

## POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 10 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Michał Pawłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2024 r. przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TRAFICO M.O. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Włochy

### postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TRAFICO M.O. z siedzibą w Warszawie kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej równowartość uiszczzonego 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 1034/24

## Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Włochy, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „oznakowanie poziome, pionowe, urządzenia bezpieczeństwa ruchu na terenie Dzielnicy Włochy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 lutego 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00217517/01.

W dniu 27 marca 2024 r. Odwołujący – wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TRAFICO M.O. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej również „wykonawcą TRAFICO”, wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego oraz zaniechania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

- 1) wyborze oferty złożonej przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.D. z siedzibą w Kazuniu Nowym, zwanego dalej „wykonawcą K.D.”, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej nie zakończył procedury badania tej oferty pod kątem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co skutkuje brakiem możliwości wyboru tej oferty,
- 2) uznaniu, że informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy wykonawca K.D. nie wykazał zasadności tego zastrzeżenia.

Ewentualnie wykonawca TRAFICO zaskarżył również inne czynności i zaniechania czynności Zamawiającego:

- 1) wybór oferty złożonej przez wykonawcę K.D. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu,

- 2) nieprawidłową ocenę wyjaśnień ceny oferty złożonej przez wykonawcę K.D., zwłaszcza w kontekście rażącego zaniżenia cen jednostkowych zawartych w ofercie tego wykonawcy, a mających wpływ na cenę oferty,
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K.D.,
- 4) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP, art. 18 ust. 1-3 ustawy PZP w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę K.D. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający nie zakończył procedury badania tej oferty pod kątem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, skutkiem czego po wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący nie otrzymał całości dokumentów związanych z oceną oferty wykonawcy K.D., co uniemożliwiło Odwołującemu kontrolę tej czynności Zamawiającego oraz ograniczyło Odwołującemu możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej, co tym samym wpływa na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego (zarzut nr 1),

2) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP oraz art. 18 ust. 1-3 ustawy PZP poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę K.D. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający nieprawidłowo uznał, że wyjaśnienia ceny oferty tego wykonawcy zostały zgodnie z ustawą zastrzeżone jako jego tajemnica przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy wykonawca K.D. nie wykazał prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co skutkuje wadliwym wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz uniemożliwia Odwołującemu kontrolę tej czynności Zamawiającego oraz ogranicza Odwołującemu możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej, a tym samym wpływa na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego (zarzut nr 2).

Na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów nr 1 i nr 2 odwołania Odwołujący sformułował d4 zarzuty ewentualne dotyczące naruszenia:

1) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę K.D. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w sytuacji, w której wyjaśnienia dotyczące ceny tej oferty nie uzasadniają prawidłowego obliczenia ceny tej oferty, zwłaszcza w kontekście wysokości cen jednostkowych wskazanych w pozycjach 1, 3, 7, 8, 22, 25, 28, 29 Kosztorysu ofertowego, które zostały rażąco zaniżone, w związku z czym Zamawiający powinien uznać, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę (zarzut nr 3),

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K.D., który wezwany do wyjaśnień w zakresie ceny oferty złożył wyjaśnienia, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, zwłaszcza wobec wysokości cen jednostkowych wskazanych zarzucie nr 3, z których każda stanowi istotną część składową ceny oferty wykonawcy K.D. i jest ceną rażąco niską, skutkującą rażącym zaniżeniem ceny całej oferty tego wykonawcy, podczas gdy Odwołujący złożył wyjaśnienia szczegółowe umotywowane, przekonujące, że cena oferty Odwołującego nie jest ceną rażąco niską (zarzut nr 4),

3) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy K.D., który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wyjaśniając cenę swojej oferty przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do swoich relacji z firmą Olimp, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zarzut nr 5),

4) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (zarzut nr 6).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu złożonej przez wykonawcę K.D.,
- 2) udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień ceny oferty wykonawcy K.D..

Alternatywnie w związku z podniesionymi zarzutami ewentualnymi wykonawcy TRAFICO wniósł o nakazanie

Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę K.D.,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy K.D. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP,
- 3) wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy K.D. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP,
- 4) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według dokumentów złożonych na rozprawie.

Z informacji przekazanej przez Zamawiającego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2024 r. wynika, że kopia odwołania została przesłana do wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 28 marca 2024 r. drogą elektroniczną poprzez platformę zakupową MarketPlanet One Place. Do dnia wydania postanowienia przez Izbę do postępowania odwoławczego nie zgłosił swojego przystąpienia żaden wykonawca – ani po stronie Zamawiającego, ani po stronie Odwołującego.

Po wniesieniu odwołania przez wykonawcę TRAFICO Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, o czym poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu, a następnie tego samego dnia udostępnił Odwołującemu całość wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę K.D.. Ponadto Zamawiający oświadczył, że dokona ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo Odwołującego, w którym ten podniósł, że chociaż Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, to unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz przekazanie Odwołującemu dokumentów wykonawcy K.D. niezgodnie z prawem zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa spowodowało, że czynność, wobec której wniesiono odwołanie, nie istnieje już w obrocie prawnym. W związku z tym według Odwołującego zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z 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 nieopuszczalne. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w trakcie trwania postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2024 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę K.D., a następnie udostępnił wykonawcy TRAFICO dokumenty wykonawcy K.D., co do których początkowo zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa utrzymał w mocy. Proces badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu nie został więc zakończony. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że unieważnienie przez Zamawiającego czynności zaskarżonej odwołaniem sprawia, że czynność ta nie istnieje. W tej sytuacji odpadł substrat zaskarżenia w niniejszej sprawie. Biorąc pod uwagę powyższe postępowanie odwoławcze jako zbędne należy zatem umorzyć na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 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 pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na umorzenie tego postępowania odwoławczego na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy PZP Izba nakazała zwrócić Odwołującemu uiszczony wpis od odwołania.

**Przewodniczący:.....**