

Sygn. akt: KIO 1715/21

POSTANOWIENIE
z dnia 13 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 13 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2021 r. przez **wykonawcę MMT IDEA sp. z o.o. z siedzibą w Tczwie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale **wykonawcy Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy MMT IDEA sp. z o.o. z siedzibą w Tczwie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej 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 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), którego przedmiotem jest *„Konserwacja i utrzymanie 20 stacji prostownikowych oraz linii kablowych SN i nN na terenie miasta Wrocławia wraz ze świadczeniem zdalnego sterowania i obsługi Centralnej Dyspozytorni Mocy z prawem opcji w zakresie przedłużenia terminu realizacji zamówienia.” nr postępowania: KU.241/pn6_2021/PC*. Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (ogłoszenie z dnia 26 lutego 2021 r. za numerem 2021/S 040-101075).

W dniu 7 czerwca 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca MMT IDEA sp. z o.o. z siedzibą w Tczwie – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało wniesione wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. zaniechania udostępnienia pełnej treści załączników do protokołu postępowania (a to treści wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – dalej jako „ZSIZ” lub Przystępujący), pomimo, że załączniki te winny być jawne, ze względu na nieskuteczne zastrzeżenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” przez wykonawcę ZSIZ,

2. niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności utajnienia treści wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę ZSIZ, pomimo, że wyjaśnienia te i załączone do nich dowody winny być jawne i udostępniane pozostałym wykonawcom,

3. zaniechania odtajnienia treści wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę ZSIZ, pomimo, że wykonawca ZSIZ nieskutecznie zastrzegł je jako rzekomą „tajemnicę przedsiębiorstwa”,

z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów związanych z nieodtajnieniem treści wyjaśnień i dowodów, utajnieniem tej części załączników i ich nieudostępnieniem na wniosek Odwołującego:

4. niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez wykonawcę ZSIZ, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona na

podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, ponieważ wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawcę ZSIZ nie wyjaśniają zaoferowanej ceny,

5. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZSIZ, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, ponieważ wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawcę ZSIZ nie wyjaśniają zaoferowanej ceny,

6. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZSIZ, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, ponieważ została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tj. zawiera ceny drapieżne oraz stosuje niedozwoloną inżynierię cenową.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 74 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 w zw. z art. 73 ust. 1 ustawy pzp, poprzez jego nie zastosowanie, a w konsekwencji bezpodstawne nieudostępnienie Odwołującemu, na złożony przez niego wniosek, załączników do protokołu postępowania, a to treści wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę ZSIZ, pomimo faktu, że załączniki te winny być jawne, ze względu na nieskuteczne zastrzeżenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” przez wykonawcę ZSIZ oznaczające (zgodnie z orzecnictwem) wyrażenie przez tego wykonawcę zgody na ich ujawnienie, czym Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy pzp),

2) art. 18 ust. 3 ustawy pzp, poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji utajnienie (nie ujawnienie) oraz nieodtajnienie treści wyjaśnień ceny ofertowej (wraz z dowodami) złożonych przez wykonawcę ZSIZ, pomimo faktu, że wykonawca ZSIZ nieskutecznie zastrzegł powyższe jako „tajemnicę przedsiębiorstwa”, podczas gdy przepis art. 18 ust. 3 ustawy pzp wymaga wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa czym Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy pzp),

z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów głównych oznaczonych liczbami 1 i 2 – Odwołujący sformułował następujący zarzut ewentualny (rozpoznawany wyłącznie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 1 oraz 2):

3) zarzut ewentualny 1 – art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzuconie oferty wykonawcy ZSIZ pomimo faktu, że wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawcę ZSIZ nie wyjaśniają zaoferowanej ceny, co z kolei doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy ZSIZ jako najkorzystniejszej w

postępowaniu, czym Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy pzp),

z najdalej posuniętej ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów głównych oznaczonych liczbami 1 i 2 oraz zarzutu ewentualnego 1 (oznaczonego liczbą 3), mając na uwadze brak dostępu Odwołującego do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ZSIZ – Odwołujący sformułował następujący zarzut ewentualny (rozpoznawany wyłącznie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów głównych 1 oraz 2 oraz nieuwzględnienia również zarzutu ewentualnego 1 (oznaczonego liczbą 3):

4) zarzut ewentualny 2 – art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty wykonawcy ZSIZ pomimo faktu, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tj. zawiera ceny drapieżne oraz stosuje niedozwoloną inżynierię cenową (opisane w uzasadnieniu odwołania), co z kolei doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy ZSIZ jako najkorzystniejszej w postępowaniu, czym Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy pzp).

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania (w szczególności: treści SIWZ, wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę ZSIZ zawierających zastrzeżenie „tajemnicy przedsiębiorstwa”, pism, dokumentów i oświadczeń znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), a w szczególności wskazanych w treści odwołania,
- 3) zobowiązanie Zamawiającego do złożenia dokumentów zamówienia (w szczególności SIWZ, OPZ odnoszących się do analogicznego zamówienia z 2018 roku w celu porównania przedmiotu zamówienia z 2018 roku oraz obecnego przedmiotu zamówienia,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia treści wyjaśnień ceny ofertowej złożonych przez wykonawcę ZSIZ (wraz z dowodami),
- 5) nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu treści wyjaśnień ceny ofertowej złożonych przez wykonawcę ZSIZ (wraz z dowodami),
- 6) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania,

z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów głównych 1 oraz 2:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,

- 2) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania (w szczególności: treści SIWZ, wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę ZSIZ zawierających zastrzeżenie „tajemnicy przedsiębiorstwa”, pism, dokumentów i oświadczeń znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), a w szczególności wskazanych w treści niniejszego odwołania,
- 3) zobowiązanie Zamawiającego do złożenia dokumentów zamówienia (w szczególności SIWZ, OPZ odnoszących się do analogicznego zamówienia z 2018 roku w celu porównania przedmiotu zamówienia z 2018 roku oraz obecnego przedmiotu zamówienia,
- 4) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZSIZ na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp,
- 6) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZSIZ na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp,
- 7) nakazanie Zamawiającemu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu (w tym oferty Odwołującego),
- 8) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że w dniu 9 czerwca 2021 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kopię wniesionego odwołania.

Izba stwierdziła, że w dniu 14 czerwca 2021 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

W dniu 14 czerwca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Elinfo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz K. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: 1VOLT K. F. z siedzibą we Wrocławiu zgłosili do Prezesa Izby przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba ustaliła, że zgłaszający przystąpienie miał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Izba stwierdziła, że do przystąpienia nie zostały jednak dołączone dowody przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu. Zgodnie z treścią art. 525 ust. 1 i 2 ustawy pzp: „1. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. 2. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.” Mając na względzie dyspozycję art. 525 ustawy pzp, Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszających przystąpienie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Elinfo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz K. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: 1VOLT K. F. z siedzibą we Wrocławiu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego. Izba nie mogła uznać skuteczności zgłoszonego przystąpienia wobec niedołączenia do zgłoszenia dowodów przesłania kopii przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy pzp, tj. w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Ponadto Izba ustaliła, że zgłoszenie zostało wniesione przez spółkę Elinfo – Lidera Konsorcjum, natomiast do zgłoszenia nie zostało dołączone pełnomocnictwo Członka Konsorcjum dla Lidera do reprezentowania Konsorcjum przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ponadto, zgłoszenie zostało podpisane przez Prezesa Zarządu, a zgodnie z KRS spółki Elinfo dołączonym do zgłoszenia, do reprezentacji spółki w przypadku zarządu wieloosobowego konieczne jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo członka zarządu łącznie z prokurentem. Do zgłoszenia nie zostało dołączone pełnomocnictwo dla Prezesa Zarządu. Skład orzekający nie wezwał jednak do uzupełnienia ww. braków w zakresie pełnomocnictw z uwagi na nieskuteczność przystąpienia w zakresie niedołączenia do zgłoszenia dowodów przesłania jego kopii Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 2 lipca 2021 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględnia wniesione odwołanie w zakresie zarzutów głównych odwołania z pkt 1 i 2 w całości. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo uwzględniające odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osobę umocowaną,

w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie uwzględnione przed otwarciem rozprawy. Mając na względzie, że zarzuty odwołania z pkt 3 i 4 miały charakter zarzutów ewentualnych, o których rozpoznanie Odwołujący wnosił wyłącznie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów głównych z pkt 1 i 2 należało uznać, że uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów z pkt 1 i 2 oznaczało uwzględnienie wniesionego odwołania w całości.

Pismem z dnia 5 lipca 2021 r. Odwołujący wniósł m.in. o umorzenie postępowania odwoławczego w sytuacji niezgłoszenia sprzeciwu przez Przystępującego po stronie Zamawiającego wobec uwzględnienia zarzutów z pkt 1 i 2 odwołania.

W dniu 6 lipca 2021 r. uczestnik postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2453, z późn. zm.) został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów głównych przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania.

Wykonawca Zakład Sieci i Zasilania sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu pismem z dnia 8 lipca 2021 r. złożył oświadczenie, iż nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów głównych z pkt 1 i 2 odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym *„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.”* Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast uczestnik postępowania, który przystąpił po jego stronie do postępowania odwoławczego nie wniósł w wyznaczonym terminie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 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 ze zm.), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: