

Sygn. akt: KIO 3300/24

POSTANOWIENIE z dnia 2 października 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 2 października 2024 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2024 roku przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Uniwersytet Medyczny w Białymstoku z siedzibą w Białymstoku

przy udziale Przystępującego – NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000

zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu na rzecz Odwołującego - STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

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 3300/24

UZASADNIENIE

Zamawiający Uniwersytet Medyczny w Białymstoku z siedzibą w Białymstoku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Budowa Centrum Dydaktyczno-Egzaminacyjnego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej, uzyskaniem pozwolenia na budowę oraz ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie”. Ogłoszenie o zamówienie nr 270785-2024 opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 7 maja 2024 r., numer wydania Dz.U. S 89/2024.

W dniu 9 września 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt. 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej jako: „PZP”), odwołanie złożył wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono na niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego polegające na:

1. dokonaniu wyboru oferty wykonawcy NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (dalej jako: „NDI”) z naruszeniem przepisów ustawy PZP,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty NDI podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu, co doprowadziło do naruszenia przepisów ustawy PZP;
3. dokonaniu wyboru oferty NDI jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo niewykazania braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu wobec tego wykonawcy, co stanowi wyraz naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania zasady uczciwej konkurencji;
4. dokonaniu wyboru oferty NDI jako najkorzystniejszej w postępowaniu w sposób nietransparentny, w warunkach uniemożliwiających weryfikację prawidłowości tej czynności Zamawiającego przez pozostałych uczestników postępowania i z naruszeniem zasady jego jawności;

względnie, na wypadek nieuznania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty:

5. zaniechaniu wezwania NDI do złożenia wyjaśnień, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, a następnie oceny spełnienia tych warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia w kontekście możliwości

wyboru tej oferty bez konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) i b) w odniesieniu do następujących środków dowodowych:

- wykazu robót w zakresie wykazania doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum dla zadania „Budowa budynku CK STOS z zagospodarowaniem terenu w ramach realizacji projektu: „Utworzenie w Gdańsku Centrum Kompetencji STOS (Smart and Transdisciplinary KnOwledge Services) w zakresie infrastruktury B+R.”
 - podmiotowych środków dowodowych potwierdzających zdolność techniczną lub zawodową w postaci prawidłowych referencji wystawionych na rzecz podmiotu trzeciego – Graph’it Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na którego zasoby NDI powołuje się w postępowaniu;
 - podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia wobec NDI w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących osób ujawnionych w KRS, ponieważ złożono wizualizację dokumentu elektronicznego;
 - podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia wobec podmiotu, na zasoby którego NDI powołuje się w postępowaniu – tj. firmy Graph’it Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących osób ujawnionych w KRS, ponieważ złożono skan dokumentu w postaci papierowej;
6. niezasadnym uznaniu zastrzeżenia przez NDI części treści wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zaniechaniu ujawnienia (odtajnienia) całej treści pisma NDI dotyczącego sposobu wyliczenia ceny oferty – pismo nr L. dz. PU-UPP /EM/4391/2024 z dnia 01.08.2024 roku – wersja tajna i dokumentów stanowiących Załącznik nr 1 do niniejszego pisma oraz Załączniki od 1.1 do 1.25, pomimo że NDI bezskutecznie zastrzegł treść pisma oraz dokumenty do niego załączone jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 224 ust. 1 i 2 oraz ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty NDI, mimo iż wykonawca nie sprostął wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny, złożone przez wykonawcę NDI wyjaśnienia w przedmiocie ceny oferty pozostawały lakoniczne, niepełne i nie pozwalały na ustalenie, że zaofferowana cena nie zawiera znamion rażąco niskiej;
2. naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt. 4 ustawy PZP, art. 116 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy PZP poprzez błędne ich zastosowanie i błędne uznanie, że NDI wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w Części VIII pkt. 1.4.2 SWZ w zakresie, w jakim nabyło w całości i wystarczająco do

spełnienia warunków udziału doświadczenie w zadaniu „Budowa budynku CK STOS z zagospodarowaniem terenu w ramach realizacji projektu: „Utworzenie w Gdańsku Centrum Kompetencji STOS (Smart and Transdisciplinary KnOwledge Services) w zakresie infrastruktury B+R.” realizowanym w ramach konsorcjum NDI S.A. oraz NDI Sopot S.A.;

3. naruszenie art. 128 ust. 1 oraz ust. 5 PZP oraz art. 70 ustawy PZP w zw. z § 9 ust. 1

pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z Częścią VIII ust. 2 pkt. 2.2 SWZ poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania NDI do przekazania dokumentów potwierdzających spełnianie przez NDI warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji braku przedłożenia referencji spełniających wymogi wynikające z Rozporządzenia w odniesieniu do podmiotu, na zasoby którego powołuje się NDI, tj. firmy Graph’it Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

4. naruszenie art. 128 ust. 1 oraz art. 70 ustawy PZP w zw. z § 15 Rozporządzenia

Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz § 6 ust. 1-5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie w zw. z Częścią VII pkt. 7.1 SWZ poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania NDI do przekazania dokumentów potwierdzających brak zaistnienia podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt. 1 i 2 i pkt. 4 w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego, pomimo faktu, że dokumenty te zostały przedłożone w niewłaściwej formie – jako wizualizacje wydanych zaświadczeń elektronicznych lub skany zaświadczeń papierowych - bez właściwych podpisów wystawców dokumentów podczas gdy zgodnie z wymogami rozporządzenia wykonawca winien złożyć dokumenty w formie elektronicznej (tj. z podpisami wystawców tych dokumentów), a w przypadku dokumentów w postaci papierowej odwzorowanie tych dokumentów z odpowiednim podpisem, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej;

5. naruszenie art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP, art. 74 ust. 1 i ust. 2 pkt. 1) PZP 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 (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 z późn. zm.; dalej jako „ZNKU”), polegające na: a) błędnej i niedostatecznej ocenie zastrzeżenia przez NDI jako tajemnicy

przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w piśmie nr L. dz. PU-UPP

/EM/4391/2024 z dnia 01.08.2024 roku – wersja tajna i dokumentów stanowiących Załącznik nr 1 do niniejszego pisma oraz Załączniki od 1.1 do 1.25 i uznanie, że ww. zastrzeżenie jest skuteczne i uzasadnione,

- b) nieuzasadnionej odmowie udostępnienia Odwołującemu pisma NDI z dnia 01.08.2024 r. z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny i załączników do pisma; i w następstwie tego
 - c) zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w piśmie NDI z dnia 01.08.2024 r. oraz dokumentów załączonych do tego pisma, w sytuacji gdy NDI bezskutecznie zastrzegł te informacje i dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a Zamawiający nie był uprawniony do odmowy udostępnienia Odwołującemu pisma i załączników jako elementu oferty NDI;
 - 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 NDI wywiązał się z ciężaru dowodzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
6. naruszenie art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) PZP polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty NDI 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.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- (i) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez NDI jako oferty najkorzystniejszej;
- (ii) odrzucenia oferty NDI zawierającej rażąco niską cenę oraz względnie, tj. na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty:
 - a. uznanie za nieskutecznie zastrzeżone przez NDI jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – wersja tajna i dokumentów stanowiących Załącznik nr 1 do pisma oraz Załączniki od 1.1 do 1.25 do pisma oraz ujawnienie tych wyjaśnień Odwołującemu;
 - b. wezwanie NDI do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dokumentów określonych w Części VIII ust. 2 pkt 2.2 SWZ, które winny polegać na wyjaśnieniu wykazu robót w zakresie nabytego

doświadczenia jak i złożenia odpowiedniego dokumentu (referencji) poświadczającej prawidłowość wykonania roboty referencyjnej oraz w zakresie braku podstaw do wykluczenia tj. dokumentów wskazanych w Części VII pkt 7.1 SWZ, które winny zostać złożone w odpowiedniej formie.

(iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu bez uwzględnienia oferty NDI a w przypadku braku podstaw do jej odrzucenia, z uwzględnieniem wyniku powtórzenia czynności jak w pkt (ii) ppkt. a i b.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP.

Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert. W ocenie STRABAG złożona przez NDI oferta za wykonanie przedmiotu zamówienia powinna stanowić przedmiot wnikliwej oceny z punktu możliwości wykonania zamówienia na warunkach nią przewidzianych, gdyż jest rażąco zaniżona. STRABAG nie wyklucza na tym etapie, że oferta NDI sklasyfikowana przed ofertą Odwołującego podlega odrzuceniu, gdyż zawiera ona rażąco niską cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wówczas oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Aktualnie ze względu na ograniczenie przez Zamawiającego dostępu Odwołującemu do dokumentów (w szczególności wyjaśnień rażąco niskiej ceny w piśmie NDI z dnia 01.08.2024 r.), wynikające z naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP oraz bezrefleksyjnego zaaprobowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa NDI, STRABAG został pozbawiony prawa do weryfikacji prawidłowości ofert i wyjaśnień składanych przez konkurencję, czemu służyć mają zasady jawności postępowania, jego przejrzystości i transparentności.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Wskutek naruszenia wskazanych przepisów PZP przez Zamawiającego, Odwołujący pozbawiony został możliwości kontroli prawidłowości skalkulowania przez NDI wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia, a tym samym prawidłowości dokonania przez Zamawiającego czynności wyboru oferty NDI jako najkorzystniejszej. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu, w sposób niezgodny z prawem, uzyskania zamówienia.

W dniu 28.08.2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty NDI jako najkorzystniejszej. Następnie na skutek wniosku Odwołującego z dnia 28.08.2024 r. o udostępnienie dokumentów postępowania, Zamawiający w dniu 30.08.2024 r. udostępnił

mu jawną część pisma NDI z dnia 01.08.2024 r. w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny z pominięciem zasadniczych wyjaśnień rażąco niskiej ceny (pisma z dnia 01.08.2024 r. zastrzeżonego jako tajne) oraz załączonych do

tego pisma dokumentów, które zostały zastrzeżone przez NDI jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej wskazany w treści złożonego odwołania.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył Wykonawca NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył stanowisko w sprawie, ustosunkowując się do zarzutów, wnosił o uznanie odwołania za bezzasadne w całości.

Odwołujący, w dniu 30 września 2024 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na 3 października 2024 roku, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu Wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało dzień przed datą, na którą został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania ale przed jej otwarciem, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

Przewodnicząca: