

WYROK

z dnia 4 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2021 r. przez odwołującego: Rokom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Karnicka 22, 03-162 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Rokom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego: Rokom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - 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 2974/21

Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Przebudowa ul. Paderewskiego na odc. od ul. Katiuszy do ul. Strycharskiej, numer referencyjny: ZDM/UMDZP/37/TP/25/21. Wartość przedmiotu zamówienia jest

ustalona poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 11 czerwca 2021 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2021/BZP 00079732/01. z dnia 202106-11

Jak wskazał w odwołaniu wykonawca Rokom sp. z o.o. w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) o naruszeniu przepisów prawa przez Zamawiającego dowiedział się 5 października 2021 r., kiedy to Zamawiający przesłał mu odtajnione dokumenty złożone w postępowaniu przez Granar sp. z o.o. (dalej: „Granar”) bez jednoczesnego unieważnienia czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty. W terminie liczonym od tej daty Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na zaniechaniu unieważnienia czynności wyboru oferty Granar z 16.08.br i dokonania ponownej oceny ofert po udostępnieniu odtajnionych dokumentów (wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami) tj. zgodnie z żądaniem Odwołującego pomimo uwzględnienia odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 522 ust 1, 3 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania czynności polegających na unieważnieniu czynności wyboru oferty Granar i czynności oceny ofert zgodnie z żądaniem Odwołującego, pomimo uwzględnienia (po wycofaniu pozostałych zarzutów) w całości odwołania,
- 2) art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Granar oraz powtórzenia czynności oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że pełnomocnik Zamawiającego 6.10.br. w trakcie posiedzenia przed Izbą w sprawie sygn. akt KIO: 2486/21, wezwany do udzielenia informacji, w związku z jaką czynnością w postępowaniu odwoławczym dokonał czynności odtajnienia wyjaśnień ceny Granar, pouczony przez Izbę o konieczności w takim przypadku uwzględnienia zarzutu odwołania zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny Granar, oświadczył do protokołu, że zarzut ten uwzględni. W konsekwencji powyższego Izba wobec skutku powyższego oświadczenia, przy uprzednim wycofaniu pozostałych zarzutów odwołania, wydała w sprawie postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego, w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego odwołania. Odwołujący podał, że pismami z 5.10.br. oraz 6.10.br. wnosił odrębnie do Zamawiającego o dokonanie zaniechanej czynności unieważnienia objętego zarzutem odwołania wyboru oferty Granar z 16.08.br. Zamawiający na wnioski te nie sformułował żadnej odpowiedzi, zaś w trakcie posiedzenia przed Izbą w sprawie sygn. akt KIO 2486/21 pełnomocnik Zamawiającego wprost potwierdził brak zamiaru dokonania unieważnienia wyboru Granar z 16.08.br. W związku z tym wniesienie odwołania w dniu 8.10.2021 r. nastąpiło z zachowaniem ustawowego terminu.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu czynnością z 16.08.br dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej uznając za taką ofertę wykonawcy Granar. Odwołujący w dniu 23.08.br. wniósł do Izby odwołanie m.in. wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających m.in. na wyborze jako oferty najkorzystniejszej Wykonawcy GRANAR Sp. z o.o. i w odniesieniu do tej oferty: zaniechaniu udostępnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami wykonawcy Granar. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu również zaniechanie wykluczenia z postępowania Granar wobec niespełnienia warunku udziału oraz jako zarzut ewentualny - zaniechanie odrzucenia oferty Granar z postępowania pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny i przedłożenia stosownych dowodów nie wykazał, aby było inaczej. Zgodnie z żądaniem odwołania z dnia 23.08.br. Odwołujący wnosił w szczególności o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczanej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania, udostępnienie nieskutecznie zastrzeżonych wyjaśnień ceny wykonawcy Granar. 4.10.br. Odwołujący wycofał zarzut dotyczący wykluczenia Granar, a także wobec braku możliwości wykazania bez wglądu w treści złożonych wyjaśnień ceny wraz z dowodami, że wezwany do wyjaśnień nie udowodnił że cena nie jest rażąco niska, wycofał także ten zarzut jako ewentualny, na tym etapie postępowania przedwczesny i nie do udowodnienia. Zamawiający odrębną czynnością z 5.10.br. bez jednoczesnego uwzględnienia zarzutu odwołania w tym zakresie dokonał czynności odtajnienia w całości treści wyjaśnień ceny Granar wraz z dowodami. Kolejną czynnością z tego samego dnia Zamawiający przekazał do Izby odpowiedź na odwołanie zgodnie z którą wniósł o: odrzucenie odwołania w pkt 1 jako bezprzedmiotowego i umorzenie postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu zarzutu zaniechania udostępnienia treści wyjaśnień rażąco

niskiej ceny wraz z ewentualnymi dowodami wykonawcy Granar, Odwołujący wskazał, że

Zamawiający informuje, że treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami złożonymi przez wykonawcę Granar, została udostępniona Odwołującemu 5 października 2021 r. Powyższa czynność czyni zarzut nr 1 Odwołania bezprzedmiotowym, w związku z czym wnoszę o odrzucenie odwołania w tym zakresie, ewentualnie o umorzenie postępowania w przypadku, gdyby Odwołujący wycofał ten zarzut. Izba na posiedzeniu w dniu 6.10.br. oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 jako bezzasadny a jednocześnie wezwała Zamawiającego do wskazania jaka jest czynność Zamawiającego wobec pozostałego zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny Granar, w sytuacji gdy jednocześnie w przeddzień rozprawy Zamawiający dokumenty te odtajnił, czym de facto uznał w całości zasadność zarzutów i żądań Odwołującego. W konsekwencji w trakcie posiedzenia przed Izbą pełnomocnik Zamawiającego złożył oświadczenie w przedmiocie uwzględnienia zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień ceny Granar. Skutkiem powyższego Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający odwrócił w postępowaniu właściwą kolejność i dokonana czynnością odtajnienia treści wyjaśnień ceny Granar najpierw faktycznie odwołanie uwzględnił, a jednocześnie nie uwzględnił formalnie odwołania (ostatecznie złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu w trakcie posiedzenia przed Izbą), jak też nie dokonuje i nie ma zamiaru zgodnie z oświadczeniami, jakie składał w trakcie posiedzenia, dokonać unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Prawidłowy i zgodny z zarzutami oraz żądaniami odwołania przebieg czynności Zamawiającego winien wyglądać następująco: Czynność faktyczna w postaci odtajnienia wyjaśnień ceny wykonawcy Granar uwzględniała zarzut odwołania, ale jednocześnie Zamawiający zamiast uwzględnić w tej sytuacji odwołanie i unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej przekazał Odwołującemu treść wyjaśnień oczekując od Izby odrzucenia odwołania względnie wycofania odwołania przez Odwołującego. Powyższy zabieg, jak wynika z treści odpowiedzi na odwołanie jaką składał Zamawiający, miał wyłącznie na celu uniemożliwienie Odwołującemu dokonanie oceny złożonych przez Granar wyjaśnień i skuteczne zakwestionowanie rażąco niskiej ceny Granar po zapoznaniu się z treścią udostępnionych wyjaśnień. Czynność Zamawiającego ma w swoim zamiarze wyłącznie pozbawienie Odwołującego prawa do odwołania. Brak unieważnienia wyboru z 16.08.br. powoduje, że nawet mając aktualnie wiedzę na temat treści wyjaśnień ceny Granar i pomimo, że ich analiza potwierdza jedynie, że oferta ta winna być odrzucona, Odwołujący nie miałby już odrębnej możliwości zakwestionowania odwołaniem wyboru Granar z dnia 16.08.br. bowiem ten pozostaje niewzruszony. Gdyby praktyka jaką stosuje Zamawiający w aktualnym postępowaniu odwoławczym upowszechniła się, wnoszenie odwołań na bezprawne i naruszające zasadę jawności zastrzeżenie tajemnicy dowolnej informacji w toku postępowania byłoby bezcelowe. Zamawiający po wniesieniu takiego odwołania, bez jego uwzględnienia (bądź nawet z jego uwzględnieniem jak w sprawie) i bez anulowania objętego odwołaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajniałby kwestionowane odwołaniem dokumenty, a Odwołujący pomimo, że uzyskał do nich dostęp dopiero po wniesieniu odwołania i mógł dopiero po zapoznaniu się z ich treścią postawić konkretne zarzuty wobec wyboru, nie mógłby takiej czynności dokonać ponieważ pierwotny wybór byłby podtrzymany przez Zamawiającego. Uwzględniając odwołanie Odwołującego co do zarzutu bezpodstawnego utajnienia informacji i dokumentów złożonych przez Granar, Zamawiający przyznał Odwołującemu rację, że pomimo zastrzeżenia przez Granar, sporne informacje nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. W konsekwencji, Zamawiający - odtajniając kwestionowane dokumenty - miał obowiązek jednocześnie unieważnić czynności wyboru oferty oraz oceny ofert zgodnie z żądaniem Odwołującego, aby umożliwić mu przeanalizowanie przesłanych dokumentów oraz ewentualne wniesienie odwołania dotyczącego bezpodstawnie utajnionych wcześniej dokumentów.

Ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej właśnie czynności. Co więcej wadliwa ocena dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnej oferty, a tym samym skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Przyjęcie przeciwnego poglądu byłoby sprzeczne z zasadą państwa prawa jak i przepisów unijnych. Podkreślenia wymaga, iż państwo polskie składać zobowiązane jest do zapewnienia wykonawcom realnych środków ochrony prawnej i możliwości ich składania w odpowiednich terminach (por. wyrok TS z dnia 28.01.2010 w sprawie Uniplex C-406/08 oraz wyrok TS z dnia 12.01.2002 r. ws. Universale - Bau C-47). Oznaczałoby to bowiem, że nawet bezpodstawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, de facto skutkowałoby pozbawieniem możliwości skutecznego składania odwołania skierowanego przeciwko ofercie podmiotu utajnającego swoją ofertę (jej część). Nie da się bowiem składać skutecznego odwołania niejako „w ciemno”. Zamawiający w trakcie posiedzenia stawiał wręcz tezę, że to na podstawie ujawnionych w przeddzień terminu rozprawy wyjaśnień ceny Odwołujący winien był wykazywać, że oferta Granar jest rażąco niska. Zapominając przy tym, że sam zarzut i żądanie odtajnienia były samodzielne i

obligowały w przypadku ich uwzględnienia do unieważnienia wadliwego w tej sytuacji wyboru oferty Granar.

Odwolujący stwierdził, że nie ulega wątpliwości, co potwierdza orzecznictwo KIO, że każdorazowo uwzględnienie zarzutu dotyczącego odtajnienia wyjaśnień ceny prowadzi do konieczności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i ma lub co najmniej może mieć bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Dopiero bowiem po zapoznaniu się z treścią odtajniionych wyjaśnień wykonawca może kwestionować wybór konkurencyjnego wykonawcy i zaniechanie jego odrzucenia, inaczej prawo do środków ochrony prawnej byłoby czysto iluzoryczne. Jak wskazuje aktualne orzecznictwo Izby w każdym przypadku odtajnienia wskutek uwzględnienia odwołania bezprawnie niedostępniionych wyjaśnień ceny z dowodami ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i ocenę ofert. Zdaniem Odwołującego bez unieważnienia dotychczasowej czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej nie może skutecznie podnosić żadnych zarzutów wobec wyboru oferty Granar, a wywiedzionych z dokumentów udostępniionych przez Zamawiającego dnia 4.10.2021 r. To będzie możliwe dopiero po wykonaniu przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniami Rokom zawartymi w odwołaniu z dnia 23.08.2021 r., tj. po unieważnieniu wcześniejszej czynności oceny ofert i powtórzeniu czynności oceny i wyboru.

Zdaniem Odwołującego w kontekście powyższego działania/zaniechania

Zamawiającego w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami oraz zasadami współżycia społecznego, jak i przepisami prawa, zmierzają do uniemożliwienia Rokom skorzystania środków ochrony prawnej. Uwzględnienie zarzutu bezpodstawnego nieujawnienia zastrzeżonych przez Granar dokumentów winno spowodować unieważnieniem czynności oceny ofert, bez rozpatrywania tych zarzutów merytorycznych, które dotyczą elementów utajniionych. Te kwestie będą mogły być przedmiotem ewentualnego kolejnego odwołania wobec ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wniesienie przedmiotowego odwołania jest konieczne tym bardziej, że jak wynika ze stanowiska Zamawiającego uważa on, że ma aktualnie otwartą ścieżkę do zawarcia umowy z Granar bez wzruszania wyboru z dnia 16.08. br.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie, ewentualnie, z ostrożności procesowej, o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał, że 23 sierpnia br. Odwołujący wniósł pierwsze odwołanie w postępowaniu (dalej również: Odwołanie I), które zawierało trzy zarzuty:

- 1) zaniechania udostępnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z ew. dowodami wykonawcy Granar sp. z o.o. (dalej: „Granar”)
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Granar z postępowania pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny i przedłożenia stosownych dowodów nie wykazał, aby było inaczej (zarzut cofnięty przed posiedzeniem),
- 3) zaniechania odrzucenia oferty Granar pomimo, że:
 - a) wykonawca Granar podlega wykluczeniu wobec podania w Postępowaniu nieprawdziwych/wprowadzających w błąd informacji w odniesieniu do kandydata na stanowisko Kierownika budowy,
 - b) wykonawca Granar nie wykazał spełnienia warunku udziału dotyczącego doświadczenia zawodowego kandydata (zarzut cofnięty przed posiedzeniem); dwa ostatnie spośród ww. zarzutów (dotyczące zakomunikowanej Odwołującemu w dniu 16 sierpnia br. czynności wyboru oferty Granar) zostały skutecznie wycofane przez Odwołującego. Wycofanie zarzutów miało miejsce w dniu 4 października br.;

Zamawiający podał, że 5 października br. o godz. 10:43 udostępnił treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Granar wraz z dowodami. 6 października br. odbyło się posiedzenie w sprawie KIO 2486/21, na którym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. 8 października br. Odwołujący wniósł odwołanie w niniejszej sprawie (dalej również: Odwołanie II), w którym sformułował zarzut zaniechania unieważnienia czynności wyboru oferty Granar, wskazując na naruszenie art. 522 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania czynności polegających na unieważnieniu czynności wyboru oferty Granar i czynności oceny ofert zgodnie z żądaniem Odwołującego, pomimo uwzględnienia (po

wycofaniu pozostałych zarzutów w całości) odwołania oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania Zamawiający wskazał, że Odwołujący, w Odwołaniu II kwestionuje czynność Zamawiającego (wybór oferty Granar), która mogła zostać zaskarżona do dnia 23 sierpnia br. (wówczas upływał 5-dniowy termin na wniesienie odwołania). Odwołujący sformułował w tym zakresie zarzut w Odwołaniu I, który skutecznie cofnął w dniu 4 października br. W związku z powyższym, Odwołanie II powinno zostać odrzucone jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie bowiem z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie”

W uzasadnieniu wniosku o oddalenie odwołania, Zamawiający odnośnie zarzutu podniesionego w Odwołaniu dotyczącego zaniechania unieważnienia czynności wyboru oferty Granar wskazał, że rozpatrywane w niniejszej sprawie odwołanie jest drugim, wniesionym przez Odwołującego w postępowaniu dotyczącym czynności wyboru oferty Granar. Pierwsze, zawierało trzy zarzuty, z których wszystkie, dotyczące prawidłowości wyboru oferty Granar, zostały cofnięte jeszcze przed dniem wyznaczonym na posiedzenie (tj. w dniu 4 października 2021 roku), pozostawiając do rozpatrzenia jedynie zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia tej oferty. W złożonej 5 października br. odpowiedzi na Odwołanie I, Zamawiający wskazywał na bezzasadność tego zarzutu z tego względu, że treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami złożonymi przez wykonawcę Granar, została udostępniona Odwołującemu 5 października 2021 r. Powyższa czynność uczyniła jedyny, pozostawiony do rozpatrzenia, zarzut Odwołania I, bezzasadnym i okoliczność ta stanowiła przedmiot posiedzenia Izby w dniu 6 października br. W trakcie posiedzenia, dla potrzeb umorzenia postępowania, pełnomocnik Zamawiającego złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu nr I. Jednocześnie, podczas posiedzenia bardzo wyraźnie wskazał, że Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. Zamawiający wykonał żądanie odwołania w zakresie odtajnienia wyjaśnień jeszcze przed posiedzeniem, co zostało uwzględnione w protokole z posiedzenia. W Odwołaniu II, Odwołujący, bezzasadnie zdaniem Zamawiającego argumentuje, że czynność odtajnienia wyjaśnień Granar dokonana przez Zamawiającego przed posiedzeniem KIO 2486/21, obligowała go również do unieważnienia czynności wyboru oferty tego wykonawcy.

Odwołanie II jest bezzasadne z tej przyczyny, że Odwołujący domaga się unieważnienia czynności Zamawiającego, podczas gdy nie istnieją podstawy prawne i faktyczne takiego działania. Zamawiający podkreśla, że treść dokumentów, których ujawnienia żądał Odwołujący, została mu udostępniona przed posiedzeniem, na którym umorzono pierwsze postępowanie odwoławcze. Ponadto, dotyczący wyboru oferty Granar, zarzut Odwołującego został przez niego skutecznie cofnięty w dniu poprzedzającym dzień posiedzenia. Cofnięcie zarzutu nastąpiło zanim Zamawiający udostępnił Odwołującemu treść wyjaśnień. Gdyby Odwołujący nie cofnął pozostałych zarzutów przedstawionych w pierwszym odwołaniu, mógłby skorzystać z odpowiednich instrumentów prawnych umożliwiających mu popieranie odwołania w celu kwestionowania wyboru oferty Granar (np. wniosek o odroczenie rozprawy). Nie jest zatem prawdą okoliczność podniesiona przez Odwołującego, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty Granar nie był do udowodnienia w trakcie postępowania wywołanego pierwszym wniesionym odwołaniem. Fakt, że Odwołujący przedwcześnie cofnął Odwołanie I w części kwestionującej prawidłowość wyboru (a więc jeszcze przed udostępnieniem dokumentów Granar oraz przed dniem posiedzenia odwoławczego) nie może rodzić skutków w postaci unieważnienia czynności wyboru oferty, tym bardziej w sytuacji, gdy podstaw do takiego działania nie ma, na co wskazywał Zamawiający już podczas posiedzenia, na którym umorzono postępowanie odwoławcze. Zamawiający na posiedzeniu bardzo wyraźnie zaznaczył, że nie widzi podstaw do unieważnienia czynności wyboru, tym bardziej, że czynność odtajnienia wyjaśnień wobec wycofania zarzutu odnoszącego się do prawidłowości wyboru oferty Granar na takie unieważnienie nie może mieć wpływu.

Odwołujący przed dniem posiedzenia w sprawie Odwołania I, miał możliwość zapoznania się z tą częścią oferty Granar, która została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający bardzo wyraźnie podtrzymał na posiedzeniu swoje stanowisko co do poprawności oferty firmy Granar oraz braku podstaw do kwestionowania czynności wyboru. Ponadto Zamawiający podkreślił, że nie podziela stanowiska Odwołującego co do konieczności powtórnego badania i oceny ofert i zaznaczył, że tych czynności nie wykona. Konsekwencją uznania zarzutu przez Zamawiającego było bowiem wykonanie żądania w zakresie odtajnienia dokumentów. Innymi słowy, żądanie odwołania w zakresie zarzutu nieodtajnienia wyjaśnień Granar, zostało wykonane poprzez udostępnienie tych dokumentów. Natomiast Odwołujący, kwestionując poprawność badania oferty, nie przedstawił żadnych argumentów przemawiających za tą czynnością, co wobec cofnięcia zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, czyni odwołanie całkowicie bezzasadnym.

Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, że w świetle art. 577 ustawy Pzp, zgodnie z którym „w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze działanie Odwołującego, polegające na wniesieniu odwołania oczywiście bezzasadnego, jawi się jako próba uniemożliwienia Zamawiającemu bezzwłocznego zawarcia umowy zgodnie z prawidłowo przeprowadzoną procedurą o udzielenie zamówienia publicznego, co nie powinno zasługiwać na ochronę. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, wnosząc Odwołanie II, Odwołujący w rzeczywistości zmierza do niwelowania skutków prawnych wywołanych przedwczesnym wycofaniem zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny (zarzut zaniechania odrzucenia oferty Granar z postępowania pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca wezwany do wyjaśnienia ceny i przedłożenia stosownych dowodów nie wykazał, aby było inaczej). Chociaż, co wymaga podkreślenia, zamiast cofać zarzut, mógł skorzystać z odpowiednich instrumentów prawnych umożliwiających mu doprowadzenie do rozprawy w pierwszym postępowaniu odwoławczym. Do pisma został załączony protokół z posiedzenia w sprawie KIO 2486/21.

Na posiedzeniu i rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz ww. protokół załączony do pisma Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie występuje przesłanka odrzucenia odwołania wskazana przez

Zamawiającego określona w art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi: „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie”

Odwołanie zostało wniesione 8 października 2021 r., tj. przed upływem 5 dni od czynności Zamawiającego, polegającej na ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Granar sp. z o.o., która została dokonana przez Zamawiającego 5 października 2021 r. Należy bowiem stwierdzić, że powyższa czynność Zamawiającego otwierała Odwołującemu termin na wniesienie nowego odwołania. Analiza bowiem treści wyjaśnień ceny oferty Granar sp. z o.o. mogła prowadzić do stwierdzenia przez tego wykonawcę, że oferta ta, jako zawiera rażąco niską cenę podlega odrzuceniu.

Odrębną kwestią, ocenianą już w aspekcie merytorycznym, jest natomiast sprawa treści zarzutów sformułowanych w odwołaniu i ich ewentualnego związku z wykazaniem wystąpienia materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy Pzp, w tym interesu w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie z tym przepisem skorzystanie ze środków ochrony prawnej jest możliwe w przypadku wykazania, że wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, poniósł lub może ponieść szkodę, która jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Zaznaczenia wymaga, że powyższe przesłanki muszą zaistnieć łącznie, a brak ich zaistnienia skutkuje oddaleniem odwołania.

W analizowanym postępowaniu Odwołujący wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, bowiem jego oferta jest drugą najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu, po ofercie Granar. W ocenie Odwołującego dokumenty, które zostały przekazane Odwołującemu 5.10.2021 r. dają podstawy do odrzucenia oferty Granar. W tej sytuacji to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Jednocześnie Odwołujący ma interes w kwestionowaniu zaskarżonego zaniechania tj. braku unieważnienia czynności oceny oferty i wyboru ofert najkorzystniejszej, albowiem to powoduje pozbawienie go prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej wywiedzionego na podstawie dokumentów Granar otrzymanych dnia 5.10.2021 r. W konsekwencji nieuwzględnienie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego spowoduje poniesienie przez Odwołującego szkody (z możliwością zawarcia przez Zamawiającego umowy z Granar łącznie). Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania

poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi szkodę Odwołującego uzasadniającą złożenie odwołania.

Ze stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego w tym zakresie oraz postawionych w odwołaniu zarzutów, wynika, że Odwołujący błędnie uznaje, że termin na postawienie zarzutów dotyczących istnienia podstaw odrzucenia oferty wykonawcy Granar sp. z o.o. z uwagi na rażąco niską cenę będzie mógł biec dopiero od podjęcia przez Zamawiającego czynności unieważnienia wyboru oferty ww. wykonawcy.

Takie stanowisko Odwołującego w ocenie Izby jest nieuprawnione, bowiem jego przyjęcie oznaczałoby udzielenie Odwołującemu dodatkowego terminu na wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Granar z uwagi na rażąco niską cenę, który, jak wyżej wskazano, należy liczyć od udostępnienia Odwołującemu przez Zamawiającego wyjaśnień ceny, złożonych przez tego wykonawcę, tj. od 5 października 2021 r. Nie jest przy tym sporne, że z oświadczenia Zamawiającego złożonego przed Izbą na posiedzeniu 6 października 2021 r. wynika, że nie zamierza unieważnić wyboru oferty Granar sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. W związku z tym w terminie na wniesienie obecnie rozpatrywanego odwołania Odwołujący miał wiedzę w zarówno w zakresie treści wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Granar sp. z o.o., jak też stanowiska Zamawiającego, co do ich oceny i w związku z tym, w przypadku posiadania zastrzeżeń, powinien skorzystać ze środków ochrony prawnej w ustawowym terminie.

Brak postawienia w rozpatrywanym odwołaniu (jak też w odrębnym odwołaniu, co wynika z oświadczenia Odwołującego na posiedzeniu), zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Granar sp. z o.o. z uwagi na rażąco niską cenę i brak wykazania, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia ceny, oznacza, że Odwołujący nie może już skutecznie doprowadzić do wzruszenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na ewentualne wystąpienie w niej rażąco niskiej ceny. Ustawowy termin, liczonego od powzięcia wiadomości o podstawie do wniesienia odwołania w tym zakresie, tj. od udostępnienia mu wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Granar, bezskutecznie bowiem upłynął. Obecnie wniesionym odwołaniem, z uwagi na treść zarzutów, Odwołujący nie może doprowadzić do odrzucenia oferty Granar sp. z o.o. z uwagi na rażącą cenę tej oferty. Ewentualne stwierdzenie przez Izbę zasadności zarzutów odwołania pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, co również skutkowałoby oddaleniem odwołania. Zgodnie bowiem z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Wskazania jednak wymaga, że zarzuty odwołania są bezzasadne.

Jak wynika z powyżej przedstawionego stanu faktycznego opisanego obszernie w pismach stron, Zamawiający 5 października 2021 r., tj. przed terminem posiedzenia Izby w sprawie pierwszego odwołania wniesionego przez Odwołującego, w zakresie w którym nie zostało ono wycofane przez Odwołującego 4 października 2021 r. tj. jedynie w odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia tych informacji, uwzględnił odwołanie. Jak stwierdził na posiedzeniu w niniejszej sprawie, uczynił to, aby nie narażać Odwołującego na poniesienie kosztów postępowania. Skoro pozostałe zarzuty pierwszego odwołania zostały wycofane przez Odwołującego 4 października 2021 r., to stosownie do art. 520 ust. 2 Pzp, odwołanie w tym zakresie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania. Zauważenia również wymaga, że skoro Zamawiający procesowo uwzględnił zarzut odwołania dotyczący zaniechania udostępnienia wyjaśnień ceny, po tym jak te wyjaśnienia zostały Odwołującemu przekazane, to nie oznacza, że nie zostało zrealizowane żądanie odwołania związane z postawionym zarzutem, tj. żądaniem ujawnienia zastrzeżonych informacji.

Jak słusznie w odwołaniu, przywołując orzecznictwo KIO, zauważył Odwołujący, dopiero po zapoznaniu się z treścią odtajnionych wyjaśnień wykonawcy może kwestionować wybór konkurencyjnego wykonawcy i zaniechanie jego odrzucenia, inaczej prawo do środków ochrony prawnej byłoby czysto iluzoryczne. W każdym przypadku odtajnienie na skutek uwzględnienia odwołania bezprawnie nieudostępnionych wyjaśnień ceny z dowodami ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i ocenę ofert.

Odwołujący jednak wbrew temu, co wynika z ww. stwierdzeń, pomija, chronologię zdarzeń, jakie miały miejsce w okolicznościach analizowanej sprawy. W szczególności pomija, że udostępnienie wyjaśnień wykonawcy Granar sp. z o.o. w zakresie ceny, nastąpiło 5 października 2021 r. i nie było wynikiem orzeczenia Izby, tj. uwzględnienia przez Izbę zarzutu zaniechania ujawnienia wyjaśnień ceny, lecz było dokonane przez Zamawiającego wyprzedzająco w stosunku do orzeczenia w tym przedmiocie. W konsekwencji, oznaczało, że

na dzień orzekania przez Izbę, tj. 6 października 2021 r. nie istniał już przedmiot zaskarżenia objęty pierwszym odwołaniem.

Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że stosownie do przepisów Pzp czynność Zamawiającego w postaci udostępnienia wyjaśnień w zakresie ceny oferty wykonawcy Granar sp. z o.o. nie tylko dała Odwołującemu możliwość zapoznania się z tymi wyjaśnieniami ceny, ale też otworzyła temu wykonawcy możliwość podniesienia zarzutów związanych z ewentualnym stwierdzeniem dokonania przez Zamawiającego wadliwej oceny otrzymanych wyjaśnień i istnienia w ofercie wykonawcy Granar sp. z o.o. rażąco niskiej ceny. Odwołujący pomija, że w związku z tym, że była to nowa czynność Zamawiającego w postępowaniu, przysługiwało na nią odwołanie, które powinno być wniesione w ustawowym terminie. Bez znaczenia jest bowiem to, że czynność ta została dokonana po wniesieniu pierwszego odwołania, w którym był postawiony zarzut zaniechania jej dokonania.

Wbrew stanowisku Odwołującego okoliczność, iż czynności Zamawiającego w postaci ujawnienia wyjaśnień ceny wykonawcy Granar nie towarzyszyło unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czy też takie unieważnienie nie nastąpiło niezwłocznie po jej dokonaniu, nie stała na przeszkodzie do wniesienia takiego odwołania. Podobnie, jak pierwsze odwołanie, które również było wnoszone po wyborze najkorzystniejszej oferty, odwołanie wniesione w związku z udostępnionymi wyjaśnieniami ceny, mogło być skutecznie wniesione. W razie prawidłowo sformułowanych zarzutów, i wykazania ich zasadności, takie odwołanie mogłoby skutkować nakazaniem unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Powyższe wskazuje, że w rozpatrywanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów Pzp, które miałyby wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W analizowanej Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez niego wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: