

Sygn. akt: KIO 553/24

POSTANOWENIE
z dnia 7 marca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **7 marca 2024 roku**, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 lutego 2024 roku** przez wykonawcę **A. Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Instytut Pamięci Narodowej Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców:

1) **Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;

2) **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu na rzecz **Odwołującego - A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich**

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 553/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Instytut Pamięci Narodowej Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Wykonanie w trybie zaprojektuj i wybuduj zadania inwestycyjnego pn. „Budowa nowego budynku Oddziału IPN w Krakowie”. Ogłoszenie

o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 października 2023 roku pod nr 2023/S 191-598067.

W dniu 19 lutego 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1) w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „Pzp”) odwołanie złożył wykonawca A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec następującej czynności podjętej przez Zamawiającego:

(1) zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do tych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Budimex S.A. („Budimex”), na skutek uznania, że Budimex wykazał, iż złożone wyjaśnienia powinny być

w całości zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo tego, że wykonawca ten nie udowodnił, aby wszystkie udostępnione przez niego informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie działanie Zamawiającego w konsekwencji uniemożliwia zweryfikowanie oferty złożonej przez konkurencyjny podmiot i stanowi przejaw naruszenia reguły konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, tj.:

(1) art. 18 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk poprzez:

a) nieuzasadnione uznanie, że Budimex wykazał, iż złożone wyjaśnienia

(wraz z załącznikami) w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią (w całości) tajemnicę przedsiębiorstwa;

b) zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do tych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Budimex;

a w konsekwencji

(2) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wnosił o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert w zakresie uznania,

że wyjaśnienia wraz z załącznikami złożone przez Budimex w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

(2) odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonymi przez wykonawcę Budimex;

(3) dokonanie ponownej oceny ofert;

Odwołujący podkreślił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Wykonawca jest przedsiębiorcą spełniającym wszelkie warunki udziału w postępowaniu, a złożona przez niego oferta mieści się w kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z przepisami Pzp - polegające na odtajnieniu i udostępnieniu wyjaśnień złożonych przez Budimex w zakresie rażąco niskiej ceny - to Odwołujący mógłby dokonać oceny rzeczonych wyjaśnień pod kątem ich prawidłowości i zgodności z obowiązującymi przepisami oraz realiami rynkowymi, a w konsekwencji skorzystać z przysługujących mu środków prawnych - co w konsekwencji mogłoby umożliwić mu uzyskanie zamówienia objętego postępowaniem.

Zgodnie z treścią protokołu z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 1 lutego 2024 roku, oferta złożona przez wykonawcę DEKPOL Budownictwo Sp. z o.o. nie została opatrzona podpisem elektronicznym. Oznacza to, że oferta tego wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu. Tym samym oferta Odwołującego zostanie sklasyfikowana na drugim miejscu rankingowym. Brak odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami może skutkować więc tym, iż nie będzie on w stanie uzyskać zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej wskazany w treści złożonego odwołania.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący Wykonawcy:

1) po stronie Odwołującego: Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;

2) po stronie Zamawiającego: Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Izba uznała zgłoszenia za skuteczne i dopuściła wykonawców jako Przystępujących.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o:

1) umorzenie postępowania z uwagi, iż dalsze prowadzenie postępowania w tym zakresie jest zbędne; ewentualnie

2) oddalenie odwołania w całości;

W odpowiedzi zaznaczono, że w dniu 26 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował Budimex, że złożone w dniu 5 lutego 2024 r. wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, odtajnia w części, z uwagi, iż nie zostało wykazane, aby całość danych zawartych w części niejawnej podlegała ochronie. Odtajnieniu nie uległy szczegóły kalkulacji ceny, takie jak dane podwykonawców i zaferowane przez nich warunki realizacji prac, stanowiące dane wrażliwe dla Budimex. Odtajnieniu nie uległa również dokumentacja techniczna wytworzona przez Budimex na etapie sporządzania oferty.

W dniu 1 marca 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odtajnieniu w części złożonych w dniu 5 lutego 2024 r. wyjaśnień Budimex w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący, w dniu 6 marca 2024 roku, dzień przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na 7 marca 2024 roku, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu Wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało dzień przed datą, na którą został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania ale przed jej otwarciem, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczonego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

Przewodnicząca:

.....