Sygn. akt: KIO 4738/24

POSTANOWIENIE

Warszawa dnia 27 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 27 grudnia 2024 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
16 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy

w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy Instbud Sp. z o.o.
z siedzibą w Gdowie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy kwoty
   20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis 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 4738/24

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

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie (dalej: „Zamawiający") prowadzi
tępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Regionalne ścieżki rowerowe VeloMałopolska: budowa trasy VeloRaba na odcinku Dobczyce – Mikluszowice – z podziałem na części". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy
dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 sierpnia 2024 r. pod numerem 502021-2024.

W dniu 16 grudnia 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A.
siedzibą w Dębicy (dalej: „Odwołujący Strabag") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

(1) nieprawidłowej ocenie czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Pavimental Polska Sp. z o.o.
z siedzibą w Trzebini (dalej: „Pavimental") w dniu 14 listopada 2024 r., podczas gdy wykonawca ten bezskutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa zarówno w zakresie treści samych wyjaśnień, jak i załączników do nich;

ewentualnie – z ostrożności procesowej:

(2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Pavimental, w sytuacji, w której oferta powinna zostać odrzucona z Postępowania jako zawierająca rażąco niską cenę;

w każdym przypadku

(3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawców Instbud Sp. z o.o. z siedzibą w Gdowie (dalej: „Instbud") oraz konsorcjum wykonawców w składzie: Profexim Sp. j. H.J. Duda
z siedzibą w Krakowie oraz Bildex Dariusz Duda z siedzibą w Mszanie Dolnej (dalej jako „Konsorcjum Profexim"), pomimo że wykonawcy ci nie wykazali, że cena ich ofert nie jest rażąco niska;

(4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, za którą uznana została oferta złożona przez Pavimental – w zakresie zadania nr 2 oraz oferta złożona przez Instbud – w zakresie zadania nr 3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „Uznk") poprzez błędne uznanie, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Pavimental stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym spełniają wszystkie opisane w art. 11 ust. 2 Uznk przesłanki, tj. mają wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a przede wszystkim podjęto, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności;

(2) art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. Uznk poprzez błędne uznanie, że Pavimental w sposób prawidłowy (w tym w momencie przedkładania Zamawiającemu informacji) wykazał (zastrzegł), że informacje ujęte
w wyjaśnieniach ceny oferty spełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 Uznk, a w szczególności że:

− zastrzeżone dokumenty (informacje) mają wartość gospodarczą;

− Pavimental objął tajemnicą przedsiębiorstwa wyłącznie dopuszczalny zakres informacji (wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę ,przedsiębiorstwa);

− Pavimental podjął działania mające na celu utrzymanie w poufności zastrzegane informacje (mimo - między innymi – braku przedstawienia wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na tę okoliczność stosownych dowodów),

co doprowadziło do niesłusznego zaniechania odtajnienia wyjaśnień RNC (wraz
z załącznikami i innymi utajnionymi dokumentami);

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

(3) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pavimental, pomimo że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczająca do jego wykonania, zaś Pavimental nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny powstałego na skutek skierowania do niego w dniu 8 listopada 2024 r. wezwania do wyjaśnień RNC, co winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy, a czego Zamawiający zaniechał;

w każdym wypadku

(4) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Instbud oraz Konsorcjum Profexim, pomimo że cena ofert tych wykonawców jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia
i niewystarczająca do jego wykonania, zaś ww. wykonawcy nie obalili domniemania rażąco niskiej ceny powstałego na skutek skierowania do nich w dniu 8 listopada 2024 r. wezwania do wyjaśnień RNC (w szczególności poprzez nieprzedstawienie jakichkolwiek dowodów), co winno skutkować odrzuceniem ofert tych wykonawców, a czego Zamawiający zaniechał;

a w konsekwencji powyższego

(5) art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności
i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania 2 oraz Zadania 3;

(2) odtajnienia dokumentów wykonawcy Pavimental w postaci wyjaśnień rażąco niskiej ceny (i załączników);

ewentualnie, (na wypadek zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Pavimental jako tajemnicy przedsiębiorstwa)

(3) odrzucenie oferty wykonawcy Pavimental na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw.
z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp jako oferty zawierającej rażąco niską cenę (w zakresie Zadania 2 i 3)

w każdym wypadku:

(4) odrzucenie oferty wykonawcy Instbud (w zakresie Zadania 2 i 3);

(5) odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum Profexim (w zakresie Zadania nr 3);

(6) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 2 i Zadania nr 3.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Instbud.

W dniu 23 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że „będące podstawą / zaskarżone przedmiotowym odwołaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach Części nr 2 i 3 dokonane w dniu 06.12.2024 r. na gruncie postępowania w sprawie zamówienia pn. Regionalne ścieżki rowerowe VeloMałopolska: budowa trasy VeloRaba na odcinku Dobczyce – Mikluszowice –
z podziałem na części (zn. ZDW-DN-4-271-67/24) zostały przez Zamawiającego w dniu 18.12.2024 r. unieważnione (cofnięte / zniesiono), toteż czynności będące przedmiotem tego odwołania już nie istnieją / zostały wyeliminowane z obrotu prawnego, wobec czego złożone na nieistniające już czynności proceduralne odwołanie stało się bezprzedmiotowe
i bezcelowe oraz odpadła tym samym podstawa prowadzenia w tej spawie postępowania odwoławczego.”. Zamawiający poinformował również, że „Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (ujęte w ramach pisma z dnia 18.12.2024 r. zn. ZDW/PW/2024/9628/DN4/BJ) w świetle regulacji art. 253 ust. 1 ustawy PZP *(per analogiam*) zostało przekazane wszystkim Wykonawcom uczestniczącym w niniejszym postępowaniu
(w tym Odwołującemu) w dniu 18.12.2024 r. drogą elektroniczną”. Ponadto, Zamawiający podał, że dokonane zostały już nowe czynności proceduralne związane z uznaniem bezskuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę PAVIMENTAL Polska Sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych w toku postępowania oraz nowym wyborem oferty najkorzystniejszej w ramach wszystkich części zamówienia stanowiących jego przedmiot, w tym Części nr 2 i 3. Zawiadomienie o nowym wyborze oferty najkorzystniejszej (ujęte w ramach pisma z dnia 20.12.2024 r. zn. ZDW/PW/2024/9704/DN4/BJ) zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zostało przekazane wszystkim wykonawcom uczestniczącym
w postępowaniu (w tym Odwołującemu) w dniu 20.12.2024 r. drogą elektroniczną. Zamawiający poinformował ponadto, że dokumenty zastrzeżone przez PAVIMENTAL Polska Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały udostępnione Odwołującemu w dniu 23 grudnia 2024 r.

Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowej sprawie mają miejsce okoliczności / sytuacja wpisująca się w regulację art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, czyli implikująca zaistnienie podstaw do umorzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą postępowania odwoławczego
w związku z faktem, iż dalsze postępowanie stało się zbędne, bezprzedmiotowe
i niedopuszczalne – z uwagi na brak / nieistnienie w obrocie prawnym czynności, które stanowiły przedmiot złożonego odwołania i zostały nim zaskarżone (tzn. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach Części nr 2 i 3 dokonanych w dniu 06.12.2024 r.), jak również faktyczne zrealizowanie już części objętych tym odwołaniem żądań w ramach czynności proceduralnych dokonanych przez Zamawiającego (w kontekście podniesionej
w nim kwestii odtajnienia wyjaśnień złożonych w toku niniejszego postępowania przez wykonawcę PAVIMENTAL Polska Sp. z o.o. zastrzeżonych przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa). Do ww. pisma Zamawiający dołączył Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 18 grudnia 2024 r.

Wobec powyższych ustaleń Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*. Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1, 2
i 3 postępowania, a zatem przyjąć należy, że tym samym zostały unieważnione wszystkie czynności związane z badaniem i oceną ofert, których efektem jest wybór oferty najkorzystniejszej. Co więcej, Zamawiający powtórzył ww. czynności dokonując ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 20 grudnia 2024 r. Od tego momentu powinien być liczony termin na ewentualne zaskarżenie ww. nowej czynności, gdyż wówczas będzie można mówić o istnieniu substratu zaskarżenia (to jest czynności lub zaniechania zamawiającego). Izba dodatkowo wskazuje, że wydając orzeczenie - zgodnie
z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Izba dodatkowo wskazuje, że wydając orzeczenie - zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp 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.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 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).

Przewodniczący :……