

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 15 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu jawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 15 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Międzyzdroje przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego, wykonawcy K.Z. Twój Elektryk 24 w Nowej Wsi Kąckiej

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty pomiędzy stronami i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. w Łodzi, uiszczonej tytułem 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1105/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Międzyzdroje prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wymianę oświetlenia płyty boiska na stadionie miejskim w Międzyzdrojach, nr ref.: RI.ZP.271.3.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 lutego 2024 r., pod nr: 2024/BZP 00100003/01. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. w Łodzi od czynności:

- 1) zaniechania odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej złożonych przez Wykonawcę Twój Elektryk 24 K.Z.,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Twój Elektryk 24 K.Z.
- 3) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Twój Elektryk 24 K.Z., pomimo że, oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jest sprzeczna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”):

1. art. 18 ust. 1, 2, 3 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, złożonych przez wykonawcę Twój Elektryk, mimo że wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Twój Elektryk pomimo, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nadto przedłożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musiały potwierdzić, że wycena kluczowych materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia (w tym oprav oświetleniowych) została przeprowadzona w taki sposób, że prowadzi do zaoferowania rozwiązań niezgodnych z SWZ, co powoduje jednocześnie niezgodność oferty z warunkami zamówienia, o jakiej ustawodawca mówi w art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej złożonych przez Twój Elektryk oraz odrzucenie oferty złożonej przez Twój Elektryk.

Jak uzasadnił w odwołaniu, obowiązkiem Zamawiającego było przekazanie Odwołującemu dokumentów źródłowych potwierdzających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę Twój Elektryk, czego Zamawiający nie

uczynił, a w zamian przedstawił pismo własne, w którym zacytował oraz powołał tezy, które miały znaleźć się w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa złożonym przez Twój Elektryk. „Na dzień złożenia odwołania Odwołujący nie wie jednak czy oraz jakiego rodzaju zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożył Twój Elektryk do Zamawiającego.” Odnosząc się zatem do pisma Zamawiającego, Odwołujący wskazał, iż nie wiadomo jakie konkretnie dokumenty miałyby stanowić, zastrzeżony tajemnicą, „dorobek handlowy” wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, wskazanie w ogólności na dorobek handlowy firmy z całą pewnością nie jest wystarczające. Podniósł, iż w jego ocenie, powołany przez Zamawiającego fakt, iż kalkulacja jest sporządzona indywidualnie dla każdego kontraktu potwierdza, że zastrzeżenie tajemnicy jest niezasadne. „Kalkulacje cen jeżeli nie mają walorów stałości i reprezentatywności nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa ponieważ nie przedstawiają wartości gospodarczej.” (str. 8 odwołania). W ocenie Odwołującego, z pisma Zamawiającego wynika również, iż Twój Elektryk 24 nie sprostął ciężarowi wykazania przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z dnia 2022 r., poz. 1233 ze zm., dalej Uznk), skoro jego obowiązkiem było udowodnić Zamawiającemu na etapie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że wszystkie środki ochrony posiada faktycznie oraz utrzymuje, zaś samo opisanie katalogu środków ochrony nie jest wystarczające i nie może zostać uznane za udowodnienie faktycznego podjęcia i stałego utrzymywania środków ochrony. W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Twój Elektryk 24 Odwołujący wskazał, iż zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nadto przedłożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musiały potwierdzić, że wycena kluczowych materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia (opraw oświetleniowych) została przeprowadzona w taki sposób, że prowadzi do zaoferowania rozwiązań niezgodnych z SWZ co powoduje jednocześnie niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Niemniej wskazał, iż z uwagi na bezpodstawną odmowę udostępnienia wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej złożonych przez Twój Elektryk, Odwołujący nie posiada wiedzy na temat szczegółowej kalkulacji ceny tego wykonawcy oraz rzetelności przedłożonych dowodów i wyjaśnień. Niezależnie od powyższego, wskazał, że cena oferty wykonawcy Twój Elektryk w kwocie 155.000 zł netto nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia i jest ceną rażąco niską. Z faktu, że Zamawiający wymaga zastosowania opraw oświetleniowych w nietypowej temperaturze barwowej, tj. 5000K, Odwołujący wywodzi, iż wybór dostawców opraw jest mocno ograniczony i ma istotny wpływ na wysoką cenę opraw. „Kolejnym istotnym z punktu widzenia ceny parametrem jest system sterowania oświetleniem oraz powłoka antykorozyjna. Aby oprawa mogła działać w systemie sterowania konieczne jest zastosowanie zasilacza, który umożliwia redukcję mocy światła. Z kolei powłoka antykorozyjna to dodatkowy koszt zabezpieczania oprawy w wysokości 300 zł netto / szt. Koszt jednostkowy oprawy, który uwzględnia wymagania zamawiającego to co najmniej 6.997 zł netto / szt. Łączny koszt zakupu opraw (18 szt.) to 125 946,00 zł netto. (...) Koszt pracodawcy za pracownika z pensją wysokości 4242 złotych brutto wynosi 5 110,76 zł kwota ta nie zawiera w sobie składki na PPK. (...) należy uwzględnić jeszcze zakup materiałów drobnych, w tym przewody, zabezpieczenia itd. w wysokości 3080zł netto. Zakończeniem etapu składającego się z prac na obiekcie jest posprzątanie terenu robót oraz utylizacja starych opraw oraz pozostałych odpadów. W tym zakresie Odwołujący przyjął kwotę w wysokości 700 zł netto. (...) Koszt przygotowania, opracowania i dostarczenia dokumentacji powykonawczej to 1500 zł netto. (...) Koszt kierowania robotami w przedmiotowym zakresie wynosi 2712 zł netto. Kolejnym istotnym elementem jest koszt związany z pracą w obcym mieście, oddalonym o co najmniej 500km od siedziby firmy. Na noclegi oraz dojazdy została przyjęta kwota w wysokości 3600 zł netto. Ostatnim czynnikiem wpływającym na cenę jest zapas na serwis gwarancyjny. Z uwagi na okres gwarancji wynoszący 5 lat należy przyjąć co najmniej dwa wyjazdy serwisowo-gwarancyjne w wysokości 2200 zł każdy co daje kwotę 4400 zł netto.” (str. 13-16 odwołania). W efekcie, zdaniem Odwołującego, łączny koszt wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wytycznymi Zamawiającego oraz przepisami i sztuką budowlaną to 174 920 zł netto. Do tej kwoty Odwołujący doliczył godziwy zysk na poziomie 5% (8.780 zł netto), tym samym, łączny minimalny koszt wykonania przedmiotu zamówienia wynosi 183.700 zł netto.” W konsekwencji, zdaniem Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. (dalej również jako: „Optima Centrum”), cena zaoferowana przez wykonawcę Twój Elektryk jest rażąco niska, bowiem nie pozwala na poniesienie minimalnych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ a przyjęty sposób realizacji zamówienia jest sprzeczny z SWZ co powinno skutkować niezależnie odrzuceniem oferty Wykonawcy Twój Elektryk jako sprzecznej z warunkami zamówienia.

W odpowiedzi z dnia 11 kwietnia 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wskazał, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1, tj. naruszenia art. 18 ust. 1, 2, 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk, a w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania. Zamawiający wniósł również o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania zgodnie z rachunkami złożonymi na rozprawie. Gmina Międzyzdroje wskazała, że nie sposób jest uznać, aby Odwołujący udowodnił, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska, a co za tym idzie, że jego oferta powinna ulec odrzuceniu. Jej zdaniem, wyjaśnienia z dnia 10 marca 2024 r. były kompletne, wykazywały wszystkie istotne koszty związane z realizacją zamówienia, zysk Wykonawcy, jak również dowody na poparcie tych twierdzeń, a tym samym

Zamawiający nie miał podstaw, żeby uznać, że cena jest rażąco niska. Wskazał nadto, że stawka roboczogodziny kosztorysowej ustalona na 31 zł/rb jest stawką rynkową, odpowiadającą stawkom stosowanym w budownictwie. Jego zdaniem zaś, różnica w cenie ofert Przystępującego i Odwołującego wynika z ceny opraw oświetleniowych. Pozostałe koszty zostały ustalone na zbliżonym poziomie w przypadku obu ofert, a tym samym nie można przyjąć że ceny tych ofert są zaniżone. Co więcej, wskazał Zamawiający, iż Przystępujący założył w przekazanym kosztorysie dość znaczną wysokość kosztów pośrednich, co powinno oznaczać, że pokrywają one pozostałe koszty, poza robocizną, związane z montażem.

Do postępowania odwoławczego wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego przez Katarzynę Zając prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Twój Elektryk 24 K.Z.. Pismem z dnia 11 kwietnia złożony do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i wskazał, iż w związku ze złożonym odwołaniem, w dniu 12 kwietnia 2024 r., Przystępujący cofnął swój wniosek o zastrzeżenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec czego – jego zdaniem – Zamawiający będzie mógł udostępnić Odwołującemu wyjaśnienia Przystępującego, a zarzut Odwołującego w tym zakresie stał się bezprzedmiotowy. Nadto, Przystępujący wyjaśnił, iż zasadnicza różnica pomiędzy ofertami Przystępującego i Odwołującego wynika z różnicy w cenie zaoferowanych opraw oświetleniowych, co więcej cena projektu powykonawczego i koncepcji została wliczona w cenę opraw, zgodnie z ofertą producenta. „Oprawy „Opplé lighting Olympus” zaproponowane przez Przystępującego spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego, co zostało potwierdzone w dołączonych do wyjaśnień karcie katalogowej opraw i symulacji natężenia oświetlenia. Przystępujący uzyskał bardzo dobrą cenę na zakup tychże opraw, która wynosi 91 200 zł netto, czyli 112 176 zł brutto, co wobec kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego w odwołaniu, stanowi cenę o 34 746 zł netto, a 42 737,58 zł brutto niższą.” (str. 2 pisma Przystępującego). Dodatkowo, K.Z. wskazała, iż do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dołączyła także kosztorys, ze wskaźnikami cenowymi przyjętymi na podstawie najświeższych danych Sekocenbud (stawka roboczogodziny, koszty pośrednie, narzuty). Podsumowując, wyjaśniła, iż łączna cena oferty Odwołującego jest wyższa od ceny oferty Przystępującego o 35.301 zł brutto, zaś różnica w kwotach netto obu ofert wynosi 28.699,46 zł, czyli tyle, ile wynosi różnica w cenie opraw oświetleniowych plus 6.046,54 zł więcej u Przystępującego na pozostałe koszty związane z wykonaniem zamówienia.

Dnia 12 kwietnia 2024 r. do akt wpłynął wniosek Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na unieważnienie przez Zamawiającego dnia 12 kwietnia 2024 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący załączył do pisma zawiadomienie Gminy Międzyzdroje o uchyleniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba stwierdziła, iż na stronie internetowej prowadzonego postępowania widnieje informacja z dnia 12 kwietnia 2024 r. o dokonaniu ww. czynności unieważnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nadto, Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiła K.Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Twój Elektryk 24.

Nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami Zamawiającego po wniesieniu odwołania, postępowanie w zasadniczej części podlega umorzeniu z uwagi na dyspozycję przepisu art. 568 pkt 2 PZP. Zgodnie z tym przepisem, Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Jakkolwiek, w ramach przyczyn umorzenia postępowania wskazanych w art. 568 pkt 2 PZP, ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi, to jednak jednolicie wskazuje się, że hipotezą przepisu objęte są sytuacje utraty tzw. substratu zaskarżenia, tj. unieważnienia czynności, które były przedmiotem zaskarżenia. W tej sytuacji, spór staje się bowiem bezprzedmiotowy.

W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z opisanym wyżej przypadkiem, bowiem po wniesieniu odwołania od czynności wyboru oferty, Zamawiający unieważnił tę czynność, a tym samym podjął decyzję o konieczności powtórzenia badania i oceny ofert. O fakcie tym poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu. Słusznie zatem wskazał Odwołujący w piśmie z dnia 12 kwietnia 2024 r., iż postępowanie podlega umorzeniu. Przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą wyznaczonego na dzień 15 kwietnia 2024 r., nie istniały bowiem już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Dla składu orzekającego Izby oznacza to autoweryfikację czynności, które dotychczas podjął w postępowaniu Zamawiający. Innymi słowy, w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołujących. Tym samym, w związku z ostatnimi czynnościami Zamawiającego, w istocie uwzględniającymi żądania Odwołującego, oraz ponownym dokonaniem badania i ocen ofert, a także ponowną czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, Odwołującemu otworzy się nowy termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności Zamawiającego.

Uznać w takiej sytuacji należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego stało się zbędne.

W zakresie dotyczącym zaś zarzutu nr 1 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1, 2, 3 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, złożonych przez wykonawcę Twój Elektryk, mimo że wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający uwzględnił odwołanie, zaś Przystępująca – prawidłowo zawiadomiona o terminie – nie stawiała się na posiedzenie i tym samym nie skorzystała z prawa do wniesienia sprzeciwu. Wprost przeciwnie, pismem z dnia 11 kwietnia 2024 r. oświadczyła, że cofnęła swój wniosek o zastrzeżenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec czego, jej zdaniem Zamawiający będzie mógł udostępnić Odwołującemu wyjaśnienia Przystępującego.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy oraz brzmienie art. 568 pkt 2 i 3 w zw. z art. 522 ust. 2 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do przepisów § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz 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 którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne, a także w przypadku gdy Zamawiający uwzględnił w części odwołanie, zaś uczestnik przystępujący po jego stronie nie wniósł sprzeciwu, koszty znosi się wzajemnie, a jeżeli doszło do tego przed otwarciem rozprawy, to koszty znosi się wzajemnie, zaś Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: