zamawiający jest zobowiązany do wykonania czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt. 1 koszty postępowania Izba wzajemnie zniósła. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 ze zm. z 2016r. pod. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący:** .....