

POSTANOWENIE
z dnia 5 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Michał Pawłowski
Magdalena Rams

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w dniu 4 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk (Lider konsorcjum) i B-ACT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz (Partner konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **DTŚ S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk (Lider konsorcjum) i B-ACT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz (Partner konsorcjum)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Zabytkowa 2, 80-253 Gdańsk (Lider konsorcjum) i B-ACT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz (Partner konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie

14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Centralny Port Komunikacyjny w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla Zadań Inwestycyjnych pn.: „Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Łódź–Sieradz Północny i linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny – Kępno – Czernica Wrocławska – Wrocław Główny” w podziale na 4 Części, nr postępowania: FZA.2510.9.2023/SM/UW/IK/3, Część nr 2.

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiocie umowy ramowej zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 grudnia 2021 r. pod numerem: 2021/S 245-648271.

W dniu 21 września 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, (Lider konsorcjum) i B-ACT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (Partner konsorcjum)**, zwani dalej „Odwołującym”, wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego w zakresie części 2 postępowania, tj.:

- 1) zaniechania uznania oferty złożonej przez wykonawcę DTŚ S.A. z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej „Odwołującym DTŚ”, za zawierającą rażąco niską cenę i w konsekwencji, odrzucenia tej oferty;
- 2) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę DTŚ, w sytuacji, w której oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: tj.:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DTŚ, pomimo że Wykonawca ten udzielił wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a zatem nie wykazał, że oferta tego Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty złożonej przez wykonawcę DTŚ jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DTŚ z uwagi na to, iż oferta wykonawcy DTŚ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a to z uwagi m.in. na zniżenie kosztów związanym z zatrudnieniem kluczowego personelu i pozostałych branżystów, a także personelu biurowego i pomocniczego;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DTŚ, z uwagi na to, że wykonawca ten nie uwzględnił w swojej ofercie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (co oznacza, że oferta wykonawcy DTŚ jest niezgodna z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę);
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DTŚ z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia opisanymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w szczególności polegających na nieuwzględnieniu w treści formularza cenowego (dla każdego z członków personelu) wszelkich kosztów pośrednich i bezpośrednich, jakie będzie musiał ponieść ten wykonawca w związku z ich zakontraktowaniem;

a w konsekwencji

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

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę DTŚ,
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Do postępowania wywołanego wniesionym odwołaniem zgłoszenie przystąpienia zgłosiło trzech wykonawców, tj.:

1. wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji po stronie Odwołującego,
2. wykonawca INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie po stronie Zamawiającego,
3. wykonawca DTŚ S.A. z siedzibą w Katowicach po stronie Zamawiającego.

Izba nie dopuściła wykonawcy INKO oraz wykonawcy SAFEGE do udziału w postępowaniu odwoławczym uznając że obydwaj wykonawcy nie wykazali interesu w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego. Interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego jest rozumiany szerzej niż interes w uzyskaniu danego zamówienia, który musi wykazać wykonawca wnoszący odwołanie. Nie ma on jednak charakteru nieograniczonego. Zgłaszający przystąpienie powinni więc wskazać jakiej korzyści upatrują w rozstrzygnięciu na korzyść strony, do której przystępują.

Tymczasem wykonawca INKO interes upatruje w przestrzeganiu przepisów prawa. Tym samym nie dał podstaw do uznania, że wykazał interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego. Nie ma bowiem żadnego uzasadnienia dla stanowiska, że wykonawca INKO może stać na straży wszystkich znanych mu przepisów prawa.

Interesu tego nie wykazał także wykonawca SAFEGE, podkreślając jedynie że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 05.09.2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2465/23 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu odrzucenie jego oferty a termin na zaskarżenie ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej jeszcze nie minął. Tak więc wykonawca SAFEGE interes w zgłoszeniu przystąpienia łączył ze skargą, która miała być wniesiona w powyższej sprawie oraz odwołaniem wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 2785/23. Wykonawca ten skargi nie złożył i cofnął

odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2785/23, interes we wniesieniu którego upatrywał właśnie w możliwości jej wniesienia. Nie wykazał także na czym polega jego interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2791/23, odwołując się wyłącznie do skargi, która ma być wniesiona.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2023 r. wraz z uzupełnieniem z dnia 21 czerwca 2023 r. wezwał wykonawcę DTŚ do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W dniu 4 lipca 2023 r. wykonawca DTŚ złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zastrzegając informacje zawarte w piśmie oraz jego załącznikach jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2023 r. dokonał czynności odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wyjaśnień wykonawców, w tym także wyjaśnień wykonawcy DTŚ i Odwołującego.

W dniu 11 sierpnia 2023 r. Zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty wykonawcy SAFEGE. Oferta wykonawcy DTŚ była sklasyfikowana na drugim miejscu rankingi ofert.

W dniu 14 sierpnia 2023 r. wykonawca DTŚ zakwestionował czynność odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wnosząc odwołanie.

W dniu 21 sierpnia 2023 r. wykonawca DTŚ wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty wykonawcy SAFEGE jako najkorzystniejszej.

W dniu 1 września 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze wywołane odwołaniem wniesionym przez wykonawcę DTŚ (sygn. akt KIO 2424/23).

W dniu 5 września 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2465/23 (postępowanie wywołane było odwołaniem wniesionym przez wykonawcę DTŚ w dniu 21 sierpnia 2023 r.).

W dniu 11 września 2023 r. Zamawiający dokonał drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty wykonawcy DTŚ. Wybór był konsekwencją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2023 r., sygn. akt KIO 2465/23, który rozstrzygał zarzuty kierowane pod adresem oferty wykonawcy SAFEGE. Izba nakazała bowiem powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy SAFEGE.

W dniu 21 września 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części 2 postępowania, tj.: zaniechania uznania oferty złożonej przez wykonawcę DTŚ za zawierającą rażąco niską cenę i w konsekwencji odrzucenia tej oferty oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę DTŚ, w sytuacji, w której oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Mając na uwadze powyższe Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z p art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp „odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”.

Termin na wniesienie odwołania jest terminem prekluzyjnym, co oznacza, że jego upływ powoduje wygaśnięcie uprawnienia do skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej.

Początek terminu jest wyznaczany czynnością Zamawiającego, która jest wykonywana w oznaczonym dniu. „Jeżeli więc odwołujący nie wniósł o udostępnienie załączników do protokołu a zamawiający osobnym zawiadomieniem nie informował o odtajnieniu zastrzeżonych informacji, to początek terminu wyznaczy przekazanie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, gdyż wtedy z pewnością wiadomo, że zamawiający zakończył etap oceny ofert” (tak np. wyrok KIO 256/18, KIO 1380/14). Termin ten co do zasady powinien być więc określony z uwzględnieniem określonych w art. 74 ust. 2 ustawy Pzp terminów udostępniania informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa jako początkowych, w których wykonawca mógł – przy zachowaniu należytej staranności – powziąć wiadomość o zastrzeżeniu określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Staranność tę wiąże się ze złożeniem wniosku o udostępnienie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym samym, każdy wykonawca, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty bądź też po złożeniu wniosku o udostępnienie oferty w pełnym zakresie. Termin na wniesienie odwołania biegnie więc bądź od czynności ujawniającej w sposób wystarczający wolę zamawiającego, że uznaje tajemnicę za zastrzeżoną skutecznie, bądź też od dnia poinformowania o rozstrzygnięciu postępowania – wyboru oferty najkorzystniejszej.

W niniejszym stanie faktycznym, Odwołujący mógł powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania już w dniu 11 sierpnia 2023 r., w której to dacie Zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty wykonawcy SAFEGE; oferta wykonawcy DTŚ sklasyfikowana była wówczas na pozycji drugiej rankingi ofert), o fakcie tym informując wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie przejawiał jednak – jak podnosili zgodnie Zamawiający i Przystępujący - inicjatywy zarówno

w zakresie dotyczącym zapoznania się z treścią złożonych ofert, jak również wyjaśnień wykonawców dotyczących rażąco niskiej ceny. Z wnioskiem o przekazanie wyjaśnień wykonawcy DTŚ dotyczących rażąco niskiej ceny Odwołujący wystąpił dopiero w dniu 11 września 2023 r. a więc po drugim wyborze oferty najkorzystniejszej. Do tego momentu (wystąpienia o wyjaśnień wykonawcy DTŚ dotyczących rażąco niskiej ceny) pozostawał bierny.

A ponadto cena oferty wykonawcy DTŚ i wymagane przez Zamawiającego w formularzu oferty „wyszczególnione elementy rozliczeniowe” a więc i te, które obecnie są kwestionowane przez Odwołującego, tyle że obecnie przez przyzmat wyjaśnień rażąco niskiej ceny, były znane wszystkim wykonawcom od momentu otwarcia ofert, natomiast wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny od pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty. Tak więc odwołanie na tę czynność Zamawiającego (pozytywną ocenę oferty wykonawcy DTŚ) Odwołujący powinien był złożyć najpóźniej w dniu 21 sierpnia 2023 r., licząc od daty kiedy to Zamawiający poinformował wykonawców o ocenie oferty wykonawcy DTŚ, czego jednak Odwołujący nie uczynił. Uczynił to dopiero w dniu 21 września 2023 r., a więc po drugim wyborze oferty najkorzystniejszej (wybór z dnia 11 września 2023 r. oferty wykonawcy DTŚ jako najkorzystniejszej). Oznacza to, że Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa do wniesienia odwołania. Powtórzenie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie przywraca Odwołującemu terminu na wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DTŚ z powodu rażąco niskiej ceny. Oferty są bowiem jawne od chwili ich otwarcia, natomiast treść wyjaśnień wykonawcy DTŚ w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny została odtajniona przez Zamawiającego w dniu 4 sierpnia 2023 r. a w dniu 11 sierpnia 2023 r. Zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tymczasem Odwołujący się wykonawca do dnia 11 września 2023 r. nie podjął żadnych działań mających na celu zapoznanie się z treścią oferty wykonawcy DTŚ i składanych w toku postępowania wyjaśnień tego wykonawcy aby zidentyfikować wszystkie potencjalne nieprawidłowości jego oferty. Niemniej jednak ponowne dokonanie przez Zamawiającego określonych czynności w postępowaniu nie otwiera automatycznie możliwości wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej podlegających rozpoznaniu co do istoty.

Kwestionowanie przez wykonawców czynności ponownie dokonanych przez Zamawiającego jest dopuszczalne, ale jedynie w sytuacji, gdy podstawę zarzutów stanowią okoliczności, które zaistniały w związku z powtórzeniem czynności w postępowaniu, w tym przypadku Zamawiający dokonał jedynie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy DTŚ, nie dokonywał jej badania, gdyż – w wykonaniu wyroku Izby - odrzucił ofertę wykonawcy SAFEGE. Tak więc w trakcie ponownej oceny stan faktyczny nie uległ zmianie, nie toczyło się żadne postępowanie wyjaśniające i uzupełniające. Oferta wykonawcy uprzednio wybranego została odrzucona. Za najkorzystniejszą uznana została natomiast oferta wykonawcy sklasyfikowanego na pozycji 2 w rankingu ofert, tj. oferta wykonawcy DTŚ.

Natomiast informacje o zaniechaniu przez Zamawiającego prawidłowego zbadania i oceny kwestionowanej oferty, Odwołujący mógł powziąć po otrzymaniu wyniku oceny ofert po pierwszym wyborze, przeprowadzonym przez Zamawiającego. Od daty otrzymania wyniku oceny ofert po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej biegnie termin na wniesienie odwołania, w którym Odwołujący może skutecznie ponosić zarzuty, co do których miał wiedzę w tym momencie. Kolejna ocena ofert, w tym przypadku wykonana zgodnie z wyrokiem Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2465/23 nie przywróciła Odwołującemu terminu na zaskarżenie czynności czy zaniechań Zamawiającego, o których mógł powziąć wiadomość po dokonaniu pierwszej oceny ofert. Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga bowiem aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał bowiem jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą Pzp środkami ochrony prawnej.

Reasumując Izba stwierdziła, że Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa do wniesienia odwołania, wobec czego jego wniesienie dopiero w dniu 21 września 2023 r., skutkuje odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 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).

Przewodniczący:

.....

.....