Sygn. akt: KIO 2819/23

POSTANOWIENIE

z dnia 3 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2023 r. przez wykonawcę **H.Z., prowadzącego w Kołbieli działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe, Asenizacyjne, Roboty Ziemne i Drogowe H.Z.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **M.R. prowadzącej w Mińsku Mazowieckim działalność gospodarczą pod firmą DRÓG-POL, Roboty drogowe i remontowo-budowlane M.R.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **10.000,00 zł** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **H.Z., prowadzącego w Kołbieli działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe, Asenizacyjne, Roboty Ziemne i Drogowe H.Z.,** stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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: KIO 2819/23

U z a s a d n i e n i e

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonanie robót w zakresie letniego utrzymania dróg wojewódzkich na terenie jednostek administracyjnych MZDW z podziałem na 21 zadań - nr postępowania 168/23”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 13 lipca 2023 roku nr 2023/BZP 00305943.

Wykonawca H.Z., prowadzący w Kołbieli działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe, Asenizacyjne, Roboty Ziemne i Drogowe H.Z., zwany dalej „odwołującym”, w dniu 25 września 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 8, zadania nr 18 i zadania nr 20.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

I. art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.08.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), dalej jako „Uznk” w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp — poprzez:

a) zaniechanie udostępnienia mu przekazanego przez wykonawcę DrógPol „uzasadnienia” zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (tj. informacji i dokumentów wykazujących, że zastrzegane wyjaśnienia zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa), podczas gdy takie uzasadnienie nie zawiera tajemnicy przedsiębiorstwa (nie posiada wartości gospodarczej) i jak wynika z utrwalonego orzecznictwa ze swej istoty nie może być utajniane, a nadto Dróg-Pol nie wykazał, aby samo uzasadnienie zastrzeżenia zawierało tajemnicę przedsiębiorstwa,

alternatywnie — w przypadku braku istnienia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa której Zamawiający nie przekazał odwołującemu lub na wypadek braku nieuwzględnienia zarzutu podniesionego w pkt a) lub uznania, że uwzględnienie tego zarzutu nie jest wystarczające do uwzględnienia odwołania w zakresie nakazania Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty najkorzystniejszej,

b) uznanie za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a także uzasadnienia objęcia ww. informacji tajemnicą (w zakresie uzasadnienia jeżeli takie uzasadnienie zostało

sporządzone) i tym samym zaniechanie ich ujawnienia jemu, pomimo iż Dróg-Pol nie wykazał zasadności uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności:

inie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji,

ii.nie wykazał, aby podjął konkretne działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji,

iii.dokonał zastrzeżenia wyjaśnień w sposób całościowy, w zakresie całej treści ww. wyjaśnień i wszystkich zawartych w nich informacji, bez ich rozróżnienia na odrębne kategorie czy rodzaje informacji, co świadczy o braku dokonania przez tego wykonawcę jakiejkolwiek analizy odnośnie do tego, które konkretnie informacje i dlaczego posiadają wartość gospodarczą, a jednocześnie skutkuje objęciem zastrzeżeniem informacji, które w oczywisty sposób żadnej wartości nie zawierają, a jednocześnie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy samo w sobie nie mogło zawierać tajemnicy, bowiem nie obejmuje ono żadnych innych informacji niż te, które miałyby przekonać Zamawiającego o zasadności utajnienia wyjaśnień, a nadto, nawet gdyby miało ono zawierać (wyłącznie w określonym, wąskim zakresie) jakąkolwiek tajemnicę, to DrógPol również powinien uzasadnić objęcie zastrzeżeniem poufności treści „uzasadnienia", czego jak on zakłada, Dróg-Pol nie uczynił,

i w konsekwencji - poprzez przedwczesny wybór oferty wykonawcy Dróg-Pol w zadaniach 8, 18 i 20 postępowania oraz zaniechanie wyboru swej oferty w ww. częściach postępowania.

II.art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy DRÓG-MAG do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w Zadaniu 8, pomimo iż pomimo iż cena zaoferowana przez DRÓG-MAG w tym zadaniu wydaje się rażąco niska, w szczególności jest niższa o ponad 30% w stosunku do kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 18.09.2023 r. w zadaniach 8, 18 i

2.odtajnienia części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Dróg-Pol w zadaniach 8, 18 i 20 postępowania wraz z dowodami oraz uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bezskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,

3.udostępnienia mu pełnej dokumentacji postępowania — w szczególności:

- części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Dróg-Pol w zadaniach 8, 18 i 20 postępowania wraz z dowodami oraz uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - bezskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;

4.wezwania wykonawcy DRÓG-MAG do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w zadaniu 8,

5.powtórzenia czynności oceny i badania ofert w zadaniach 8, 18 i 20.

Ustalono także, że 28 września 2023 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 8, zadania nr 18 i zadania nr 20 i przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W tej sytuacji, odwołujący pismem z dnia 29 września 2023 r. wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze, gdyż dalsze postępowanie stało się zbędne. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*.

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający w dniu 28 września 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 8, zadania nr 18 i zadania nr 20, która została zaskarżona w odwołaniu, oraz powrócił do czynności badania i oceny ofert.

Na uwagę zasługuje fakt, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest tym momentem, który wyznacza koniec procesu badania i oceny ofert, w tym analizy istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, podstaw odrzucenia oferty, czy badania skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstw informacji składanych przez wykonawców. Zamawiający wybierając daną ofertę jako najkorzystniejszą przesądza, że oferta ta nie podlega odrzucaniu, a wykonawca który ją złożył nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Skutkiem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej było to, że zamawiający powrócił do etapu badania i oceny ofert. O zakończeniu tego procesu będzie można mówić w momencie zawiadomienia wykonawców o rezultatach badania (np. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej czy unieważnienia postępowania).

Dostrzeżenia wymaga również, że zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy Pzp *odwołanie przysługuje na:*

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie

umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Z przepisu tego wynika zatem, że odwołanie nie przysługuje wobec zamiaru czy zapowiedzi dokonania bądź niedokonania jakiejś czynności. W tej sytuacji rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów skierowanych wobec historycznych, nieistniejących na moment wyrokowania, czynności zamawiającego stało się zbędne. Wykonawcom służyć będzie prawo wniesienia odwołania w terminie liczonym od dnia zawiadomienia o ewentualnej nowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej lub czynności unieważnienia postępowania, gdyż dopiero w tym momencie będzie można mówić o istnieniu substratu zaskarżenia (to jest czynności lub zaniechania zamawiającego).

Na konieczność umorzenia postępowania odwoławczego w analogicznej sytuacji wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie Izby, por. przykładowo postanowienie Izby z dnia 4 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3094/21 oraz KIO 3105/21.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" J.J., Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: D.W.., J.J.., S.M.. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę 10.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……..……..……