

Sygn. akt: KIO 77/22

POSTANOWIENIE
z dnia 26 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Warszawie w dniu 26 stycznia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 10 stycznia 2022 r. przez **wykonawcę Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Mickiewicza 24/3B** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Gminę Radzionków z siedzibą w Radzionkowie, ul. Męczenników Oświęcimia 42**

przy udziale **wykonawcy Aquaren spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu, ul. Warszawska 17/50** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 77/22 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie, .
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 9 000 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Mickiewicza 24/3B** tytułem zwrotu 90% 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 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym z możliwością negocjacji „Zagospodarowanie terenu wokół os. Robotniczego w Radzionkowie - Etap III” (renowacja kanału deszczowego ø1800mm)” w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja osiedla robotniczego w Radzionkowie przy ul. Kużaja – w zakresie przebudowy budynków mieszkalnych wraz z udrożnieniem infrastruktury komunikacyjno – społecznej” zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych 2021/BZP 00251732/01 dnia 29 października 2021 r.

W dniach 4 i 5 stycznia 2022 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 10 stycznia 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Mickiewicza 24/3B. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 stycznia 2022 r. udzielone przez członka zarządu, zgodnie z odpisem z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 10 stycznia 2022r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na:

1. Uznaniu, dnia 5 stycznia 2022 roku, że złożone przez Aquaren Sp. z o. o. (dalej „Aquaren” albo „wykonawca”) wyjaśnienia rażąco niskiej ceny do oferty z dnia 11 listopada 2021 roku (dalej: „oferta Aquaren”) oraz do oferty dodatkowej z dnia 17 grudnia 2021 roku (dalej: „oferta dodatkowa Aquaren”) zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w pełnym ich zakresie, a w konsekwencji, zaniechanie uznania tego zastrzeżenia za bezskuteczne i zaniechanie ujawnienia oraz udostępnienia odwołującemu wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, złożonych przez Aquaren.
2. Uznaniu, że Aquaren wykazał realizację przez Kierownika Budowy dwóch zadań w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert polegających na kierowaniu przez niego robotami budowlanymi obejmującymi wykonanie przebudowy lub remontu kanału kołowego lub kanału niekołowego metodą torkretowania i bezpodstawnym przyznaniu za to 10 pkt w kryterium doświadczenie personelu – Kierownik budowy (Rozdz. XXVIII pkt 1.4 SWZ), a w konsekwencji zaniechania uznania, iż przedstawione w ofercie roboty zostały wykonane w 2012 roku i maj - wrzesień 2016 roku, zatem wcześniej niż 5 lat od upływu terminu składania ofert (tj. od dnia 22 listopada 2021 roku) i przyznania dodatkowych punktów co doprowadziło do sytuacji, że Aquaren otrzymał w ostatecznej punktacji 100 pkt zamiast należnych 90 pkt.
3. Uznaniu, że Remkan wykazał realizację przez Kierownika Budowy tylko jednego zadania, a nie dwóch, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert polegających na kierowaniu przez niego robotami budowlanymi obejmującymi wykonanie przebu-

dowy lub remontu kanału kołowego lub kanału niekołowego metodą torkretowania i błędnym przyznaniu dodatkowych 5 pkt zamiast 10 pkt w kryterium doświadczenie personelu (Rozdz. XXVIII pkt 1.4 SWZ), co doprowadziło do sytuacji, że Remkan otrzymał w ostatecznej punktacji 92 pkt zamiast 97 pkt.

4. Dokonaniu wadliwej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty dodatkowej złożonych przez Aquaren, a w konsekwencji błędnym uznaniu, że Aquaren wykazał i udowodnił w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, że jego oferta dodatkowa nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Aquaren jako oferty, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

5. Zaniechaniu wyboru oferty Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN Sp. z o.o. (dalej zwany „Remkan” albo „Odwołujący”) jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 18 ust. 1,2,3 ustawy, 74 ust 1 ustawy i art. 16 pkt 2 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U 2020 poz.1913) (dalej „u.z.n.k.”) przez zaniechanie ujawnienia oraz udostępnienia odwołującemu wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, złożonych przez Aquaren.

2. Art. 239 ust. 1 ustawy przez:

1) przyznanie dodatkowych punktów Aquaren w kryterium Doświadczenie personelu – Kierownik budowy (Rozdz. XXVIII pkt, 1.4 SWZ) przy braku spełnienia tego kryterium przez wykonawcę;

2) przez nieprzyznanie dodatkowych punktów Remkan w kryterium Doświadczenie personelu – Kierownik budowy (Rozdz. XXVIII pkt, 1.4 SWZ) przy spełnieniu tego kryterium przez wykonawcę.

3. Art. 224 ust. 1 pkt 8, ust. 5 i 6 ustawy przez:

1) dokonanie wadliwej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Aquaren;

2) błędne uznanie, że oferta dodatkowa Aquaren nie podlega odrzuceniu i nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) zaniechanie odrzucenia oferty dodatkowej Aquaren, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4) błędne uznanie, że Aquaren wykazał i udowodnił, że jego oferta dodatkowa nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) zaniechanie odrzucenia oferty Aquaren jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4. Art. 204 ust. 1 ustawy wobec dokonania wyboru oferty Aquaren, która podlega odrzuceniu ewentualnie (w przypadku nie uwzględnienia zarzutów związanych

z rażąco niską ceną) która, dostała niższą liczbę punktów zamiast oferty Remkan będącej najkorzystniejszą.

Wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania.
2. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty.
3. Nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Aquaren ewentualnie (w przypadku nie uwzględnienia zarzutów związanych z rażąco niską ceną) ocenę oferty zgodnie z prawidłowo przeprowadzoną punktacją.
4. Nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu zgodnie z prawidłowym przyznaniem punktacji w kryterium oceny ofert Doświadczenie personelu – Kierownik budowy dla Aquaren.
5. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w treści niniejszego odwołania na okoliczności tam wskazane.
6. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

W dniu 11 stycznia 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 14 stycznia 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Aquaren spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu, ul. Warszawska 17/50 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż że odwołujący zaskarża czynność zamawiającego polegającą na „zaniechaniu wyboru oferty Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót i Usług Specjalistycznych REKMAN sp. z o.o. jako najkorzystniejszej”. Stoi w jednoznacznej sprzeczności z interesem przystępującego, gdyż to oferta przystępującego była ofertą najwyżej punktowaną i w dalszym toku postępowania, które przecież zamawiający nadal prowadzi, oferta ta ma szansę zostać wybrana jak oferta najkorzystniejsza. Natomiast w razie ewentualnego uwzględnienia odwołania odwołującego, przystępujący straci szansę na uzyskanie zamówienia publicznego. Ponadto interes prawny przystępującego polega również na: 1. Konieczności obrony tajemnicy swojego przedsiębiorstwa, którą odwołujący kwestionuje (w ocenie przystępującego całkowicie bezzasadnie). 2. Konieczności obrony wyjaśnień przystępującego odnośnie rażąco niskiej ceny, które odwołujący kwestionuje twierdząc, że cena zaoferowana przez przystępującego jest rażąco niska (choć jego własna cena jest o zaledwie 3,5%, czyli 17.712 zł brutto, wyższa niż cena przystępującego, choć odległość siedziby odwołującego od placu budowy jest o około 300 km większa niż odległość siedziby przystępującego od tego placu budowy).

3. Konieczności obalenia zarzutu odwołującego w zakresie braku wykazania przez przystępującego doświadczenia kierownika budowy skutkującego przyznaniem przystępującemu 10 pkt, które to doświadczenie odwołujący kwestionuje w odwołaniu.

4. Konieczności obalenia twierdzenia odwołującego, iż odwołujący "kazał doświadczenie kierownika budowy, które powinno skutkować przyznaniem mu 10 pkt, a nie 5 pkt, jak to uczynił zamawiający. Podniósł, że odwołujący w odwołaniu sugeruje po stronie zamawiającego nieprawidłowości, czy niedotrzymywanie terminów, nie przedstawiając w tym zakresie jakichkolwiek dowodów. W rzeczywistości zamawiający w odpowiedzi na obie oferty przystępującego wezwał przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wszystkie czynności zostały dokonane zgodnie z przepisami, a przystępujący złożył odpowiedzi w wyznaczonych mu terminach. Faktycznie przystępujący zastrzegł treść wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie przystępujący przedstawił w tym zakresie szczegółowe wyjaśnienia w pismach z 1 i 27 grudnia 2021 r.

Następnie zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Od tej czynności odwołał się odwołujący.

Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 stycznia 2022 r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu komplementariusza spółki komandytowej upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółki komandytowej, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Do przystąpienia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom postępowania.

W dniu 20 stycznia 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w całości z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych w nim zarzutów oraz złożonych wniosków;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:
 - 1) informacja o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 2) wezwanie wykonawców do wskazania w dokumentach stanowiących wyjaśnienia rażącej niskiej ceny informacji stanowiących „tajemnicę przedsiębiorstwa”,
 - 3) potwierdzenie udostępnienia wykonawcom dokumentów: wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
 - 4) Specyfikacja zamówienia publicznego,
 - 5) Wyjaśnienia treści SWZ datowane na 12.11.2021r.,
 - 6) oferta Odwołującego REMKAN Sp. z o.o.,
 - 7) dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wykazanych w ofercie zadań zrealizowanych przez Kierownika Budowy,
3. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego, zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący cofnął odwołanie w dniu 26 stycznia 2022 r.

Termin posiedzenia z udziałem stron został wyznaczony na dzień 27 stycznia 2022 r. godz. 9:30.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania;

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiścił wpis w wysokości 10 000zł., to do zwrotu pozostała kwota 9 000 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

Przewodniczący: