Sygn. akt: KIO 2614/22

POSTANOWIENIE
z dnia 18 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 18 października 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022r. przez odwołującego: bezpieczne.IT Sp. z o.o. 02-797 Warszawa ul. Klimczaka 1 Budynek ROYAL WILANÓW kl. A II piętro w postępowaniu powadzonym przez zamawiającego: Gmina Sulęcin 69-200 Sulęcin, ul. Lipowa 18

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz bezpieczne.IT Sp. z o.o. 02-797 Warszawa ul. Klimczaka 1 Budynek ROYAL WILANÓW kl. A II piętro tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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:.....

Uzasadnienie

Nazwa postępowania: Dostawa macierzy dyskowej wraz z wyposażeniem, montażem i konfiguracją.

Ogłoszenie opublikowane w BZP pod numerem: Ogłoszenie nr 2022/BZP 00273281/01 z dnia 22 lipca 2022 r.

Numer nadany przez zamawiającego: IZiG.271.9.2022

Odwołanie - zarzuty, żądania, interes w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący działając w imieniu spółki pod firmą bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2022r. poz. 1710) (dalej zwanej jako „ustawa PZP") składa do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej zwana jako „Izba") odwołanie dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na: Dostawę macierzy dyskowej wraz z wyposażeniem, montażem i konfiguracją, (dalej

zwanym jako „Zamówienie” i/lub „Postępowanie”).

Odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w Postępowaniu tj.

- zaniechania odrzucenia i wyboru oferty BZ-SYSTEM Ł. Z. ul. Podgórna 13a 66-400 Gorzów Wlkp. (dalej zwanej jako „BZ-SYSTEM”) pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego, poprzez nie wskazanie, przez BZ-SYSTEM producenta, marki i modelu oferowanego sprzętu, poprzestając na wskazaniu, że wykonawca ten oferuje Kontroler DELL SAS, bez podania, modelu i marki sprzętu co jest niezgodne z warunkami zamówienia i prowadzi do tego, że nie wiadomo jaki konkretnie sprzęt jest przedmiotem oferty BZ-SYSTEM, oraz naruszenia zasady niezmienności oferty oraz równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania;

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący stawia następujący zarzut:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BZ-SYSTEM i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego, naruszenia zasady niezmienności oferty poprzez dostosowanie treści oferty do warunków zamówienia już po jej złożeniu i naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.;

W związku z ww. naruszeniami ustawy PZP, Odwołujący wnosi o:

1) unieważnienie czynności wyboru wykonawcy BZ-SYSTEM;

2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

3) odrzucenie oferty BZ-SYSTEM, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego;

4) wyboru oferty Odwołującego

Odnośnie do wykazania interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania,

Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym udziałem w Postępowaniu i jednocześnie podmiotem wykonującym profesjonalnie i stale dostawy objęte tym Zamówieniem. Odwołujący jest zainteresowany tym, żeby Postępowanie było prowadzone zgodnie z przepisami ustawy

Zamawiający nie może czynić odstępstw od stosowania ustawy PZP dla poszczególnych Wykonawców. Gdyby Postępowanie było prowadzone zgodnie z ustawą PZP, oferta BZSYSTEM zostałaby odrzucona ze względu na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego. W postępowaniu oprócz BZ-SYSTEM ofertę złożył tylko Odwołujący więc gdyby zgodnie z przepisami PZP oferta BZ-SYSTEM została odrzucona wtedy jako najkorzystniejsza zostałaby wybrana oferta Odwołującego.

Odwołujący może ponieść szkodę ze względu na utracone korzyści (lucrum cessans) z tytułu realizacji umowy na wykonanie Zamówienia. Odwołujący posiada zatem interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ustawy PZP.

Informacja o wyborze oferty BZ-SYSTEM została zamieszczona na stronie postępowania w dniu 29 września 2022 r. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit.a) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Wobec tego Odwołujący złożył odwołanie w terminie. W dniu 29 września r. Odwołujący dowiedział się, że oferta BZSYSTEM jest niezgodna z warunkami zamówienia, po udostępnieniu mu oferty BZ-SYSTEM przez Zamawiającego.

Izba ustaliła

Tak jak powyżej, Izba zacytowała fragmenty odwołania, sformułowano w nim zarzuty, żądania odwołania oraz powołano się na posiadany interes w uzyskaniu zamówienia.

Izba kwitując powyższe stwierdza, że odwołujący zarzuca niezgodność złożonej oferty przez wykonawcę wybranego z warunkami zamówienia i uważa, że jest to wada nieusuwalna oferty odwołującego. W konsekwencji, w ocenie odwołującego, oferta wykonawcy wybranego powinna podlegać odrzuceniu. W tym celu zamawiający powinien unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty i po ponownym badaniu i ocenie złożonych ofert w sumie dwóch ofert (oferta odwołującego i wykonawcy wybranego) odrzucić ofertę jedynego konkurenta odwołującego w postępowaniu i zamawiający powinien dokonać wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej - takie są oczekiwania odwołującego.

Według informacji od zamawiającego (pismo z dnia 6 października 2022r. - za pośrednictwem e-mail), w dniu 5 października 2022r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania, potencjalnego przystępującego to jest BZ-System Ł. Z. ul. Podgórna 13a, 66-400 Gorzów Wielkopolski, zwanego dalej „wykonawcą wybranym".

W ustawowym terminie trzech dni, w myśl art.525 ustawy PZP, od daty powiadomienia o złożonym odwołaniu, jak i na dzień wydania niniejszego postanowienia, do postępowania odwoławczego nie zgłosił się wykonawca wybrany, jako jedyny możliwy przystępujący w sprawie.

W dniu 12 października 2022r. drogą e-mail umocowany pełnomocnik odwołującego powiadamia o uwzględnieniu odwołania przez zamawiającego i w załączonym piśmie z datą 12.10.2022r. w związku z uwzględnieniem odwołania wnosi o umorzenie postepowania odwoławczego oraz o zwrot całej kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, na podstawie § 9 ust.1 pkt 2 lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z dnia 31 grudnia 2020r.poz.2437).

W tym miejscu Izba ustaliła, na podstawie przekazanej do akt sprawy dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego, że w dniu 7 października 2022r. Nasz znak: IZiG.271.9.2022 zamawiający zawiadamia o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 29 września 2022r. oraz zawiadamia o powtórzeniu czynności oceny ofert. Z uzasadnienia powyższego zawiadomienia zamawiającego wynika, że podstawą powyższej czynności unieważnienia i powtórzenia oceny ofert jest odwołanie z dnia 3 października 2022r. na zaniechanie odrzucenia i czynność wyboru oferty wykonawcy wybranego, w sytuacji niezgodności treści jego oferty z warunkami zamówienia. Dalej w uzasadnieniu czynności unieważnienia, zamawiający stwierdza, że „uwzględniając argumentację użytą w odwołaniu, podjął decyzję o powtórzeniu czynności oceny ofert w zakresie zgodności zaoferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego." Zamawiający dalej stwierdza, że o wynikach postępowania zawiadomi niezwłocznie. Zawiadomienie elektronicznie podpisane przez D. E. .

W dniu 17 października 2022r. drogą e-mail zamawiający zapytuje się o termin posiedzenia Izby wyznaczonego na dzień 18.10.200r. godz.13.00, ponieważ „uwzględnił odwołanie w części dotyczącej odrzucenia wybranego wykonawcę oraz unieważnił postępowania, jednak nie uzyskał żadnej informacji ze strony odwołującego czy nadal podtrzymuje odwołanie". Pismo (e-mail) wysłała A. D. inspektor ds. zamówień publicznych.

Izba w zaistniałej sytuacji, a opisanej powyżej zniosła termin wyznaczonego posiedzenia i rozprawy, rozpatrując odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Izba zważyła

W opisanej, powyżej w ustaleniach Izby, sytuacji nie doszło do uwzględnienia odwołania w myśl art. 522 ustawy PZP, ponieważ zamawiający nie oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, kierując stosowny wniosek do Izby o umorzenie postępowania odwoławczego. W związku z tym zamawiający nie jest zobowiązany, na mocy uwzględnienia zarzutów odwołania, wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Chociaż jak wynika z powyższych ustaleń Izby (pismo - e-mail- z 12.10.2022r.), w mniemaniu odwołującego, nastąpiło uwzględnienie odwołania, a czego Izba nie stwierdza. Izba, opierając się na przesłanej dokumentacji postępowania zamawiającego (akta sprawy), a nie oświadczenia zamawiającego skierowanego do Izby, stwierdza, że na mocy czynności zamawiającego w dniu 7 października 2022r. przestała istnieć w obrocie rynkowym zamówień publicznych, czynność zamawiającego z dnia 29 września 2022r. wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy wybranego. Podstawę do unieważnienia powyższej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający opiera na tym, że uwzględniając argumentację (a nie zarzuty) odwołania, decyduje się na powtórzenie czynności oceny ofert

pod kątem zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego. Z powyższego uzasadnienia unieważnienia czynności, w kierunku wyboru najkorzystniejszej oferty wynika, że zamawiający nabrał wątpliwości co do prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty, zapoznając się z argumentacją odwołania. Reasumując zamawiający nie uwzględnia odwołania w rozumieniu art.522 ustawy PZP.

Również odwołujący nie cofnął odwołania w rozumieniu art.520 ustawy PZP co miałoby oznaczać, brak wywołania skutków prawnych, jakie wiąże ustawa z wniesieniem odwołania. Natomiast nie istnieje w obrocie, jak już powyżej Izba stwierdza, czynność zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty czyli czynność, którą zaskarżył odwołujący. W związku z tym brak podstawy do kwestionowania zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego jako tej, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ nie ma oferty wybranej.

Izbie pozostaje rozważenie czy zachodzi w tej sytuacji zbędność, czy też niedopuszczalność postępowania, zgodnie z treścią art.568 pkt 2 ustawy PZP zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Co do zbędności postępowania odwoławczego to raczej należy tę sytuację odnosić do podobnych zdarzeń w rodzaju cofnięcia odwołania lub uwzględnienia odwołania, czy też jednoczesnego uwzględnienia i cofnięcia odwołania, co ma miejsce w sytuacjach częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania i cofnięcia w zakresie części nieuwzględnionych zarzutów odwołania.

Natomiast mając na uwadze treść art. 552 ust.1 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, zaistniałą sytuację w niniejszej sprawie należy, w ocenie Izby, zakwalifikować do stanu niedopuszczalności orzekania. Bowiem na dzień orzekania Izby nie ma przedmiotu sporu, jakim była czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, a to z powodu jej unieważnienia przez zmawiającego, zarówno co do oceny ofert, jak i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 2

437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu w pełnej wysokości, tj. 7 500zł., co znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:.....