

POSTANOWENIE

z dnia 27 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **27 października 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **5 października 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **SLX sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa i montaż sprzętu AV w pomieszczeniach dydaktycznych Politechniki Śląskiej w Katowicach* (nr postępowania IA1/20/90/EO)

prowadzonym przez zamawiającego: **Politechnika Śląska z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawcy: **SHADOK AV sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Katowicach** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz SLX sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach kwoty 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

3. Znosi wzajemnie pozostałe koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Uzasadnienie

Politechnika Śląska z siedzibą w Katowicach {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa i montaż sprzętu AV w pomieszczeniach dydaktycznych Politechniki Śląskiej w Katowicach* (nr postępowania IA1/20/90/EO). Ogłoszenie o tym zamówieniu 27 sierpnia 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 578663-N-2020. Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

5 października 2020 r. SLX sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach {dalej: „Odwołujący”} wniósł w stosownej formie elektronicznej o Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania wykluczenia SHADOK AV sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Katowicach {dalej również: „Shadok” lub „Przystępujący”} oraz odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych) (lista zarzutów):

1. Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 – przez zaniechanie wykluczenia Shadoka z postępowania, pomimo że w wyniku zamierzonego działania wprowadził on Zamawiającego w błąd co do współpracy z producentami Crestron i NEC, co pozwalało Wykonawcy na zaoferowanie cen wskazanych w ofercie.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 i art. 7 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Shadoka, mimo że Wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które potwierdzałby, że jego cena ma charakter rynkowy i nie nosi znamion rażąco niskiej, gdyż jego wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy, lakoniczny i nie zawierają wystarczających dowodów, co z kolei prowadzi do wniosku, że Shadok nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny. Dodatkowo – jak wykazał SLX w piśmie z 16.09.2020 r. – wskazani przez Shadoka w ofercie producenci wystosowali jednoznaczne oświadczenia o tym, że Wykonawca nie posiada statusu ich partnera i nie współpracuje z nimi, co w konsekwencji podważa możliwość zaoferowania przez niego cen wskazanych w ofercie. Przyjęcie przez Zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie po ich otrzymaniu wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej świadczy przy tym o tym, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie, co z kolei świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców.

3. Art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „uznk”) oraz art. 7 ust. 1 – przez niezasadne przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Shadoka, tj. całość wyjaśnień złożonych Zamawiającemu wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w ślad za tym zaniechanie udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także utrudnia wykonawcom udział w postępowaniu, pozbawiając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez Shadoka, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz jest niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

4. Art. 91 ust. 1 – przez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że zgodnie z kryteriami oceny ofert w tym postępowaniu oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Ponadto w uzasadnieniu pisma Odwołujący przedstawił okoliczności faktyczne i prawne, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Przeprowadzenia ponownie badania i oceny ofert, w tym wykluczenia Shadoka z postępowania w związku z tym, że wprowadził on Zamawiającego w błąd i złożył ofertę dopuszczając się czynu nieuczciwej konkurencji.
3. Przeprowadzenia ponownie badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Shadoka jako zawierającej rażąco niską cenę (ewentualnie jako niezgodnej z SIWZ oraz z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji).
4. Przeprowadzenia ponownie badania i oceny ofert, w tym udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez Shadoka, w szczególności uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.
5. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie po stronie Zamawiającego przystąpił SHADOK AV sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Katowicach

12 października 2020 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty z pkt 1., 2. i 4. listy zarzutów oraz zarzut z pkt 3. listy zarzutów w części dotyczącej zastrzeżenia treści uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień. Natomiast w stosunku do samych wyjaśnień Zamawiający podtrzymał wolę nieujawnienia ich jako prawidłowo objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

21 października 2020 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego, w którym oświadczył, że wycofuje odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego oraz wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy pzp i zwrot uiszczonego wpisu od odwołania.

Postanowieniem z 21 października 2020 r. Izba wezwała Przystępującego do zgłoszenia w terminie 3-dni od otrzymania wezwania sprzeciwu co do powyższej czynności Zamawiającego.

Do upływu tego terminu, co nastąpiło 26 października 2020 r., Przystępujący nie zgłosił takiego sprzeciwu.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie częściowe uznanie zarzutów odwołania przez zamawiającego przy jednoczesnym wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości większości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a Odwołujący wycofał zarzut, który nie został w całości uwzględniony. Jednocześnie Przystępujący nie sprzeciwił się uwzględnieniu przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu i następnie niewycofanych.

Ponadto Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmuje w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Przystępującego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba nie mogła zatem uwzględnić wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Izba, pomimo złożenia w tym zakresie stosownego rachunku.