**Sygn. akt: KIO 449/21**

**POSTANOWIENIE**
**z dnia 26 lutego 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Beata Konik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego **26 lutego 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 lutego 2021 r. przez **G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.R.B. Rembud G. K. z siedzibą w Legionowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową nr 6021 z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawcy **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U A. S.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.R.B. Rembud G. K. z siedzibą w Legionowie i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.
   2.2 zasądza od odwołującego G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.R.B. Rembud G. K. z siedzibą w Legionowie na rzecz zamawiającego Jednostki Wojskowej nr 6021 z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 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:……

**Sygn. akt: KIO 449/21**

**U z a s a d n i e n i e**

Jednostka Wojskowa nr 6021 z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), (dalej: ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Roboty konserwacyjne i naprawcze obiektów administrowanych przez Jednostkę Wojskową nr 6021 – umowa ramowa", nr 55/2020/PN/INFR. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu 11 września 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 584030-N-2020. Wartość tego zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. r.z 2019 poz. 1843 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp". Natomiast do toczącego się postępowania odwoławczego, z uwagi na datę jego wszczęcia, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), dalej jako „nowa ustawa Pzp".

10 lutego 2021 r. G. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.R.B. Rembud G. K. z siedzibą w Legionowie (dalej: Odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanieod niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy Pzp:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadą proporcjonalności i przejrzystości, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, która nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt podczas gdy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, w szczególności poprzez przyjęcie, że w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący niedostatecznie wyjaśnił sposób obliczenia kosztów pośrednich, lub też nie uwzględnił wszystkich kosztów podczas gdy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,
2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
3) rozpoznanie sprawy na rozprawie,
4) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
5) dopuszczenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedstawione na rozprawie jak również z dokumentów dołączonych do niniejszego odwołania na okoliczności szczegółowo wskazane w jego uzasadnieniu;
6) przyznanie Odwołującemu, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 2) lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41, poz. 238) kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę, które zostaną potwierdzone poprzez przedłożenie na rozprawie stosownych rachunków.

Jak wynika z akt postępowania informacja o wniesieniu odwołania została przekazana wykonawcom 12 lutego

2021 r., natomiast 15 lutego 2021 r. wykonawca A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U A. S. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

22 lutego 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 nowej ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Izba działając na podstawie art. 534 ust. 2 nowej ustawy Pzp włączyła w poczet materiału dowodowego akta sprawy o sygn. KIO 3253/20. Ponadto Izba wydając przedmiotowe rozstrzygnięcie miała na uwadze treść odpowiedzi na odwołanie z 22 lutego 2021 r. oraz dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w postępowaniu złożone zostały trzy oferty przez wykonawców:

1)A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. A. S. z siedzibą w Tuczępach;
2)G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.R.B. Rembud G. K. z siedzibą w Legionowie, tj. przez Odwołującego;
3)Z. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KROM-POL Z. K. .

13 października 2020 r. Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień „w przedmiocie zastosowania wskaźnika narzutów kosztów pośrednich $W_{Kp}$ przy sporządzaniu oferty Formularz cenowy (kolumna 6: 15%) biorąc pod uwagę realność kalkulacji kosztów zamówienia dających rękojmie gwarancji jego prawidłowej realizacji". W wezwaniu tym Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na zaoferowaną cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości. Wykonawca został także wezwany do złożenia dowodów.

W odpowiedzi na powyższe pismem z 15 października 2020 r. Odwołujący udzielił stosownych wyjaśnień, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

19 października 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

26 października 2020 r. A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. A. S. z siedzibą w Tuczępach wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania ujawnienia wyjaśnień złożonych przez G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.R.B. Rembud G. K. z siedzibą w Legionowie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu osób mimo, że pierwotnie złożony nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu;
2)art. 8 ustawy Pzp przez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień z 15 października 2020 r., które nieskutecznie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca w związku z ww. zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2)ponowne badanie i ocenę ofert, udostępnienie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z 15 października 2020 r. oraz wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.R.B. Rembud G. K. z siedzibą w Legionowie, do uzupełnienia wykazu osób.

Następnie wobec wycofania ww. odwołania, postanowieniem z 16 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. KIO 2778/20 Krajowa Izba Odwoławcze umorzyła postępowanie odwoławcze.

Pismem z 23 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował o tym, że unieważnił czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.R.B. Rembud G. K. z siedzibą w Legionowie, tj. przez Odwołującego.

Następnie pismem z 23 listopada 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie wykazu osób.

Pismem z 30 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.R.B. Rembud G. K. z siedzibą w Legionowie.

W związku z powyższą czynnością Zamawiającego wykonawca A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. A. S. z siedzibą w Tuczępach 7 grudnia 2020 r. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1)art. 8 ustawy Pzp przez zaniechanie ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniu z dnia 15 października 2020 r., które wykonawca nieskutecznie zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa;
2)art 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art 90 ust 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty REMBUD pomimo, że zawiera rażąco niską cenę a wykonawca nie złożył na wezwanie wystarczających wyjaśnień i dowodów.

Wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej REMBUD,
2)nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz ujawnienie wyjaśnień z 15 października 2020 r. oraz odrzucenie oferty REMBUD.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania Wykonawca wniósł o wykonanie czynności zgodnie z żądaniami zawartymi we wniesionym środku ochrony prawnej.

Jak wynika z akt sprawy KIO 3253/20 przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania do ww. postępowania odwoławczego skutecznie zgłosił G. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.R.B. Rembud G. K. z siedzibą w Legionowie, po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej pismem z 21 stycznia 2021 r. złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Natomiast będący w tamtym postępowaniu po stronie Zamawiającego uczestnikiem postępowania G. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.R.B. Rembud G. K. z siedzibą w Legionowie, oświadczył że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania. Wobec powyższego postanowieniem z 22 stycznia 2021 r., sygn. akt 3253/20 ,Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie.

Następnie, jak wynika z akt postępowania, Zamawiający pismem z 29 stycznia 2021 r. poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Natomiast pismem z 5 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o tym, że na postawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odrzucił ofertę G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.R.B. Rembud G. K. z siedzibą w Legionowie, w oparciu o wyjaśnienia udzielone pismem z dnia 15 października 2020 r. (które zostało zarejestrowane przez Zamawiającego 19 października 2020 r. pod nr 19201 i takie oznaczenie zostało przywołane przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego).

W związku z powyższą czynnością Zamawiającego, 10 lutego 2021 r. zostało przez Odwołującego wniesione do Prezesa Izby przedmiotowe odwołanie.

**Wobec ustalenia na podstawie treści odwołania w tej sprawie, treści dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz akt sprawy odwoławczej prowadzonej pod sygn. akt KIO 3253/20 powyższych okoliczności, Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Jak wynika z art. 527 ustawy Pzp na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej. Natomiast art. 528 nowej ustawy Pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, gdyż z jednej strony art. 529 ust. 1 nowej ustawy Pzp pozwala Izbie na odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, z drugiej strony według art. 530 nowej ustawy Pzp w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę.

Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z art. 528 pkt 5 nowej ustawy Pzp jest okoliczność zgodnie z którą odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jak ustalono powyżej w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 3253/20 Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania a wykonawca G. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.R.B. Rembud G. K. z siedzibą w Legionowie, który skutecznie zgłosił swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu.

Wyjaśnić w tym miejscu należy, że ustawodawca umożliwił wykonawcom zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania. Stosownie do treści art. 525 ust. 1 i 3 nowej ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, a wykonawca, który z tej możliwości skorzystał staje się uczestnikiem postepowania odwoławczego, jeśli ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. Uzyskanie statusu uczestnika postępowania odwoławczego rodzi po stronie wykonawcy możliwość skorzystania z takich uprawnień jak chociażby wynikające z treści art. 523 nowej ustawy Pzp prawo zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Podkreślić należy, że wobec zgłoszenia sprzeciwu, Izba działając na podstawie art. 523 ust. 3 nowej ustawy Pzp – rozpoznaje odwołanie. Daje to wykonawcy możliwość obrony swojej oferty, czy też pozycji w postępowaniu o udzielenie danego zamówienia. Jednakże wykonawca, który rezygnuje z tego uprawnienia musi liczyć się z negatywnymi tego konsekwencjami.

Po pierwsze, wskazać należy, że stosownie do treści art. 522 ust. 2 nowej ustawy Pzp 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. Zatem w sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania i wobec braku sprzeciwu ze strony wykonawcy, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, zamawiający z mocy ustawy jest zobowiązany wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, tak jak to miało miejsce w sprawie o sygn. KIO 3253/20. Podkreślenia przy tym wymaga, że zamawiający w wyniku uwzględnienia zarzutów związany jest zakresem żądania zawartym w odwołaniu.

Po drugie, kolejną negatywna konsekwencją z jaką liczyć się musi uczestnik postępowania odwoławczego, który rezygnuje z prawa wniesienia sprzeciwu jest brak możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, co wprost wynika z treści art. 527 nowej ustawy Pzp. W konsekwencji odwołanie wniesione wobec czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, podlega zgodnie z treścią art. 528 ust. 5 nowej ustawy Pzp odrzuceniu.

Z uwagi na wskazane wyżej negatywne konsekwencje dla uczestnika postępowania odwoławczego, jakie ma decyzja o rezygnacji z wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, powinna być ona zawsze starannie przemyślana.

Reasumując stwierdzić należy, że wobec okoliczności, iż w tym postępowaniu odwoławczym zaistniała przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 5) ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczonego przez niego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……..…