

POSTANOWIENIE
z dnia 3 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu w dniu 3 sierpnia 2021 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 roku przez wykonawcę Sarniż spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego AMW Sinevia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PBW Inżynieria J. G. z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik) oraz Dromosttor Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Lwówku Śląskim zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1555/21 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Sarniż spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wniesiony wpis.

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *wykonanie robót budowlanych polegających na kompleksowym wykonaniu mostów oraz przepustu w ramach zadania nr 91553 - „Budowa Muzeum Wojska Polskiego w Ossowie”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 lutego 2021 roku pod numerem 2021/BZP 6918.

W dniu 24 maja 2021 roku działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz U z 2019 poz. 2019 ze zm.; dalej „ustawa” / „PZP”) Odwołujący wniósł odwołaniu zarzucając Zamawiającemu:

W oparciu o art. 513 pkt 2 ustawy naruszenie:

1. art. 226 ust.1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, do której to czynności Zamawiający jest obowiązany, z racji na rażąco niską cenę oferty w stosunku do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez Zamawiającego;
2. art. 226 ust.1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum z racji na rażąco niską cenę (koszt) istotnych części składowych podanych w ofercie Konsorcjum w stosunku do tychże istotnych części składowych wskazanych w szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia;
— co budzi w pełni uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i uzyskaniem zysku przez Konsorcjum, powodującą wystąpienie rozbieżności między ceną ofertową (kosztem) Konsorcjum przedstawionym w ofercie, a wyceną przedmiotu zamówienia dokonaną przez Zamawiającego;
3. art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny istotnych części składowych kosztorysu (oferty), pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w porównaniu z kosztorysem inwestorskim bądź średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh pozycji, tj. istotnych

części składowych, co spowodowało brak odrzucenia oferty Konsorcjum zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

4. art. 18 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913, dalej jako „uznk”) w zw. z 226 ust. 1 pkt 7 i 8 PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum wyjaśnień złożonych w trybie art. 224 ust. 1 i 2 PZP, stanowiących kluczowe wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i informacje te nie mieszczą się w kategorii informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających dla ww. Konsorcjum wartość gospodarczą oraz nie zostały skutecznie zastrzeżone przez ww. Konsorcjum;

W oparciu o art. 513 pkt 1 PZP naruszenie:

5. art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 1-4 uznk poprzez uznanie, że dokumenty i materiały w zakresie wyliczenia ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum, pomimo iż Konsorcjum nie wykazało, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i nie wykazało faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeganych dokumentów, nie przedstawiło dowodów wykazujących skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego zastrzeżenia tego typu informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i uznanie przez Zamawiającego, że doszło do skutecznego zastrzeżenia w powyższym zakresie;
6. art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 18 ust.1 - 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 1-4 uznk w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 PZP poprzez prowadzenie postępowania niezapewniającego zachowania zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości z uwagi na:
 - zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum z racji na rażąco niską cenę oferty w stosunku do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez Zamawiającego oraz z racji na rażąco niską cenę oferty w stosunku do istotnych części składowych podanych w ofercie Konsorcjum w stosunku do tychże istotnych części składowych wskazanych w szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia;
 - zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny istotnych części składowych kosztorysu (oferty), pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

— poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum wyjaśnień złożonych w trybie art. 224 ust. 1 i 2 PZP, stanowiących kluczowe wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum, mimo iż ww. informacje nie posiadają przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

— poprzez uznanie, że dokumenty i materiały w zakresie wyliczenia ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum, pomimo iż Konsorcjum nie wykazało, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i nie wykazało faktu podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeganych dokumentów, w tym nie przedstawiło żadnych dowód na poparcie wyjaśnień w tym zakresie;

tj. z uwagi na okoliczności powołane w zarzutach nr 1- 5;

7. art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 PZP i art. 239 PZP w zw. z art. art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez prowadzenie Postępowania w sposób sprzeczny z zasadą przejrzystości i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum, która nie mogła zostać zweryfikowana pod kątem spełniania wymagań Specyfikacji Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania (dalej jako „SWZ”), z uwagi na uznanie przez Zamawiającego za prawidłowe zastrzeżenie dokumentów dokonane przez Konsorcjum oraz z uwagi na dokonanie wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta Konsorcjum nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą z uwagi na jej rażąco niską cenę zarówno pod względem ceny całkowitej oferty jak i co do poszczególnych istotnych części składowych;

8. art. 287 PZP ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i pkt 8 PZP poprzez uznanie, że oferta Konsorcjum jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu i poprzez dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej pomimo, że nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą z uwagi na jej rażąco niską cenę zarówno pod względem ceny całkowitej oferty jak i co do poszczególnych istotnych części składowych i powinna ona podlegać odrzuceniu;

9. art. 287 ust. 1 PZP w zw. z art. 239 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 PZP poprzez czynność wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta złożona przez Konsorcjum w pełni podlegała odrzuceniu z racji na jej rażąco niską cenę zarówno pod względem ceny całkowitej oferty jak i co do poszczególnych istotnych części składowych oraz z racji złożenia oferty Konsorcjum w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk i powinna ona podlegać odrzuceniu w całości.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum;
2. nakazanie Zamawiającemu zmianę kwalifikacji ofert złożonych w ramach postępowania poprzez uznanie oferty Konsorcjum jako podlegającej odrzuceniu;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z pominięciem oferty z złożonej przez Konsorcjum tj. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum, a w konsekwencji wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej;
4. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia dokumentów wskazanych w pkt 3-5 listy zarzutów, a dotyczących wyjaśnień Konsorcjum w zakresie rażąco niskiej ceny, przesyłanych za pismem Konsorcjum o nr P2.16.05.21.g z dnia 16 maja 2021 r. oraz innych jeżeli zostały złożone na późniejszym etapie, a do których dostępu nie posiadał Odwołujący z uwagi na fakt, że dokumenty te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa żadnego z Partnerów Konsorcjum;

Zamawiający, co wynika z pisma z dnia 31 maja 2021 roku przesłanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu wskazał, że Zamawiający przekazał informację o odwołaniu w dniu 24 maja 2021 roku za pomocą platformy zakupowej.

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w dniu 26 maja 2021 roku zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PBW Inżynieria J. G. z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik) oraz Dromosttor Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Lwówku Śląskim

W dniu 2 sierpnia 2021 roku w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2021 roku zatytułowane „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”. Pismo to w treści zawiera oświadczenie o uwzględnieniu części zarzutów odwołania, Zamawiający oświadczył, że:

uwzględnia zarzut zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum wyjaśnień złożonych w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, przesłanych za pismem z dn. 15.05.2021 r. nr P2.16.05.21.

W trakcie posiedzenia z udziałem stron Zamawiający jedynie sprecyzował, że oświadczenie jakie złożył w piśmie procesowym dotyczy zarzutu 4 i 5 oraz 6 tiret trzecia i czwarta. Zamawiający oświadczył również, że pozostałe zarzutu odwołania, wszystkie inne niż wskazane powyżej, nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione.

W dniu 2 sierpnia 2021 roku, tj. na dzień przed wyznaczonym posiedzeniem z udziałem stron wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo Odwołującego z dnia 2 sierpnia 2021 roku „Pismo Odwołującego”.

W treści tego pisma zawarte jest oświadczenie: *Odwołujący oświadcza, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie tj. w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 2 sierpnia 2021 roku (...).*

W trakcie posiedzenia z udziałem Stron Odwołujący, podtrzymał stanowisko z pisma procesowego i złożył oświadczenie, że *cofa odwołanie w zakresie wszystkich zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego.*

Pismem z dnia 3 sierpnia 2021 roku, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym terminie uczestnik postępowania odwoławczego - wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PBW Inżynieria J. G. z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik) oraz Dromosttor Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Lwówku Śląskim złożyli oświadczenie:

(...)w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego AMW SINEVIA Sp. z o.o. pismem z dnia 2 sierpnia 201 roku zarzutu odwołania w zakresie zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum wyjaśnień złożonych w trybie art. 224 ust. 1 i 2 PZP przesłanych za pismem z dnia 16 maja 2021 r., P2.16.05.21.g, oświadczam, że nie wnoszę sprzeciwu wobec powyżej opisanego uwzględnienia zarzutu przez Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu posiedzenia z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza zważyła:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 maja 2021 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co wynika z akt sprawy odwoławczej.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu jak również uwzględniając oświadczenie Odwołującego o cofnięciu pozostałych nieuwzględnionych zarzutów oraz braku zgłoszenia sprzeciwu co do uwzględnionych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. Uz. Z 2019 poz. 2019 ze zm.; dalej ustawa).

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W tej sprawie odwoławczej wycofanie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego nastąpiło dzień przed wyznaczonym posiedzeniem z udziałem Stron postępowania odwoławczego. Oświadczenie uczestnika postępowania odwoławczego o braku wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów zostało złożone w dniu 3 sierpnia 2021 roku tj. wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Tym samym niemożliwe było technicznie zniesienie wyznaczonego na dzień 3 sierpnia 2021 roku posiedzenia z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego. Tym samym, Izba zobowiązana była do otwarcia posiedzenia z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 3 sierpnia 2021 roku i dopiero po przeprowadzeniu posiedzenia możliwe stało się wydanie postanowienia kończącego postępowanie odwoławczego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. Uz. Z 2019 poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 i § 9 ust.

1 pkt 2 lit b 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*, w oparciu o który to przepis Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: