

**Sygn. akt: KIO 637/21**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 22 marca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący:     Bartosz Stankiewicz  
                              Robert Skrzyszewski  
                              Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 22 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 r. przez wykonawcę Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Kamiennogórskiej 22 (60-179 Poznań) w postępowaniu, w którym zamawiającym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Zielonej Górze z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Bohaterów Westerplatte 31 (65-950 Zielona Góra)

przy udziale:

- A. wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Bonifraterskiej 17 (00-203 Warszawa), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy CertusVia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Świętokrzyskiej 14 (00-050 Warszawa), 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 Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego 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

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „zamawiającym”, w imieniu, którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, 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.: *Opracowanie dokumentacji technicznej w podziale na 4 części: część nr 1: rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku od skrzyżowania z drogą krajową nr 24 do granicy miasta Gorzów Wlkp. część nr 2: rozbudowa drogi krajowej nr 22 od m. Świętojańsko do skrzyżowania z dk 24; część nr 3: rozbudowa drogi krajowej nr 24 od granicy województwa do m. Chełmsko; część nr 4: rozbudowa drogi krajowej nr 24 na odcinku od węzła Skwierzyna zachód do skrzyżowania z drogą krajową nr 22*, o numerze referencyjnym: O.ZG.D-3,2413.12.2020, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 września 2020 r., pod numerem 2020/S 184-444494.

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

W dniu 1 marca 2021 r. wykonawca Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, od:

- czynności polegającej na wyborze oferty CertusVia Sp. z o.o. (dalej jako „CertusVia” lub „Wykonawca”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w ramach Części 1, 2, 3 oraz 4 w sytuacji, w której to oferta odwołującego pozostawała najkorzystniejsza w ramach Części 2, 3 oraz 4 postępowania;
- zaniechania wykluczenia Wykonawcy w ramach każdej części postępowania z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wielokrotnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, że CertusVia warunki te spełnia;
- zaniechania odrzucenia oferty CertusVia w ramach każdej części postępowania, mimo, iż oferta CertusVia zawiera rażąco niską cenę, a wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie wypełniają wymagań Pzp oraz oferta CertusVia pozostaje niezgodna z wymaganiami SIWZ;
- przyjęcie, że CertusVia w sposób prawidłowy i skuteczny zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa treść wyjaśnień złożonych zamawiającemu w ramach każdej części postępowania, co skutkowało zaniechaniem odtajnienia i udostępnienia odwołującemu tych wyjaśnień;

- zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp, tj. wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu (w ramach każdej z Części postępowania z wyłączeniem zarzutu nr 7):

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. art. 22a ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, pomimo iż Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 7.2.3. a) IDW w przedmiocie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia Wykonawcy;

2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, pomimo, iż Wykonawca w wyniku zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa lub co najmniej niedbalstwa lub lekkomyślności wielokrotnie wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 7.2.3. a) IDW, posiada dowody dotyczące należytego wykonania usług oraz że podmiot udostępniający zasoby będzie realizował prace w zakresie, do którego wymagane jest to doświadczenie;

3. ewentualnie: naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania CertusVia do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w zakresie:

a) dokumentu mającego potwierdzać, że usługa wskazana w wykazie usług została wykonana w sposób należyty;

b) zakresu faktycznie wykonywanych prac projektowych przez S.T.I. Polska Sp. z o.o. w ramach rzekomo zdobytego doświadczenia,

c) zakresu prac, które S.T.I. Polska Sp. z o.o. miałyby realizować na rzecz CertusVia jako podmiot udostępniający zasoby,

d) dokumentu JEDZ CertusVia, w którym CertusVia oświadcza, że nie zna nazw podwykonawców podczas gdy korzysta z zasobów podmiotu trzeciego,

e) dokumentu JEDZ S.T.I. Polska Sp. z o.o., z którego wynika, że podmiot ten bierze udział w postępowaniu wspólnie z innym wykonawcą podczas gdy jest on podmiotem udostępniającym zasoby CertusVia;

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty CertusVia, mimo że cena zaoferowana przez Wykonawcę jest rażąco niska, a Wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które potwierdzałyby, że jego cena ma charakter rynkowy i nie nosi znamion rażąco niskiej, oraz poprzez przyjęcie przez zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie wyboru oferty CertusVia jako najkorzystniejszej;

5. naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „u.z.n.k”) oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez niezasadne przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez CertusVia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez tego Wykonawcę, a w ślad za tym zaniechanie udostępnienia wskazanych dokumentów odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także utrudnia wykonawcom udział w postępowaniu, pozbawiając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez CertusVia, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

6. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CertusVia w sytuacji, w której oferta ta pozostaje niezgodna z treścią SIWZ;

7. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i poprawienie w ofercie CertusVia innej omyłki w sytuacji, gdy poprawione dane nie stanowiły omyłki, a oferta pozostawała niezgodna z postanowieniami SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu (zarzut nie dotyczy Części nr 1 postępowania);

8. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia Wykonawcy, który nie wykazał warunków spełniania w postępowaniu oraz wielokrotnie wprowadził zamawiającego w błąd i którego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Dodatkowo odwołujący przedstawił zarzuty odnoszące się do Części nr 1 oraz 2 postępowania:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, pomimo, iż Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 7.2.3. b) IDW;

2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, pomimo, iż Wykonawca w wyniku zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa lub co najmniej niedbalstwa lub lekkomyślności wielokrotnie wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie pkt. 7.2.3. b) IDW oraz posiada doświadczenie personelu Wykonawcy oceniane przez zamawiającego w ramach „Kryteriów Pozacenowych” w ramach Podkryterium 2.3 oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie pkt 7.2.3. b) IDW;

3. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w. zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie i dokonanie zawyżonej oceny oferty CertusVia, tj. niezgodnej z opisany w SIWZ sposobem oceny jego oferty w „Kryterium Pozacenowym” w ramach Podkryterium 2.3.

Podnosząc ww. zarzuty odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpoznanie przez Izbę odwołania i uwzględnienie go w całości;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 19 lutego 2021 r., polegającej na dokonaniu wyboru oferty CertusVia jako najkorzystniejszej dla Części 1, 2, 3, 4 postępowania;
- nakazanie zamawiającemu wezwanie CertusVia do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów w ramach Części 1, 2, 3 oraz 4 postępowania;
- nakazanie zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu dla Części 1, 2, 3, 4 postępowania;
- nakazanie zamawiającemu podjęcia czynności polegającej na wykluczeniu CertusVia z postępowania w ramach Części 1, 2,3 i 4 postępowania;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty CertusVia w ramach Części 1,2,3 i 4 postępowania;
- nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z dokonaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego w ramach Części 2, 3 i 4 postępowania.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a po stronie zamawiającego wykonawca CertusVia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 19 marca 2021 r. do akt sprawy wpłynęło pismo odwołującego, zawierające oświadczenie o cofnięciu odwołania wniesionego w dniu 1 marca 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 1 marca 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 uiszczzonego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500,00 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: .....

.....

.....