

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 12 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Justyna Tomkowska

Renata Tubisz

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2024 r. przez wykonawcę Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Franklina Roosevelta 22 w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 59a w imieniu którego działają Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu

Uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca A.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji INŻYNIER A.K. z siedzibą w Opolu, ul. Budowlanych 101A

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego wpisu.

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 627/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na nadzór inwestorski nad realizacją zadania inwestycyjnego pn.: Ochrona przeciwpowodziowa i osiągnięcie korzystnego bilansu wodnego w rejonie Odry Środkowej – cofka stopnia wodnego Malczyce zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 lipca 2023 r., numer ogłoszenia: 2023/S 130-415022.

W dniu 16 lutego 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 365/24, z której odwołujący – SWECO Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu powziął informację o okolicznościach złożenia wyjaśnień w zakresie ceny rąco niskiej przez wykonawcę A.K. w zakresie formy i treści złożonych wyjaśnień wraz z załączonymi dowodami, w tym kalkulacją własną A.K..

W dniu 26 lutego 2024 r. odwołujący Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 listopada 2023 r. udzielonego przez członka zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1/ Art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy, w związku z art. 224 ust. 6 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1), pkt 2) i pkt 3) ustawy w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty INŻYNIERA z uwagi na nieudzielenie przez niego prawidłowych i kompletnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny w wyznaczonym przez zamawiającego terminie (tj. do dnia 31 grudnia 2023 r.), w formie wymaganej przez zamawiającego, w szczególności przez niezłożenie do upływu w/w terminu kluczowego załącznika do wyjaśnień rażąco niskiej ceny: Załącznika nr 8 – tabeli kalkulacyjnej;

a) na którą to tabelę wykonawca INŻYNIER nie tylko powołuje się po wielokroć w treści pisma głównego swoich wyjaśnień rażąco niskiej ceny (w pliku o nazwie własnej:

„wyjasnienia_-razaco_niska_cena_cofkamalczyce_12.2023.pdf”)

b) w sytuacji, gdy wykonawca INŻYNIER zawarł tylko w tejże tabeli kalkulacyjnej część istotnych danych kosztowych niepodawanych w treści w/w pisma głównego dot. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ani też w innych załącznikach, (stanowiącego tym samym dokument o randze takiej samej jak pismo główne), w formie pliku podpisanego prawidłowo kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy INŻYNIER, co powoduje, że:

• ww. tabelę należy traktować jako niezłożoną w ogóle i niedopuszczalną do uwzględniania przez zamawiającego w ramach oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy INŻYNIER;

•wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy INŻYNIER należy traktować jako niekompletne, nieskuteczne i nieuzasadniające należycie ceny zaoferowanej przez wykonawcę w postępowaniu;

•wykonawca INŻYNIER nie dochował spoczywającego na nim obowiązku złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2/ Art. 224 ust. 6 ustawy w zw. z art 16 pkt 1), pkt 2) i pkt 3) ustawy w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy przez nieuprawnione uznanie, że niekompletnie złożone w wyznaczonym przez zamawiającego terminie (tj. do dnia 31 grudnia 2023 r.), wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (która to niekompletność wynikała z niepodpisania wyjaśnień w zakresie Załącznika nr 8 – tabeli kalkulacyjnej, prawidłowo kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy INŻYNIER, jak opisano powyżej), można było następnie, po upływie tego terminu, konwalidować, zastąpić lub uzupełnić podpisanym dopiero w dniu 04 stycznia 2024 r. plikiem o nazwie własnej: „kalk.kosztow_nadzor_cofka_mal.ver.3xlsx.pdf”, i uwzględnić taki dokument w ramach oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz oceny, czy oferta wykonawcy INŻYNIER nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji nieuprawnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INŻYNIER w sytuacji, gdy wykonawca ten nie złożył w wyznaczonym terminie kompletnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i nie wykazał należycie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

zarzucił również naruszenie:

3/ Art. 16 pkt 1), pkt 2) oraz pkt 3) ustawy oraz art. 17 ust. 2 ustawy przez nieuprawnione preferowanie przez zamawiającego oferty wykonawcy INŻYNIER i pozbawione podstaw prawnych sanowanie bądź ignorowanie uchybień tego wykonawcy w ramach sporządzenia i przekazywania przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co stanowi zachowanie zamawiającego niezgodne z fundamentalnymi zasadami ustawy nakazującymi zamawiającemu przeprowadzenie postępowania z dochowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności, a przez to zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INŻYNIER i wybieranie tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy w stanie faktycznym postępowania oferta INŻYNIER nie jest ofertą najkorzystniejszą i winna być ofertą odrzuconą, przez co następuje naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wskazał ponadto, że przywołane powyżej przepisy ustawy nie są wyłączne, tj. zakres zaskarżenia oraz zarzuty obejmują wszelkie regulacje ustawy, które bezpośrednio lub pośrednio wynikają z całości odwołania.

Wniósł o:

1.Uwzględnienie odwołania w całości,

2.Nakazanie zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy INŻYNIER (wniosek złożony na wypadek, gdyby na dzień wyrokowania w przedmiotowej sprawie przez Izbę, zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty INŻYNIER jako najkorzystniejszej),

b)dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

c)odrzućenie oferty wykonawcy INŻYNIER,

d)dokonanie wyboru oferty Sweco jako oferty najkorzystniejszej.

3.Zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Jednocześnie o dopuszczenie do rozpoznania przez KIO dowodów z dokumentów powołanych w treści tego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą w zakresie okoliczności wskazanych w tym odwołaniu i zarzutów w nim stawianych.

Nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki (ze specjalnością w zakresie kwalifikowanych podpisów elektronicznych) na fakt braku opatrzenia oraz braku prawidłowości opatrzenia przed dniem 31 grudnia 2023 r. kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy INŻYNIER dokumentu: Załącznik nr 8 – Tabela kalkulacyjna, stanowiącego załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy INŻYNIER.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 505 ust. 1 ustawy i przysługuje mu prawo do korzystania z w/w środka ochrony prawnej, bowiem ubiega się o zamówienie publiczne będące przedmiotem prowadzonego postępowania, złożył w tym postępowaniu ważną i nie podlegającą odrzuceniu ofertę oraz spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów ustawy i dopuszczenia się przezeń opisanych nieprawidłowych działań i zaniechań, oferta wykonawcy INŻYNIER została nieprawidłowo uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu, gdy tymczasem powinna zostać odrzucona z postępowania. Oferta Sweco została zatem nieprawidłowo sklasyfikowana przez zamawiającego na drugiej pozycji w rankingu ofert w postępowaniu, a tym samym interes odwołującego doznaje uszczerbku. Sweco liczy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, a zaniechania wykonania przez zamawiającego czynności, do których jest on zobligowany przepisami ustawy i dokonanie z naruszeniem wymienionych wyżej przepisów ustawy przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty złożonej przez wykonawcę

INŻYNIER, pozbawia Sweco tej możliwości.

W przypadku bowiem, gdyby zamawiający nie zaniechał wykonania czynności, do których jest obligowany przepisami ustawy oraz gdyby prawidłowo dokonał czynności badania i oceny ofert, to oferta odwołującego byłaby ofertą najwyżej ocenioną (najkorzystniejszą), a oferta wykonawcy INŻYNIER byłaby ofertą odrzuconą.

Gdyby zamawiający nie dokonał naruszenia przepisów wskazanych powyżej, to oferta odwołującego zostałaby, albo odpowiednio po wykonaniu przez zamawiającego czynności nakazanych wyrokiem KIO 365/24 z dnia 22 lutego 2024 r., będzie mogła być uznana za najkorzystniejszą i Sweco uzyskałoby zamówienie w ramach tego postępowania.

Odwołujący poniesie szkodę w postaci co najmniej kosztów przygotowania ważnej oferty i udziału w postępowaniu oraz utraty możliwości zrealizowania zamówienia, a tym samym uzyskania należnego wynagrodzenia, w szczególności zaś uzyskania założonego przez odwołującego zysku z tytułu realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreślił przy tym, że jakkolwiek na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2024 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 365/24, Izba nakazała zamawiającemu m.in. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy INŻYNIER jako najkorzystniejszej (co jednak do chwili wniesienia tego odwołania nie zostało przez zamawiającego uczynione), Izba nie nakazała zamawiającemu odrzucenia oferty INŻYNIER. Tymczasem, na skutek złożonej przez zamawiającego w dniu 16 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie w ww. postępowaniu odwoławczym, na światło dzienne (w tym w szczególności do wiadomości odwołującego) ujawnione zostały nowe okoliczności, opisane szczegółowo w pozostałej treści odwołania, których skutkiem jest konieczność stwierdzenia już obecnie, że oferta wykonawcy INŻYNIER podlega odrzuceniu z postępowania, a które z ww. obiektywnych przyczyn nie mogły być uwzględnione przez odwołującego w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 365/24.

Dowód:

-/ Pismo zamawiającego z dnia 16 lutego 2024 r. w sprawie o sygn. KIO 365/24 – Odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami -raportami z weryfikacji podpisów elektronicznych plików stanowiących wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na którą składało się łącznie 5 plików o nazwach własnych, które odwołujący wkleił w tym miejscu w treść odwołania

- pliki o nazwach jak wyżej dołączone do odwołania,

W dniu 27 lutego 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 1 marca 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca A.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji INŻYNIER A.K. z siedzibą w Opolu, ul. Budowlanych 101A. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 lutego 2024 r. udzielone przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom oraz dowody w postaci plików kalk.kosztow_nadzor_cofka_mal.ver.3xlsx.xlsx.xades,kalk.kosztow_Nadzor_cofka_Mal.ver.3xlsx.xlsx i raport z weryfikacji podpisu.

Wykonawca podniósł, że interes przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego wynika z faktu, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Przystępujący jest więc bezpośrednio zainteresowany utrzymaniem w mocy ww. czynności, podnosząc, że przeprowadzona przez zamawiającego procedura była prawidłowa i nie zawierała uchybień. Ewentualne uwzględnienie odwołania przez KIO miałoby bezpośredni i negatywny wpływ na sytuację przystępującego – tj. uniemożliwiłoby przystępującemu realizację przedmiotu zamówienia publicznego, a tym samym uzyskanie z tego tytułu wynagrodzenia. Ponadto, zarzuty odwołującego dotyczą bezpośrednio przystępującego i przedłożonych przez niego dokumentów. W ocenie przystępującego podniesione w odwołaniu zarzuty są niezasadne i w związku z tym wniósł o oddalenie odwołania.

[niedochowanie terminu]

Przystępujący zarzucił w pierwszej kolejności, że odwołujący nie dochował terminu do złożenia odwołania, albowiem o złożonych przez przystępującego dokumentach i ich formach odwołujący miał wiedzę już w styczniu 2024 r., kiedy to dokumenty zostały umieszczone na platformie zamawiającego i przy należytej staranności mógł już wtedy poznać wiedzę o okolicznościach, o których mowa w odwołaniu.

W dniu 8 marca 2024 r. odwołujący na podstawie art. 568 ust. 2 ustawy wniósł o ustalenie, czy zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania w przedmiotowej sprawie z uwagi na dokonanie przez zamawiającego w dniu 28.02.2024 r. unieważnienia czynności z dnia 24.01.2024 r., tj. wyboru oferty wykonawcy A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Biuro Obsługi Inwestycji Inżynier A.K.” z siedzibą w Opolu, jako najkorzystniejszej, a w przypadku uznania przez Izbę, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania i w konsekwencji umorzenie postępowania wnosząc o zniesienie terminu posiedzenia i rozprawy wyznaczonego na najbliższy wtorek tj. 12.03.2024 r. oraz o zwrot w całości kosztów postępowania poniesionych przez odwołującego na jego rzecz.

W dniu 26.02.2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie w przedmiotowej sprawie. Następnie w dniu 28.02.2024 r. zamawiający z uwagi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.02.2024 r. wydany w sprawie o sygn. akt. KIO 365/24 unieważnił czynność z dnia 24.01.2024 r. - wybór oferty wykonawcy A.K. prowadzącego działalność gospodarczą

pod firmą „Biuro Obsługi Inwestycji Inżynier A.K.” z siedzibą w Opolu (dalej: Przystępujący lub „A.K.”) jako najkorzystniejszej.

Jako dowód odwołujący przedstawił pismo zamawiającego z dnia 28.02.2024 r.

W związku z tym, że zamawiający unieważnił czynność z dnia 24.01.2024 r. tj. wybór oferty Wykonawcy A.K. i obecnie jest przed ponownym wyborem oferty najkorzystniejszej – pozostawiamy pod rozważenie Izby, czy na aktualnym etapie sprawy, wobec uchylecia zaskarżonej decyzji zamawiającego, zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania z uwagi na jego bezprzedmiotowość.

Wskazał, że umorzenie przedmiotowego postępowania zakończy to konkretne postępowanie, ale nie pozbawia odwołującego możliwości kwestionowania przyszłej decyzji zamawiającego co do wyboru oferty najkorzystniejszej, także mając na uwadze okoliczności podniesione w odwołaniu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający, przystępując do kolejnego wyboru oferty najkorzystniejszej jest zobowiązany do ponownej weryfikacji tego, czy oferta wykonawcy A.K. nie podlega odrzuceniu. W szczególności zamawiający powinien wziąć pod uwagę okoliczności znane mu na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu - w tym wskazane przez odwołującego w odwołaniu z dnia 26.02.2024 r.

Zamawiający w dniu 11 marca 2023 r., złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1.oddalenie odwołania w całości;

2.zasądzenie od odwołującego na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Uczestnik podtrzymał wniosek o odrzucenie odwołania, zamawiający się do niego przyłączył. Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania i podtrzymał wniosek o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy. Zamawiający i uczestnik przyłączyli się do tego wniosku.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z odpowiedzi zamawiającego na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 365/24, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 24 stycznia 2024 r. i unieważnienia czynności wezwania przystępującego do wykazania, że informacje zawarte w piśmie z dnia 29 grudnia 2023 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

3.6 Zamawiający zaleca sporządzenie korespondencji w następujących formatach: .doc., .docx, .rtf, .pdf, .xls.

3.9 Dokumenty elektroniczne, oświadczenia lub cyfrowe odwzorowania dokumentów lub oświadczeń składane są przez Wykonawcę za pośrednictwem Platformy jako załączniki. Sposób sporządzenia dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub cyfrowych odwzorowań dokumentów lub oświadczeń musi być zgodny z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie oraz rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

9.2 Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w SWZ, są to oryginalne dokumenty lub oświadczenia w postaci elektronicznej, tj. w postaci dokumentu elektronicznego.

9.3 Cyfrowe odwzorowania dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w SWZ, są to cyfrowe odwzorowania dokumentów lub oświadczeń sporządzonych w postaci papierowej poświadczane za zgodność z oryginałem.

9.4 Poświadczenia za zgodność z oryginałem cyfrowego odwzorowania dokumentu lub oświadczenia dokonuje się w formie elektronicznej, tj. kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

9.12 Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu MR, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w postaci cyfrowego odwzorowania tego dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

9.13 Poświadczenia zgodności z cyfrowego odwzorowania z dokumentem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą. Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem, o którym mowa powyżej, może dokonać również notariusz

9.14 Poświadczenie za zgodność z oryginałem cyfrowego odwzorowania tego dokumentu lub oświadczenia, następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Wezwanie ponowne do wyjaśnienia zaoferowanej przez przystępującego ceny z dnia 21 grudnia 2023 r. zakreślało termin złożenia wyjaśnień do 31 grudnia 2023 r.

W dniu 29 grudnia 2023 r. przystępujący złożył wyjaśnieni datowane na dzień 27 grudnia 2023 r. a, które w części jawnej zawierały następującą treść:

Wykaz załączników:

- Załącznik nr 1 — umowa przedwstępna
- Załącznik nr 2 — umowa przedwstępna ,
- Załącznik nr 3 — umowa przedwstępna
- Załącznik nr 4 — umowa przedwstępna
- Załącznik nr 5 — faktura — media,
- Załącznik nr 6 — faktura — biuro,
- Załącznik nr 7 — faktura — urządzenie wielofunkcyjne,
- Załącznik nr 8 — tabela kalkulacyjna

Wyjaśnienia w wersji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa zostały podpisane przez przystępującego w dniu 29 grudnia 2023 r.

2.0.Umowa_przed. Kalinski_ummkcofka23 (2).pdf zweryfikowany jako podpisany w dniu 26 grudnia 2023 r.

3._umowa przedwst.Serafin_umkscofka23 (6).pdf zweryfikowany jako podpisany w dniu 26 grudnia 2023 r.

4.0 Umowa_przedwst. Sporek.umjcofka23 (1).pdf 4.0 zweryfikowany jako podpisany w dniu 26 grudnia 2023 r.

5.0.Umowa_przedwst.Paduch.umlpcofka23.pdf zweryfikowany jako podpisany w dniu 26 grudnia 2023 r.

6.0.faktura_media_cofka_23.pdf zweryfikowany jako podpisany w dniu 26 grudnia 2023 r.

7.0.faktura_biuro_cofka_23 (1).pdf zweryfikowany jako podpisany w dniu 26 grudnia 2023 r.

8.0.faktura_ksero_cofka_23.pdf zweryfikowany jako podpisany w dniu 26 grudnia 2023 r.

wśród złożonych plików znajduje się plik: kalk.kosztow_nadzor_cofka_mal.ver.3xlsx.xlsx (9).xades, który przy weryfikacji podpisu w programie szafir zgłasza niezeweryfikowanie z powodu błędu polegającego na braku możliwości znalezienia pliku z danymi.

W dniu 4 stycznia 2024 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia załącznika nr 8 do pisma z dnia 27 grudnia 2023 r. - tabela kalkulacyjna. Zamawiający zalecił, aby dokument był opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym i złożony do 10 stycznia 2024 r.

Został złożony - 9.0kalk.kosztow_nadzor_cofka_mal.ver (1).pdf zweryfikowany jako podpisany w dniu 4 stycznia 2024 r.

Zawiera on tabelę kalkulacyjną, która stanowi uporządkowany w formie tabeli zbiór danych, które zostały podane w treści wyjaśnień z 29 grudnia 2023 r i tak :

poz. 1 tabeli - informacja str. 2 wyjaśnień ad. 2 lit. b tiret 1

poz. 2 tabeli - informacja str. 2 wyjaśnień ad. 2 lit. b tiret 2

poz. 3 tabeli - informacja str. 3 lit. d

poz. 4 tabeli - informacja str. 2 wyjaśnień ad. 2 lit. b tiret 3

poz. 5 tabeli - informacja str. 3 wyjaśnień lit. c

poz. 6 tabeli - informacja str. 2 wyjaśnień ad. 2 lit. b tiret 5

poz. 7 tabeli - informacja str. 2 wyjaśnień ad. 2 lit. b tiret 4

poz. 8 tabeli - informacja str. 4 wyjaśnień ad 4

poz. 9 podsumowanie poz. 1- 8

poz. 10 tabeli - informacja str. 3 wyjaśnień litera d tiret 1

poz. 11 tabeli - nie podana w wyjaśnieniach, ale możliwa do obliczenia przez podjęcie od ceny netto oferty sumy kwot poz. 9 i 10. pozostała pozycja to wartość brutto

Zamawiający w dniu 16 lutego 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 365/24.

W dniu 22 lutego 2024 r. Izba wydała wyrok w sprawie sygn. akt KIO 365/24, w którym uwzględniła odwołanie.

W dniu 26 lutego 2024 r. odwołujący wniósł odwołanie.

W dniu 28 lutego 2024 r. zamawiający wykonał wyrok KIO 365/24 i unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 24 stycznia 2024 r. i czynność wezwania uczestnika do uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 26 stycznia 2024 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła A.K. jako uczestnika postępowania.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania wskazując, że z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego w zakresie składanych przez niego wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, odwołujący nie otrzymywał od zamawiającego dokumentów, które składał przystępujący, ale ich odtajnione przez zamawiającego wersje, tym samym nie miał możliwości ustalenia jakie załączniki i jak sporządzone zostały przez uczestnika złożone zamawiającemu. Pierwszym momentem, w którym odwołujący mógł powziąć te informacje było złożenie przez zamawiającego odpowiedzi na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 365/24, gdzie zamawiający opisał przebieg czynności dotyczących weryfikacji podpisów pod dokumentami oraz wezwania uczestnika do uzupełnienia załącznika nr 8 oraz załączył dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym była to data jak słusznie podnosił odwołujący,

w której powziął on informacje o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania i dzień 16 lutego 2024 r. był początkiem biegu terminu, określonego w art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy, a zatem nie zaistniała przesłanka do odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 3 ustawy i wniosek o odrzucenie należało oddalić.

Strony i uczestnik złożyli zgodny wniosek o umorzenie postępowania z powodu zbędności jego dalszego prowadzenia.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami zamawiającego może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny *Podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.* (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał czynności, zgodnych rozstrzygnięciem Izby w sprawie KIO 365/24 i korzystnych dla odwołującego. Zamawiający zdecydował o konieczności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wezwania do złożenia uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.. O fakcie tym zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował odwołujący. Dodatkowo wniosek o umorzenie na wskazanej przez Izbie podstawie prawnej złożył odwołujący, posiłkując się w tym zakresie stanowiskiem doktryny i orzecznictwa.

Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego.

A jednocześnie z dniem anulowania wyniku postępowania otwierał się wykonawcom ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności Zamawiającego. Podobnie jak w przypadku unieważnienia postępowania spór stał się bezprzedmiotowy.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej i zaniechanie czynności wobec innych wykonawców z powodów, na które wskazywał odwołujący w odwołaniu.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając orzeczenie 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 w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy, podobnie jak w przypadku 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 ustawy - 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).

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie.

Skoro zamawiający unieważnił sporne, tym samym spór przestał istnieć. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu

orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepisu ustawy – zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności tej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie.

Na podstawie art. 574 ustawy Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu uiszczzonego wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy.

Przewodnicząca:.....

.....

.....