Sygn. akt: KIO 4005/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 13 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Izabela Niedziałek-Bujak

Andrzej Niwicki

Mateusz Paczkowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu 13 listopada 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 października 2024 r. przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk, **B-Act Spółka Akcyjna**, ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Sąd Apelacyjny we Wrocławiu**, ul. Energetyczna 4, 53-330 Wrocław

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego – wykonawcy **EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Budziszyńska 35/1, 54-434 Wrocław

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 Ustawy.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – Transprojekt Gdański Sp. z o.o., B-Act S.A. 15.000 zł 00 gr. (piętnaście tysięcy złotych) 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 4005/24

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, w trybie podstawowym na *usługę pełnienia nadzoru inwestorskiego nad budową budynku dla Sądu Rejonowego w Świdnicy, przy ul. Inwalidów Wojennych, działka nr 539* (nr postępowania: Z.261.21.2024), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.06t.2024 r., S/117 359061-2024, wobec czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało 28.10.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z/s w Gdańsku, B-Act S.A. z/s w Bydgoszczy (KIO 4005/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy:

I.W odniesieniu do oferty BBC:

a)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i art. 111 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBC, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, z uwagi na fakt, iż:

i.wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nienależycie wykonywał zamówienie wynikające z poprzednio zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. umowy nr DI/7/2019 z dnia 21 listopada 2019 roku na wykonanie „Projektu koncepcji wielobranżowej, projektu budowlanego i projektu wykonawczego Innowacyjnego Centrum Nauk Żywieniowych SGGW w Warszawie (zwanego dalej ICNŻ)" realizowanej na rzecz Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie, co skutkowało odstąpieniem przez zamawiającego od umowy w dniu 9 czerwca 2022 r., a w dalszej kolejności, zastosowaniem wobec tego Wykonawcy przesłanki wykluczenia w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego;

ii.wykonawca ten w sposób bezprawny próbował wpłynąć na czynności zamawiającego w postępowaniu pn. Pełnienie nadzoru realizacją zadania pn.: Kontynuacja rozbudowy drogi krajowej nr 22 na odcinku Czarlin –

Knybawa, prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, poprzez przedłożenie temu zamawiającemu zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek, które, mimo że miały zostać wydane (pod wskazanymi w nich numerami) przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, jak ustalił zamawiający w rzeczywistości nie zostały wydane, co stało się podstawą wykluczenia BBC z postępowania, a co nie tylko stanowi czyn niezgodny z prawem, ale także narusza przepisy Pzp, traktowane jako poważne naruszenie obowiązków zawodowych;

b)art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 Uznk w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBC, pomimo że jej złożenie w Postępowaniu stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na celowym przedłożeniu nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z Rozdziału V ust. 2 pkt 2.1. ppkt 2.1.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ"), wskazując w złożonym wykazie, jakoby w okresie 6 kwietnia 2016 r. – 30 września 2020 r., wykonawca ten pełnił nadzór inwestorski nad budową budynku użyteczności publicznej „Centrum Marszałkowska" w sytuacji, w której z przedłożonego Zamawiającemu pozwolenia na użytkowanie wynika, że budowa zakończyła się w 2018 r.;

c)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BBC, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w Rozdziale V ust. 2 pkt 2.1. ppkt 2.1.1. SWZ, gdyż w rzeczywistości nie pełnił on nadzoru inwestorskiego nad budową budynku użyteczności publicznej „Centrum Marszałkowska" w okresie 6 kwietnia 2016 r. – 30 września 2020 r., która – jak wynika z pozwolenia na użytkowanie - zakończyła się w 2018 r.;

d)art. 18 ust. 3 w zw. z ar. 11 ust. 2 ustawy z dnia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk") poprzez uznanie, że Wykonawca w prawidłowy sposób wykazał, że informacje ujęte w wyjaśnieniach ceny oferty oraz dokumenty mające potwierdzać, że oferta BBC nie zawiera rażąco niskiej ceny, stanowiące załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, podczas gdy wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, a w szczególności że:

i.zastrzeżone dokumenty mają wartość gospodarczą;

ii.BBC dokonało prawidłowego zastrzeżenia, obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa dopuszczalny zakres informacji (wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa);

co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie uznania, że oferta BBC nie zawiera rażąco niskiej ceny;

ewentualnie – z ostrożności procesowej (jak już powyżej wskazano):

e)art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia BBC pomimo, iż cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczająca do jego wykonania a przyjęty przez BBC sposób kalkulacji ceny jego oferty jest nieodpowiedni dla niniejszego zamówienia i nieuwzględniający wszystkich elementów koniecznych do prawidłowego skalkulowania oferty w niniejszym postępowaniu, co też winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy przygotowanej m.in. w sposób nierzetelny, a czego jednak Zamawiający zaniechał i zdecydował o wyborze oferty BBC;

II. **W odniesieniu do oferty EKOCENTRUM**:

a)art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 Uznk w zw. z 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EKOCENTRUM, pomimo że jej złożenie w Postępowaniu stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym przedłożeniu nieprawdziwych informacji na potrzeby potwierdzenia doświadczenia oceny „Doświadczenie Inspektorów nadzoru inwestorskiego", tj. w zakresie podkryterium, o którym mowa w Rozdziale XIII ust. 4 pkt 4.2. lit. a SWZ „doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, pełniącego funkcję Koordynatora inspektorów nadzoru" w odniesieniu do Pana A.C., pomimo że osoba ta legitymuje się uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi w ograniczonym a nie pełnym zakresie, co zostało zatajone przez ww. wykonawcę, a co miało wpływ na wynik postępowania z uwagi na przyznanie temu wykonawcy w ramach podkryterium „doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej pełniącego funkcję Koordynatora inspektorów nadzoru" maksymalnej liczby punktów, a przede wszystkim naruszało interes innych wykonawców i Zamawiającego;

III. **W odniesieniu do oferty WUDIMEKS**:

a)art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 3 ust. 1 Uznk w zw. z 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EKOCENTRUM, pomimo że jej złożenie w Postępowaniu stanowiło czyn nieuczciwej

konkurencji polegający na celowym przedłożeniu nieprawdziwych informacji składanych na potwierdzenie doświadczenia osób w ramach pozacenowego kryterium oceny – „Doświadczenie Inspektorów nadzoru inwestorskiego" w odniesieniu do: Pana Ł.O., którego doświadczenie było wykazywane w ramach podkryterium „doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, pełniącego funkcję Koordynatora inspektorów nadzoru", poprzez wskazanie doświadczenia tej osoby w pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego branży konstrukcyjno-budowlanej na zadaniu: „Planetarium – Śląski Park Nauki. Modernizacja i rozbudowa Planetarium Śląskiego w Chorzowie – budowa nowego budynku oraz roboty remontowe budowlane i instalacyjne w części istniejącej wraz z zagospodarowaniem terenu", podczas gdy Pan Łukasz Odzeniak nie pełnił na tym zadaniu funkcji Inspektora Nadzoru branży konstrukcyjno-budowlanej, lecz uczestniczył w realizacji wymienionego wyżej zadania jedynie jako pracownik WUDIMEKS, co miało wpływ na wynik postępowania z uwagi na przyznanie temu wykonawcy w ramach ww. kryterium maksymalnej liczby punktów, a przede wszystkim naruszało interes innych wykonawców i Zamawiającego;

ewentualnie (w przypadku uznania, że nie zmaterializowały się przesłanki do odrzucenia oferty WUDIMEKS):

b) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty wykonawcy WUDIMEKS na skutek nieuzasadnionego przyznania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XIII ust. 4 pkt 4.1. lit. e) SWZ, w sytuacji, gdy z treści przedłożonego przez WUDIMEKS Wykazu osó skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia składanego na potrzeby kryteriów oceny ofert nie wynika, że ta robota budowlana dotyczyła budynku użyteczności publicznej lub budynku zamieszkania zbiorowego oraz budynek ten uzyskał decyzję pozwolenia na użytkowanie, co miało wpływ na wynik postępowania z uwagi na przyznanie temu wykonawcy w ramach „doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności komunikacyjnej" maksymalnej liczby punktów, co naruszyło interes innych wykonawców jak i samego Zamawiającego ewentualnie, gdyby Izba uzna, że brak podstaw do odrzucenia:

c) art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy WUDIMEKS do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo, że cena oferty tego wykonawcy jest o ponad 30% niższa niż wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania;

IV. **W odniesieniu do oferty Komplet**:

a) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 Uznk w zw. z 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Komplet, pomimo że jej złożenie w Postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym przedłożeniu nieprawdziwych informacji składanych na potwierdzenie doświadczenia osób w ramach pozacenowego kryterium oceny – „Doświadczenie Inspektorów nadzoru inwestorskiego" w odniesieniu do:

i. Pana G.P., którego doświadczenie było wykazywane w ramach podkryterium „doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno- budowlanej, pełniącego funkcję Koordynatora inspektorów nadzoru", poprzez wskazanie doświadczenia tej osoby w pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego branży konstrukcyjno-budowlanej na zadaniu: „Budowa hali widowiskowo – sportowej w Zgorzelcu", podczas gdy Pan G.P. pełnił na tym zadaniu funkcję Asystenta Kierownika Nadzoru inwestorskiego, a nie jedną z funkcji wymaganych zgodnie z kryterium, co miało wpływ na wynik postępowania z uwagi na przyznanie temu wykonawcy w ramach ww. kryterium maksymalnej liczby punktów, a przede wszystkim naruszało interes innych wykonawców i Zamawiającego;

ii. Pana R.F., którego doświadczenie było wykazywane w ramach podkryterium „doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności telekomunikacyjnej", poprzez wskazanie doświadczenia tej osoby w pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru robót telekomunikacyjnych na zadaniu: „Budowa budynku Sądu Rejonowego dla Wrocławia – Fabrycznej wraz z instalacjami, przyłączami, infrastrukturą techniczną oraz wyposażeniem. Nadbudowa i przebudowa budynku magazynowego dla Aresztu Śledczego we Wrocławiu wraz z instalacjami i przyłączami. Budowa muru oddzielającego teren Aresztu od terenu Sądu.", pomimo że osoba ta nie pełniła na rzeczonym zadaniu wymienionej w treści złożonego przez Komplet Wykazu osób funkcji, a co więcej nazwisko tej osoby w ogóle nie pojawia się zarówno w umowie, jak i w dokumentacji powykonawczej w/w zadania inwestycyjnego, co miało wpływ na wynik postępowania z uwagi na przyznanie temu wykonawcy w ramach „doświadczenie inspektora nadzoru w specjalności komunikacyjnej" maksymalnej liczby punktów, a przede wszystkim naruszało interes innych wykonawców i Zamawiającego,

ewentualnie:

iii. art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Komplet do wyjaśnień w zakresie

rażąco niskiej ceny, pomimo, że cena oferty tego wykonawcy jest o ponad 30% niższa niż wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania; a w konsekwencji powyższych zarzutów: art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy BBC, ewentualnie nakazanie odtajnienia wyjaśnień BBC wraz z załącznikami, a także nakazanie odrzucenia ofert wykonawców: EKOCENTRUM, WUDIMEX i Komplet na podstawie ar 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy, ewentualnie wezwania wykonawców do wyjaśnienia ceny i przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający pismem z 07.11.2024 r. poinformował o unieważnieniu 29.10.2024 r. czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, a także o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert.

Na posiedzeniu 13.11.2024 r. izba uznała, iż postępowanie odwoławcze stało się zbędne w związku z uchyleniem przez zamawiającego czynności objętej zaskarżeniem, co prowadziło do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Ustawy. Zamawiający w piśmie procesowym wskazał, że unieważnienie czynności wobec, których wniesione zostało odwołanie, czyni bezprzedmiotowym ocenianie tych czynności. Zamawiający nie składał oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów, jednak jego czynności faktycznie stanowiły o bezprzedmiotowości rozpoznania zarzutów i żądań odwołującego, co uzasadniało wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Ustawy.

W związku z § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz. 2453) Izba w sytuacji opisanej w art. 568 pkt 2 Ustawy wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 2437), izba nakazała zwrócić na rzecz odwołującego wpis w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodnicząca:……

.....

.....