

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 16 maja 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Grodziczno z siedzibą w Grodzicznie 17a

Uczestnicy po stronie zamawiającego:

wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brodnicy, ul. Długa 27

wykonawca COLAS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędzie, ul. Nowa 49

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz odwołującego tytułem zwrotu uiszczanego wpisu.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie- Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 1569/25

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Przebudowa drogi gminnej nr 183026N Montowo – Białobłoty - Zwiniarz”

Nr postępowania: IP.271.1.4.2025 zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych: 6 marca 2025 r., nr 2025/BZP 00133508/01.

15 kwietnia 2025 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

22 kwietnia 2025 r. wykonawca Strabag spółka akcyjna z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 wniósł odwołanie. Odwołanie wniósł pełnomocnik działając na podstawie pełnomocnictwa z 17 kwietnia 2025 r. udzielonego przez dwóch prokurentów. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia oraz przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy w zw. z art. 224 ust. 1, 2 ustawy w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PDB z powodu rażąco niskiej ceny:

w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę PDB w piśmie z 7 kwietnia 2025 r. nie uzasadniają i nie udowadniają ceny tej oferty, a tym samym wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i umożliwi wykonanie zamówienia - nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny (a tym samym zamawiający dokonał błędnej i dowolnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę);

wykonawca PDB nie udzielił wyjaśnień w zakresie wymaganym przez zamawiającego w wezwaniu z 1 kwietnia 2025 r., w szczególności nie złożył kalkulacji szczegółowej, ani żadnych dowodów do złożenia których był zobowiązany w treści wezwania zamawiającego z dnia 01.04.2025 r.,

cena ofertowa wykonawcy PDB nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego,

2) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 znku polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PDB w sytuacji, gdy oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: „uznk” lub „znku”),

3) art. 18 ust. 1 - 3 ustawy, art. 74 ust. 2 pkt 1) ustawy oraz art. 16 pkt 1) i 2) ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej jako „znku” lub „uznk”), polegające na:

błędnej i niedostatecznej ocenie zastrzeżenia przez COLAS S.A. jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 1 kwietnia 2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy (oraz informacji w nim zawartych) i

uznania, że ww. zastrzeżenie jest skuteczne i uzasadnione, błędnej i niedostatecznej ocenie zastrzeżenia przez COLAS S.A. jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do ww. pisma stanowiących odpowiedź na wezwanie zamawiającego z 1 kwietnia 2025 r. na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy (oraz informacji w nich zawartych) i uznania, że ww. zastrzeżenie jest skuteczne i uzasadnione;

nieuzasadnionej odmowie udostępnienia odwołującemu pisma COLAS S.A. z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, a także uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, i w następstwie tego:

zaniechanie ujawnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez COLAS wraz z wyjaśnieniami w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 1 kwietnia 2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy (wraz z informacjami w nim zawartymi);

zaniechanie przekazania (udostępnienia) i ujawnienia (odtajnienia) wyjaśnień złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 1 kwietnia 2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy i informacji w nich zawartych, naruszenie zasady jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji przez ograniczenie innym wykonawcom, w tym odwołującemu, możliwości weryfikacji, czy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były rzeczowe i prawidłowe, a COLAS wywiązał się z ciężaru dowodzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

a w konsekwencji ww. zarzutów:

4) art. 239 ust. 1 ustawy, art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę COLAS z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady jawności postępowania z uwagi na uniemożliwienie odwołującemu - na skutek działań i zaniechań wskazanych w pkt 3 powyżej weryfikacji prawidłowości procesu badania i oceny przez zamawiającego oferty COLAS w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy (rażąco niska cena oferty), a także zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PDB na skutek działań i zaniechań wskazanych w pkt 1 i 2 powyżej, przez co też postępowanie straciło walor przejrzystości i nie może zostać uznane jako przeprowadzone z dochowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę COLAS jako oferty najkorzystniejszej,

odrzucenie oferty wykonawcy PDB z powodu rażąco niskiej ceny i złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a także z uwagi na to, że wykonawca PDB nie udowodnił, że zaferowana przez tego wykonawcę cena nie jest rażąco niska i nie wywiązał się z ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny

udostępnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wraz z wyjaśnieniami złożonymi przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 1 kwietnia 2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy (wraz z informacjami w nim zawartymi);

udostępnienie wyjaśnień złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 1 kwietnia 2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy (wraz z informacjami w nich zawartymi);

powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu z wyłączeniem oferty PDB.

Ponadto o:

dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz przedstawionych na rozprawie;

dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów zgromadzonych w aktach postępowania, na które powołano się w uzasadnieniu odwołania;

zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania obejmujących wpis od odwołania, opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych, które zostaną udokumentowane fakturą VAT złożoną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy w złożeniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu złożonych ofert. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić jednak do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PDB sklasyfikowanej na pozycji drugiej, tj. przed ofertą odwołującego, gdyż oferta ta zawiera rażąco niską cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia i została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a wykonawca nie obalili ciężącego na nim domniemania rażąco niskiej ceny ofert. W przypadku odrzucenia oferty wykonawcy PDB, oferta odwołującego plasowałaby się na drugim miejscu.

Z kolei działania i zaniechania zamawiającego stanowiące naruszenie zasady jawności postępowania w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 1 kwietnia 2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy (dot. rażąco niskiej ceny), narażają odwołującego na poniesienie szkody w postaci utraty możliwości uzyskania niniejszego zamówienia i spodziewanych korzyści w związku z jego realizacją.

Bezpodstawne utrzymanie poufności wyjaśnień złożonych przez COLAS w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z

1 kwietnia 2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy (dot. rażąco niskiej ceny), jak i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa COLAS S.A. ma bezpośredni i istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania. Jedynie bowiem z przypadku odtajnienia przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez COLAS S.A w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 1 kwietnia 2025 r. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy (dot. rażąco niskiej ceny), jak i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa COLAS S.A., umożliwi realną weryfikację czynności podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu i efektywne podnoszenie zarzutów wobec oferty wybranej jako oferta najkorzystniejsza w zakresie zaniżenia wartości oferty i jej niezgodności z wymaganiami zamawiającego. Aktualnie ze względu na ograniczenie przez zamawiającego dostępu odwołującemu do dokumentów postępowania wynikające z naruszenia przez zamawiającego ustawy oraz bezrefleksyjnego zaaprobowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa COLAS S.A., odwołujący został pozbawiony prawa do weryfikacji prawidłowości oferty i wyjaśnień składanych przez konkurencję, czemu służyć mają zasady jawności postępowania, jego przejrzystości i transparentności. Uwzględnienie zarzutu dot. naruszenia 3) art. 18 ust. 1 - 3 ustawy, art. 74 ust. 2 pkt ustawy oraz art. 16 pkt 1) i 2) ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji spowoduje udostępnienie odwołującemu bezprawnie zastrzeżonych dokumentów, co z kolei umożliwi mu sformułowanie zarzutów w stosunku do złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnień, a w konsekwencji może doprowadzić do wyeliminowania z postępowania wykonawcy COLAS i udzielenia zamówienia odwołującemu.

Z kolei, oddalenie odwołania spowoduje utrzymanie w obrocie prawnym decyzji zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty COLAS S.A dokonanej z naruszeniem zasad jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskutek naruszenia wskazanych przepisów ustawy przez zamawiającego, odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia.

24 kwietnia 2025 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

25 kwietnia 2025 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brodnicy, ul. Długa 27 zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Przystępujący wskazał, że posiada interes w przystąpieniu po stronie zamawiającego z uwagi na to, że część zarzutów zawartych w odwołaniu uderza wprost w przystępującego, a sformułowane na podstawie tych zarzutów żądania odwołującego mają doprowadzić do odrzucenia oferty przystępującego z powodu rzekomo rażąco niskiej ceny i złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a także z uwagi na to, że przystępujący rzekomo nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska i nie wywiązał się z ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Zatem uwzględnienie w tej części odwołania i żądań odwołującego będzie prowadziło do powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu z wyłączeniem oferty przystępującego – a zatem przystępujący ma pełne prawo i interes w tym, aby uzyskać rozstrzygnięcie na korzyść zamawiającego, prowadząc do oddalenia zarzutów jego dotyczących. Przystępujący nie dopuścił się bowiem czynu nieuczciwej konkurencji przy ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie publiczne, a częściowe uwzględnienie przez Izbę odwołania w zakresie zarzutów dot. wykonawcy COLAS, przy jednoczesnym oddaleniu zarzutów dotyczących przystępującego, da przystępującemu dalszą szansę na efektywne ubieganie się o przedmiotowe zamówienie publiczne.

Jednocześnie należy wskazać, że ustawodawca nie określił, jakiego rodzaju musi być interes wskazany w art. 525 ust. 1 i 3 ustawy PZP. Przyjmuje się, że nie chodzi tylko o interes prawny, ale o szeroko pojęty interes faktyczny w rozstrzygnięciu odwołania na rzecz jednej ze stron postępowania odwoławczego. Tak np. stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z 20 stycznia 2022 r., KIO 15/22, publ. LEX nr 3326903. Zgłoszenie dokonał prezes zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

25 kwietnia 2025 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca COLAS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędzie, ul. Nowa 49. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 2 kwietnia 2025 r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie zwrotu kosztów postępowania według norm prawem przepisanych. Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego na korzyść zamawiającego. Przystępujący złożył w postępowaniu ofertę, która została przez zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 kwietnia 2025 r. udostępniona na Platformie Zakupowej).

Odwołanie zmierza do wzruszenia decyzji zamawiającego w zakresie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień w sprawie ceny oferty przystępującego w całości, tj. treści wyjaśnień wraz z wszystkimi załącznikami oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Rozstrzygnięcie postępowania odwoławczego na korzyść zamawiającego (oddalenie odwołania) oznacza tym samym uzyskanie zamówienia przez przystępującego. Niezależnie od powyższego, przystępujący ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia

na korzyść zamawiającego z uwagi na to, że zastrzeżone dokumenty, a w tym załączniki (tj. oferty podwykonawców i szczegółowe wyliczenie kosztów zamówienia) stanowią prawem chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego. Utrzymanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jeśli chodzi o te załączniki jest kluczowe dla przystępującego, gdyż ich ujawnienie mogłoby spowodować utratę jego pozycji rynkowej (są to bowiem uzyskane oferty handlowe, ceny oraz sposób kalkulacji ryzyka (i zakładanego zysku), których wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę, może nie tylko zaoszczędzić mu wydatków, ale też i zwiększyć jego zyski).

14 maja 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zamawiający, zgodnie z art. 522 ust. 1 zdanie drugie ustawy, unieważni czynności wyboru oferty złożonej przez COLAS jako oferty najkorzystniejszej. Następnie wykona oraz powtórzy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego COLAS Polska sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane Sp. z o.o., dlatego zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy zamawiający wniósł, aby Krajowa Izba Odwoławcza w przypadku nie wniesienia przez przystępujących po stronie zamawiającego sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania wykonawców, rozważyła możliwość umorzenia postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 1569/25 na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. Informacja o uwzględnieniu zarzutów została przekazana odwołującemu oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania po stronie zamawiającego

14 maja 2025 r. wykonawca COLAS Polska oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na 16 maja 2025 r. W tym terminie prawidłowo powiadomiony o terminie wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brodnicy, ul. Długa 27 nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu.

Rozważania KIO:

KIO dopuściła wykonawców COLAS Polska i Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w charakterze uczestników postępowania.

Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, a przystępujący nie wnieśli sprzeciwu. Ten stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę artykułu 522 ust. 2 ustawy, który nakazuje w tej sytuacji umorzyć postępowanie. Zamawiający jest zobowiązany do wykonania żądań odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono zgodnie z art. 574 i 575 ustawy to jest stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając par. 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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) to jest orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczony tytułem wpisu.

Przewodnicząca:.....