

Sygn. akt: KIO 3095/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 3 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 3 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu

Uczestnik po stronie zamawiającego:

Berger Bau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 3095/24

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3095/24

Uzasadnienie

Zamawiający Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „POPRAWA STANU TECHNICZNEGO DROGI WOJEWÓDZKIEJ nr 324 GÓRA - NIECHŁÓW od km 6+115 do km 21+650 odcinkami o długości 4310 m (nr postępowanie NI.2720.73.2024), zwane dalej „Postępowaniem”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 z późn. zm.) dalej: „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych: 14 czerwca 2024 roku., nr 2024/BZP00367041/01.

W dniu 26 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie – zwanego dalej „Odwołującym”, wobec czynności Zamawiającego polegających na:

➤ zaniechaniu wezwania Berger Bau Polska Sp. z o.o. (dalej jako „Wykonawca” lub „Berger Bau”) do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnej części składowej zamówienia tj. robót dotyczących wykonania stabilizacji gruntu cementem ($R_m = 1,5 - 2,5 \text{ Mpa}$) - grubość warstwy po zagęszczeniu 25 cm, w sytuacji gdy ta pozycja została przez Wykonawcę rażąco nisko wyceniona w złożonej przez niego ofercie i w następstwie powyższego zaniechanie przez Zamawiającego dokonania oceny oferty

Berger Bau

w zakresie prawidłowego skalkulowania ww. pozycji nr 13 kosztorysu ofertowego;

➤ zaniechaniu udostępnienia i ujawnienia (odtajnienia) całej treści pisma Wykonawcy z dnia 26.07.2024 r., znak WR/KD/PISt/1342/2024 (w tym części III tego pisma

stanowiącej wyjaśnienia rażąco niskiej ceny) oraz załączników do ww. pisma pomimo, że Berger Bau bezskutecznie zastrzegł treść ww. pisma oraz dokumenty do niego załączone jako tajemnicę przedsiębiorstwa;

➤ dokonaniu wyboru oferty Berger Bau jako najkorzystniejszej w tym Postępowaniu w sposób nietransparentny, w warunkach uniemożliwiających weryfikację prawidłowości tej czynności Zamawiającego przez pozostałych uczestników Postępowania i z naruszeniem zasady jawności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) art. 18 ust. 1 - 3 pzp, art. 74 ust. 2 pkt 1) p.z.p. oraz art. 16 pkt 1) i 2) pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej jako „znku”), polegające na:

a) błędnej i niedostatecznej ocenie zastrzeżenia przez Berger Bau jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w piśmie z dnia 26.07.2024 r., znak WR/KD/PiSt/1342/2024 oraz załączników do ww. pisma i

uznania, że ww. zastrzeżenie jest skuteczne i uzasadnione,

b) nieuzasadnionej odmowie udostępnienia Odwołującemu pisma Berger Bau z dnia 26.07.2024 r. z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny i ograniczeniu się w tym względzie jedynie do przekazania pierwszej strony ww. pisma, i w następstwie tego

c) zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w piśmie Berger Bau z dnia 26.07.2024 r. oraz dokumentów załączonych do tego pisma, w sytuacji gdy Berger Bau bezskutecznie zastrzegł te informacje i dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a Zamawiający nie był uprawniony do odmowy udostępnienia Odwołującemu ww. pisma i załączników jako elementu oferty Wykonawcy;

d) naruszenie zasady jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie innym wykonawcom, w tym Odwołującemu, możliwości weryfikacji, czy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były rzeczowe i prawidłowe, a Berger Bau wywiązał się z ciężaru dowodzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2) art. 239 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) pzp polegające na wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Berger Bau, w sytuacji, gdy czynność ta nastąpiła z naruszeniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji do tego stopnia, iż pozostali wykonawcy (w tym Odwołujący) pozbawieni zostali możliwości zbadania motywów i prawidłowości rozstrzygnięcia Zamawiającego;

3) art. 224 ust. 1 pzp w zw. z art. 266 pzp w zw. z art. 239 ust. 1 pzp polegające na zaniechaniu wezwania Berger Bau do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do pozycji nr 13 kosztorysu ofertowego - stabilizacja gruntu cementem ($R_m = 1,5 - 2,5 \text{ Mpa}$) - grubość warstwy po zagęszczeniu 25 cm, w sytuacji gdy ww. pozycja stanowi istotną część składową zamówienia, a Wykonawca wycenił koszt jej wykonania na rażąco niskim poziomie, w następstwie czego wybór oferty Berger Bau był przedwczesny i nie został poprzedzony wystarczającą analizą ze strony Zamawiającego.

Podnosząc ww. zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Berger Bau, jako oferty najkorzystniejszej,

2) wezwanie Berger Bau w trybie art. 224 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do sposobu skalkulowania pozycji nr 13 kosztorysu ofertowego i zaoferowanej przez tego Wykonawcę ceny za wykonanie robót dotyczących wykonania stabilizacji gruntu cementem ($R_m = 1,5 - 2,5 \text{ Mpa}$) - grubość warstwy po zagęszczeniu 25 cm;

3) ujawnienie całej treści pisma Berger Bau z dnia 26.07.2024 r. znak WR/KD/PiSt/1342/2024, w tym złożonych przez Berger Bau w ww. piśmie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników do ww. pisma;

4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu z uwzględnieniem dokumentów i informacji, o których mowa w pkt 2) i 3) powyżej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienia wykonawca Berger Bau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

W dniu 30 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego „Informacja o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o ponownym przeprowadzeniu czynności oceny ofert”, w której Zamawiający oświadczył, że unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu i przystępuje do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty. (...) Kierując się zasadami udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 i 17 ustawy, Zamawiający dokona ponownej oceny ofert oraz dokona wyboru najkorzystniejszej oferty w terminach przewidzianych w ustawie.

Izba ustaliła również, że powyższa informacja została zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zastosowanie może znaleźć art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny „podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Ponadto, jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 stycznia 2019 r. III CZP 55/18, w którym SN analizował rozbieżność orzecniczą skutku procesowego następczej utraty interesu prawnego: przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 kpc jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę, że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku). Dalej Sąd wywiódł, że skoro skutek zgaśnięcia interesu prawnego powoda - zazwyczaj w rezultacie uzyskania ochrony prawnej poszukiwanej w toczącym się postępowaniu poza jego ramami - proces cywilny nie może doprowadzić do oczekiwanego przez powoda rezultatu (choćby powództwo to w chwili wniesienia było całkowicie zasadne), to dalsze procedowanie w kierunku wydania wyroku oddalającego to powództwo staje się zbyteczne i bezcelowe. W konsekwencji trzeba przyjąć, że w sytuacji, w której potrzeba udzielenia żądanej przez strony ochrony prawnej uległa dezaktualizacji, wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie o charakterze procesowym w postaci umorzenia procesu jest w pełni wystarczające dla uczynienia zadość prawu stron do sądu i rzetelnego procesu.

W ocenie Izby powyższe rozważania prawne mają zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym. Zamawiający po wniesieniu odwołania unieważnił zaskarżoną czynność. W konsekwencji powyższego, na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała czynność Zamawiającego wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w

momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Ostatecznie przedmiotowy spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć kwestionowanej czynności Zamawiającego. Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej.

W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była zaskarżona czynność Zamawiającego, polegająca na dokonaniu wyboru oferty Berger Bau jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w sposób nietransparentny, w warunkach uniemożliwiających weryfikację prawidłowości tej czynności Zamawiającego przez pozostałych uczestników Postępowania i z naruszeniem zasady jawności.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Łbza wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc -interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18). Celem ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający unieważnił zaskarżoną czynność, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która 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 składu orzekającego Izby

należy,

iz prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy Pzp – zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona

wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowej czynności w postępowaniu nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp 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 dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie. Na podstawie art. 574 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczanego wpisu w wysokości 10 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodnicząca: