

Sygn. akt: KIO 2389/22

POSTANOWIENIE
z dnia 22 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu w dniu 22 września 2022 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez wykonawcę **AWIMA Spółka jawna B. W. w Józefowie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, CTG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, 4 OP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

postanawia

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz wykonawcy **AWIMA Spółka jawna B. W. w Józefowie**, kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczzonego wpisu.

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 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 – Skarb Państwa – 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku – działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 – ustawa P.z.p.), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest kompleksowa usługa utrzymania czystości na terenie administrowanym przez 24 WOG w latach 2022-2025.

W dniu 12 września 2022 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, CTG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, 4 OP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie, wobec niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, podjętych w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie CZĘŚCI 2- GIŻYCKO od:

1. Zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych przez Konsorcjum: 1. DGP Clean Partner Sp. z o.o., ul. Żytnia 15/23, 01-014 Warszawa; 2. 4 OP Sp. z o.o., ul. Środkowa 20, 59-220Legnica; 3. CTG Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 14/1, 59-220 Legnica (dalej jako: Konsorcjum lub przystępujący), mimo, iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

2. Wyboru w zakresie części nr 2 postępowania (Giżycko) oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej.

Zaskarżonym powyżej czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. oraz naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 73 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.) dalej jako: „uznk” w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP- poprzez zaniechanie odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum- w szczególności wyjaśnień i opisów elementów wpływających na cenę oraz dołączonych do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę załączników- mimo, że informacje te nie przedstawiają wartości gospodarczej, są jednorazowe z uwagi na możliwość ich wykorzystania wyłącznie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a ich ujawnienie nie może narazić wykonawcy na szkodę i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - czego konsekwencją

jest niemożliwość pełnego uzasadnienia zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum;

2. art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przedwczesny wybór oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia

z ostrożności naruszenie (zarzut ewentualny):

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji powyższego odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania;

2. Nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

c) odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami Konsorcjum zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie w szczególności składników cenotwórczych, sposobu wyliczenia ceny, kosztów pracowniczych oraz założeń w zakresie zatrudnienia osób niepełnosprawnych, tj. wyjaśnienia i opisu elementów wpływających na cenę, dołączonych do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę załączników oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci: - Wyciągów ze składnikami majątku wykonawcy – załącznik A1. i A2. do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, - Umowy z dostawcą – załącznik B. do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, - Przykładowej faktura za paliwo – załącznik C. do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, - Listy pracowników – załącznik D. do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, - Zaświadczenia o niepełnosprawności oraz umowa o pracę pracowników z listy – załącznik E1. – E6. do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, - Potwierdzenia korzystania z dofinansowania PFRON przez spółkę konsorcjum – załącznik F. do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

3. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą. ewentualnie o:

1. Uwzględnienie odwołania;

2. Nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- c) odrzucenie oferty Konsorcjum z uwagi na to, że cena oferty Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę;
- d) odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami Konsorcjum zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie w szczególności składników cenotwórczych, sposobu wyliczenia ceny, kosztów pracowniczych oraz założeń w zakresie zatrudnienia osób niepełnosprawnych, tj. wyjaśnienia i opisu elementów wpływających na cenę, dołączonych do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę załączników oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci: - Wyciągów ze składnikami majątku wykonawcy – załącznik A1. i A2. do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, - Umowy z dostawcą – załącznik B. do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, - Przykładowej faktura za paliwo – załącznik C. do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, - Listy pracowników – załącznik D. do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, - Zaświadczenia o niepełnosprawności oraz umowa o pracę pracowników z listy–załącznik E1. – E6. do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, - Potwierdzenia korzystania z dofinansowania PFRON przez spółkę konsorcjum–załącznik F. do wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

3. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, CTG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, 4 OP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 września 2022 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 22 września 2022 roku odwołujący oświadczył, że cofa zarzut ewentualny. Przystępujący oświadczył natomiast, że – mając na uwadze cofnięcie przez odwołującego zarzutu ewentualnego – nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy P.z.p., 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.

Wobec powyższego, postanowiono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, a Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący