

Sygn. akt:KIO 769/23

KIO 788/23

POSTANOWENIE

z dnia 3 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski
Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk
Jolanta Markowska
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 3 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

20 marca 2023 r. przez odwołującego: Konsorcjum BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., BUDI-A-Standard Sp. z o.o. oraz „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T.B. z siedzibą lidera w Łubowie (sygn. akt KIO 769/23) oraz przez odwołującego Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu (sygn. akt KIO 788/23), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: GDDKiA Oddział w Poznaniu

przy udziale wykonawcy:

- Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 769/23;
- Konsorcjum BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., BUDI-A-Standard Sp. z o.o. oraz „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T.B. z siedzibą lidera w Łubowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 788/23

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w obu sprawach na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych:

- a. kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) tytułem kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy Konsorcjum BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., BUDI-A-Standard Sp. z o.o. oraz „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T.B. z siedzibą lidera w Łubowie (sygn. akt KIO 769/23);
- b. kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) tytułem kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu (sygn. akt KIO 788/23).

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

Przewodniczący:
.....
.....

Sygn. akt KIO769/23

788/23

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: GDDKiA Oddział w Poznaniu, dalej jako: „Zamawiający” – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepis ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu

w Kępnie, nr postępowania O/PO.D-3.2421.34.2022.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/S 157-450558.

W dniu 20 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania Konsorcjum BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., BUDiA-Standard Sp. z o.o. oraz „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T.B. z siedzibą lidera w Łubowie (sygn. akt KIO 769/23) oraz Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu (sygn. akt KIO 788/23).

W sprawie prowadzonej po sygnaturą akt KIO 769/23 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz, mimo że zastrzeżone przez niego informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 2.art. 16 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 u.z.n.k. poprzez brak odtajnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych informacji, gdy Wykonawca PBD zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa – nie tylko nie wykazał spełnienia jej przesłanek – ale nawet nie wskazał konkretnych informacji, które to miałyby ją stanowić (wskazując ogólnie „informacje zawarte w treści niniejszej odpowiedzi, jak i w załącznikach”), gdy tymczasem utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa lub wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy PZP;
- 3.art. 16 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 u.z.n.k. poprzez odmowę ujawnienia wyjaśnień Wykonawcy PBD pomimo tego, że zastrzeżenie informacji przez tego Wykonawcę zostało dokonane w celu utrudnienia zachowania uczciwej konkurencji, pomimo oczywistym braku podstaw do takiego zastrzeżenia, co samo w sobie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy PBD pomimo niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia, w szczególności określonymi treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia odnoszącymi się do sposobu kalkulacji ceny, co wynika z faktu, że Wykonawca PBD sam potwierdza brak dokładności swoich kalkulacji i rzekomy brak możliwości skalkulowania kosztów, a co świadczy o tym, że cena za jednostkę wykonawcy nie obejmuje wszystkich składników kosztów i innych czynności opisanych w SST;
- 5.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PBD pomimo, że oferta Wykonawcy PBD została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W sprawie prowadzonej po sygnaturą akt KIO 788/23 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.Art. 16 ustawy PZP poprzez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na:
 - a.zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców występujących wspólnie, tj. Konsorcjum BADERA;
 - b.naruszenie zasady przejrzystości poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu całości załączników do protokołu Postępowania dokumentów złożonych przez Konsorcjum;
 - c.wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej;
 - d.zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z Postępowania i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum.
- 2.Art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy PZP i w zw. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) - poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do dokumentów złożonych przez Konsorcjum i zaniechanie ujawnienia Odwołującemu w całości wszystkich załączników do protokołu Postępowania pomimo tego, iż Konsorcjum nie wykazało, iż poszczególne informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 3.Art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum pomimo, że przedstawiło

informacje o tym, iż wyjaśnienia dotyczące jego oferty złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co jednocześnie jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 uznk.

Odwolujący postawił również zarzuty ewentualne wobec zarzutów wyżej wymienionych, tj. zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 3 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 11 i art. 24 uznk oraz art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 242 ust. 1 i 3 ustawy PZP.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołań, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę:

- Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 769/23;
- Konsorcjum BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., BUDiA-Standard Sp. z o.o. oraz „BADERA” Firma Produkcji Handlowo-Usługowa T.B. z siedzibą lidera w Łubowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 788/23.

Pismem z dnia 31 marca 2023 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołania w obu sprawach. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowań odwoławczych w całości wobec tego, że w obecnym stanie faktycznym stało się z innej przyczyny zbędne tj. w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy PZP. Zamawiający zwrócił uwagę, że w dniu 31 marca 2023 r. dokonał czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Zamawiającego wobec zajścia tej kluczowej dla niniejszego postępowania okoliczności należy podnieść, że obecny stan faktyczny postępowania jest odmienny niż ten jaki istniał w chwili składania odwołań, co powoduje, że ich rozpoznanie w obecnym stanie faktycznym jest bezprzedmiotowe.

Tożsame wnioski złożyli odwołujący w obu sprawach (pisma z dnia 31 marca 2023 r.).

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Uwzględniając powyższe okoliczności Izba uznała, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowań odwoławczych w obu sprawach w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W obecnym stanie faktycznym brak jest substratu zaskarżenia – nie ma wyboru wykonawcy. Wskazać należy, że aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności zamawiającego. Wobec powyższego na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, stanowiący podstawę dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Skoro zatem zarzuty w obu sprawach odnoszą się do nieistniejącego już rozstrzygnięcia zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz oceny pozostałych ofert, dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego jest niedopuszczalne.

Unieważnienie czynności wyboru oferty wymusza dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób zgodny z wymaganiami ustawy w zakresie oceny ofert zawartymi w art. 223 i nast. ustawy PZP. Okoliczność ta czyni rozpoznawanie zarzutów odwołań niedopuszczalnym.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy 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).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....