

Sygn. akt: KIO 1479/20

POSTANOWIENIE
z dnia 21 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym przeprowadzonym z udziałem stron w dniu 21 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w

dniu 1 lipca 2020 r. przez Odwołującego - e-Instytucja.pl Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marszałkowska 58 (00-545 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Kiwity, Kiwity 28 (11-106 Kiwity)

przy udziale

Wykonawcy - ZETO Projekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Pieniężnego 15 (10-003 Olsztyn) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego - e-Instytucja.pl Sp. z o.o. kwoty 6.750 zł 00 gr. (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych, zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1479/20

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego -

Gminę Kiwity na Modernizacja, dostawa i wdrożenie systemów informatycznych, digitalizacja zasobów informacji przestrzennej oraz uruchomienie e-usług publicznych z dostawą

niezbędnego sprzętu, w ramach projektu pn E-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy

Kiwity - część 1 (nr postępowania GKŚO.I.271.3.2020), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16.03.2020r., nr 518443-N-2020, w wobec czynności polegających na ocenie próbki i odrzucenia oferty własnej Wykonawca e-Instytucja.pl Sp. z o.o. z/s w Warszawie wniósł w dniu 1 lipca 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

(sygn. akt KIO 1479/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 2) art. 92 ustawy Pzp poprzez brak przedstawienia uzasadnienia prawnego podjętej przez Zamawiającego czynności;
- 3) art. 92 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjne przedstawienie uzasadnienia faktycznego podjętej przez Zamawiającego czynności polegające w szczególności na braku zawarcia w tym uzasadnieniu istotnej dla sprawy okoliczności, która godzi w prawidłowość działania Zamawiającego;
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie w trakcie prowadzenia postępowania;
- 5) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie wezwania alternatywnego, niejednoznacznego, dającego Odwołującemu swobodę wyboru i działania, nieokreślającego precyzyjnie braków w próbce Odwołującego;
- 6) art. 58 ust. 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia czynności wezwania (w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), o którym mowa powyżej;
- 7) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego docelowy brak zastosowania w odpowiednim - zgodnym z przepisami Pzp i dokumentacją postępowania - momencie, jeżeli nawet przyjąć, że dokonanie badania próbki w dniu 10.10.2020r. było zgodne z procedurą określoną w dokumentacji postępowania (pomimo wcześniejszego otwarcia próbki przez Zamawiającego);
- 8) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zmianę dokumentacji postępowania po otwarciu ofert i zastosowanie procedury nieopisaną wcześniej w dokumentacji postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu uznania czynności wezwania do uzupełnienia próbki z dnia 27.04.2020r. za naruszającą procedurę określoną w dokumentacji postępowania, w szczególności procedurę określoną w postanowieniach pkt 6.8.3 w rozdziale 6 oraz rozdziale 1 ust. 7 (załącznika nr 10 do siwz), a tym samym nieważne (w szczególności w oparciu o przepis art. 58 ust. 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp), jako naruszające zasadę zakazu zmiany postanowień dokumentacji postępowania po czynności otwarcia ofert, nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wezwania do prezentacji próbki złożonej wraz z ofertą przynajmniej w terminie 10 dni, następnie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołującego do uzupełnienia próbki, pod warunkiem, że w trakcie prezentacji nie zostanie osiągnięty pozytywny wynik próbki.

W dniu 06.07.2020r. do postępowania przystąpił po stronie Zamawiającego - Wykonawca ZETO Projekt Sp. z o.o. wskazując na podstawę do odrzucenia w części odwołania, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jako spóźnionych (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Co prawda Odwołujący złożył odwołanie również wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz zakresu uzasadnienia tej czynności, to de facto odwołuje się do czynności

wezwania do uzupełnienia próbki na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, którego wcześniej nie kwestionował i na nie odpowiedział uzupełniając próbkę.

Dodatkowo, w piśmie procesowym z dnia 20.07.2020r. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp w zakresie wszystkich zarzutów, z ostrożności o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie/oddalenie w całości.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów spóźnionych wobec czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, zawierającego szczegółowe wyjaśnienia braków i wątpliwości wynikających z opisu oferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego oraz próbki.

Na posiedzeniu niejawnym Izba rozpoznała wnioski o odrzucenie odwołania, którego zakresem zarzutów objęto czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Izba nie stwierdziła wystąpienia żadnej z przesłanek opisanej w art. 189 ust. 2 Ustawy, w szczególności wskazanej w pkt 6 - dedykowanej dla postępowań o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Odnosząc się do argumentów Zamawiającego prezentowanych do protokołu posiedzenia, w których podkreślał wiodące znaczenie okoliczności stanowiącej podstawę zarzutów, a dotyczącą wezwania do uzupełnienia próbki w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, Izba uznała, iż odwołanie zasadniczo kwestionuje poprawność decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią siwz. Niewątpliwie na czynność tą wpływ miały inne działania Zamawiającego podejmowane w ramach procedury badania oferty Odwołującego, co jeszcze nie daje podstawy do odmowy skorzystania z prawa do kwestionowania poprawności czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Próba ograniczenia prawa do skorzystania z środków ochrony prawnej, tylko na tej podstawie, iż kwestionowana decyzja jest wynikiem wcześniejszych czynności, na które wykonawcy nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania (w związku z ograniczeniem tego prawa wyłącznie do czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 Ustawy), stanowiłoby nieuprawnioną ingerencję w przyznane ustawowo prawo podmiotowe. Odwołując się do ukształtowanego już jednolicie orzecznictwem stanowiska w przedmiocie wykładni stosowania art. 180 ust. 2 Ustawy, należy przyjąć, iż odwołanie na czynność odrzucenia oferty, podobnie jak na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, pozwala objąć kontrolą decyzje Zamawiającego, które doprowadziły do tych czynności w postępowaniu. Wykładnia przepisów przyznających uprawnienia do korzystania z środków ochrony prawnej nie może prowadzić do wypaczenia celu, jakiemu służyć ma kontrola czynności, które zasadniczo wieńczą proces badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Szczególnie widoczne jest to w postępowaniach o mniejszej wartości, w których wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej na inne niż wskazane w art. 180 ust. 2 Ustawy czynności zamawiającego. Możliwość, jaką daje art. 181 ust. 1 Ustawy - poinformowania o niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub zaniechania, nie wpływa na możliwość rozpoznania odwołania, w którym zarzuty dotyczą decyzji o odrzuceniu oferty. W świetle powyższego Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanki do odrzucenia odwołania w całości.

Niezależnie od oceny formalnoprawnej odwołania postępowanie odwoławcze zakończyło się bez rozpoznania zarzutów, w tym podniesionej w piśmie Zamawiającego kwestii dotyczącej istnienia po stronie Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania w sytuacji, gdy przed złożeniem odwołania upłynął termin związania ofertą oraz termin ważności wadium (art. 179 ust. 1 Ustawy).

W trakcie posiedzenia niejawnego Odwołujący cofnął odwołanie. Zamawiający nie zgłosił wniosków o zwrot kosztów z tytułu udziału w posiedzeniu.

W związku z powyższym na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 1843) Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a

72), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczzonego w wysokości 7.500 zł. wpisu od odwołania.

Przewodniczący: