Sygn. akt: KIO 2736/22

POSTANOWIENIE
z dnia 26 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 26 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2022 r. przez wykonawcę P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S. z siedzibą w Płocku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze" z siedzibą w Warszawie:

przy udziale

A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2736/22 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy Neutech Warsaw Company Limited sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 2736/22 po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S. z siedzibą w Płocku kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze 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 2736/22

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze" z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup i instalacja 4 szt. Urządzeń EDS (Explosive Detection System co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS", numer referencyjny: 134/PN/ZP/TLLZP/22.

Informację o zaproszeniu do aukcji elektronicznej Zamawiającego Odwołujący: P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S. z siedzibą w Płocku powziął w dniu 21 września 2022 r., w tym o zaproszeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Nie zgadzając się z postępowaniem Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu przetargowym Odwołujący w dniu 17 października 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności:

a) oceny oferty złożonej przez - konsorcjum Dimark S.A. i Anglosec Sp. z o.o. (dalej jako „Konsorcjum" lub „Przystępujący") w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup i instalacja 4 szt. Urządzeń EDS (Explosive Detection System co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS", nr sprawy 134/PN/ZP/TLLZP/2022 - dalej jako „Postępowanie", w zakresie:

i. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum i uznania, że oferta jest zgodna z SWZ w zakresie zaproponowanego sposobu montażu i wyboru oferowanego urządzenia EDS, podczas gdy zaoferowany projekt montażu jest niemożliwy do wykonania z uwagi na gabaryty urządzenia,

ii. przyznania Konsorcjum maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert Funkcjonalność,

iii. uznania, że wobec ww. oferty nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP,

b) wystosowania przez Zamawiającego zaproszenia do aukcji elektronicznej - a także dalszego procedowania w zakresie aukcji, w sytuacji w której nie są spełnione przesłanki prowadzenia aukcji, bowiem tylko jedna oferta nie podlega odrzuceniu.

Czynnościom tym zarzucił naruszenie:

c) art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP-

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, w oferta jest niezgodna z

warunkami zamówienia, bowiem nie jest możliwe wykonanie robót wykazanych we wstępnym planie montażu, w sposób uwzględniający uwarunkowania przestrzenne i odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego co do zakresu ingerencji w istniejącą infrastrukturę;

d) art. 227 ust. 1 PZP poprzez wszczęcie i prowadzenie procedury aukcji elektronicznej w sytuacji, w której w postępowaniu nie złożono co najmniej 2 ofert niepodlegających odrzuceniu.

W związku z tym, że interes Wykonawcy doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP, Wykonawca zażądał:

e) uwzględnienia odwołania w całości,

f) nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty

Konsorcjum,

g) nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum na skutek niezgodności zakresu oferty z SWZ,

h) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji

elektronicznej, unieważnienia samej aukcji i jej wyników,

i) nakazania Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

j) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania.

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 568 pkt.2 ustawy Pzp, uznając, że Zamawiający nie dokonał czynności oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, a zatem zasadnym było przyjęcie poglądu, że dalsze postępowanie stało się zbędne z powyższej przyczyny i niedopuszczalne na tym etapie postępowania.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Na mocy zarządzenia z dnia 20 października 2022 r. Izba:

1. zobowiązała wszystkie strony i uczestników przedmiotowego postępowania odwoławczego w sprawie o powyższej sygnaturze akt do złożenia niezwłocznie pism procesowych (Zamawiającego do złożenia odpowiedzi na odwołanie), a także do przedstawienia przy tych pismach procesowych dokumentów i innych dowodów istotnych do rozstrzygnięcia odwołania, na zasadzie art. 536 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) w terminie nie dłuższym niż 3 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania,

2. zobowiązała Odwołującego i Zamawiającego do złożenia do akt sprawy

dowodu dokonania przez Zamawiającego formalnej czynności oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i przekazania informacji o tej czynności wykonawcom, w tym w szczególności w zakresie przyznania maksymalnej punktacji w ramach kryterium oceny ofert „Funkcjonalność” w terminie, o którym mowa w pkt 1.

W wykonaniu powyższej czynności w zakresie odnoszącym się do przedmiotowego formalnego rozstrzygnięcia Odwołujący w piśmie z dnia 24 października 2022 r.(wpływ z podpisem elektronicznym o godz.18.20) wnosił o dopuszczenie dowodów z następujących dokumentów, załączonych do pisma:

5) Pisma procesowego Przystępującego z dnia 14 października 2022 r., złożonego w sprawie KIO 2622/22 - celem wykazania faktu, że przy braku oficjalnej informacji Zamawiającego o dokonanej ocenie ofert, na dzień przeprowadzenia aukcji elektronicznej, ocena ofert została już przez Zamawiającego przeprowadzona.

Przedstawiając dowód dokonania przez Zamawiającego formalnej czynności oceny ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i przekazania informacji o tej czynności wykonawcom, w tym w szczególności w zakresie przyznania maksymalnej punktacji w ramach kryterium oceny ofert „Funkcjonalność”, Odwołujący wskazał, co następuje.

„Odwołującemu przesłano pismem z dnia 21 września 2022 roku, informację o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej jest prawnie możliwe dopiero po uznaniu przez Zamawiającego, iż w postępowaniu złożono co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu. W świetle bowiem art. 227 ust. 1 Pzp „W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu, że wybór najkorzystniejszej

oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli (...) złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu". Podobnie przepis art. 232 ust. 1 stanowi, iż „Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (.)" Odwołujący powziął informacje o zaproszeniu Przystępującego 2 do udziału w aukcji elektronicznej, a tym samym ocenie złożonej przez Przystępującego 2 oferty jako niepodlegającej odrzuceniu, w dniu 5 października 2022 r. tj. na rozprawie w sprawie Sygn. KIO 2488/22. Wcześniej, Odwołujący jedynie domniemywał zaproszenie Przystępującego 2 do udziału w aukcji elektronicznej, wobec stwierdzenia faktu, iż w ofercie Przystępującego nr 1, stwierdzono brak wadium. Tym samym, wobec wymogu zaproszenia do udziału w aukcji dwóch wykonawców oraz wobec oczywistej wady formalnej oferty Przystępującego 1, Odwołujący domniemywał, iż jedynym podmiotem - innym niż Odwołujący - który mógł zostać zaproszony do udziału w aukcji, był Przystępujący 2. Odwołujący wnosi przedmiotowe odwołanie w dniu 17 października 2022 r. albowiem 5 października 2022 powziął informację o zaproszeniu Przystępującego 2 do udziału w aukcji - przy czym jedynym dowodem potwierdzającym, że Zamawiający dokonał oceny oferty Przystępującego 2, jest wydruk dołączony do pisma ww. z dnia 14 października 2022 r. Ponadto, tego dnia (5 października 2022 r.) w następstwie odwołania wniesionego przez Odwołującego w sprawie Sygn. KIO 2488/22, Zamawiający udostępnił Odwołującemu część oferty Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, która została niezasadnie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Do tego czasu możliwość zapoznania się z tym dokumentem była przez Zamawiającego bezprawnie wyłączona. Odtajnione informacje stanowią obecnie podstawę do formułowania zarzutów odwołania niezgodności oferty z warunkami zamówienia jak i bezpodstawnego zaproszenia Przystępującego 2 do udziału w aukcji. Podstawę prawną dla wniesienia odwołania w ww. terminie stanowi art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp. Odnośnie do przyznania maksymalnej ilości punktów w ramach kryterium oceny ofert „Funkcjonalność", Odwołujący pragnie podkreślić, iż wskazanie w odwołaniu błędnej czynności oceny oferty Przystępującego 2 w kryterium „Funkcjonalność" należy interpretować w ten sposób, iż oferta tego wykonawcy nie powinna być w ogóle oceniana w tym kryterium jako oferta podlegająca odrzuceniu. O ocenie oferty w tym kryterium, Odwołujący powziął informację w dniu 5 października 2022 r. w trakcie rozprawy w sprawie o Sygn. KIO 2488/22.".

Izba stwierdziła, że aktach sprawy odwoławczej przekazanej przez Zamawiającego nie ma informacji o czynności oceny oferty Przystępującego (brak wskazania w protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego - Druk ZP-PN, że czynność taka została dokonana i w związku z tym jaka była ocena w kryterium funkcjonalność).

Nadto, Zamawiający w piśmie z dnia 19 października 2022 r. PPL.TF.TL.TLLZ.TLLZP.220.175.22, nr ref. 134/PN/ZP/TLLZP/22 poinformował Krajową Izbę Odwoławczą jedynie o czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej w dniu 21 września 2022 r. Data ta została również przyznana przez Odwołującego w powyższym piśmie procesowym.

W chwili orzekania Zamawiający, pomimo wezwania do złożenia do akt sprawy dowodu dokonania przez Zamawiającego formalnej czynności oceny oferty Przystępującego nie potwierdził tej okoliczności.

Wobec powyższego - zdaniem Izby należało przyjąć, że Zamawiający, po zapoznaniu się z treścią odwołania, sam zaprzeczył, że taka czynność oceny oferty Przystępującego została dokonana.

Powyższego stanu rzeczy nie może zmienić okoliczność, że Przystępujący mógł być przekonany, że skoro doszło do aukcji elektronicznej, to jego oferta została przez Zamawiającego oceniona.

W związku z tym Izba uznała powołany przez Odwołującego w pkt 5 powołanego wyżej pisma procesowego dowód za nieprzydatny do rozstrzygnięcia okoliczności faktycznej związanej z brakiem dokonanej czynności oceny oferty Przystępującego.

W ocenie Izby - domniemanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może zastępować samej czynności, co prowadziłoby do braku jakiejkolwiek

stabilności prowadzonej przez Zamawiającego procedury o udzielenie zamówienia

publicznego.

Z powyższych względów Izba uznała za zbędne i prawnie niedopuszczalne rozpoznanie sprawy w warunkach braku czynności oceny oferty Przystępującego.

W dalszej kolejności, Izba stanęła na stanowisku, że gdyby okazało się, że przeprowadzona przez Zamawiającego czynność oceny oferty Przystępującego dokonana byłaby w sposób naruszający ustawę Pzp, to następstwem tej sytuacji byłby obowiązek Zamawiającego unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej, a w konsekwencji całej aukcji elektronicznej.

W związku z powyższym konieczne jest powołanie się na przepis art.513 pkt 1 ustawy Pzp, który przewiduje, że odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy.

Co istotne, Odwołujący mimo cyt. wyżej wezwania Izby zobowiązującego do złożenia dowodu potwierdzającego czynność oceny oferty Przystępującego - w przekonaniu Izby - nie sprostał temu zadaniu, co potwierdza, że bez czynności dokonanej przez Zamawiającego rozpoznanie odwołania jest zbędne i niedopuszczalne.

Ostatecznie wymaga podkreślenia, że przedmiotowe rozstrzygnięcie ma charakter formalny i nie pozbawia Odwołującego w przyszłości środka ochrony prawnej na czynność badania i oceny oferty Przystępującego w przedmiotowym zakresie wskazanym przez Odwołującego w tym odwołaniu, jeżeli taka czynność Zamawiającego zostanie zakomunikowana uczestnikom przetargu i w związku z tym wejdzie do obrotu prawnego.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art.574 i 576 ustawy Pzp oraz § 9 ust.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art.568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.568 pkt 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....