

POSTANOWIENIE

z dnia 2 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników w Warszawie w dniu 2 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2021r. **przez odwołującego:** Optima Centrum Sp. z o.o. Sp. K. ul. Piotrkowska 257 A /58, 90-456 Łódź w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Politechnika Wrocławska ul. Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław

przy udziale przystępujących:

1. EFL Polaris Sp. z o.o. ul. Stefana Żeromskiego 12a, 05-250 Słupno **po stronie odwołującego**
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: GR VISIO Sp. z o.o. Sp.k. ul.1 Maja 46a, 05-555 Tarczyn (lider) i EURO-LIGHT Sp. z o.o. ul.1 Maja 46a 05-555 Tarczyn (partner) **po stronie zamawiającego**

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 9. 000,00 zł. 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Optima Centrum Sp. z o.o. Sp. K. ul. Piotrkowska 257 A /58, 90-456 Łódź tytułem zwrotu 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego w trybie podstawowym na roboty budowlane pn. „Wykonanie oświetlenia podstawowego i awaryjnego w budynku B-4 Politechniki Wrocławskiej we Wrocławiu przy ul. Łukasiewicza 5 wraz z modernizacją sufitów podwieszanych i malowaniem części wspólnych w budynku” Nr postępowania: SZP/242-054/2021 oznaczenie postępowania: SZP/242-054/2021

Wskazanie numeru Biuletynu Zamówień Publicznych, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu: Ogłoszenie nr 2021/BZP 00037002/01 z dnia 2021-04-21.

Odwołujący powołując się na art. 513 i następne ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (uPzp) wniósł odwołanie na czynności, zaniechania czynności przez zamawiającego, a polegające na zaniechaniu uznania za bezskuteczne oraz braku odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Euro-Light Sp. z o.o.; GR Visio Sp. z o.o. sp.k. ul. 1 Maja 46a, 05-555 Tarczyn w tej części w której złożone wyjaśnienia nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez tych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zarzuty odwołania były następujące.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1, 2, i 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), poprzez pozbawione podstaw faktycznych i prawnych zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum Euro-Light Sp. z o.o. , Gr Visio Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie w którym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa tj. w szczególności informacji na temat doboru oferowanego asortymentu opraw oświetleniowych (dane na temat nazw handlowych, producenta, rodzaju i ilości oferowanych opraw zawarte w ofertach dostawców przedłożonych wraz z wyjaśnieniami), ilości i rodzaju robót budowlanych przeznaczonych do wykonania zawartych w wycenach oraz odtajnienia ww. informacji które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

2. art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum Euro-Light Sp. z o.o. , Gr Visio Sp. z o.o. Sp. k. zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia

3. art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum Euro-Light Sp. z o.o. , Gr Visio Sp. z o.o. Sp. k. której treść nie odpowiada warunkom zamówienia

Co do wniosków w zakresie rozstrzygnięcia odwołania to były następujące:

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum Euro-Light Sp. z o.o. , Gr Visio Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie w którym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa tj. w szczególności informacji na temat doboru oferowanego asortymentu opraw oświetleniowych (dane na temat nazw handlowych, producenta, rodzaju i ilości oferowanych opraw zawarte w ofertach dostawców przedłożonych wraz z wyjaśnieniami), ilości i rodzaju robót budowlanych przeznaczonych do wykonania zawartych w wycenach.

- unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum Euro-Light Sp. z o.o., Gr Visio Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy, jak i pisma zamawiającego do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2021r., w dniu 31 maja 2021 przekazano wykonawcom informację o wyniku postępowania oraz wobec złożonego odwołania w dniu 7 maja 2021 roku, zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia.

Obaj przystępujący w sprawie zarówno po stronie odwołującego, jak i po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie w wymaganym trzydniowym terminie to jest w dniu 10 czerwca 2021 roku.

Natomiast odwołujący pismem przekazany drogą mailową w dniu 1 lipca 2021r. cofnął odwołanie składając na piśmie elektroniczny podpis, spełniający warunki podpisu zaufanego

(art.507 Pzp.), na jeden dzień przed terminem wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Z kolei zamawiający złożył następujące pisma:

1. Opozycję z dnia 30 czerwca 2021r. przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykonawcy po stronie odwołującego.
2. Odpowiedź na odwołanie z dnia 1 lipca 2021r. z wnioskiem o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników, zamawiający podtrzymał wniosek opozycyjny, co do przystępującego po stronie odwołującego, z racji zajmowanej piątej (5) pozycji w rankingu wykonawców (6 ofert). Według zamawiającego, nie posiada przystępujący interesu w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego. Bowiern jak twierdzi zamawiający w przypadku uwzględnienia odwołania, przystępujący przesunie się w rankingu ofert z piątej pozycji na czwartą pozycję, czyli nie uzyska zamówienia. Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, tym samym uznała interes przystępującego po stronie odwołującego w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego. Bowiern przez uwzględnienie odwołania zarówno przez odrzucenie oferty wybranej jako najkorzystniejszej, czy też odtajnienie informacji zastrzeżonych przy wyjaśnianiu rażąco niskiej ceny, ulegnie poprawie pozycja przystępującego. Przystępujący uzyska czwartą pozycję przy odrzuceniu oferty wybranej oraz uzyska dostęp do informacji zastrzeżonych w ofercie wykonawcy wybranego w przypadku ich odtajnienia. Postępowanie przetargowe ma charakter postępującej eliminacji konkurentów zwłaszcza w sytuacji przyjętego w tym postępowaniu sposobu oceny ofert według reguły zawartej w art.139 ust.1 uPzp (Sekcja IV – Przedmiot Zamówienia pkt 4.3.1.) Sposób oceny ofert w oparciu o art.139 ust.1 uPzp.- Ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/BZP00037002 z dnia 2021-04-21). Według tej reguły zamawiający dokonuje najpierw kwalifikacji przedmiotowej, a następnie podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Przez eliminację kolejno wybranych wykonawców, przystępujący ma interes w popieraniu każdorazowo odwołującego, aż do osiągnięcia pozycji bezpośrednio umożliwiającej uzyskanie zamówienia, czyli przez złożenie odwołania. Należy mieć też na uwadze, że norma przystąpienia nie wyraża się w interesie uzyskania zamówienia, tylko w interesie w rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, tak jak w spornym przypadku, czy też zamawiającego. Idąc za tokiem rozumowania zamawiającego (vide pismo opozycja –w aktach sprawy) instytucja przystąpienia po stronie odwołującego byłaby instytucją martwą, ponieważ według zamawiającego skuteczność przystąpienia sprowadzać się powinna do sytuacji uzyskania zamówienia przez przystępującego w przypadku uwzględnienia odwołania. Tak jednoznaczne podejście do instytucji przystąpienia mogłoby mieć miejsce tylko w przypadku przystąpienia po stronie zamawiającego to jest na wypadek

odrzućenia czy też oddalenia odwołania w sytuacji zaskarżenia wyboru najkorzystniejszej oferty.

Reasumując Izba opozycji zamawiającego nie uwzględniła, co oznacza jej oddalenie (art.526 ust.2 zdanie drugie uPzp.) uznając, że zamawiający nie uprawdopodobnił braku interesu zgłaszającego się wykonawcy po stronie odwołującego, w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego. Bowiem przystępujący ma potencjalne prawo do eliminacji konkurentów przez przystępowanie po stronie kolejnych odwołujących, w tym po stronie aktualnego odwołującego.

Kolejne wnioski zamawiającego, zgłaszane na posiedzeniu dotyczyły nieskutecznej formy cofnięcia odwołania jak i okoliczności nie doręczenia pisma o cofnięciu odwołania do przystępującego po stronie odwołującego.

Izba wniosków co do braku skuteczności cofnięcia odwołania nie uwzględniła z następujących powodów. Po pierwsze cofnięcie odwołania nastąpiło w formie elektronicznej (email na odwołania ze skanem pisma o cofnięciu) z użyciem podpisu zaufanego (pismo odwołującego z dnia 1 lipca 2021r. w aktach sprawy), a co wyczerpuje przepis art.507 ust.1 uPzp (pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej , z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym), a tylko odwołanie i przystąpienie wymagają podpisu zaufanego. Po drugie okoliczność braku przesłania pisma o cofnięciu odwołania do przystępującego po stronie odwołującego była podnoszona przez pełnomocnika zamawiającego, który powoływał się na rozmowę telefoniczną z pracownikiem przystępującego. Z kolei przystępujący po stronie odwołującego prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia nie stawił się. Również na posiedzenie nie stawił się odwołujący, prawidłowo zawiadomiony o terminie. Wobec powyższego Izba stwierdza brak okoliczności do przyznania twierdzeń zamawiającego. Ponadto Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że przystępujący po stronie odwołującego, przeciwnie jak przystępujący po stronie zamawiającego, nie ma prawa do sprzeciwu wobec czynności odwołującego. Po trzecie nie ma znaczenia dla skuteczności cofnięcia okoliczność, że w piśmie o cofnięciu odwołania gdzie odwołujący zatytułował pismo Cofnięcie odwołania i oświadczył się o cofnięciu odwołania (oświadczam o cofnięciu odwołania na zaniechania i czynności Zamawiającego podjęte w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), w zdaniu końcowym użył zwrotu "Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że Zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy PZP". W ocenie Izby powyższe stwierdzenie odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy nie niweczy skutku oświadczenia o cofnięciu odwołania. Skutki cofnięcia odwołania reguluje ustawa Pzp zgodnie z art.520 ust.1 uPzp odwołujący

może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania.

Na marginesie Izba wskazuje na okoliczności nie mające wpływu na rozstrzygnięcie sprawy to jest pismo przystępującego po stronie odwołującego z dnia 02.07.2021r. godz.08.56 o wycofaniu przystąpienia po stronie odwołującego, ponieważ pismo skład orzekający Izby otrzymał po ogłoszeniu postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego. Nawet gdyby s.o. otrzymał pismo przed ogłoszeniem postanowienia to nie stanowiłoby to okoliczności na tyle istotnej dla umorzenia postępowania, aby zamknięte posiedzenie otwierać na nowo.

Reasumując powyżej przedstawiony stan faktyczny i prawny w sprawie, stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp2019r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w związku z cofnięciem odwołania.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiszczył wpis w wysokości 10.000zł., to do zwrotu pozostała kwota 9.000 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji postanowienia. Izba nie uwzględniła wniosku kosztowego zgłoszonego przez pełnomocnika zamawiającego z racji brzmienia § 9 ust.1 pkt3) lit. a) ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów na podstawie którego, jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło w dniu poprzedzającym dzień wyznaczony na posiedzenie, czy rozprawę na przewidziano przyznania kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 to jest wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika.

Przewodniczący:

