Sygn. akt: KIO 2993/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 3 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Mateusz Paczkowski

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 3 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę „Alma" S.A. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy INNERGO Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 złotych (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy „Alma" S.A. z siedzibą w Poznaniu, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2993/24

Uzasadnienie

Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający"), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa pn.: „Multipleksery MPLS-TP" (znak postępowania: 2616.17.2024.MP). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 kwietnia 2024 r. pod numerem 229516-2024.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca „Alma" S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący").

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od :

- czynności badania i oceny złożonych ofert,

- czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

- czynności wyboru oferty złożonej przez INNERGO Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Innergo),

- jako oferty najkorzystniejszej,

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Innergo, pomimo że treść ww. oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,

- zaniechania udostępnienia całości wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Innergo w dniu 24 lipca 2024 r. oraz zaniechania udostępnienia całości wyjaśnień ceny złożonych przez konsorcjum firm: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. i FCA S.A. (dalej „konsorcjum IST") w dniu 24 lipca 2024 r.,

- zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania niezbędnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, tj. takiego uzasadnienia faktycznego, które wskazywałoby, w czym konkretnie Zamawiający upatruje niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia;

2. z ostrożności procesowej art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, w sytuacji w której treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia,

3. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Innergo, pomimo że treść ww. oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,

4. art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ustawa ZNK") w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia całości wyjaśnień ceny złożonych przez Innergo w dniu 24 lipca 2024 r. oraz zaniechanie udostępnienia całości wyjaśnień ceny złożonych przez konsorcjum IST w dniu 24 lipca 2024 r., pomimo że Zamawiający prawidłowo uznał, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, wskazane w ww. wyjaśnieniach ceny, nie zostały skutecznie zastrzeżone i zawiadomił odpowiednio Innergo oraz konsorcjum IST o odtajnieniu dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,

5. art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Innergo jako najkorzystniejszej, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,

b) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego,

c) dokonał ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,

d) udostępnił Odwołującemu całość wyjaśnień ceny złożonych przez Innergo w dniu 24 lipca 2024 r. oraz udostępnił Odwołującemu całość wyjaśnień ceny złożonych przez konsorcjum IST w dniu 24 lipca 2024 r.

e) dokonał odrzucenia oferty Innergo ze względu na niezgodność treści ww. oferty z warunkami zamówienia, opisaną w uzasadnieniu odwołania,

f) dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu, oraz wstępnie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z Postępowania. Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy

Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to nie dokonałby odrzucenia oferty Odwołującego, natomiast dokonałby odrzucenia oferty Innergo, co w konsekwencji skutkowałoby wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Oferta Odwołującego uplasowała się bowiem na trzeciej pozycji w rankingu ofert, za ofertą Innergo i za ofertą konsorcjum IST, przy czym oferta konsorcjum IST została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Ponadto cena oferty złożonej przez Odwołującego mieści się w kwocie, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Ponadto, zakładając, że oferta Innergo oraz oferta konsorcjum IST zawiera cenę rażąco niską – co Odwołujący będzie weryfikował i ewentualnie udowadniał po uzyskaniu wglądu w wyjaśnienia ceny objęte tajemnicą przedsiębiorstwa – oferta Odwołującego może uzyskać najwyższą ilość punktów i zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu rankingu ofert. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba winna uwzględnić odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego może być bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób może wpłynąć i wpłynęło na wynik postępowania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 7 sierpnia 2024 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 19 sierpnia 2024 r. należy

uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Innergo.

Zamawiający pismem z dnia 3 września 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż: „w następstwie analizy stawianych zarzutów, dokonał korekty podjętych czynności, zmierzając do przeprowadzenia postępowania w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami. Wyrazem tej korekty jest unieważnienie w dniu 03 września 2024 r. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w celu dokonania ponownego badania oceny ofert i naprawienia wcześniej popełnionych błędów. Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przekazano Wykonawcom". Zamawiający wskazał też, że: „Wykonawca Innergo Systems Sp. z o.o. pismem z dnia 16.08.2024 r. wniósł odwołanie żądając uwzględnienia odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych pismem z dnia 24 lipca 2024 r. oraz podtrzymania zastrzeżenia oraz podtrzymania zastrzeżenia dokonanego przez Wykonawcę Innergo Systems Sp. z o.o. Zamawiający pismem z dnia 27.08.2024 r. uwzględnił wyżej wskazane odwołanie w całości (sprawa KIO 2956/24)". Ponadto Zamawiający poinformował, że: „w dniu 30.08.2024 r. udostępnił żądane przez Odwołującego informacje tj. całość wyjaśnień ceny złożonych przez konsorcjum IST w dniu 24 lipca 2024 r.". Do pisma Zamawiający załączył m. in. zawiadomienie z dnia 3 września 2024 r. o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 7 sierpnia 2024 r. oraz informację z dnia 2 września 2024 r. o skutecznym zastrzeżeniu przez Innergo informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych pismem z dnia 24 lipca 2024 r.

Pismem z dnia 3 września 2024 r. Innergo wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 3 września 2024 r., w związku z opublikowanym przez Zamawiającego w dniu 3 września 2024 r. zawiadomieniem o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej, której Zamawiający dokonał w dniu 7 sierpnia 2024 r. oraz o przystąpieniu przez Zamawiającego ponownie do oceny i badania złożonych ofert, a także w związku ze stanowiskiem przedstawionym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 września 2024 r., Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego wskazując, że: „dalsze jego prowadzenie stało się zbędne oraz bezprzedmiotowe. (…). Skoro Zamawiający unieważnił czynności będące podstawą wniesienia odwołania, w tym czynność wyboru, jak i odrzucenie oferty Odwołującego, to czynności stanowiące podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestały istnieć. Odwołujący wskazał nadto, że: „zasadne jest umorzenie postępowania odwoławczego także w zakresie zarzutu nr 4 z petitum odwołania". W odniesieniu do tego, iż w sprawie o sygn. akt: KIO 2956/24 Zamawiający pismem z dnia

27 sierpnia 2024 r. uwzględnił to odwołanie w całości, Odwołujący wskazał, że: „działając jako przystępujący w sprawie KIO 2956/24, zdecydował się nie wnosić sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego ww. odwołania w całości. Odpowiednio do tego w dniu 30.08.2024 r. zostało ogłoszone postanowienie Izby w sprawie KIO 2956/24". Odwołujący zwrócił też uwagę, iż: „Zamawiający w odpowiedzi na odwołania wskazał również, że w dniu 30.08.2024 r. udostępnił żądane przez Odwołującego informacje, tj. całość wyjaśnień ceny złożonych przez konsorcjum IST w dniu 24 lipca 2024 r. Odwołujący potwierdza powyższe. W rezultacie również w zakresie zarzutu nr 4 z petitum odwołania dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne oraz bezprzedmiotowe, bowiem Odwołujący otrzymał od Zamawiającego żądane informacje, tj. całość wyjaśnień ceny złożonych przez konsorcjum IST, natomiast wykonawca Innergo Systems Sp. z o.o. skutecznie zastrzegł informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Izba uznała, że w zakresie zarzutu nr 4 z petitum odwołania brak jest podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący cofa ww. zarzut".

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Analiza stanu faktycznego sprawy pozwala na wniosek, że w związku z:

- unieważnieniem przez Zamawiającego w dniu 3 września 2024 r. czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 7 sierpnia 2024 r.,

- udostępnieniem Odwołującemu przez Zamawiającego w dniu 30 sierpnia 2024 r. całości wyjaśnień ceny Konsorcjum IST z dnia 24 lipca 2024 r. (co zgodnie potwierdzili Odwołujący i Zamawiający),

- uwzględnieniem przez Zamawiającego w dniu 27 sierpnia 2024 r. w całości zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 2956/24 na czynność uznania za bezskutecznie zastrzeżone przez Innergo jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Innergo w dniu 24 lipca 2024 r., wobec czego Odwołujący nie wniósł sprzeciwu i co doprowadziło do

skuteczności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa tychże informacji,

oraz mając na uwadze wcześniej opisane czynności oraz zaniechania czynności Zamawiającego, wobec których wniósł odwołanie Odwołujący, przy jednoczesnym wniosku Odwołującego o umorzenie postępowania, może znaleźć

zastosowanie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego. Należy również wskazać, że przepisy ustawy Pzp nie zobowiązują

zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, w której wykonawca wniesie odwołanie. Należy bowiem podkreślić, że przepis art. 552 ust. 1 ustawy Pzp obliguje Izbę do uwzględnienia za podstawę stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający unieważnił po pierwsze czynność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 7 sierpnia 2024 r., po drugie udostępnił Odwołującemu całość wyjaśnień ceny Konsorcjum IST z dnia 24 lipca 2024 r., a po trzecie uwzględnił w całości odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2956/24, a Odwołujący nie wniósł sprzeciwu, co doprowadziło do skuteczności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny Innergo z dnia 24 lipca 2024 r., tym samym czynności i zaniechania czynności stanowiące podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestały istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie Izby należało, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego było bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy Pzp - zbędne. Izba zatem uznała, że podstawa umorzenia postępowania, o której mowa w art. 568 pkt 2) ustawy Pzp zachodzi w okolicznościach tej sprawy.

Reasumując, mając na względzie okoliczności przedmiotowej sprawy oraz brzmienie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Prawa zamówień publicznych w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: ……..…….