Sygn. akt: KIO 2398/22

POSTANOWIENIE
z dnia 29 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Warszawie w dniu 29 września 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez:

wykonawcę Immitis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Dworcowa 83 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Nowym Sączu, ul. Staszica 1

przy udziale wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WebProfit M. K. z siedzibą w Piekarach Śląskich, ul. Spokojna 18 zgłaszającego swoje

przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2398/22 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy

Immitis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy ul.

Dworcowa 83 tytułem zwrotu wpisu od odwołania,

3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy

Immitis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul.

Dworcowa 83 tytułem zwrotu nadpłaconego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) 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 2398/22

Uzasadnienie

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na dostawę sprzętu komputerowego, oraz peryferii na potrzeby Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowe w Nowym Sączu zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 lipca 2022 r. za numerem 2022/BZP 00246553.

Zamawiający poinformował odwołującego Immitis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 7 września 2022r.

W dniu 12 września 2022 r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 września 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 12 września 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, odrzucenia oferty WebProfit w części 3 zamówienia- zestawy komputerowe, pomimo jej niezgodności z warunkami zamówienia, polegającej na

• niewskazaniu producenta i modelu zaoferowanych urządzeń, a tym samym niesprecyzowaniu przedmiotu oferty,

ewentualnie, na wypadek uznania za dopuszczalne wyjaśnienia oferty w tym zakresie- polegającej na :

• zaoferowaniu urządzeń niespełniających minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia;

2. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej w części 3 zamówienia- zestawy komputerowe podlegającej odrzuceniu oferty wykonawcy WebProfit, podczas gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez zamawiającego) w tej części zamówienia była oferta odwołującego,

3. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez wezwanie wykonawcy WebProfit do wyjaśnienia treści oferty w zakresie części 3 zamówienia- zestawy komputerowe, w odniesieniu do rodzaju (producenta, model) zaoferowanych urządzeń (komputera i monitora) a tym samym- dopuszczenie do uzupełnienia oferty w zakresie jej głównego przedmiotu, w sposób powodujący jej zmianę i równoznaczny z prowadzeniem negocjacji co do jej treści w sytuacji, gdy oferta, jako niezgodna z warunkami zamówienia (nieokreślająca głównego przedmiotu świadczenia wykonawcy) podlegała odrzuceniu bez wzywania do jej wyjaśnienia lub uzupełnienia,

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w całości- na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone w toku postępowania, w tym na rozprawie;

4. nakazanie zamawiającemu:

4.1. unieważnienia zaskarżonych czynności- w części 3 zamówienia- zestawy komputerowe: wyboru oferty najkorzystniejszej a także poprzedzających ją czynności badania i oceny ofert oraz wezwania wykonawcy WebProfit do wyjaśnienia treści oferty w zakresie producenta i modelu zaoferowanego komputera i monitora;

4.2. powtórzenia czynności badania ofert- w części 3 zamówienia- zestawy komputerowe, a następnie

4.3. odrzucenia oferty WebProfit w części 3 zamówienia- zestawy komputerowe,

4.4. dokonania oceny ofert - w części 3 zamówienia- zestawy komputerowe bez uwzględnienia odrzuconej oferty WebProfit,

4.5. wezwania odwołującego, jako składającego najkorzystniejszą ofertę spośród wszystkich

niepodlegających odrzuceniu w części 3 zamówienia- zestawy komputerowe, do przedłożenia dokumentów podmiotowych na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy,

5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika - jeżeli wystąpią, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że powinien uiścić wpis od odwołania w kwocie 7.500 złotych, a omyłkowo uiścił wpis w wyższej kwocie, stąd wniósł o dokonanie zwrotu nadpłaconej kwoty przelewem na jego rachunek, z którego dokonano wpłaty wpisu.

W dniu 13 września 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 16 września 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WebProfit M. K. z siedzibą w Piekarach Śląskich. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla zamawiającego, bo jego oferta została wybrana a rozstrzygnięcie na korzystając zamawiającego umożliwi uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez właściciela. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 20 września 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględnia następujące zarzuty podniesione w w/w odwołaniu dotyczące naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 223 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez wezwanie Wykonawcy - pana M.

K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Web-Profit M. K. (zwanego dalej

„Web-Profit") do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, w sytuacji, gdy wezwanie to nie dotyczyło elementów wskazanych w treści oferty, prowadząc w konsekwencji do uzupełnienia jej treści;

2) art. 239 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty Web-

Profit, z zastrzeżeniem, że przedmiotowa wadliwość dotyczy uwzględnienia w poprzedzającej wybór procedurze badania i oceny ofert wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane w oparciu o art. 223 ust. 1 PZP, mimo, że powyższe wyjaśnienia nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert.

Zamawiający nie podzielił zarzutu odwołującego dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Web-Profit z powodu jej niezgodności z

warunkami zamówienia, ponieważ oferta ta w ocenie Komisji przetargowej spełniała minimalne wymagania określone przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, a konstrukcja Arkusza określającego minimalne parametry techniczne przedmiotu zamówienia w zakresie części 3 (załącznik nr 3c do Specyfikacji Warunków Zamówienia) nie zawierała kolumny wymagającej wskazania nazwy producenta i modelu zaoferowanego urządzenia. Wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej w/w zarzutu.

Ponadto o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w całości - na okoliczności wskazanej odpowiedzi na odwołanie;

2) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego. Wniósł o dokonanie zwrotu wpisu od odwołania przelewem na rachunek bankowy odwołującego, z którego wpis uiszczono.

W dniu 21 września 2022 r. Izba wezwała przystępującego do złożenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania.

W terminie wynikającym z art. 525 ustawy przystępujący nie złożył oświadczenia o sprzeciwie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525

ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na

podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 218 ust. 2

ustawy w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, odrzucenia oferty WebProfit w części 3 zamówienia- zestawy komputerowe, pomimo jej niezgodności z warunkami zamówienia, polegającej na

- niewskazaniu producenta i modelu zaoferowanych urządzeń, a tym samym niesprecyzowaniu przedmiotu oferty,

ewentualnie, na wypadek uznania za dopuszczalne wyjaśnienia oferty w tym zakresie- polegającej na :

- zaoferowaniu urządzeń niespełniających minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia

Zarzut nie podlegał rozpoznaniu. Zarzut został wycofany przez odwołującego w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego pozostałych zarzutów odwołania. Zarzut cofnięty nie wywołuje skutków prawnych, a oświadczenie o cofnięciu zarzutu jest czynnością procesową zależną od woli odwołującego. Skoro zarzut został wycofany, to należy go traktować tak, jakby nie był podniesiony w odwołaniu w dacie jego wniesienia. Tym samym nie mógł być skierowany do merytorycznego rozpoznania. W tym zakresie rozstrzygnięcie postępowania mogło z mocy art. 568 pkt. 1 ustawy skutkować jedynie umorzeniem postępowania w odniesieniu do tego zarzutu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej w części 3 zamówienia- zestawy komputerowe podlegającej odrzuceniu oferty wykonawcy WebProfit, podczas gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez zamawiającego) w tej części zamówienia była oferta odwołującego, oraz
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez wezwanie wykonawcy WebProfit do wyjaśnienia treści oferty w zakresie części 3 zamówienia- zestawy komputerowe, w odniesieniu do rodzaju (producenta, model) zaoferowanych urządzeń (komputera i monitora) a tym samym- dopuszczenie do uzupełnienia oferty w zakresie jej głównego przedmiotu, w sposób powodujący jej zmianę i równoznaczny z prowadzeniem negocjacji co do jej treści w sytuacji, gdy oferta, jako niezgodna z warunkami zamówienia (nieokreślająca głównego przedmiotu świadczenia wykonawcy) podlegała odrzuceniu bez wzywania do jej wyjaśnienia lub uzupełnienia

Zarzuty zostały uwzględnione przez zamawiającego, a przystępujący po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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.

Opisana dyspozycją art. 522 ust. 3 ustawy sytuacja faktyczna miała miejsce w tym postępowaniu, co skutkowało umorzeniem postępowania.

O kosztach rozstrzygnięto na postawie art. 574 i 575 ustawy w związku z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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) zgodnie, z którym w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu. Odwołujący uiścił wpis w wysokości 15 000zł., przy czym, zgodnie z informacją pozyskaną od zamawiającego z dnia 15 września 2022 r. wartość zamówienia jest niższa niż progi określone na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy, a przedmiotem zamówienia jest dostawa. Zgodnie zatem z § 2 ust. 1 pkt. 1 cyt. rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy, wynosi 7500 złotych. Oznacza to, że Izba obowiązana była nakazać zwrot 7 500zł. wpisu na podstawie par. 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia oraz nakazać zwrot nadpłaconego wpisu w kwocie 7 500zł.

Przewodniczący:.....