

Sygn. akt: KIO 3365/22

POSTANOWIENIE
z dnia 29 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 29 grudnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2022 r. przez **wykonawcę W.B. , prowadzącego działalność gospodarczą nazwą BYŚ W.B. z siedzibą w Warszawie**, ul. Arkuszowa 43 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Warszawski z siedzibą w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28**

przy udziale **wykonawcy J.Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J.Z. z siedzibą w Woli Duckiej 70A** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 3365/22 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy W.B. , prowadzącego działalność gospodarczą nazwą BYŚ W.B. z siedzibą w Warszawie**, ul. Arkuszowa 43 tytułem zwrotu 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 (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usługi w zakresie odbioru, wywozu i utylizacji odpadów komunalnych z obiektów Uniwersytetu Warszawskiego” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 414209-2022-PL w dniu 29 lipca 2022r.

W dniu 6 grudnia 2022 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 16 grudnia 2022 r. wykonawca W.B. , prowadzący działalność gospodarczą nazwą BYŚ W.B. z siedzibą w Warszawie, ul. Arkuszowa 43 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 grudnia 2022 r. udzielonego przez właściciela firmy. Odwołanie przekazano zamawiającemu w dniu 16 grudnia 2022 r.

Zaskarżonym czynnościami zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy art. 16 pkt 1 Ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Lekaro, mimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowaniu z uwagi na okoliczność, iż wobec tego wykonawcy wydano w ciągu ostatnich trzech lat trzy ostateczne decyzje administracyjne o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska (tu: ustawy o odpadach) i wymierzono wykonawcy tymi decyzjami kary pieniężne na łączną kwotę 620 000 zł, o czym Lekaro nie poinformowało zamawiającego, wprowadzając go tym samym w błąd, składając oświadczenie JEDZ, co dodatkowo wyklucza możliwość wezwania wykonawcy do złożenia w tym zakresie samoocyszczenia z art. 110 ust. 12 Ustawy;

- art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 Ustawy oraz w zw. z art. 3 u.z.n.k. oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”) przez zaniechanie odrzucenia oferty Lekaro, mimo iż oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na okoliczność, iż wykonawca z naruszeniem dobrych obyczajów, zagrażając interesom zamawiającego i innych wykonawców ubiegających się o zamówienie oraz w celu przysporzenia sobie korzyści, wprowadził zamawiającego w błąd co do braku podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy;

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy w zw. z art. 16 Ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Lekaro, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca nie podał ceny jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie odpadów typu szkło i plastik zbieranych w dużych pojemnikach, względnie cena automatycznie wstawiona do Formularza cenowego (0 zł) nie pokrywa wszystkich kosztów usługi wykonywanej względem

tych odpadów, co świadczy o przerzuceniu kosztów wykonania tej części zamówienia do kosztów wykonania innych pozycji rozliczeniowych;

- art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. oraz art. 3 u.z.n.k. oraz w zw. z art. 16 Ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Lekaro, mimo iż oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na okoliczność, iż wykonawca w sposób niezgodny z dobrymi obyczajami manipulował cenami jednostkowymi i w efekcie oferuje wykonanie części zamówienia poniżej kosztów wykonania zamówienia, co czynił w celu utrudnienia innym wykonawcom dostępu do zamówienia;

- art. 18 ust. 1 i 3 Ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy przez błędne przyjęcie, że Lekaro skutecznie zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w wykazie instalacji załączonym od oferty i wyjaśnieniach sposobu wyliczenia ceny ofertowej, mimo iż wykonawca nie wykazał, że zastrzegane informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy oraz art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy w zw. z art. 16 Ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Lekaro, mimo iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie wykazał okoliczności przeciwnej, składając ogólnikowe i nie poparte wystarczającymi dowodami wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny ofertowej.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- Unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Lekaro jako najkorzystniejszej;

- Ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenia oferty Lekaro; ewentualnie, tj. na wypadek nie uwzględnienia powyższych żądań,

- Unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Lekaro jako najkorzystniejszej;

- Ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach udostępnienie odwołującemu nieprawidłowo zastrzeżonych przez Lekaro jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów; oraz zasądzenia kosztów na rzecz odwołującego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej za ofertą Lekaro oraz ofertą Przedsiębiorstwa Usługowego Hetman Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Usługowe Hetman Sp. z o.o. złożyło w dniu 9 grudnia 2022r. wniosek o zwrot wadium, co zgodnie z art. 98 ust. 3 Ustawy spowodowało rozwiązanie stosunku prawnego pomiędzy Zamawiającym a tym wykonawcą. Oferta odwołującego winna więc zostać obecnie sklasyfikowana na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej, bezpośrednio za ofertą Lekaro (niezależnie od tego, że zamawiający nie badał podmiotowych środków dowodowych tego wykonawcy, a więc i z tego względu odwołujący nadal zachowywałby możliwość uzyskania zamówienia, mimo braku zarzutów względem oferty tego wykonawcy). W tej sytuacji, odrzucenie oferty Lekaro, czego odwołujący domaga się tym odwołaniem, mogłoby doprowadzić do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej (oferta odwołującego jest bo-

wiem zgodna z wymogami SWZ i obowiązującego prawa) i zawarcia z nim umowy w sprawie realizacji zamówienia.

Naruszenie przez zamawiającego przepisów Ustawy wskazanych w tym odwołaniu, których skutkiem jest zaniechanie odrzucenia oferty Lekaro, uniemożliwia więc odwołującemu uzyskanie niniejszego zamówienia, mimo iż jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Działania i zaniechania zamawiającego uniemożliwiają więc odwołującemu realizację niniejszego zamówienia, co prowadzi do powstania po jego stronie szkody równej co najmniej zyskom, jakie osiągnąłby, realizując zamówienie.

W dniu 20 grudnia 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 22 grudnia 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca J.Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J.Z. z siedzibą w Woli Duckiej 70A. Przystępujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania odwoławczego na korzyść zamawiającego. Oferta przystępującego została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu. Tymczasem odwołujący domaga się w swoim odwołaniu unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności odrzucenia oferty przystępującego, ewentualnie udostępnienia odwołującemu dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego. W tej sytuacji w interesie przystępującego leży popieranie zamawiającego i wykazywanie, że działania zamawiającego były zgodne z prawem, a zarzuty zawarte w odwołaniu są oczywiście bezzasadne. Przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zaoferowana cena jest ceną realną i rynkową. W związku z powyższym brak jest podstaw do odrzucenia oferty przystępującego. Co istotne, przystępujący dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy swojego przedsiębiorstwa. Podsumowując, decyzja zamawiającego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu była oczywiście słuszna. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 grudnia 2022 r. udzielonego przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 27 grudnia 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości i zobowiązał się do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Zamawiający oświadczył, że wobec uwzględnienia żądania głównego bezprzedmiotowe stają się żądania ewentualne tj. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czyn-

ności badania i oceny ofert i odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że do postępowania przystąpiła skutecznie po stronie zamawiającego J.Z. . Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Skoro tak, to postępowanie odwoławcze mogło zostać umorzone.

Skoro zatem zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił sprzeciwu żaden wykonawca, to mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy. Zgodnie z przywoływanym przepisem *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..*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 2 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: