

**Sygn. akt: KIO 1262/21**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 7 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę D. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany Grinbud D. S. z siedzibą w Gnieźnie przy ul. Olsztyńskiej 17 (62-200 Gniezno) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Gniezno z siedzibą w Gnieźnie przy Al. Reymonta 9-11 (62-200 Gniezno)

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego Henbud Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kłecku przy ul. Wodnej 3 (62-270 Kłecko), 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 D. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany Grinbud D. S. z siedzibą w Gnieźnie kwoty 9 000 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej 90% 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 2019 r., poz. 2019 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

Gmina Gniezno zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Budowa budynku szkolno-przedszkolnego w Jankowie Dolnym gmina Gniezno w formule zaprojektuj i wybuduj*, o numerze referencyjnym: GR.271.34.2020, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 listopada 2020 r., pod numerem 606156-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 27 kwietnia 2021 r. wykonawca D. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany Grinbud D. S. z siedzibą w Gnieźnie (zwana dalej: „odwołującym”) wniosła odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności oraz zaniechań zamawiającego polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego Henbud sp. z o. o. sp. k. (zwanego dalej jako: „HENBUD”), która podlegała odrzuceniu m. in. z uwagi na to, że upłynął termin związania złożoną ofertą;
- uznaniu za skuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w wyjaśnieniach złożonych przez HENBUD na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztów na podstawie art. 90 Pzp, informacji znajdujących się w złożonych dowodach, informacji znajdujących się w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w konsekwencji zaniechaniu udostępnienia odwołującemu informacji znajdujących się w ww. dokumentach oraz zaniechaniu przekazania odwołującemu wszystkich dokumentów wskazanych przez niego we wniosku z dnia 23 kwietnia 2021 r.;
- nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez HENBUD i uznaniu, że: oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej oraz HENBUD sprostął obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty HENBUD pomimo, że jego oferta powinna być odrzucona, gdyż zawiera rażąco niską ceną, a wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, albowiem złożone przez niego wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny są lakoniczne, ogólnikowe, sprzeczne z powszechnie obowiązującymi

przepisami oraz nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, co więcej zawarte w nich treści wprost wskazują na okoliczność zaoferowania przez HENBUD rażąco niskiej ceny;

- zaniechaniu odrzucenia oferty HENBUD mimo, iż zawiera ona cenę skalkulowaną nierzetelnie, rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia mimo, iż HENBUD nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- zaniechaniu odrzucenia oferty HENBUD pomimo, że jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”);
- przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez: wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jest ofertą z rażąco niską ceną, HENBUD nie obalił domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a także upłynął termin związania ofertą HENBUD oraz utajnienia informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- zaniechaniu przez zamawiającego wezwania HENBUD do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez HENBUD warunków udziału w postępowaniu;
- zaniechaniu unieważnienia postępowania z uwagi na brak istnienia ofert niepodlegających odrzuceniu.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1-3 Pzp, art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako ZNK) w zw. z art. 11 ust. 4 ZNK w zw. z art. 11 ust. 1 ZNK w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez błędną ocenę i uznanie skuteczności zastrzeżenia przez HENBUD jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i dowodami złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, polegającą w szczególności przyjęcie, że całość wyjaśnień ceny wraz z dowodami i uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podlega utajnieniu, mimo iż: HENBUD nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, wyłącznie niektóre informacje zwarte w wyjaśnieniach ceny, uzasadnieniu, załączonych dowodach mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy ZNK oraz informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter wyłącznie jednorazowy i na obecnym etapie postępowania pozbawione są wartości gospodarczej, a konsekwencji zaniechanie udostępnienia odwołującemu wyjaśnień HENBUD w zakresie rażąco niskiej ceny oraz poprzez nieudostępnienie odwołującemu żądanych przez niego dokumentów postępowania;
- 2) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1) art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp w zw. z art. 7

ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez HENBUD w sytuacji, gdy:

- HENBUD złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a HENBUD nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym oferta winna zostać odrzucona,
- HENBUD nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SIWZ kosztów pracowniczych, zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez HENBUD, mimo iż HENBUD nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska;

3) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 lub 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp w zw. z art. 85 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty HENBUD w sytuacji, gdy w chwili dokonywania przez zamawiającego wyboru oferty HENBUD jako najkorzystniejszej, HENBUD nie był związany ofertą, albowiem nieprzedłużenie terminu związania ofertą w obu przypadkach (samodzielnie i w odpowiedzi na wniosek zamawiającego) jest równoznaczne z niewyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, co jest tożsame z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu i sprawia, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu;

4) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1-3) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania HENBUD, a w konsekwencji zaniechanie uznania oferty złożonej przez HENBUD jako odrzuconą, w sytuacji, gdy HENBUD nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie przedstawił zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia mu niezbędnych zasobów w postaci osób, które będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie osoby posiadających uprawnienia budowlane, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacji elektrycznej oraz w specjalności sanitarnej i gazowej;

5) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1-4) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 4, 7a Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez:

- wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jest ofertą z rażąco niską ceną, HENBUD nie obaliło domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a także braku wykazania przez HENBUD, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- utajnienia informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy powinno zostać ono unieważnione, albowiem nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, a ponadto wybrana oferta nie wiązała już HENBUD;

6) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-4) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania HENBUD do złożenia wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej pomimo istnienia wątpliwości co do dokumentów i oświadczeń przez niego przedłożonych oraz zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w przypadku uznania, iż przedstawione przez HENBUD dokumenty i wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia przez HENBUD warunków udziału w postępowaniu.

Podnosząc ww. zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty HENBUD jako najkorzystniejszej;
- uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w wyjaśnieniach złożonych przez HENBUD na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztów na podstawie art. 90 Pzp, informacji znajdujących się w złożonych dowodach, informacji znajdujących się w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i udostępnienie odwołującemu powyższych dokumentów i informacji oraz pozostałych dokumentów wskazanych we wniosku odwołującego z dnia 23 kwietnia 2021 r.;
- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności, o których mowa powyżej, a w tym: wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty HENBUD oraz unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia, któregośkolwiek z wniosków wskazanych powyżej) precyzyjne wezwanie HENBUD do wyjaśnień złożonej oferty lub uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane Henbud Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kłecku.

W dniu 4 czerwca 2021 r. do akt sprawy wpłynęło pismo odwołującego, zawierające oświadczenie o cofnięciu w całości odwołania z dnia 27 kwietnia 2021 r. Ponadto odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *Do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.* Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „nPzp”. Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 27 kwietnia 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie nPzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w przedmiotowej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem na rzecz odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczonego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 9 000,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 nPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku 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.).

Przewodniczący: .....