

POSTANOWIENIE
z dnia 5 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 5 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2022 r. przez wykonawcę DGT Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie przy ul. Młyńskiej 7 (83-010 Straszyn) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie przy ul. Żwirki i Wigury 9/13 (00-909 Warszawa)

przy udziale wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ul. Szkotnik 2B/15 (33-100 Tarnów), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy DGT Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie 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 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

Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Zakup urządzeń telekomunikacyjnych (centrale telefoniczne)*, znak sprawy: 2616.11.2022.EM, część 1, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 kwietnia 2022 r., pod numerem 2022/S 082-220413.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 22 lipca 2022 r. wykonawca DGT Sp. z o.o. z siedzibą w Straszynie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 18 Pzp w zw. z art.16 Pzp w zw. z art.11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2020 r. Nr 1913 ze zm.) – polegające na niezasadnym objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (zwanego dalej jako: „CST”) wyjaśnień w postępowaniu dotyczących: treści oferty z dnia 29 czerwca 2022 r., odpowiedzi technicznej firmy Slican Sp. z o.o. z dnia 27 czerwca 2022 r. oraz części załączników do pisma z dnia 7 lipca 2022 r., wyjaśnień z dnia 20 czerwca 2022 r. dotyczących rażąco niskiej ceny a także zaniechanie odtajnienia informacji CST oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło odwołującemu weryfikację zgodności z Opisem Przedmiotu Zamówienia (OPZ) oferowanych przez CST urządzeń oraz weryfikację czy cena oferowana przez CST w postępowaniu była obliczona zgodnie z zasadami rynkowymi i nie jest ceną rażąco niską;
- 2) art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp – polegające na nieodrzuconiu oferty CST pomimo tego, iż treść oferty tego wykonawcy złożona w postępowaniu jest niezgodna z warunkami zamówienia, w niniejszym stanie faktycznym z OPZ;
- 3) art. 226 ust.1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – polegające na nieodrzuconiu oferty CST złożonej w postępowaniu, pomimo tego, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą należy uznać za dumpingową, utrudniającą dostęp do rynku.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o;

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą;
- 2) uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie przez CST tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentacji technicznej urządzeń oferowanych w postępowaniu oraz wyjaśnień CST dotyczących oferowanej ceny;
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- 4) obciążenie zamawiającego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg. norm przepisanych.

Ewentualnie odwołujący wniósł o:

- 5) odrzucenie oferty CST;
- 6) powtórzenie badania ofert i oceny ofert;
- 7) dokonanie ponownej czynności badania i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 8) przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania co do faktów podanych w treści odwołania;
- 9) obciążenie zamawiającego obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg. norm przepisanych.

W części wstępnej uzasadnienia odwołania, odwołujący wskazał, że *Na wstępie merytorycznego uzasadnienia zarzutów i żądań Odwołania, Odwołujący wskazuje, iż zarzut dotyczący niezgodności oferty CST z warunkami zamówienia, określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) oraz zarzut rażąco niskiej ceny oferty CST, są zarzutami ewentualnymi. Żaden przepis ustawy PZP nie stoi na przeszkodę temu, aby w Odwołaniu podnieść zarzut główny oraz na wypadek jego nieuwzględnienia, zarzut ewentualny. Odwołujący w związku z nieznaną treścią oferty CST z dnia 29 czerwca 2022 r. a także odpowiedzi CST na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 07 lipca 2022 r. oraz treści odpowiedzi technicznej Slican Sp. o.o. z dnia 29 czerwca 2022 r., dotyczących oferowanych w Postępowaniu urządzeń, nie znając kalkulacji ceny oraz ewentualnych wyjaśnień CST dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 20 czerwca 2022 r., sformułował zarzuty ewentualne. Zarzuty te postawione są przez Odwołującego na wypadek nieuwzględnienia przez Wysoką Izbę zarzutu dotyczącego niezasadnego objęcia przez CST tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentacji technicznej oferowanych w Postępowaniu urządzeń oraz kalkulacji i wyjaśnień CST dotyczących oferowanej ceny, a także zaniechania odtajnienia informacji CST, oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący nie jest w stanie podjąć szczegółowej analizy i w konsekwencji, żadnej polemiki dotyczącej tych dokumentów z uwagi na ich nieznaną treść. Trudno bowiem wykazywać zasadność stawiania zarzutu*

sformułowanego tylko na bazie domysłów i wątpliwości co do zgodności oferowanych urządzeń z OPZ oraz co do wysokości i składowych ceny zaoferowanej w Postępowaniu.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (zwany dalej jako: „przystępujący” lub nadal: „CST”). Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia, tym samym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 3 sierpnia 2022 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający zawarł oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości.

Tego samego dnia również przystępujący złożył do akt postępowania pismo procesowe, w którym zawarł stanowisko dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika zamawiający podtrzymał oświadczenie o uwzględnieniu odwołanie w całości.

Przystępujący w kontekście oświadczenia zamawiającego wyjaśnił, że w odwołaniu został podniesiony zarzut główny dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dwa zarzuty ewentualne odnoszące się do odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej rażąco niską cenę. Zwrócił uwagę, że oświadczenie zamawiającego w zakresie uwzględnienia odwołania w całości jest niejasne. W związku z tym przystępujący wniósł o to, aby zamawiający dookreślił zakres uwzględnienia, tzn. czy obejmuje ono zarzut główny dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa czy także zarzuty ewentualne.

Zamawiający wskazał, że jego oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości, dotyczyło wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, tj. zarówno zarzutu głównego jak i zarzutów ewentualnych.

Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu co do zarzutu głównego, natomiast z ostrożności wniósł sprzeciw w zakresie zarzutów ewentualnych. Jednakże podniósł, że brak sprzeciwu co do głównego zarzutu powoduje spełnienie się głównego celu związanego z wniesieniem odwołania i powinno skutkować umorzeniem postępowania odwoławczego.

Izba uznała, że postępowania podlegało umorzeniu. Zgodnie z art. 522 ust. 2 Pzp 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.

Przenosząc powyższą normy na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem należało uznać, że zamawiający w sposób skuteczny uwzględnił zarzut główny podniesiony

w odwołaniu, zaś uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu od tej czynności.

Skład orzekający zwrócił przy tym uwagę, że odwołujący wyraźnie wskazał, że zarzuty ewentualne postawione zostały na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego niezasadnego objęcia przez CST tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentacji technicznej oferowanych w postępowaniu urządzeń oraz kalkulacji i wyjaśnień CST dotyczących oferowanej ceny, a także zaniechania odtajnienia informacji CST, oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba doszła do przekonania, że uwzględnienie zarzutu głównego przez zamawiającego przy braku wniesienia sprzeciwu przez przystępującego w tym zakresie, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, skutkowało uznaniem, że zarzuty ewentualne stały się bezprzedmiotowe.

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 522 ust. 2 i zobligowana była postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego Izba wydała na podstawie § 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), zgodnie z którym koszty stron postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, a także nakazała dokonanie zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: