

Sygn. akt: KIO 999/23
Sygn. akt: KIO 1002/23

POSTANOWIENIE
z dnia 21 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Małgorzata Matecka
Monika Banaszkiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 21 kwietnia 2023 r.

w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2023 r. przez odwołującego:

A. wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Siedmiogrodzka 9, 01204 Warszawa) w sprawie o sygn. akt: KIO 999/23;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: **Z. Urbanowski Sp. z o.o., Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim** (ul. Mazowiecka 16, 06200 Maków Mazowiecki) w sprawie o sygn. akt: KIO 1002/23;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** (ul. Wronia 53, 00874 Warszawa)

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: **Z. Urbanowski Sp. z o.o., Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim (ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki)** - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 999/23;

B.1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: **BUDI-A-Standard Spółka z o.o., BADER-DROG sp. z o.o., sp.k., "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa Tadeusz Badera z siedzibą w Oleśnicy** (ul. Lwowska 31/101, 56-400 Oleśnica) - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 999/23 oraz o sygn. akt: KIO 1002/23;

B.2. wykonawcy **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Siedmiogrodzka 9, 01204 Warszawa) - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1002/23

postanawia:

1. umarza postępowania odwoławcze w sprawie o **sygn. akt: KIO 999/23 i w sprawie o sygn. akt: KIO 1002/23;**

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

każdego z odwołujących: wykonawcy **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Siedmiogrodzka 9, 01204 Warszawa) w sprawie o sygn. akt: KIO 999/23 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: **Z. Urbanowski Sp. z o.o., Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim** (ul. Mazowiecka 16, 06200 Maków Mazowiecki) w sprawie o sygn. akt: KIO 1002/23 **kwoty 15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę wpisu uiszczoną od każdego odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 999/23
Sygn. akt: KIO 1002/23

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w dniu 7 kwietnia 2023 r. przez: (1) wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** w sprawie o sygn. akt: KIO 999/23 oraz (2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: **Z. Urbanowski Sp. z o.o., Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem jest: „Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5e oraz S11c na odcinku od węzła Poznań Północ do węzła Mosina”. Numer referencyjny: O.PO.D3.2421.36.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UEw dniu 17 sierpnia 2022 r. pod numerem: 2022/S 157-450557.

Zarządzeniem z dnia 13 kwietnia 2023 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej zarządził napodstawie art. 544 ust. 2 ustawy Pzp łączne rozpoznanie odwołań.

Sygn. akt: KIO 999/23

Odwołujący - **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący lub Odwołujący FB) wskazał, że wnosi odwołanie wobec:

(...) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, konsorcjum w składzie: **Budia-Standard sp. z o.o. w Oleśnicy, BADER-DROG sp. z o.o. w Łubowie oraz Tadeusza Badery** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „**BADERA**” **Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa Tadeusz Badera** w Dalachowie (dalej: „**Budia**” lub „**Konsorcjum Budia**”),

(...) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum **Budia**, wobec zaniechania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz

(...) zaniechania ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez Konsorcjum **Budia** jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1.art. 18 ust. 1 i 3 ustawy PZP – poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenia poufności całości wyjaśnień dotyczących

wyliczenia ceny dokonane przez Konsorcjum Budia (tj. merytorycznej części wyjaśnień wraz z załącznikami) i tym samym zaniechanie ich ujawnienia Odwołującemu, pomimo iż Konsorcjum Budia nie wykazało zasadności uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności:

a. nie wykazało wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, poprzestając na ogólnikowych, abstrakcyjnych i w istocie niezrozumiałych twierdzeniach o tym, że zastrzeżone informacje opisują „strategię budowania ceny ofertowej”, sposób wyceny ryzyka związanego z realizacją zamówienia”, mogą być wykorzystane przez konkurentów, mogą być „przydatne do konkurowania” oraz że zostały sporządzone „w oparciu o metodologię budowania cen wypracowanej na podstawie negocjacji i umów zawartych z kontrahentami, a szereg czynników jest wynikiem powiązań i rozliczeń ekonomiczno-finansowych wynikających z planowania i dywersyfikacji działalności Spółki” – w żaden jednak sposób nie wyjaśniło, jaką konkretnie wartość owe „strategie”, „metodologie” czy „sposoby” mają i jakie konkretne korzyści mogłyby uzyskać konkurenci wchodząc w posiadanie tychże informacji,

b. wprost przyznało, że kalkulacja kosztów i przyjęta metodologia zostały sporządzone indywidualnie dla tego kontraktu – co wprost wskazuje, że informacje te nie mają żadnej wartości poza niniejszym Postępowaniem,

c. wskazało na możliwość poniesienia szkody wynikającej z (1) ujawnienia podstaw wyliczeń innym podmiotom, (2) wstępnych kosztów związanych z zawarciem umowy z kontrahentem oraz (3) różnicy kosztów i nakładów w przypadku konieczności zawarcia umów z innymi kontrahentami, jednak w żaden sposób nie wyjaśniło, w jaki konkretnie sposób ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach miałyby poniesienie ww. szkody spowodować

d. dokonało zastrzeżenia w sposób całościowy, w zakresie całego dokumentu, załączników i wszystkich zawartych tam informacji, bez ich rozróżnienia na odrębne kategorie czy rodzaje informacji, co świadczy o braku dokonania przez tego wykonawcę jakiegokolwiek analizy odnośnie do tego, które konkretnie informacje i dlaczego posiadają wartość gospodarczą, a jednocześnie powoduje objęcie zastrzeżeniem informacji, które w oczywisty sposób żadnej wartości nie zawierają (w istocie Konsorcjum Budia zastrzegło całość merytorycznej części oferty, przy czym z przedstawionego zastrzeżenia i argumentacji stanowiącej „uzasadnienie” takiego zastrzeżenia wynika, że podstawę zastrzeżenia poufności stanowiło wyłącznie to, że kalkulacja i wyjaśnienia zostały oparte o ceny i warunki handlowe uzyskane od dostawców i podwykonawców, podczas gdy zastrzeżone informacje zapewne obejmują znacznie szerszy katalog informacji, aniżeli tylko uzyskane warunki handlowe współpracy z kontrahentami i wynegocjowane ceny (takie jak np. koszty pracy, koszty transportu, koszty pośrednie i inne koszty – ponoszone przez Konsorcjum Budia w ramach samodzielnej realizacji części robót i usług, zakładany zysk czy też inne informacje charakteryzujące działalność Konsorcjum, które zwykle są przedstawiane w ramach wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny) – których to informacji Konsorcjum w istocie nie objęło zastrzeżeniem poufności i nie podjęło nawet próby wykazania ich wartości gospodarczej, zatem zaniechanie ujawnienia tychże informacji było zupełnie nieuzasadnione;

2.art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Budia do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia wszystkich cen jednostkowych, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i muszą budzić wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, tj. cen jednostkowych szczegółowo wymienionych w dalszej części odwołania (pkt 1.2.3. poniżej), w szczególności z uwagi na fakt, że ceny te znacząco odbiegają od cen oszacowanych przez Zamawiającego oraz od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, a nadto są na tyle niskie, że nie wystarczają na pokrycie podstawowych kosztów wykonania prac, których te ceny dotyczą;

3.art. 223 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, tj. zaproponowanych warunków handlowych (cen jednostkowych) przewidzianych w formularzu cenowym - Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), a szczegółowo wymienionych w dalszej części Odwołania (pkt 1.2.3. poniżej), pomimo iż przyjęte w tym zakresie przez Konsorcjum ceny jednostkowe mogą świadczyć o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz o niezgodności oferty z treścią SWZ oraz ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podniesionego w pkt 1 powyżej,

4.art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budia, pomimo iż:

o wykonawca ten, wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, złożył wyjaśnienia nierzetelne, nie uzasadniające podanej w ofercie ceny, gdyż jak wynika z części „jawnej”, wyjaśnienia te i zawarte w nich wyliczenia niemal w całości lub w przeważającej mierze zostały oparte na kosztach wynikających z ofert podwykonawczych i umów zawartych z podwykonawcami oraz dostawcami, które to oferty i umowy same przewidują rażąco zaniżone ceny za realizację usług i dostaw objętych przedmiotem zamówienia (i jako takie nie mogą uzasadniać prawidłowego skalkulowania ceny przez Konsorcjum Budia,

o przy czym, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, które Odwołujący w pełni aprobuje, samo powołanie się na korzystne oferty podwykonawców i dostawców nie jest wystarczające dla wyjaśnienia prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, w szczególności w sytuacji, gdy takie oferty znacząco odbiegają od cen rynkowych,

o oferta złożona przez Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu, gdyż znaczna część zawartych w ofercie cen jednostkowych (szczegółowo wymienionych w dalszej części odwołania), nie pozwala na pokrycie podstawowych kosztów wykonania prac, tj.:

o kosztów materiałów niezbędnych do wykonania prac lub nawet surowców niezbędnych do wyprodukowania tychże materiałów,

o kosztów pracy (robocizny),

o kosztów pracy sprzętu, w tym paliwa niezbędnego do wykonania prac, o kosztów utylizacji odpadów powstałych w wyniku prowadzonych prac, o kosztów zabezpieczenia prac prowadzonych w warunkach ruchu drogowego.

5.art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913; dalej: „ustawa ZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Budia, pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji cenami jednostkowymi, wyrażającego się rażącym zniżeniem, cen jednostkowych szczegółowo wymienionych w dalszej części odwołania, w całkowitym oderwaniu od kosztów, które rzeczywiście byłyby ponoszone przy realizacji ww. usług, przy jednoczesnym zawiżeniu innych cen jednostkowych, w szczególności dotyczących prac z grupy 1 poz. 7.1. i 7.2, Grupy 4 poz. 5.1 i 7.2 oraz Grupy 8 poz. 1.4, 1.5, 3.7 i 10.2 Formularza cenowego (Tabeli Elementów Rozliczeniowych, dalej: „TER”) celem uzyskania korzystnej punktacji w ramach kryterium cenowego przy założeniach przyjętych w formularzu TER (przy średnich ilościach poszczególnych prac) oraz maksymalizacji zysku w sytuacji, gdy rzeczywista liczba dni wymagających ww. czynności będzie inna od założonej przez Zamawiającego (która to sytuacja jest wysoce prawdopodobna);

6.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż jest ona niezgodna z

warunkami zamówienia, a mianowicie uwagą nr 2 w formularzu TER, które to postanowienie nakazuje, aby każda cena jednostkowa obejmowała wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót).

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu ujawnienie informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez Konsorcjum Budia jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nakazanie Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w odniesieniu do cen jednostkowych szczegółowo wymienionych w pkt 1.2.3. Odwołania, w przypadku nieuwzględnienia żądania wskazanego w pkt 3;
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum Budia, względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania podniesionego w pkt 4 powyżej,
5. nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w zakresie pozycji szczegółowo wymienionych w pkt 1.2.3. Odwołania poniżej,
6. nakazanie Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, tj. formularza cenowego – Tabeli Elementów Rozliczeniowych w zakresie cen jednostkowych szczegółowo wymienionych w pkt 1.2.3. Odwołania.

W uzasadnieniu posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia podał: „*Odwołujący wskazuje, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu i złożył w Postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu. Uwzględnienie Odwołania doprowadzić może do wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej*”.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum - Z. Urbanowski Sp. z o.o., Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum - BUDIa-Standard Spółka z o.o., BADER-DROG sp. z o.o., sp.k., „BADERA” Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa Tadeusz Badera z siedzibą w Oleśnicy – wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO 1002/23

Odwołujący 2 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Z. Urbanowski Sp. z o.o., Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim (Odwołujący 2 lub Konsorcjum) wskazał, że wnosi odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego naruszających ustawę Pzp:

- 1) bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) zaniechanie przedstawienia uzasadnienia faktycznego oraz uzasadnienia prawnego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, w sposób, który umożliwiłaby Odwołującemu pełne odniesienie się/ zakwestionowanie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez innych wykonawców uczestniczących w Postępowaniu, tj. (i) konsorcjum wykonawców Plus Inwest P. Zygańdo sp. jawna oraz GNOM sp. z o.o., (ii) konsorcjum wykonawców BUDIa -Standard sp. z o.o., BADER-DROG sp. z o.o. oraz „BADERA” Firma Produkcyjno- Handlowo Usługowa Tadeusz Badera, (iii) wykonawcę FBService SA oraz (iv) wykonawcę ZABERD Sp. z o.o.,

z ostrożności procesowej:

- 4) zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców BUDIa-Standard sp. z o.o., BADER-DROG sp. z o.o. oraz „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa Tadeusz Badera jako zawierającej rażąco niską cenę.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- 1) art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia adekwatnego uzasadnienia faktycznego oraz uzasadnienia prawnego w zawiadomieniu o wyborze oferty z dnia 28 marca 2023 r. w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego, co udaremnia Odwołującemu możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej, a także stanowi naruszenie zasady przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne, a także jawności postępowania oraz równego traktowanie wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji,

- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo tego, że cena oferty Odwołującego nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- 3) art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez innych wykonawców uczestniczących w Postępowaniu, tj. (i) konsorcjum wykonawców Plus Inwest P. Zygańdo sp. jawna oraz GNOM sp. z o.o., (ii) konsorcjum wykonawców BUDIa-Standard sp. z o.o., BADERDROG sp. z o.o. oraz „BADER Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa Tadeusz Badera, (iii) "konawcę FBService SA, (iv) wykonawcę ZABERD Sp. o.o. oraz zaniechanie przekazania uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ww. wykonawców; z ostrożności procesowej:

- 4) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców BUDIa-Standard sp. z o.o.,

BADER-DROG sp. z o.o. oraz „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa Tadeusz Badera zawierającej rażąco niską cenę,

a w konsekwencji:

- 5) naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez nie zachowanie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny wyjaśnień Odwołującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a tym samym udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego o: wyborze oferty najkorzystniejszej, odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dokonanie w konsekwencji ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a także odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny innych wykonawców. (...).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum - BUDIa-Standard Spółka z o.o., BADER-DROG sp. z

o.o., sp.k., "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa Tadeusz Badera z siedzibą w Oleśnicy oraz wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie – wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 999/23 i KIO 1002/23 (pismo z dnia 19 kwietnia 2023 r.) wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu stanowiska podał: (...)

Zamawiający w dniu 19 kwietnia 2023 r. dokonał czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Dowód: dokumentacja postępowania - pismo Zamawiającego z 19.04.2023 r. o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wobec zajścia tej kluczowej dla niniejszego postępowania okoliczności należy podnieść, że obecny stan faktyczny postępowania jest odmienny niż ten jaki istniał w chwili składania przez Odwołującego 1 i Odwołującego 2 odwołań będących przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie, co powoduje, że ich rozpoznanie w obecnym stanie faktycznym jest bezprzedmiotowe. Bezsprzeczne jest, że w odwołaniach poruszono kluczowe kwestie: niewłaściwe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez konsorcjum BUDIA-Standard Spółka z o.o., ul. Lwowska 31 lok. 101, 56-400 Oleśnica – Lider Konsorcjum, BADER-DROG sp. z o.o., sp. k., Łubowo 25a, 62 260 Łubowo – Partner Konsorcjum; "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa Tadeusz Badera, Dalachów 354, 46-325 Rudniki – Partner Konsorcjum (dalej Konsorcjum BUDIA) odnośnie złożonych wyjaśnień RNC.

Odwołujący 1 zarzuca brak odrzucenia oferty Konsorcjum BUDIA z uwagi na niezgodność tej oferty z warunkami zamówienia. Zamawiający w ocenie Odwołujących przeprowadził postępowanie z naruszeniem przepisów przywołanych w Odwołaniach i w związku z tym wnosi o nakazanie Zamawiającemu uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczną i udostępnienie Odwołującym dokumentacji, która była nią objęta. Nadto Odwołujący 2 żąda odrzucenia oferty Badera z uwagi na jej rażąco niską cenę.

W ocenie Zamawiającego ewentualne uznanie przez Izbę zarzutów zawartych w Odwołaniach za zasadne będzie musiało w rzeczywistości prowadzić do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. Ewentualne odrzucenie oferty konsorcjum BUDIA spowoduje bowiem automatyczną zmianę klasyfikacji wszystkich wykonawców podlegających ocenie, którzy muszą zostać o tym fakcie powiadomieni, z uwagi na art. 16 ustawy Pzp i konieczność zachowania zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty. Ponadto wyłącznie w toku tej czynności jest możliwe powiadomienie wszystkich wykonawców o ofertach odrzuconych. W myśl art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp Zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty informuje wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Brak jest możliwości powiadomienia o tym fakcie wykonawców w innym momencie postępowania. Odrzucenie oferty jest czynnością na którą przysługuje środek zaskarżenia, i stąd konieczność zapewnienia wszystkim zainteresowanym wykonawcom możliwości skorzystania z tego uprawnienia.

Zamawiający już po wniesieniu odwołania (19.04.2023 r.) unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej informując, że unieważnia także czynność odrzucenia ofert w tym postępowaniu. Działanie takie zostało podjęte w celu przeprowadzenia postępowania w sposób sprawny z uwzględnieniem zaleceń odnośnie działań Zamawiającego, jakie znalazły się w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt: KIO 623/23 dot. analogicznego postępowania pn.: „Catoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Kaliszu”. Wyrok ten Zamawiający otrzymał dopiero 28.03.2023 r., a po zapoznaniu się z motywami uzasadnienia zawierającymi szczegółowe wskazówki odnośnie sposobu badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych w ten sam sposób, przez wykonawców którzy brali udział w postępowaniu odwoławczym, którego dotyczył przywołany wyrok KIO, a którzy biorą udział w postępowaniu, które jej przedmiotem niniejszego odwołania, podjęli decyzję o konieczności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Wyrok zapadły w sprawie KIO 623/23 nie jest wiążący z mocy prawa dla niniejszej sprawy, jednakże z uwagi na analogię w zakresie przedmiotu zamówienia (utrzymanie dróg krajowych), dokumentacji postępowania odmiennej jedynie w zakresie obszaru, którego dotyczy postępowanie, warunków udziału w postępowaniu, kręgu wykonawców zainteresowanych postępowaniem, sposobem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie złożonych wyjaśnień RNC, a nadto znacznym podobieństwem zarzutów zgłoszonych w obu postępowaniach odwoławczych (KIO 623/23 oraz niniejszym) Zamawiający uznał za konieczne unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, tak aby przeprowadzić ponowną analizę prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Działanie takie nie pozbawia przy tym wykonawców prawa do ochrony swoich interesów albowiem każda czynność Zamawiającego może zostać przez nich zaskarżona, w tym kolejny wybór oferty najkorzystniejszej oraz dokonane wraz z nim ewentualne inne czynności Zamawiającego. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej prowadzi do poprawy działań podjętych przez Zamawiającego w oparciu o uzyskane w wyroku KIO 623/23 wskazówki.

Zamawiający wskazuje jednocześnie, że wobec faktu, iż w obecnym stanie faktycznym brak jest substratu zaskarżenia – nie ma wyboru wykonawcy, a w konsekwencji zarzuty odnoszą się do nieistniejącego już rozstrzygnięcia Zamawiającego to dalsze prowadzenie postępowania w tym zakresie staje się bezprzedmiotowe i jako takie postępowanie takie powinno zostać umorzone w całości ewentualnie oddalone. „Dla możliwości rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania konieczne jest, aby dotyczyło ono czynności bądź zaniechania zamawiającego. Oznacza to, że na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, stanowiący podstawę dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania, zawierającego uzasadnienie faktyczne i prawne odnoszące się do zaskarżanych czynności bądź zaniechań. (...) Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 p.z.p., Izba wydając orzeczenie jest zobowiązana wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Podkreślenia wymaga – co jest istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu – że przepisy p.z.p. nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek wniesienia odwołania. Zaś, zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 p.z.p., Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu - do czasu zamknięcia rozprawy. Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 p.z.p., podobnie jak interpretacja art. 316 § 1 KPC, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 p.z.p. - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 KPC - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I AGa 159/18). Mając powyższe na uwadze, niewątpliwie zadaniem Izby jest rozstrzygnięcie na datę zamknięcia rozprawy - zgodnie z art. 552 ust. 1 p.z.p.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2022 r. KIO 480/22.). Podobnie

kwestię tę rozstrzygnięto w tezach wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 lutego 1919 r. KIO 226/19: „1. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołania - musi ono dotyczyć czynności zamawiającego. Wobec powyższego na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. 2. Izba wydając orzeczenie - bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia - co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.”.

Z ostrożności procesowej, w przypadku nieuznania przez Wysoką Izbę powyższej argumentacji Zamawiający wskazuje, że żaden z zarzutów odwołania nie zasługuje na uwzględnienie, także z uwagi na brak uzasadnienia merytorycznego. Zamawiający wskazuje że zarzuty dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum BUDIA powinny zostać oddalone jako przedwczesne. Zarzuty te zostały sformułowane wyłącznie w oparciu o hipotetyczne założenia Odwołujących. Odwołujący z oczywistych względów nie miał bowiem dostępu do wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu odwołania poddał zatem krytyce treść dokumentów z którymi się nie zapoznał. Sformułowanie zarzutów opierających się kwestionowaniu zawartości merytorycznej informacji przedstawionych przez Wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach, co do rażąco niskiej ceny musi mieć źródło właśnie w tych dokumentach. Odwołujący wobec niemożności zapoznania się z ich treścią sformułował zarzuty bez odniesienia się do ich rzeczywistej zawartości, opierając się jedynie na własnych przypuszczeniach. Tak sformułowane zarzuty nie mają rzetelnej podstawy i jako takie są hipotetyczne, blankietowe. Rozpatrywanie ich w zaistniałej sytuacji procesowej stoi w oczywistej sprzeczności z istotą i celem wnoszenia środków odwoławczych (tak: uzasadnienie wyroku KIO z 24.02.2017 r. sygn. akt KIO 258/17). Działanie takie stanowi naruszenie art. 516 ust. 1 pkt 8) oraz 10) pzp, w którym określono warunki formalne odwołania, wśród których znajduje się obowiązek zwięzłego przedstawienia zarzutów oraz wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie tych okoliczności. Odwołujący nie znając treści wyjaśnień konsorcjum BUDIA nie jest w stanie sformułować prawidłowo zarzutu ani podać okoliczności faktycznych i prawnych je uzasadniających. Z przyczyn obiektywnych zarzuty jak i uzasadnienie Odwołania w tej części są jedynie hipotetyczne. W związku z takim stanem rzeczy nie mogą one zostać skutecznie rozpoznane. Należy jednak zaznaczyć, że wobec ostatniej czynności Zamawiającego z 19.04.2023 r. obecnie kwestia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych wyjaśnień zostanie poddana ponownej analizie i ocenie.

Ponadto Zamawiający chciałby odnieść się do zarzutów określonych w pkt 3 Odwołania 2 tj.

3) art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez innych wykonawców uczestniczących w Postępowaniu, tj. (i) konsorcjum wykonawców Plus Inwest P. Żygadło sp. jawna oraz GNOM sp. z o.o., (ii) konsorcjum wykonawców BUDIA-Standard sp. z o.o., BADER-DROG sp. z o.o. oraz "BADER Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa Tadeusz Badera, (iii) wykonawcę FB Serwis S.A. oraz (iv) wykonawcę ZABREI Sp. z o.o. oraz zaniechanie przekazania uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy ww. wykonawców.

Konsorcjum wykonawców Plus Inwest P. Żygadło sp. jawna oraz GNOM sp. z o.o. nie zastrzegło wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stąd absurdalny jest zarzut, że Zamawiający nie odtajnił tych wyjaśnień. Nie mógł ich odtajnić, ponieważ nie zawierały tajemnicy przedsiębiorstwa. Zostały w całości przekazane Odwołującemu 2.

Ponadto żaden z Wykonawców nie zastrzegł jako tajemnicy przedsiębiorstwa samego uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów. Ta część wyjaśnień w każdym przypadku była jawna i jako taka została udostępniona Odwołującemu 2, stąd zarzut, że Zamawiający zaniechał przekazania uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przez wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu jest niezgodny z prawdą. Dowód: wydruk z Platformy zakupowej Zamawiającego potwierdzający przekazanie dokumentów.

Wobec powyższego, zarzuty odnośnie naruszeń wskazanych przez Odwołujących, na wstępie niniejszego pisma, należy uznać za niezasadne, a co za tym idzie Odwołania nie zasługują na uznanie.

Odwołujący 2 w sprawie o sygn. akt: KIO 1002/23 wniósł również o umorzenie postępowania odwoławczego wskazując na art. 568 pkt 2 ustawy Pzp (pismo z dnia 19.04.2023) oraz o nakazanie dokonania na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych uiszczony tytułem wpisu kwoty. W uzasadnieniu podał:

Izba, orzekając, bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego (art. 552 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Dlatego Izba może badać okoliczności, które zaszły po uniesieniu odwołania, i oceniać je w kontekście badania przesłanki z art. 568 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, wydając orzeczenie - podobnie Izba uznała w sprawach sygn. akt KIO 3535/21, KIO 3638/21, KIO 219/22, KIO 225/22, KIO 471/22 oraz KIO 709/22, co w pełni odpowiada wnioskowi wniesionego odwołania, tym samym niniejsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, tym samym niniejsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne. Ponadto, w zakresie zarzutu dot. zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny innych wykonawców, Zamawiający wskazał, że ponownie zweryfikuje zasadność zastrzeżenia tych tajemnic (tak pismo Zamawiającego z 19.04.2023 r.: „Zamawiający uznał za konieczne unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, tak aby przeprowadzić ponowną analizę prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.” „Należy jednak zaznaczyć, że wobec ostatniej czynności Zamawiającego z 19.04.2023 r. obecnie kwestia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych wyjaśnień zostanie poddana ponownej analizie i ocenie”).

Ządanie zwrotu pełnej kwoty uiszczony wpisu jest uzasadnione bezprzedmiotowością postępowania odwoławczego, spowodowanej działaniem Zamawiającego po wniesieniu odwołania (analogicznie postanowienie Izby z (...) KIO 3264 oraz KIO 486/23).

Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w przedmiotowych sprawach podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem:

„art. 568. Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku:

(...)

2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; (...)

Izba w tych sprawach stwierdziła, że z uwagi na unieważnienie w dniu 19 kwietnia 2023 r. zaskarżonych przez odwołującego czynności w postępowaniu przetargowym postępowanie odwoławcze, co do wniesionych odwołań stało się bezprzedmiotowe. Powyższą decyzją Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty. Natomiast co do zarzutów związanych z zastrzeżeniem informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazał na zamiar przeprowadzenia

ponownej analizy prawidłowości – w zakresie zastrzeżonym w ofertach – informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak jak wskazał Zamawiający, jego działanie nie pozbawia przy tym wykonawców prawa do ochrony swoich interesów albowiem każda czynność Zamawiającego może zostać przez nich zaskarżona, w tym kolejny wybór oferty najkorzystniejszej oraz dokonane wraz z nim ewentualne inne czynności z analizą informacji zastrzeżonych.

W związku z tym, w ocenie składu orzekającego, znalazła zastosowanie pierwsza z przesłanek umorzenia postępowania wymienionych w art. 568 pkt 2 Pzp, zgodnie z którą *Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne*. W tym stanie rzeczy Izba zdecydowała się na uwzględnienie wniosku odwołującego i na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zdanie 2 Pzp. Izba dodatkowo wskazuje, że wydając orzeczenie – zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp – bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 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. poz. 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz odwołującego kwotę wpisu w pełnej wysokości, tj. 15 000 zł, co znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego. W ocenie składu orzekającego w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, co w kontekście art. 574 Pzp należy rozumieć jako możliwość dokonania zwrotu odwołującemu uiszczonych wpisu, ponieważ ww. przepis zalicza wpis do kosztów postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....
.....
.....