

WYROK

Warszawa, dnia 20 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września i 15 listopada 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Zakład Sieci i Zasilania spółka z o. o. z/s we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne spółka z o.o. z/s we Wrocławiu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, wykonawcy MMT IDEA sp. z o.o. sp. k. z/s w Tczewie

orzeka:

1. A. oddala odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu jako zarzut numer

1. tj. naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP – przez błędny wybór oferty MMT, jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona, oraz zarzutu numer

2. tj. naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty MMT, podczas gdy oferta MMT winna zostać odrzucona jako oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

B. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu jako zarzut numer

3. tj. naruszenia art. 74 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 73 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy PZP przez nieudostępnienie Odwołującemu załączników do protokołu postępowania, a to wyjaśnić ceny ofertowej wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę MMT w całości, mimo faktu, że załączniki te powinny być jawne, z uwagi na nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę, a w konsekwencji działaniem swoim Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania, i czyn uczciwej konkurencji, a także zarzut numer

4. tj. naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy PZP przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji utajnienie oraz nieodtajnienie wyjaśnień ceny ofertowej wraz z dowodami złożonych przez wykonawcę MMT, mimo faktu, że wykonawca MMT w sposób nieskuteczny zastrzegł swoje wyjaśnienia w raz z dowodami jako „tajemnicę przedsiębiorstwa”, podczas gdy wg art. 18 ust. 3 ustawy PZP wymagane jest wykazanie, aby zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, czyli winny w tym zakresie być spełnione określone przesłanki,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Zakład Sieci i Zasilania spółka z o. o. z/s we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. Zasądza od odwołującego Zakładu Sieci i Zasilania spółka z o. o. z/s we Wrocławiu na rzecz Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne spółka z o.o. z/s we Wrocławiu kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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 2952/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne spółka z o.o. z/s we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. "Konserwacja i utrzymanie 22 stacji prostownikowych na terenie Miasta Wrocławia w okresie od 01.09.2024 r. do 31.08.2025 r. z prawem opcji w zakresie dwukrotnego przedłużenia terminu realizacji zamówienia na kolejne 12 miesięcy". Ogłoszenie o zamówieniu

opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE (Dz.U. S: 70/2024) 9.04.2024 r. nr: 207366-2024

Odwołujący: Zakład Sieci i Zasilania spółka z o. o. z/s we Wrocławiu wniósł 16.08.2024 r. odwołanie po otrzymaniu w dniu 6 sierpnia 2024 r. informacji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz w dniu 8 sierpnia 2024 r. udostępnił protokół postępowania.

Odwołanie dotyczy niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności i zaniechań zamawiającego:

- 1.niezgodnej z przepisami czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MMT IDEA sp. z o.o. sp. k. z/s w Tczewie („MMT”) mimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu;
- 2.zaniechania odrzucenia oferty MMT, pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia,
- 3.z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia punktów 1 i 2 – zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez MMT, pomimo że oferta ta winna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji – zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 znku lub niedozwolonej inżynierii cenowej,
- 4.zaniechania udostępnienia treści załączników do protokołu postępowania (a to treści wyjaśnień ceny ofertowej wraz z dowodami) złożonych przez MMT, mimo że załączniki te winny być jawne, ze względu na nieskuteczne zastrzeżenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” przez wykonawcę, w odniesieniu do definicji i przesłanek „co stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”.
- 5.czynności utajnienia wyjaśnień ceny ofertowej wraz z dowodami złożonych przez wykonawcę MMT, mimo że wyjaśnienia te wraz z dowodami winny być jawne dla wszystkich uczestników postępowania, a tym samym winy podlegać udostępnieniu,
- 6.zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny ofertowej wraz z dowodami złożonych przez wykonawcę MMT, mimo że wykonawca ten nieskutecznie zastrzegł je jako rzekomą „tajemnicę przedsiębiorstwa”

Czynnościom oraz zaniechaniom Zamawiającego, zarzucił naruszenie:

- 1.art. 239 ust. 1 ustawy PZP – przez jego błędne zastosowanie i błędny wybór oferty MMT, jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona,
- 2.art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP przez ich niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty MMT, podczas gdy oferta MMT winna zostać odrzucona jako oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3.art. 74 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 73 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy PZP przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji bezpodstawne nieudostępnienie Odwołującemu, na złożony przez niego wniosek, załączników do protokołu postępowania, a to wyjaśnień ceny ofertowej wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę MMT w całości, mimo faktu, że załączniki te powinny być jawne, z uwagi na nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę, a w konsekwencji działaniem swoim Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania, i czyn uczciwej konkurencji,
- 4.art. 18 ust. 3 ustawy PZP przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji utajnienie oraz nieodtajnienie wyjaśnień ceny ofertowej wraz z dowodami złożonych przez wykonawcę MMT, mimo faktu, że wykonawca MMT w sposób nieskuteczny zastrzegł swoje wyjaśnienia w raz z dowodami jako „tajemnicę przedsiębiorstwa”, podczas gdy wg przepisy art. 18 ust. 3 ustawy PZP wymagane jest wykazanie, aby zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, czyli winny w tym zakresie być spełnione określone przesłanki,

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnieniaczynności wyboru oferty MMT jako najkorzystniejszej,
- odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę MMT,
- odtajnienia wyjaśnień ceny ofertowej wraz z dowodami złożonej przez MMT,
- udostępnienia wyjaśnień ceny oferty z dowodami złożonej przez wykonawcę MMT,
- ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu (w tym oferty Odwołującego),

I. Stan sprawy

12 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – tj. oferty MMT. 15 lipca 2024 r. Odwołujący wystąpił o udostępnienie protokołu postępowania w konsekwencji czego Zamawiający 16 lipca 2024 r. przekazał Odwołującemu dokumenty z części nieobjętej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z uwagi na powyższe Odwołujący 22 lipca złożył odwołanie sygn. KIO 2566/24. W związku ze złożeniem odwołania, Zamawiający unieważnił wybór z 12 lipca, o czym poinformował 31 lipca 2024 r. Zamawiający przystąpił do powtórzenia czynności badania ofert.

8 sierpnia 2024 r. z uwagi na unieważnienie wyboru odwołujący cofnął swoje odwołanie.

2 sierpnia 2024 r. Zamawiający wezwał MMT do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 PZP., który to udzielił wyjaśnień 5 sierpnia 2024 r.

6 sierpnia 2024 r. o nr l.dz. 32/2024 Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – tj. oferty MMT.

Odwołujący 7 sierpnia 2024 r. złożył wniosek o udostępnienie protokołu postępowania z załącznikami w celu zweryfikowania prawidłowości działania Zamawiającego.

8 sierpnia 2024 r. (pismo przewodnie datowane na dzień 7 sierpnia 2024 r.) Zamawiający udostępnił Odwołującemu protokół wraz z załącznikami Postępowania.

Dokumenty przesłane nie pozwoliły Odwołującemu na przeprowadzenie weryfikacji rzetelności oferty MMT w zakresie dokonanych wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Wyjaśnienia zawarte w piśmie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” z dnia 25 czerwca 2024 r. zastrzeżone zostały w części, jako tajemnica przedsiębiorstwa osobnym dokumentem pod nazwą „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Dokonując weryfikacji przedstawionych dokumentów i załączonych dowodów Odwołujący doszedł do wniosku, że wykonawca MMT nieskutecznie zastrzegł treść wyjaśnień i dowodów, a tym samym decyzja Zamawiającego o utajnieniu ww. dokumentów jest błędna i niedopuszczalna.

Za nieprawidłowe i niedopuszczalne uznać należy dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż oferta ta winna zostać odrzucona z powodu, że nawet częściowo przekazane informacje Odwołującemu, stanowią wystarczającą podstawę, aby uznać, że cena zaproponowana przez wykonawcę MMT jest rażąco niska.

Zapewne wybrany Wykonawca podnieść będzie chciał, że uznać można stawiane zarzuty Odwołującego za stawiane „w ciemno”, z uwagi na brak możliwości zapoznania się ze złożonymi wyjaśnieniami ceny przez wykonawcę – MMT, ale Odwołujący jako profesjonalista i wieloletni wykonawca takich właśnie usług (świadczenie konserwacji na rzecz Zamawiającego od 28 lat), nawet bez wglądu w wyjaśnienia, przy znajomości rynku i podstawowych, nawet najbardziej korzystnych warunków wie, że za niemożliwe należy uznać wycenienie przedmiotu zamówienia na kwoty zaproponowane przez MMT. Odwołujący odnosi to zarówno do rynku na jakim realizowane są te usługi, jak również do potencjału materiałowego, a przede wszystkim ludzkiego (!).

II. W postępowaniu złożono cztery (4) oferty, w tym oferta Odwołującego.

Cena Wykonawcy MMT wskazuje na próbę wykonania zamówienia poniżej kosztów świadczenia tego typu usług, co dodatkowo uznać należy za czyn nieuczciwej konkurencji. Nieodrzućenie oferty uniemożliwiło Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Oferta wybranego wykonawcy MMT zawierająca rażąco niską cenę jest ofertą niekwalifikującą się do wyboru. Nawet w sytuacji braku wglądu do pełnego materiału dowodowego w zakresie wyjaśnienia oferty, bazując na racjonalności i znajomości rynku uznać należy, że oferta MMT kwalifikuje się do jej odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny. Zamawiający zamierza przeznaczyć 3 276 697,86 zł brutto na sfinansowanie zamówienia podstawowego, oferenci zaproponowali swoje oferty na zadanie podstawowe w wysokościach wskazanych.

Cena MMT jest niższa o 35,51% od średniej arytmetycznej (wynoszącej 3 139 949,51 zł brutto) wszystkich niepodlegających odrzuceniu ofert:

Jednoznacznie na tle innych oferentów MMT zaproponował cenę, nierzeczywistą, niewiarygodną w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert.

MMT w analogicznym postępowaniu w 2021 r. dla tego Zamawiającego zaoferował ceny dużo wyższe. W obecnym

postępowaniu zaproponował o połowę niższą cenę (866 221,44 zł netto) za konserwację większej ilości stacji prostownikowych.

Z przedstawionego przez odwołującego porównania wynika, że MMT żonglował cenami i drapieżnie je zaniżył, co przesądza o braku wiedzy i stosownego doświadczenia przy planowaniu kosztów w trakcie realizacji konserwacji stacji prostownikowych o tak dużej skali – ponad 20 obiektów pod pełną całodobową obsługą.

Niezwyczajnie istotne, co umknęło uwadze Zamawiającego, jest że przy kalkulowaniu wynagrodzenia MMT powinien był mieć na względzie, że zgodnie z zapisami umownymi:

wynagrodzenie nie jest „swoistym ryczałtem”, jak wskazuje Wykonawca MMT w swoim wyjaśnieniu z 25 czerwca 2024 r., jest składową cen jednostkowych miesięcznych za każdy obiekt z uwzględnieniem odliczeń w przypadku wyłączeń z eksploatacji obiektu stąd wynagrodzenie Wykonawcy jest zmienne i zależne od pracy urządzeń w trakcie trwania umowy (zgodnie z zapisami w zał. Nr 3 draftu umowy)

prace konserwacyjne Wykonawca zobowiązany jest wykonywać codziennie i całodobowo – co wpływa na wzrost kosztów robocizny. MMT wspominał o uwzględnieniu stawki z 1 lipca 2024 r. ale nie wspominał, by uwzględnił wahania wzrostów kosztów od 1 stycznia 2025 r.

wykonawca powinien dysponować co najmniej 2 pojazdami uprzywilejowanymi – w kalkulacjach powinien uwzględnić koszty zakupu dostosowania pojazdów do wymogów pojazdów uprzywilejowanych,

MMT jako oryginalność usług opisał ograniczenie kosztów przez skrócenie czasu wykonywania czynności – brak informacji na czym owe skrócenie czasu miałyby polegać. Skracanie czasu na wykonywanie czynności konserwacyjnych może wpłynąć na jakość lub zaniechanie części prac, bo tylko takie działania mogłyby stanowić tę rzekomą „oryginalność”,

przy utrzymaniu stacji Wykonawca odpowiedzialny jest za wszelkie prace porządkowe – co ma wpływ na koszty zakupu detergentów, materiałów, koszty wywozu i utylizacji odpadów, zakup środków ochrony roślin, zaangażowanie pracowników,

dokonywanie bieżących napraw częściowych,

przeprowadzanie przeglądów technicznych i czynności związane z naprawą i konserwacją gaśnic oraz urządzeń przeciwpożarowych czujników dymu .

utrzymywanie systemu łączności telefonicznej i dyspozytorskiej,

regularne przeprowadzanie i ponoszenie kosztów szkoleń SEP elektryków oraz zaopatrywanie pracowników w środki ochrony osobistej oraz materiały i narzędzia potrzebne do wykonywania prac w sytuacjach awaryjnych,

sporządzanie sprawozdań i ewidencji zdarzeń i raportów,

zapewnienie pomieszczeń biurowych dla kadry i szatni pracowniczych i przestrzeni magazynowej na zapasy materiałów – comiesięczne koszty wynajmu biura/pomieszczeń, opłat za media, w tym przypadku, ponoszenie przez Wykonawcę MMT, który siedzibę firmy posiada w Tczewie oddaloną o 450 km od Wrocławia,

zgodnie z umowami o prace umieszczonymi przez wykonawcę MMT na wezwanie – pracownicy jako miejsce wykonywania prac mają wpisane „cała Polska” – czyli Wykonawca musi się mierzyć z dodatkowymi wydatkami związanymi z delegacjami pracowników (stawka diety za krajową podróż służbową wynosi 45 zł/za osobę/dzień),

wszelkie materiały Wykonawca zakupi osobiście, natomiast „Udział własny Wykonawcy w kosztach materiałów użytych do naprawy jednostkowej związanej z usunięciem awarii wyposażenia stacji prostownikowych i systemu ich zdalnego sterowania i nadzoru wynosi 3000 zł netto. Zamawiający pokrywa koszty materiałów w kwocie stanowiącej nadwyżkę wartości netto materiałów według faktur ponad kwotę 3000 zł netto, będącą udziałem własnym Wykonawcy”, tym samym powyższy koszt należy uwzględnić w co miesięcznej konserwacji.

W nawiązaniu do wymagań i wytycznych Zamawiającego, Odwołujący ze względu na własny profesjonalizm i doświadczenie w usługach, zaprezentował miesięczne koszty obsługi konserwacji, z którymi musi się mierzyć każdy wykonawca, bez względu na to, jak chciałby być „oryginalny” w swoich rozwiązaniach.

Przedstawiono prognozowane koszty pracownicze przy założeniach: min. 8 monterów, 2 osoby w brygadzie pogotowia na 1 zmianie, zmiany 12h, każdy pracownik zatrudniony na umowę o pracę, zmiany 7 – 19, 19 – 7.

Prognozowana wysokość kosztów w stosunku do przychodu / stawki miesięczne

KOSZTY ROBOCIZNY 8 ELEKTROMONTERÓW WRAZ Z KOSZTAMI PRACODAWCY 48 751,04 zł

KOSZTY ROBOCIZNY KIEROWNIKA Z KOSZTAMI PRACODAWCY 10 000,00 zł

KOSZTY WYDZIAŁOWE 10 % - POCHODNE OD ROBOCIZNY 5 875,10 zł KOSZTY SPRZĘT 2 000,00 zł

KOSZTY MATERIAŁÓW - DO TEJ KWOTY PARTYCYPUJE WYKONAWCA W KAŻDYM MIESIĄCU 3 000 zł
USŁUGI OBCIE 000 zł ZYSK - (str. 5 Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (KIO 2566/24) z 6 sierpnia 2024) 15 000 zł

RAZEM PROGNOZOWANE MIESIĘCZNE KOSZTY NETTO 89 626,14 zł

RAZEM prognozowane m-c przychody MMT 66 470 zł + 5 715,12 zł 72 185,12 zł

Odwolujący zwraca uwagę, że ww. założenia są hipotetyczne, jednakże wyliczone elementy są nieodzowne przy realizacji zadania. Dodatkowo:

– w tabeli nie uwzględniono dodatku funkcyjnego brygadzysty (każdy pracownik ma tę samą stawkę - minimalnego wynagrodzenie bez względu na pełnioną funkcję),

- brak wyliczeń dodatkowej stawki za pracę w godzinach nadliczbowych (w ciągu roku nominalny czas pracy zmienia się na przestrzeni miesiący 184 h/ 180 h/168 h)

- brak wyliczeń dodatków nocnych i świątecznych,

- w kosztach usług obcych uwzględniono: opłaty abonamentowe za łączność telefoniczną i łączność dyspozytorską, kosztów wynajmu lokalu i opłat za media, kosztów wywozu odpadów.

Uwzględnienie powyższego wpłynie na realny wzrost kosztów jaki prezentuje tabela. Wydatki wykażą nierealne założenia MMT – bez względu na „oryginalność” wykonania

Zamawiający był zobowiązany do udostępnienia zgodnie z wnioskiem z 15.07.2024 r. oraz z 7.08.2024 r. wyjaśnień ceny z dowodami złożonymi przez MMT, poza informacjami, które zostały skutecznie zastrzeżone.

Z treści przekazanych dokumentów wynika, że Zamawiający, uznał zastrzeżenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” MMT za skuteczne i nie udostępnił on Odwołującemu wnioskowanych załączników do protokołu w pełnym zakresie.

Dokonując w związku z powyższym analizy przekazanego Odwołującemu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uznać należy, że wykonawca MMT nie udźwignął ciężaru wykazania, że informację zawartą w treści wyjaśnień i załączników miałyby stanowić tajemnice przedsiębiorstwa.

W myśl wyroku KIO 720/21 nie można już zapomnieć, że tajemnica przedsiębiorstwa, stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne i w związku z tym, pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa winno być interpretowane ściśle.

/tu argumentacja dotycząca zarzutów w zakresie odmowy udostępnienia odwołującemu informacji zastrzeżonych jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w treści wyjaśnień wykonawcy złożonych na wezwanie zamawiającego – przypisek KIO/.

Załączono dokumenty powołane w treści odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o

Potwierdził zdarzenia i podjęte w postępowaniu czynności opisane przez odwołującego, w tym ceny ofert, unieważnienie czynności wyboru i ponowny wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w przedmiocie wysokości zaoferowanej ceny noszącej znamiona rażąco niskiej z uwagi na zaistnienie ustawowej przesłanki nakazującej takie postępowanie wobec relacji do wysokości cen w ofertach złożonych w postępowaniu przez pozostałych wykonawców.

Przystępujący: Spółka pod firmą MMT IDEA spółka z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w Tczewie zgłosił przystąpienie po stronie i wniósł o:

a) Odrzucenie odwołania w powołaniu na art. 528 pkt 3 pzp w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a pzp, w związku z jego wniesieniem po upływie terminu; a w razie nieuwzględnienia tego wniosku o:

b) Oddalenie zarzutów odwołania bez ich merytorycznego zbadania, względnie pozostawienie ich bez rozpoznania, w powołaniu na art. 528 pkt 3 pzp w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a pzp, ewentualnie o:

c) Oddalenie wszystkich zarzutów odwołania z uwagi na ich bezzasadność.

Uzasadnienie wniosku o odrzucenie odwołania.

Należy wskazać, że bezspornym jest przebieg niniejszego postępowania.

Pismem z 12 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – tj. oferty Przystępującego. 15 lipca 2024 r. Odwołujący wystąpił o udostępnienie protokołu postępowania w konsekwencji czego Zamawiający pismem z dnia 16 lipca 2024 r. przekazał Odwołującemu dokumenty z części nieobjętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący w dniu 22 lipca 2024 r. złożył odwołanie, które zostało zarejestrowane pod sygn. KIO 2566/24. Następnie Zamawiający unieważnił wybór z 12 lipca, o czym poinformował zainteresowanych pismem z 31 lipca 2024 r. Zamawiający przystąpił do powtórzenia czynności badania ofert. Zarazem, w odpowiedzi na odwołanie, złożonej 6 sierpnia 2024 r., Zamawiający zawarł wniosek o oddalenie odwołania w całości odnosząc się w szczególności do zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, czynu nieuczciwej konkurencji oraz zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny oraz załączników do protokołu postępowania.

8 sierpnia 2024 r. z uwagi na unieważnienie wyboru odwołujący cofnął swoje odwołanie, pomimo iż miał już wiedzę o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej (który był 6 sierpnia 2024 roku) oraz o treści złożonej przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie, w tym stanowiska Zamawiającego wobec zarzutów odwołania, a Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła na tej podstawie postępowanie odwoławcze.

Pismem z 2 sierpnia 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP., który to udzielił wyjaśnień pismem z dnia 5 sierpnia 2024 r.

Pismem z 6 sierpnia 2024 r. o nr I.dz. 32/2024 Zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty – tj. oferty Przystępującego.

Od powyższego rozstrzygnięcia w dniu 16 sierpnia 2024 r. odwołanie złożył Odwołujący, przy czym w treści odwołania wskazano w przeważającej części te same czynności i zaniechania oraz zarzuty i wnioski, które zostały zawarte w odwołaniu z 22 lipca 2024 r. Należy podkreślić, że cofnięcie odwołania nie nastąpiło z powodu uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania (wręcz przeciwnie- Zamawiający wniósł o oddalenie większości zarzutów, a powtórzenie czynności badania i oceny ofert nastąpiło w związku z potrzebą wezwania Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych).

Należy stanowczo podkreślić, że w okresie od poinformowania przez Zamawiającego o przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert do ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej nie doszło do żadnych nowych czynności i zaniechań dotyczących ceny oferty oraz utajnienia dokumentów, niż te, które były podstawą poprzednio złożonego odwołania. Jedynymi pismami, które były złożone w tym okresie było pismo Zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2024 r. oraz odpowiedź Przystępującego z dnia 5 sierpnia 2024 r. (a korespondencja ta dotyczyła wyłącznie uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych).

W rezultacie w okresie od poinformowania przez Zamawiającego o przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert do ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej nie zaistniały żadne nowe okoliczności dotyczące ceny, czynu nieuczciwej konkurencji oraz utajnienia dokumentów, o których Odwołujący mógłby powziąć wiadomości.

W związku z powyższym nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący (znając treść odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z 22 lipca 2024 r. podtrzymał wniesione odwołanie, dążąc do rozpoznania przez Izbę zarzutów, dotyczących ceny, czynu nieuczciwej konkurencji oraz utajnienia dokumentów. Skoro Zamawiający nie odrzucił oferty Przystępującego, tylko ponownie ją wybrał (o czym miał wiedzę Odwołujący), to było oczywiste, że zarzut rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji zgłoszony w odwołaniu z dnia 22 lipca 2024 r. nie został uwzględniony przez Zamawiającego, a zatem powinien być podtrzymany, a odwołanie nie powinno być cofnięte. To samo dotyczy zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa – skoro Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu treści dokumentów (bez względu na to w jakim terminie), to w sytuacji unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownego wyboru nie zaczął biec inny termin do wniesienia odwołania. Najwcześniejszym momentem na wniesienie odwołania było 10 dni, od kiedy Odwołujący powziął wiedzę, że Zamawiający dokumentów nie odtajnia, a unieważnienie wyboru nie powoduje przesunięcia tego terminu, bo Zamawiający nie zmienił w tym zakresie zdania.

Zarzuty zawarte w odwołaniu z 22 lipca 2024 r. zostały prawidłowo zgłoszone w ustawowym terminie 10 dniowym, liczonym od dnia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wówczas znał treść uzasadnienia decyzji zamawiającego oraz jego stanowisko do podniesionych zarzutów, powinien zatem konsekwentnie złożyć odwołanie

podtrzymać (zwłaszcza, że w momencie cofnięcia odwołania wiedział już, że nastąpił ponowny wybór oferty Przystępującego). Tak powinien postąpić podmiot profesjonalny, działający z należytą starannością (art. 355 § 2 k.c.). Dochowanie terminu na wniesienie odwołania stanowi przesłankę procesową, w tym znaczeniu, iż wniesienie odwołania po terminie każdorazowo skutkuje jego odrzuceniem na podstawie art. 528 pkt 3 pzp. W tej sytuacji ważne jest ustalenie terminów do wnoszenia odwołań względem określonych czynności. Zgodnie z postanowieniami art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp na czynność zamawiającego stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania, o której zamawiający informuje, odwołanie wnosi się w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej tzw. próg unijny w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

Wyznaczając przedmiot odwołania, w stosunku do którego obowiązują przedstawione powyżej terminy na wniesienie odwołania, ustawa posługuje się zwrotem "informacja o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia". Termin ten będzie odnosił się do wszelkich podstaw czynności stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, o których zamawiający informuje wykonawców. Będą to zatem: informacja o wynikach postępowaniach, czyli informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonanej punktacji ofert, wykonawcach wykluczonych oraz ofertach odrzuconych, informacja o unieważnieniu postępowania, informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu itd.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że odwołanie podlega odrzuceniu z uwagi na jego wniesienie z uchybieniem 10- dniowego terminu, liczonego od pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej, który miał miejsce w dniu 12 lipca 2024 r. W tym momencie Odwołujący dowiedział się bowiem o zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego.

W razie braku uwzględnienia powyższego wniosku o odrzucenie odwołania w całości, Przystępujący podnosi, że zarzuty podane w odwołaniu winny ulec oddaleniu bez ich merytorycznego rozpatrzenia bądź pozostawione bez rozpatrzenia. Nie budzi bowiem wątpliwości, w świetle powyższych rozważań, że odwołanie z 16 sierpnia 2024 r. nie obejmuje żadnych nowych czynności, zaniechań, zarzutów ani wniosków, niż te, które były zawarte w odwołaniu z dnia 22 lipca 2024 r. (a które Odwołujący cofnął), zważywszy na terminy zawite, które ograniczają możliwość kwestionowania czynności w czasie i nie podlegają przywróceniu. W orzecznictwie przyjęto, że jeśli przedmiotem odwołania są zarzuty, które dotyczą czynności, które mogłyby stanowić samodzielną podstawę do wniesienia odwołania we wcześniejszym terminie to w tej sytuacji mamy do czynienia ze zgłoszeniem zarzutów po terminie i z tych względów nie podlegają one rozpoznaniu przez Izbę (por. wyrok KIO z dnia 29.01.2014 r., KIO 61/14). Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do wykładni contra legem przepisu art. 528 pkt 3 pzp w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) pzp, bowiem pozwalałoby w istocie na obejście prawa.

Podnieść należy, że dopuszczenie do możliwości składania odwołań w tożsamym stanie faktycznym doprowadziłoby do paraliżu systemu zamówień publicznych. W skrajnych wypadkach wykonawcy mogliby bezustannie podnosić nowe zarzuty po każdorazowym ponowieniu przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert . Unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej wskutek odwołania (bez względu na to, czy unieważnienie było konsekwencją wyroku KIO, czy nie) nie może otwierać terminu na ponowne złożenie wspomnianego środka ochrony prawnej, tym bardziej, gdy zarzuty i wnioski odwołania są te same.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień, przedłożona przez zamawiającego, stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przedstawione do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

Izba zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Do postępowania zgłoszono przystąpienie po stronie zamawiającego, wykonawcy, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą.

Izba uznała, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Spełnione są zatem, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Odwołanie rozpatrzono w granicach zarzutów podniesionych w odniesieniu do czynności i zaniechań, co do których nie upłynął ustawowy termin na ich zaskarżenie. Jako wniesione po terminie izba uznała zarzuty wskazane w sentencji wyroku jako podlegające odrzuceniu z uwagi na uchybienie terminu do ich wniesienia w ustalonym i niespornym stanie faktycznym postępowania.

W tym względzie izba w całości podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego z podkreśleniem, iż odwołanie rozpatrywane dotyczy ponowionej czynności wyboru oferty po uprzednim unieważnieniu wyboru, która to była zaskarżone odwołaniem obecnego odwołującego, cofniętym przezeń. W ponownym, obecnie rozpatrywanym odwołaniu

podniesiono ponownie zarzuty dotyczące zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy niezmienionym stanie faktycznym odwołujący ponowił zarzuty, jednakże termin na ich podniesienie minął.

Natomiast ponowny wybór oferty jako czynność nowa został zaskarżony z dochowaniem ustawowego terminu i wykonawca jest uprawniony do podnoszenia zarzutów wobec oferty wybranej tak, jak to zostało dokonane.

W odniesieniu do zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny, która została objęta postępowaniem wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego, skład orzekający uznaje, że zarzut wadliwej oceny oferty w tym zakresie jest nieuzasadniony. Niezależnie od faktu, że część wyjaśnień wykonawcy została przez niego zastrzeżona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa, całość wyjaśnień, zarówno dostępnych odwołującemu, jak i zastrzeżonych, pozwala na uznanie, że cena zaoferowana i badana nie jest rażąco niską, zatem nie zaistniała przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. Zamawiający dokonał poprawnej oceny wyjaśnień ceny jako całości i jej składowych stanowiących łącznie o wysokości ceny.

Izba uznała za znaczące, niezależnie od bezpośredniej oceny wyjaśnień ceny badanej oferty, wyjaśnienie zamawiającego, oparte na jego dotychczasowym doświadczeniu, że ceny tożsamyh usług w latach ubiegłych były realnie zawyżane wobec działania ówczesnego wykonawcy w warunkach lokalnego monopolu, a sytuacja ta uległa zmianie z pojawieniem się konkurujących ze sobą wykonawców tak, jak w sprawie rozpatrywanej. Biorąc pod uwagę, że kolejny zarzut dotyczący jest powiązany z zarzutem wskazującym na cenę rażąco niską, której to domniemanie nie zostało zdaniem odwołującego obalone składanym i wyjaśnieniami, nie stwierdza się naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy pzp.

Konsekwencją powyższego jest stwierdzenie braku naruszenia art. 239 ustawy pzp.

W związku z powyższym skład orzekający stoi na stanowisku, że dokonane w postępowaniu czynności zamawiającego nie naruszyły wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący: