

POSTANOWIENIE
z dnia 12 kwietnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 12 kwietnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 roku przez wykonawcę: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Powiat Włocławski

przy udziale wykonawcy: SolarSpot Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 838/21 po stronie Odwołującego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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: Powiat Włocławski wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż urządzeń odnawialnych źródeł energii w ramach zadania: „Budowa instalacji fotowoltaicznych dla jednostek organizacyjnych Powiatu Włocławskiego z efektem ekologicznym”, nr zamówienia: ZP.272.1.17.2020.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 sierpnia 2020 r. pod nr 2020/S 152-370557.

Odwołujący: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 21 października 2020 r. powziął wiadomość o pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Solar Breaker, w warunkach gdy oferta innego wykonawcy SolarSpot Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach nie została – zdaniem Odwołującego - odrzucona w ramach przedmiotowego przetargu.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 2 listopada 2020 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 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej ustawą PZP:

1. art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Solar Breaker, JSB i SOLARSPOT w sytuacji, gdy wykonawcy ci, wezwani przez Zamawiającego do wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny, nie wykazali w sposób dostateczny, że zaoferowana przez nich cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny, gdyż:

a. Solar Breaker przedstawił jedynie ogólne twierdzenia o możliwości zaoferowania niższej ceny z uwagi na zakup modułów bezpośrednio od producentów, korzystaniu z własnych ekip montażowych oraz wypracowaniu korzystnych rabatów, bez przedstawienia jakichkolwiek dowodów na poparcie ww. twierdzeń (np. ofert dostawców czy producentów oferowanych urządzeń), bez wskazania i wyliczenia kosztów ponoszonych przy realizacji zamówienia, w tym rzeczywistych kosztów materiałów, kosztów zatrudnienia ekip montażowych, a także bez przedstawienia jakiegokolwiek kalkulacji ceny ofertowej, przy jednoczesnym przedłożeniu jedynie „przykładowego cennika hurtowni fotowoltaicznej”, pozostającego bez żadnego związku ze sposobem kalkulacji jego ceny ofertowej (bowiem nie odnosi się on do cen tych konkretnych urządzeń, które zostały zaoferowane w Postępowaniu);

b. Wykonawca JSB przedstawił:

i. ogólne twierdzenia o uzyskaniu pomocy publicznej - nie wskazując jednocześnie, jaki konkretnie wpływ na cenę zamówienia miała otrzymana pomoc publiczna,

ii. ogólne twierdzenia o uzyskiwaniu rabatów od dostawców, przedstawiając na potwierdzenie tej okoliczności dowód dotyczący jedynie przykładowych rabatów (a więc nie tych, które stanowiły podstawę kalkulacji ceny ofertowej) otrzymanie pomocy publicznej, koszty pozyskania materiałów (urządzeń) niezbędnych do wykonania poszczególnych instalacji itp.,

iii. kosztorysy „szczegółowe” dotyczące poszczególnych instalacji fotowoltaicznych, jednak przedstawił je na poziomie ogólnym, w odniesieniu do „kompletów” poszczególnych kategorii prac, stanowiącym w istocie jedynie rozbięcie ceny ofertowej na odpowiednio 8 lub 9 kategorii kosztowej, co nie pozwala na weryfikację przyjętych przez JSB założeń i kosztów, gdyż nie obrazuje kosztów poszczególnych urządzeń wykorzystywanych do realizacji przedmiotu zamówienia, nakładów pracy (w szczególności liczby roboczogodzin) niezbędnych na wykonanie prac montażowych ani poziomu jakichkolwiek innych kosztów;

jednocześnie nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów dotyczących kosztów ponoszonych przy realizacji zamówienia oraz faktów wskazanych w wyjaśnieniach, w szczególności potwierdzających: zatrudnienie pracowników za stawkę 25 zł za roboczogodzinę, zapewnienie noclegu za kwotę 25 zł / dobę, dotyczących wyliczenia ceny w całości, tym niemniej Odwołujący podejrzewa, że również jego wyjaśnienia zostały przygotowane w sposób ogólnikowy i nie zostały poparte żadnymi dowodami, a tym samym nie wykazują w sposób dostateczny, aby zaoferowana przez niego cena nie była ceną rażąco niską,

c. Wykonawca SOLARSPOT zastrzegł swoje poufność całości swoich wyjaśnień uzyskiwanych od firmy EMITER, bez jednoczesnego wskazania cen konkretnych urządzeń i tego, jak owe ceny i uzyskiwane rabaty przełożyły się na koszty wykonania zamówienia,

2. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010, ze zm.; dalej: „ustawa ZNK”) poprzez zaniechanie ujawnienia Odwołującemu informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawców JSB i SOLARSPOT jako zawierających rzekomo tajemnicę przedsiębiorstwa tych wykonawców, tj. odpowiednio:

a. części wyjaśnień JSB dotyczących wyliczenia ceny, tj. dowodu potwierdzającego przykładowe ceny i rabaty z firmy EMITER - pomimo iż wykonawca ten, składając wyjaśnienia, nie wykazał, aby informacje te stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem; nie wskazał, jaką mają one wartość gospodarczą oraz czy wykonawca JSB podjął,

przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, tym bardziej nie zostały dołączone jakiegokolwiek dowody potwierdzające podjęcie takich działań,

b. całości wyjaśnień SOLARSPOT dotyczących wyliczenia ceny, w tym chociażby samego uzasadnienia (wykazania) objęcia ww. wyjaśnień zastrzeżeniem poufności, pomimo iż SOLARSPOT zdaniem Odwołującego nie wykazał w sposób dostateczny, aby zastrzegane informacje stanowiły jego tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności nie wykazał w sposób dostateczny wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie wykazał i nie udowodnił (nie załączył dowodów na potwierdzenie swoich wywodów) podjęcia czynności zapobiegających ich ujawnieniu, przy czym całość lub przynajmniej część tych wyjaśnień (w tym również uzasadnienie objęcia ich zastrzeżeniem poufności) tajemnicy przedsiębiorstwa stanowić nie może, ponieważ sama w sobie nie zawiera tajemnicy przedsiębiorstwa (informacji posiadających wartość gospodarczą), a tym samym informacje te winny zostać przez Zamawiającego ujawnione.

Podnosząc ww. zarzuty wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie ofert złożonych przez Sotar Breaker, JSB i SOLARSPOT,
4. nakazanie Zamawiającemu ujawnienie informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez JSB oraz SOLARSPOT jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wyrokiem z dnia 25 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2831/20 i KIO 2869/21 inny Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w pkt 1 sentencji uwzględnił odwołanie o sygnaturze akt KIO 2831/20 w całości oraz uwzględnił odwołanie o sygnaturze akt KIO 2869/20 w zakresie zarzutu dotyczącego artykułu 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do oferty Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o., a także zarzutu dotyczącego artykułu 8 ust. 1 i 3, w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do ofert Wykonawców SolarSpot sp. z o.o. oraz Wykonawcy J. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą JSB Construction J. S. i nakazał Zamawiającemu:

- odrzucenie oferty Wykonawcy Solar Breaker sp. z o.o.,
- odtajnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawców SolarSpot sp. z o.o. (tj. wyjaśnień złożonych w dniu 15 września 2020 roku wraz z załącznikami) oraz Wykonawcy J. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą JSB Construction J. S. (tj. dokumentu stanowiącego załącznik nr 2 do wyjaśnień złożonych w dniu 11 września 2020 roku).

Jednocześnie w pkt 2 tejże sentencji wyroku Skład Orzekający Izby oddalił odwołanie o sygnaturze akt KIO 2869/20 w zakresie zarzutu dotyczącego art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do oferty: Wykonawcy SolarSpot sp. z o.o. oraz Wykonawcy J. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą JSB Construction J. S. .

W dniu 5 marca 2021 r. w wykonaniu powyższego wyroku KIO Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, tym razem wykonawcy: SolarSpot Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 15 marca 2021 r. wniósł drugie 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 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej ustawą PZP:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SolarSpot pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”), a w rezultacie poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP2004;

Z daleko posuniętej ostrożności, zarzucam Zamawiającemu również naruszenie

2) art. 87 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy SolarSpot do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty w sytuacji, gdy z treści złożonych przez niego wyjaśnień dotyczących realności zaoferowanej ceny nie wynika, by wykonawca ten objął ofertą wszystkie wymagane przez Zamawiającego świadczenia, a zarazem podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą (dalej jako „KIO” lub „Izba”) w sprawie o sygn. KIO 2831/20, KIO 2869/20 SolarSpot przekazał informację, że nie zakłada realizacji niektórych świadczeń, chociaż zostały one wyspecyfikowane w SIWZ i załącznikach.

W związku z powyższym, wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 PZP:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenie oferty SolarSpot,
4. a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu.

Z ostrożności procesowej, gdyby w ocenie Izby odrzucenie oferty SolarSpot należało poprzedzić wezwaniem do złożenia wyjaśnień, wnosił o nakazanie:

5. wezwania SolarSpot do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 PZP2004, w celu ustalenia, czy jego oferta obejmuje realizację wszystkich wymaganych przez Zamawiającego świadczeń, w tym w szczególności w zakresie wykonywania czynności serwisowych oraz mycia paneli fotowoltaicznych w całym okresie gwarancji (7 lat).

Ponadto wnosił o:

6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie;

7. dopuszczenie i przeprowadzenie powoływanych w odwołaniu dowodów na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, w tym w szczególności o przeprowadzenie dowodu z protokołu z postępowania odwoławczego prowadzonego w sprawie Postępowania pod sygn. akt: KIO 2831/20, KIO 2869/20.

W dniu 22 marca 2021 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca: SolarSpot Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach.

W dniu 1 kwietnia 2021. Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym na podstawie art.528 pkt 3 i 4 w związku z art.529 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym akt sprawy odwoławczej, a także odwołania i wyroku KIO sygn. akt KIO 2831/20 i KIO 2869/21, a także protokołu z rozprawy w tej sprawie Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 i 4 w związku z art.529 ust.1 ustawy Pzp, dzielając argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 1 kwietnia 2021 r.

W pierwszej kolejności, Izba uznała, że Odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania już na etapie poprzedzającym wniesienie pierwszego odwołania, bowiem obok skonstruowania przez

niego wtedy zarzutu odnoszącego się do rażąco niskiej ceny, opartego o twierdzenie, że cena jest nierealna powinien być również zgłosić w terminie ustawowym – jak chce obecnie - zarzut sprzeczności treści oświadczenia woli SolarSpot Sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach z pkt XII.3. SIWZ dotyczącym sposobu wyliczenia ceny ofertowej przez wykonawców, która powinna zawierać wszelkie koszty związane z wykonaniem całości przedmiotu zamówienia, w szczególności (lecz nie wyłącznie): koszty pracy, koszty materiałów, wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, badania wskazane w SST, pomiary, dokumentację powykonawczą, geodezyjną inwentaryzację powykonawczą, koszty udzielonej gwarancji i rękojmi.

W ocenie Izby – ta kwestia sporna została przez Izbę rozstrzygnięta w powyższym wyroku z dnia 25 listopada 2020 r., gdzie tamten Skład Orzekający Izby jednoznacznie orzekł w pkt 2 tejże sentencji wyroku o oddaleniu odwołania o sygnaturze akt KIO 2869/20 w zakresie zarzutu dotyczącego art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do oferty: Wykonawcy SolarSpot sp. z o.o., tym samym uznając, że cena oferty jest prawidłowa.

Jeżeli cena byłaby niewłaściwie skalkulowana i nie obejmowała spornych elementów, to cena taka byłaby ceną rażąco niską, a takiej poprzedni Skład Orzekający nie dopatrył się.

W swoim uzasadnieniu Skład Orzekający Izby motywował, że „Odwołujący FBService S.A. nie wykazał, aby cena zaoferowana przez Wykonawcę SolarSpot sp. z o.o. była rażąco niska. Wbrew twierdzeniu Odwołującego FBService S.A., Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. ujął w swojej kalkulacji koszty ogrodzenia i instalacji odgromowej. Należy podkreślić, że Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. sporządził kalkulację, która odzwierciedlała kosztorys Zamawiającego. Okoliczność zatem, że nie zostały w niej opisane wszystkie koszty, jakich oczekiwałby Odwołujący FBService S.A., nie oznacza, że nie zostały one ujęte w sporządzonym kosztorysie. Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. wyjaśnił, że takie koszty, jak gwarancja, czy rękojmia, zostały ujęte w cenie materiałów. Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. złożył, stosownie do wezwania Zamawiającego, wyjaśnienia wraz z dowodami. Z wyjaśnień, w tym ze złożonej kalkulacji wynikało, że Wykonawca SolarSpot sp. z o.o. skalkulował koszty zamówienia. Odwołujący FBService S.A. nie wykazał, aby przyjęte przez Wykonawcę SolarSpot sp. z o.o. koszty były nierealne.”.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem przepisu art.515 ust.1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli

informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Natomiast przepis art.515 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Wymaga podkreślenia, że możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej przez wykonawców została ściśle ograniczona przez ustawodawcę powyższymi terminami zawitymi, które przewidział on w celu maksymalnego skrócenia procedury odwoławczej, przykładowo nie przewidział on możliwości prawnej jakiegokolwiek przywrócenia terminu do wniesienia odwołania, nawet w szczególnych okolicznościach.

Wobec tego, Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący mógł skorzystać ze środka ochrony prawnej najpóźniej licząc powyższy termin ustawowy od dnia następującego po dniu 20 listopada 2020 r., wiedząc o tym, że konkurent nie wycenił wszystkich kosztów, co potwierdza protokół z rozprawy, gdzie wskazano, że: „...Nikt nie kwestionuje, że ceny fotowoltaiki spadły. Wykonawca nie wycenił wszystkich elementów. Par. 10 ust. 8 projektu umowy wskazuje na coroczny przegląd oraz mycie paneli fotowoltaicznych, są to koszty nieuwzględnione. Istotne jest, że urządzenia są zainstalowane na dachach, muszą więc być specjalnie zabezpieczone i wymaga to dużego nakładu pracy. Ponadto do obowiązków będzie należała instalacja przeciwpożarowa, budowa ogrodzenia plus ww. serwis i mycie...”.

Wobec powyższego Izba uznała, że zaszła przesłanka z przepisu art.528 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Odwołujący ponownie powołuje się na te same, zgłaszane okoliczności, podczas gdy w tym względzie zachodzi res iudicata.

Zmiana podstawy prawnej samego zarzutu z art.90 ust.1 ustawy PZP na art.89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP nie powoduje, że zmieniają się okoliczności faktyczne, które były już przez Odwołującego podnoszone we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym.

Stosownie do przepisu art. 528 pkt 4 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były

przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....