

Sygn. akt: KIO 3859/23
KIO 3866/23

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 5 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 5 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 22 grudnia 2023 r. przez wykonawcę ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt: KIO 3859/23,

B.w dniu 22 grudnia 2023 r. przez wykonawcę J.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.C. Firma Usługowa "EKO-REM-BUD" w Łabowie w sprawie o sygn. akt: KIO 3866/23,

w postępowaniu prowadzonym przez Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Katowicach

Uczestnik po stronie zamawiającego:

A.wykonawca Control Process EPC2 Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3859/23 oraz o sygn. akt: KIO 3866/23;

B.wykonawca J.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.C. Firma Usługowa "EKO-REM-BUD" w Łabowie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3859/23

postanawia:

- 1.umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 3859/23 oraz o sygn. akt: KIO 3866/23;
- 2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 3859/23;
- 3.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy J.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.C. Firma Usługowa "EKO-REM-BUD" w Łabowie kwoty 20 000 zł 00 g (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 3866/23.

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 3859/23
KIO 3866/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonego w celu udzielenia zamówienia publicznego oznaczonego „Budowa Oddziału Zewnętrzny w Sosnowcu Aresztu Śledczego w Sosnowcu realizowanego w ramach przedsięwzięcia nr 4 - pozyskanie nowych miejsc zakwaterowania osadzonych oraz odtworzenie i poprawa infrastruktury jednostek organizacyjnych SW” - Znak postępowania: OI/KI.2232.1.2023.RG.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało umieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 maja 2023 r. pod numerem 2023/S 101-316676.

W sprawie o sygn. akt: KIO 3859/23 w dniu 22 grudnia 2023 r. wykonawca ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań czynności Zamawiającego we wskazanym powyżej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. od:

- 1)czynności odrzucenia oferty Wykonawcy ERBUD S.A. dokonanej pismem Zamawiającego z 12 grudnia 2023 r. (Znak sprawy: OI-KI.2232.1.2023.RG);
- 2)czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy CONTROL PROCESS EPC2 Sp. z o.o. dokonanej pismem Zamawiającego z 12 grudnia 2023 r. (Znak sprawy: OI-KI.2232.1.2023.RG);
- 3)zaniechania czynności poprawienia w ofercie Wykonawcy ERBUD S.A. oczywistych omyłek rachunkowych (z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek), ewentualnie zaniechania czynności

poprawienia w ofercie Wykonawcy ERBUD S.A. innych omyłek (polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty).

Odwolujący zaskarżonym czynnościami Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1)w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Wykonawcy ERBUD S.A. dokonanej pismem Zamawiającego z 12 grudnia 2023 r.:

a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że oferta Wykonawcy ERBUD S.A. zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu skutkujący koniecznością odrzucenia oferty;

2)w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy CONTROL PROCESS EPC2 Sp. z o.o. dokonanej pismem Zamawiającego z 12 grudnia 2023 r.:

a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy CONTROL PROCESS EPC2 Sp. z o.o. pomimo tego, że oferta Wykonawcy ERBUD S.A. została przez Zamawiającego bezpodstawnie i niezasadnie odrzucona jako oferta, która rzekomo zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu skutkujący koniecznością odrzucenia oferty;

b) naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 2) PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy CONTROL PROCESS EPC2 Sp. z o.o. pomimo zaniechania przez Zamawiającego poprawienia w ofercie Wykonawcy ERBUD S.A. oczywistych omyłek rachunkowych (z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek), ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy CONTROL PROCESS EPC2 Sp. z o.o. pomimo zaniechania przez Zamawiającego poprawienia w ofercie Wykonawcy ERBUD S.A. innych omyłek (polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty);

3)w odniesieniu do zaniechania czynności poprawienia w ofercie Wykonawcy ERBUD S.A. oczywistych omyłek rachunkowych (z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek), ewentualnie zaniechania czynności poprawienia w ofercie Wykonawcy ERBUD S.A. innych omyłek (polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty):

a) naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 2) PZP poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Wykonawcy ERBUD S.A. oczywistych omyłek rachunkowych (z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek) mimo występowania przesłanek do dokonania takiego poprawienia, ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Wykonawcy ERBUD S.A. innych omyłek (polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty) mimo występowania przesłanek do dokonania takiego poprawienia.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy CONTROL PROCESS EPC2 Sp. z o.o.;

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy ERBUD S.A.;

3) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;

4) poprawienia w ofercie Wykonawcy ERBUD S.A. oczywistych omyłek rachunkowych (z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek), ewentualnie poprawienia w ofercie Wykonawcy ERBUD S.A. innych omyłek (polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty);

5) dokonania wyboru oferty Wykonawcy ERBUD S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

W sprawie o sygn. akt: KIO 3859/23 do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy:

1. Control Process EPC2 Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,

2. J.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.C. Firma Usługowa "EKO-REM-BUD" w Łabowie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Z kolei w sprawie o sygn. akt: KIO 3866/23 w dniu 22 grudnia 2023 r. wykonawca J.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.C. Firma Usługowa "EKO-REM-BUD" w Łabowie wniósł odwołanie od:

- czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty CONTROL PROCESS EPC2 Sp. z o.o. ul. Brońców Modlina 16, 30-733 Kraków, dalej „**CONTROL PROCESS**”
- zaniechania odrzucenia oferty CONTROL PROCESS,

- zaniechania wezwania CONTROL PROCESS złożenia wyjaśnień oraz dokończenia/poprawienia/uzupełnienia dokumentów,
- zaniechania odtajnienia informacji niezasadnie zastrzeżonych przez CONTROL PROCESS jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt 3 w zw. z art. 94 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 118 ust. 2 w zw. a art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CONTROL PROCESS pomimo, że zachodzą przesłanki odrzucenia ofert określone w tym przepisie, ponieważ:

1) ani CONTROL PROCESS ani jego wyodrębniona organizacyjnie jednostka, która będzie realizowała zamówienie, nie prowadzi działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp,

2) CONTROL PROCESS korzystając w całości z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznej zawodowej (referencje) musi zlecić mu w istotnym zakresie podwykonawstwo robót budowlanych w myśl art. 118 ust. 2 ustawy Pzp oraz zamierza do realizacji zamówienia zaangażować innych podwykonawców – nie użyczających potencjału, co jest sprzeczne z art. 94 ustawy Pzp, jak również godzi w zasadę proporcjonalności

co skutkuje uznaniem, że CONTROL PROCESS nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz jego oferta jest niezgodna z przepisami ustawy;

2. art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania CONTROL PROCESS do złożenia wyjaśnień oraz dokończenia/poprawienia/uzupełnienia dokumentów potwierdzających prowadzenie przez CONTROL PROCESS lub przez jego wyodrębnioną organizacyjnie jednostkę, która będzie realizowała zamówienie, działalności, której głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, o których mowa w art. 94 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;

3. art. 74 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia następujących dokumentów/informacji złożonych przez CONTROL PROCESS:

1) składane z ofertą – w ślad za pismem zawierającym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa z dn. 8.08.2023r. – dalej: „**Zastrzeżenie I**”:

- a) 0_TAJEMNICA_Formularz oferty
- b) 1_TAJEMNICA_JEDZ Podmiotu trzeciego
- c) 2_TAJEMNICA_Pelnomocnictwo
- d) 3_TAJEMNICA_Zobowiazanie podmiotu trzeciego
- e) Załącznik do niniejszego pisma (dowód)

2) składane wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi – w ślad za pismem zawierającym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa z dn. 11.12.2023r. – dalej: „**Zastrzeżenie II**”.

- a) 1_TAJEMNICA_KRS podmiotu trzeciego
- b) 3_TAJEMNICA_Informacja z banku
- c) 5_TAJEMNICA_Wykaz robót
- d) 5_TAJEMNICA_Referencje
- e) 6_TAJEMNICA_Wykaz osób
- f) 7_TAJEMNICA_CRBR podmiotu trzeciego
- g) Załącznik do niniejszego pisma (dowód)

wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił ich Odwołującemu pomimo, że CONTROL PROCESS nie wykazał, aby zawierały one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa;

4. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nie przejrzysty i nieproporcjonalny.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosil o:

- 1. uwzględnienie odwołania,
- 2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty CONTROL PROCESS,
- 3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty CONTROL PROCESS,
- 4. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia informacji/dokumentów zastrzeżonych przez CONTROL PROCESS jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.:

1) składane z ofertą – w ślad za pismem zawierającym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa z dn. 8.08.2023r. – dalej: „**Zastrzeżenie I**”:

- a) 0_TAJEMNICA_Formularz oferty

- b) 1_TAJEMNICA_JEDZ Podmiotu trzeciego
- c) 2_TAJEMNICA_Pelnomocnictwo
- d) 3_TAJEMNICA_Zobowiazanie podmiotu trzeciego
- e) Załącznik do niniejszego pisma (dowód)

2) składane wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi – w ślad za pismem zawierającym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa z dn. 11.12.2023r. – dalej: „**Zastrzeżenie II**”.

- a) 1_TAJEMNICA_KRS podmiotu trzeciego
- b) 3_TAJEMNICA_Informacja z banku
- c) 5_TAJEMNICA_Wykaz robót
- d) 5_TAJEMNICA_Referencje
- e) 6_TAJEMNICA_Wykaz osób
- f) 7_TAJEMNICA_CRBR podmiotu trzeciego
- g) Załącznik do niniejszego pisma (dowód)

W sprawie o sygn. akt: KIO 3866/23 do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca:

1. Control Process EPC2 Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Izba zważyła, iż na platformie zakupowej Zamawiającego widnieje informacja, że w dniu 28 grudnia 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy PZP. W dniu 4 stycznia 2024 r. powyższa informacja została również przekazana Izbie przez Zamawiającego.

Powyższe czynności Zamawiającego doprowadziły do tego, że zarzuty w sprawie o sygn. akt: KIO 3859/23 oraz o sygn. akt: KIO 3866/23 stały się w całości bezprzedmiotowe. W tej sytuacji dalsze postępowanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3859/23 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 3866/23 stało się zbędne.

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP, umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 3859/23 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 3866/23 orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 w zw. z art. 556 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....