

Sygn. akt: KIO 2930/24

WYROK

Warszawa, dnia 6 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Andrzej Niwicki

Protokolantka:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2024 r. przez DABEX K. i J. sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej

w postępowaniu prowadzonym przez Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego DABEX Kołodziej i Jęczmionka sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od DABEX K. i J. sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej na rzecz Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2930/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach, ul. Poniatowskiego 15, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Dostawa papieru toaletowego, ręczników papierowych oraz środków czystości i drobnego sprzętu do sprzątania dla jednostek Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach”, nr postępowania RZP/TP/62/24.

Odwołujący: DABEX Kołodziej i Jęczmionka sp. z o.o. z/s w Rudzie Śląskiej wniósł dnia 13 sierpnia 2024 r. odwołanie od decyzji zamawiającego polegającej na unieważnieniu czynności podjętych w postępowaniu w zakresie pakietu nr 1.

Zaskarża czynności polegające na unieważnieniu wyboru oferty Dabex K. i J. Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej z dnia 5 sierpnia 2024 r. oraz unieważnieniu odrzucenia oferty Marpol Szlencka Sp. z o.o. i odrzucenia oferty Firma Handlowa PRIMA w zakresie pakietu nr 1, i czynnościom tym zarzuca naruszenie:

1. art. 17 ust. 2 Pzp przez naruszenie zasady legalizmu przez unieważnienie czynności odrzucenia ofert Marpol Szlencka Sp. z o.o. i Firmy Handlowej PRIMA i unieważnienie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, gdy nie doszło po stronie Zamawiającego do błędów w postępowaniu;
2. art. 16 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w sytuacji

gdy wykonawca Marpol Szlencka Sp. z o.o. zawarł w ofercie produkt nie występujący na rynku, mogący być wyprodukowany hipotetycznie w przyszłości, przedłożył budzące wątpliwości co do wiarygodności oferty w zakresie pakietu nr 1 dokumenty, co nastąpiło dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty na podstawie których Zamawiający unieważnił dokonane czynności, w tym wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego przez co, na skutek naruszających zasady uczciwej konkurencji zachowań Marpol Szlencka Sp. z o.o., Zamawiający pozbawił Odwołującego zamówienia co do wykonania którego winien być on wybrany zgodnie z przepisami ustawy;

3. art. 226 ust.1 pkt. 5 Pzp przez jego niezastosowanie w części dotyczącej wyboru ofert przez unieważnienie odrzucenia oferty Marpol Szlencka Sp. z o.o. i Firmy Handlowej PRIMA w sytuacji, gdy oferta Marpol Szlencka Sp. z o.o. nie spełniała wymagań Zamawiającego.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z korespondencji mail z przedstawicielem producenta Zefir Paper Sp. z o.o. na okoliczność wykazania, że w ofercie handlowej tej firmy brak jest towarów odpowiadających wymogom specyfikacji asortymentowo cenowej, ich

produkcja jest możliwa tylko na indywidualne zamówienie, ale nie w ilościach oczekiwanych przez Wykonawcę.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i wydanie orzeczenia nakazującego: unieważnienie czynności Zamawiającego w zakresie pakietu nr 1 polegającej na unieważnieniu czynności wyboru oferty Dabex Kołodziej i Jęczmionka Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej z dnia 5 sierpnia 2024 r. oraz unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Marpol Szlencka Sp. z o.o. i odrzuceniu oferty Firma Handlowa PRIMA.

UZASADNIENIE

W dniu 5 sierpnia 2024 r. zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych w tym postępowaniu: Oferta nr 3, Dabex Kołodziej i Jęczmionka Sp. z o. o. Wartość brutto oferty wynosi: 450 545,93 zł. Jednocześnie zawiadomił, że działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, unieważnił ofertę Marpol Szlencka Sp. z o.o. w zakresie pakietu nr 1 gdyż treść złożonej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu podniósł, że w trakcie badania oferty nr 2 pakietu nr 1 poz. 1, Wykonawca w pakiecie nr 1 poz.1 zaproponował papier toaletowy firmy Zefir, która nie produkuje papieru o tej specyfikacji jaką Zamawiający wymagał tzn. 9,5- 10,5 cm. Szerokość zaproponowanej rolki papieru firmy Zefir wynosi 9,2 cm. Dodatkowo w pakiecie nr 1 poz. 3, Wykonawca nie spełnił wymagań Zamawiającego, ponieważ Zamawiający wymagał ręczników kuchennych w rolkach o szerokości wstęgi min. 22 cm, a Wykonawca zaoferował ręczniki kuchenne firmy Zefir, które mają szerokość wstęgi 20 cm. Oferta ta jest zatem niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, podlega odrzuceniu na mocy art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2024 roku Zamawiający zawiadomił kolejno natomiast uczestników postępowania, że unieważnia czynności podjęte uprzednio w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pakietu nr 1, a to:

- 1) czynność wyboru oferty Dabex jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1,
- 2) czynność odrzucenia oferty Firma Handlowa PRIMA w zakresie pakietu nr 1,
- 3) czynność odrzucenia oferty Marpol Szlencka Sp. z o.o. w zakresie pakietu nr 1.

W uzasadnieniu Zamawiający podniósł, że w dniu 06 sierpnia 2024 r. wpłynęło pismo Wykonawcy Marpol Szlencka Sp. z o.o. z zarzutem niezasadnego odrzucenia jego oferty w zakresie pakietu nr 1. W ocenie Marpol Szlencka Sp. z o.o. spełnia on wszystkie wymagania. Na dowód przedstawił pismo producenta Zefir Produkt Sp. z o. o wraz z kartami charakterystyki przedmiotowych produktów. Z pisma wynika, że producent zobowiązał się wyprodukować dla Wykonawcy produkty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co wraz z oświadczeniem producenta potwierdzają też dołączone karty charakterystyki. W związku z powyższym Zamawiający informuje o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert w pakiecie nr 1.

Odwołujący nie może się zgodzić z takim rozstrzygnięciem zamawiającego.

W SWZ oraz stanowiącej do niej załączniku specyfikacji asortymentowo cenowej (zał nr 2) określono parametry zamówienia w zakresie pakietu nr 1 dotyczące ręczników papierowych oraz papieru toaletowego. Zgodnie z tymi wymogami Odwołujący z złożonej oferty wskazał przedmiot zamówienia odpowiadający wymaganym parametrom oraz producenta.

Składając ofertę w zakresie pakietu nr 1 inny wykonawca - Marpol Szlencka Sp. z o.o. wpisał do niej również parametry wymagane przez załącznik nr 2 i jako producenta wskazał firmę ZEFIR z siedzibą w Kielcach.

W toku postępowania Zamawiający ustalił, że produkt firmy Zefir nie spełnia parametrów wymaganych specyfikacji asortymentowo cenowej i dokonał na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odrzucenia oferty w zakresie pakietu nr 1. Czynność była uzasadniona, gdyż w ofercie wskazano produkt nie występujący na rynku. Analiza oferty producenta firmy dostępna na stronie internetowej producenta wskazuje, że nie posiada on w swojej ofercie produktu spełniającego wymogi SWZ i specyfikacji asortymentowo cenowej. Oferowane produkty jak trafnie zauważono w toku postępowania nie spełniają wymagań w zakresie szerokości rolki papieru firmy Zefir, która wynosi 9,2 cm oraz ręczników kuchennych w rolkach o wymaganej szerokości wstęgi min. 22 cm w sytuacji, gdy producent oferuje 20 cm.

W myśl art. 7 pkt 29 Pzp przez "warunki zamówienia" należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub

postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jeżeli zamawiający jest przekonany o niezgodności zaoferowanego przedmiotu dostawy z przedmiotem zamówienia wówczas powinien skorzystać z przesłanki odrzucenia oferty wskazanym w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W niniejszym postępowaniu po wyborze przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty nie było podstaw do unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty firm Marpol Szlencka Sp. z o.o. i Firma Handlowa PRIMA z powodu przedstawienia przez wykonawcę Marpol Szlencka Sp. z o.o. informacji pochodzącej od producenta Firmy Zefir oraz kart charakterystyki produktów. Ponadto złożenie tych dokumentów po terminie składania ofert, stanowiłoby niedopuszczalne uzupełnienie oferty. Uprawnienie do uzupełnienia treści oferty o przedmiotowe środki dowodowe jest możliwe w ściśle określonych przez ustawodawcę przypadkach, jak wskazuje art. 107 Pzp. Co do zasady przedmiotowe środki dowodowe należy złożyć wraz z ofertą, jeśli ich nie złożono lub są niekompletne (np. brakuje poszczególnych stron), zamawiający może wezwać do ich złożenia lub uzupełnienia, o ile taką możliwość przewidział w dokumentach zamówienia. Zgodnie z przytoczonymi

regulacjami, uwzględnienie złożonego po terminie dokumentu stanowiłoby o naruszeniu zasady niezmienności treści oferty uregulowanej w art. 223 Pzp.

Po uzyskaniu wglądu do treści ofert Odwołujący zwrócił się do producenta Zefir Paper Sp. z o.o. z zapytaniem o możliwość zakupu produktów spełniających parametry specyfikacji asortymentowo- cenowej SWZ w niniejszym postępowaniu. Z uzyskanej informacji wynika, że produkt taki nie występuje w ofercie handlowej, może być zrealizowany na indywidualne zamówienie, ale nie przy tak małych ilościach, a nadto ręcznik papierowy jest produkowany o długości 10 lub 20 metrów i zawiera 50 lub 100 listków.

Z powyższych faktów wynika, że wykonawca Marpol Szlencka Sp. z o.o. zawarł w ofercie produkt nie występujący na rynku a uzyskanie produktu o parametrach spełniających wymogi SWZ jest teoretycznie możliwe, ale w praktyce trudne do wykonania z uwagi na konieczność realizacji indywidualnego zamówienia oraz ilość zapotrzebowanego produktu. Oferując zatem towar nie występujący w ofercie producenta Marpol Szlencka Sp. z o.o. dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji zawarł w ofercie produkt nie występujący na rynku, mogący być wyprodukowany w przeszłości. Idąc tym tokiem rozumowania należy zauważyć również, że przedłożone karty techniczne produktu winny zwrócić zainteresowanie co do ich wiarygodności, gdyż zostały wydane na towar, który nie jest jeszcze produkowany. Nadto uzasadnionym jest założenie, że skoro oferowany towar ma być wyprodukowany w przyszłości to wątpliwości może budzić realność i pewność realizacji umowy przez wykonawcę co jest niezbędnym warunkiem dla wykonania zamówienia publicznego. Wykonawca składając ofertę musi wykazać, że jest w stanie zrealizować zamówienie zgodnie z umową i określonymi potrzebami zamawiającego.

Zamawiający powinien mieć również zawsze na uwadze, że zobligowany jest udzielić danego zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, którego wybór został dokonany z poszanowaniem przepisów Pzp. Przepisy nie przewidują uprawnienia zamawiającego do unieważnienia czynności w postaci unieważnienia oferty lub wyboru najkorzystniejszej oferty. W orzecznictwie KIO przyjęto jednak, że: Dopuszczalne jest samodzielne podjęcie przez Zamawiającego decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o ile Zamawiający uzna, iż podjęte uprzednio czynności są obciążone wadą. Uprawnienie Zamawiającego do poprawy własnych czynności w drodze unieważnienia tych, które zamawiający uznał za wadliwe nie ma jednak charakteru nieograniczonego. Dopuszczalny zakres tego uprawnienia wynika z podstawowego celu prowadzenia postępowania, czyli udzieleniu zamówienia i realizacji określonych potrzeb zamawiającego. (tak KIO 533/24). Oznacza to, że unieważnienie czynności przez Zamawiającego jest dopuszczane tylko w sytuacji, gdy czynności postępowania są obciążone wadą wymagającą ich poprawienia w celu udzielenia zamówienia wykonawcy, który winien być wybrany zgodnie z przepisami Pzp. Taka sytuacja

w niniejszym postępowaniu nie miała miejsca. Jak wykazuje Odwołujący w niniejszym odwołaniu z powołaniem się na dowody zgromadzone w postępowaniu oraz oferowane w postępowaniu odwoławczym na etapie złożenia zamówienia, produkt oferowany przez wykonawcę Marpol Szlencka Sp. z o.o. nie występował w ofercie producenta i nie był produkowany, jego wytworzenie jest hipotetycznie możliwe, ale na indywidualne zamówienie producenta. W tych okolicznościach trafnie Zamawiający dokonał weryfikacji oferty i po stwierdzeniu, że wskazany producent nie produkuje produktu o zawartych w ofercie parametrach trafnie z powołaniem się na przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odrzucił ofertę. Nie doszło zatem do uchybień w postępowaniu w przedmiocie odrzucenia oferty i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Wadliwymi natomiast i sprzecznymi z art. 16 i 17 ust. 2 Pzp były czynności w postaci unieważnienia czynności wyboru oferty Dabex Kołodziej i Jęczmionka Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej z dnia 5 sierpnia 2024 r. oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Marpol Szlencka Sp. z o.o. i czynności odrzucenia oferty Firma Handlowa PRIMA w zakresie pakietu nr 1. Nie było do tego jakichkolwiek podstaw prawnych, w szczególności podstawy takiej nie może stanowić wątpliwe zdaniem Odwołującego pod względem wiarygodności, pismo producenta firmy ZEFIR oraz przedłożone karty techniczne produktu, które jak zakłada Odwołujący nie odpowiadają wymogom SWZ. Odwołujący nie miał do nich wglądu wobec odmowy Zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2024 r.

Załączniki: korespondencja mail Odwołującego z przedstawicielem producenta Zefir Paper Sp. z o.o.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości za zasądzeniem – na podstawie faktury VAT

wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów przywołanych w odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający doszedł do przekonania, że zarzuty należy uznać za bezzasadne i podlegające oddaleniu. Za przyjęciem takiego zapatrywania przemawiają następujące argumenty.

1. Ustalenia stanu faktycznego.

Zamawiający wyjaśnia, że w piśmie z dnia 5 sierpnia 2024 r. podał informację o wyborze -w pakiecie 1 - oferty wykonawcy DABEX jako oferty najkorzystniejszej, wskazując jednocześnie, że dokonuje odrzucenia oferty wykonawcy Marpol Szlenska Sp. z o.o. („Marpol”) oraz wykonawcy Firma Handlowa PRIMA (dalej: „PRIMA”) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ:

1) Marpol: a) w poz. 1 (papier toaletowy mały do dozowników) Wykonawca ten zaoferował papier toaletowy firmy Zefir, która nie produkuje papieru o specyfikacji wymaganej przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał bowiem szerokości rolki papieru w przedziale 9,510,5 cm, natomiast w ocenie Zamawiającego papier producenta Zefir posiadał szerokość 9,2 cm,

b) w poz. 3 (ręczniki kuchenne w rolkach) ww. Wykonawca zaoferował ręczniki kuchenne producenta Zefir o szerokości wstęgi 20 cm podczas, gdy Zamawiający wymagał szerokości wstęgi min. 22 cm;

2) PRIMA: a) w poz. 2 (papier toaletowy wykonany z makulatury), w której Zamawiający wymagał złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart charakterystyki, folderów i ulotek, Wykonawca w świetle złożonych dokumentów przedmiotowych zaoferował papier toaletowy niezgodny z postawionymi wymogami. Zamawiający wymagał bowiem długości rolki w zakresie 150-170 m, natomiast z dołączonej karty charakterystyki dla papieru toaletowego wynikało, że zaoferowany przez Wykonawcę papier JUMBO ma długość rolki 150 m(+/-2 m), czyli mógłby mieć 148 metrów długości

(2 metry poniżej dolnej granicy 150 metrów),

b) w poz. 3 (ręczniki kuchenne w rolkach) Wykonawca zaoferował ręczniki kuchenne producenta Zefir o szerokości 20 cm, podczas gdy Zamawiający wymagał szerokości wstęgi min. 22 cm (wykonawca PRIMA w poz. 3 zaoferował ten sam produkt, co wykonawca Marpol, i w konsekwencji ocena i podstawa odrzucenia były w tym zakresie takie same, co w przypadku oferty Marpol).

W przypadku oferty PRIMA w zakresie poz. 2 Zamawiający uznał tę ofertę za niezgodną z SWZ na podstawie dołączonych do jej treści wymaganych przedmiotowych środków dowodowych (kart charakterystyki) podczas, gdy dla pozycji 1 i 3 tego rodzaju przedmiotowe środki dowodowe nie były treścią SWZ wymagane. Wobec tego w przypadku oferty Marpol w poz. 1 (papier toaletowy mały do dozowników) oraz oferty Marpol i PRIMA w poz. 3 (ręczniki kuchenne w rolkach) stwierdzenie niezgodności treści tych ofert z treścią SWZ nastąpiło jedynie na podstawie informacji zawartych na stronie producenta, tj. firmy Zefir pod adresem: . Z informacji w domenie publicznej wynikało, że producent nie posiada w swojej ofercie papieru toaletowego o wymaganej szerokości rolki w przedziale 9,5-10,5 cm oraz ręczników kuchennych o wymaganej szerokości wstęgi min. 22 cm. Powyższe ustalenia Zamawiającego zaowocowały tym, że Zamawiający odrzucił ofertę Marpol z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, a tym samym oferta wykonawcy DABEX została uznana za najkorzystniejszą, czemu Zamawiający dał wyraz w piśmie z 5 sierpnia 2024 r.

Tymczasem w dniu 6 sierpnia 2024 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo wykonawcy Marpol, w którym Wykonawca podniósł, że jego oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego w pakiecie 1. Na potwierdzenie wraz z pismem złożył pismo producenta z 5

sierpnia 2024 r. oraz dwie karty techniczne produktów: jedną dla papieru, a drugą dla ręcznika. Producent Zefir w treści pisma potwierdził możliwość wyprodukowania papieru o parametrach wymaganych przez Zamawiającego (o wysokość rolki 9,5 cm), zaś w przypadku poz. 3, tj. ręcznika kuchennego, poinformował, że posiada w swojej ofercie produkt o parametrach wymaganych przez Zamawiającego, tj. o wysokości rolki 22,5 cm. Wobec tego w świetle dokumentów przesłanych przez wykonawcę Marpol Zamawiający stwierdził, że - w zakresie pakietu nr 1 - koniecznym jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia ofert wykonawców Marpol i PRIMA. Powyższe zaowocowało również przekonaniem Zamawiającego o konieczności zwrócenia się do firmy Zefir (producenta papieru toaletowego zaoferowanego przez Marpol i ręczników kuchennych zaoferowanych przez Marpol i PRIMA) o potwierdzenie informacji przedstawionych przez wykonawcę Marpol w piśmie z dnia 6 sierpnia 2024 r.

W wykonaniu powyższego zamierzenia Zamawiający w dniu 8 sierpnia 2024 r. zamieścił informację o unieważnieniu w zakresie pakietu 1 czynności wyboru oferty DABEX jako najkorzystniejszej oraz o unieważnieniu czynności odrzucenia ofert PRIMA i Marpol. Zamawiający w treści informacji o unieważnieniu ww. czynności jasno i wprost opisał nowe okoliczności, które wyniknęły na gruncie prowadzonego Postępowania. W szczególności Zamawiający poinformował o złożeniu pisma przez wykonawcę Marpol wraz z pismem producenta Zefir i kartami charakterystyki zamawianych produktów. Co więcej, w części końcowej pisma Zamawiający poinformował o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert w zakresie pakietu 1, co oznacza, że Zamawiający jeszcze raz będzie dokonywał weryfikacji treści ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, uwzględniając przy tym wszystkie okoliczności zaistniałe na gruncie niniejszej sprawy.

2. Brak kumulatywnego wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, poprzez brak możliwości poniesienia szkody przez wykonawcę DABEX.

Odwolujący nie legitymuje się uprawnieniem określonym w art. 505 ust. 1 Pzp, przysługującym wykonawcy do wniesienia odwołania jedynie jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, ponieważ brak jest wykazania przez wykonawcę DABEX przesłanki poniesienia szkody.

W świetle ustalonego i opisanego wyżej stanu faktycznego nie budzi żadnych wątpliwości, że Zamawiający unieważnił dokonane wcześniej czynności, tj. wybór oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia ofert wykonawców Marpol i PRIMA z uwagi na konieczność przeprowadzenia ponownego badania ofert złożonych w Postępowaniu, aby udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. Dążenie tego rodzaju jest zgodne z przepisem art. 17 ust. 2 Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się

wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i wpisuje się w cel każdego postępowania, którym jest zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W świetle powołanego przepisu za niedopuszczalne należy uznać zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli działanie Zamawiającego stanowi dokonanie czynności z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik Postępowania.

Zgodnie z ustaloną i niekwestionowaną linią Krajowej Izby Odwoławczej Do czasu zawarcia umowy zamawiający może w ramach prowadzonego postępowania przeprowadzać czynności, dokonywać unieważnień czynności, powtarzać czynności nawet w wielu przypadkach nie informując o tym wykonawców". Zamawiający jest zatem obowiązany unieważnić każdą dokonaną czynność (unieważnić wybór oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy, odrzucenie oferty, a także unieważnić czynność unieważnienia postępowania), jeżeli dokonanie określonej czynności nastąpiło z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (wyroku z dnia 22 lipca 2015 r., KIO 1462/15). Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający posiada uprawnienie, aby samodzielnie unieważnić każdą czynność w postępowaniu, dokonaną z naruszeniem przepisu Pzp, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Takie stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 21 listopada 2013 r., KIO 2591/13; KIO 2593/13 oraz z dnia 29 lipca 2013 r., KIO 1718/13). Jedynym ograniczeniem dla unieważnienia czynności w postępowaniu dokonanej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp jest fakt udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). W związku z powyższym należy skonstatować, że skoro możliwe jest unieważnienie unieważnienia postępowania w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, to tym bardziej możliwe jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego.

Co więcej, Zamawiający jako gospodarz prowadzonego postępowania ma nie tylko uprawnienie, ale przede wszystkim obowiązek kontrolowania poprawności dokonywanych czynności i naprawiania popełnionych błędów. Oznacza to, że zawsze może wycofać się z podjętej decyzji i powtórzyć daną czynność, którą uznaje za wadliwą. Przyjęcie innego poglądu w oczywisty sposób prowadziło do sytuacji, w której pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa utrzymałby je on w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości.

Na obecnym etapie prowadzonego Postępowania wynik ponownego badania i oceny ofert, a także przyszłego wyboru najkorzystniejszej oferty nie jest przesądzony, ponieważ brak jest jeszcze ostatecznej decyzji Zamawiającego przesądzającej o tym, któremu z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zostanie udzielone zamówienie. Tym samym nie

można wykluczyć sytuacji, w której zamówienie uzyska Odwołujący. W kontekście powyższego brak jest podstaw do uznania, że Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku działań Zamawiającego. Dopiero gdy Zamawiający ostatecznie rozstrzygnie prowadzone Postępowanie, to wykonawcy DABEX będzie przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej względem wyniku prowadzonego Postępowania, w tym wobec dokonanego przez Zamawiającego ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie ulega wątpliwości, że w świetle brzmienia art. 253 Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Z powyższego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, że co do zasady czynności wyboru najkorzystniejszej oferty towarzyszy czynność odrzucenia oferty. Tymczasem w

przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a zatem nie może być mowy o zaniechaniu odrzucenia oferty konkurencyjnej i możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego.

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że ze względów opisanych wyżej odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak kumulatywnego wypełnienia przesłanek opisanych w art. 505 ust. 1 Pzp, tj. posiadania przez wykonawcę DABEX interesu w uzyskaniu zamówienia oraz co najmniej możliwości poniesienia szkody. Zdaniem Zamawiającego wniesione odwołanie należy uznać za co najmniej przedwczesne i takie, które nie wypełnia dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp, co powinno rodzić skutek w postaci jego oddalenia.

Zasadność i prawidłowość argumentacji przedstawionej wyżej potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1310/22, w którym Izba stwierdziła: Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w

swojej odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 maja 2022 r. oświadczył, że w dniu 20 maja 2022 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, zobowiązując się, że podejmie dalsze czynności w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w granicach przepisu art. 128 ustawy Pzp. W związku z tym, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający unieważniając przetarg na tym etapie stworzył sytuację prawną, która powoduje, że nawet wcześniejsze, domniemane i hipotetyczne naruszenie przez niego ustawy Pzp jest irrelewantne dla oceny możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w przyszłości,

bowiem będzie on miał prawo do skorzystania z nowego środka ochrony prawnej, po przeprowadzeniu przez Zamawiającego ponownego badania i oceny oferty konkurencyjnej, a następnie dokonania przez niego ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. Przy czym na obecnym etapie wynik powyższego badania i oceny ofert, a także przyszłego wyboru najkorzystniejszej oferty nie jest przesądzony. Wymaga również wskazania, że powyższe czynności są ustawowo zastrzeżone do kompetencji Zamawiającego (gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia Publicznego) i Izba nie może w nie wkraczać w sposób wyprzedzający w ich zakres, skoro jeszcze Zamawiający nie wykonał tych czynności. Stosownie do art. 253 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Z powyższego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, że co do zasady czynności wyboru najkorzystniejszej oferty towarzyszy czynność odrzucenia oferty. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a zatem nie może być mowy o zaniechaniu odrzucenia oferty konkurencyjnej”.

Odnosząc się zaś do argumentacji zawartej w treści odwołania Zamawiający wskazuje, że Odwołujący błędnie twierdzi, że: W niniejszym postępowaniu po wyborze przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty nie było podstaw do unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty firm Marpol Szelcenka Sp. z o.o. i Firma Handlowa PRIMA z powodu przedstawienia przez wykonawcę Marpol Szelcenka Sp. z o.o. informacji pochodzącej od producenta Firmy Zefir oraz kart charakterystyki produktów. Ponadto złożenie tych dokumentów po terminie składania ofert, stanowiłoby niedopuszczalne uzupełnienie przedmiotu oferty. Uprawnienie do uzupełnienia treści oferty o przedmiotowe środki dowodowe jest możliwe w ściśle określonych przez ustawodawcę przypadkach, jak wskazuje art. 107 Pzp. Tymczasem w ramach niniejszego postępowania - w zakresie pakietu nr 1 - w odniesieniu do poz. 1 i poz. 3, które stanowiły podstawę pierwotnego odrzucenia oferty Marpol, Zamawiający nie wymagał złożenia jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych. Tym samym nie można mówić o tym, jakoby Zamawiający dopuścił do uzupełnienia w sposób niedozwolony przedmiotowych środków dowodowych, gdyż takie, w zakresie omawianych pozycji, nie były przez Zamawiającego wymagane. Oznacza to, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie był zobowiązany do składania

jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych mających potwierdzać zgodność zaoferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego.

Co więcej, sam Odwołujący w treści wniesionego odwołania przyznaje, że istnieje możliwość wyprodukowania papieru zamawianego na indywidualne zamówienie, a tym samym li tylko na podstawie oferty producenta ogólnie dostępnej w przestrzeni publicznej nie można stwierdzić, że wykonawca Marpol zaoferował w złożonej ofercie przetargowej produkt niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, gdyż nie można wykluczyć, że produkt zostanie na zamówienie Wykonawcy wyprodukowany w formule zgodnej z wymaganiami SWZ. Niemniej jednak powyższe okoliczności mogły stanowić przedmiot badania Zamawiającego dopiero po unieważnieniu pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności unieważnienia odrzucenia ofert wykonawców Marpol i Prima.

W kontekście powyższego zarzuty kierowane przez wykonawcę DABEX pod adresem Zamawiającego w odwołaniu należy uznać za przedwczesne i nieuzasadnione. Konkludując, stwierdzić należy, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazywanych przez Odwołującego, co powinno skutkować oddaleniem wniesionego odwołania jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień, przedłożona przez zamawiającego, stanowiska stron przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przedstawione do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

Izba zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Spełnione są zatem, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Ocena Izby w tym zakresie jest odmienna od stanowiska zamawiającego, jako że uznano, iż wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego. Oczywiście przesłanka naruszenia przepisów jako trzecia spośród nich podlega ocenie w toku postępowania odwoławczego.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny i nie wymaga przypomnienia.

Skład orzekający potwierdza, że zamawiający jako prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia jest obowiązany dokonywać wszystkich czynności z poszanowaniem prawa, a ewentualne błędy lub okoliczności, o których istnieniu dowiedział się po podjęciu określonej decyzji, której słuszności owe okoliczności zaprzeczają, musi skorygować doprowadzając do stanu zgodnego z prawem.

W sprawie rozpatrywanej Zamawiający dnia 8 sierpnia 2024 r, a więc trzy dni po czynnościach wyboru i odrzucenia ofert, zawiadomił kolejno uczestników postępowania, że unieważnia czynności podjęte uprzednio w postępowaniu w zakresie pakietu nr 1, a to: 1) czynność wyboru oferty Dabex jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1,

2) czynność odrzucenia oferty Firma Handlowa PRIMA w zakresie pakietu nr 1,

3) czynność odrzucenia oferty Marpol Szlencka Sp. z o.o. w zakresie pakietu nr 1.

Za podstawę takiej decyzji zamawiający przyjął uzasadnioną wątpliwość opartą na tym, że w dniu 06 sierpnia 2024 r. wpłynęło pismo Wykonawcy Marpol Szlencka Sp. z o.o. z zarzutem niezasadnego odrzucenia jego oferty w zakresie pakietu nr 1. W ocenie Marpol Szlencka Sp. z o.o. spełnia on wszystkie wymagania. Na dowód przedstawił pismo producenta Zefir Produkt Sp. z o.o. wraz z kartami charakterystyki przedmiotowych produktów. Z pisma wynika, że producent zobowiązał się wyprodukować dla Wykonawcy produkty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co wraz z oświadczeniem producenta potwierdzają też dołączone karty charakterystyki. W związku z powyższym Zamawiający informuje o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert w pakiecie nr 1. Ocena ta była odmienna od uprzedniej opartej na powszechnie dostępnych publikacjach producenta o jego produktach i parametrach tych produktów. Taki, sposobem Zamawiający ustalił, że produkt firmy Zefir nie spełnia parametrów wymaganych specyfikacji asortymentowo cenowej i dokonał na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odrzucenia oferty w zakresie pakietu nr 1.

Zamawiający w treści informacji o unieważnieniu ww. czynności opisał nowe okoliczności, które wyniknęły na gruncie prowadzonego postępowania. W szczególności poinformował o złożeniu pisma przez wykonawcę Marpol wraz z pismem producenta Zefir i kartami charakterystyki zamawianych produktów. Zamawiający poinformował też o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert w zakresie pakietu 1, co oznacza, że jeszcze raz będzie dokonywał weryfikacji treści ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, uwzględniając wszystkie okoliczności zaistniałe na gruncie niniejszej sprawy.

Skład orzekający podziela stanowisko, że do zakończenia prowadzonego postępowania, tj. do czasu zawarcia umowy zamawiający może w ramach prowadzonego postępowania przeprowadzać czynności, dokonywać unieważnień czynności, powtarzać. Zamawiający jest

obowiązany unieważnić każdą dokonaną czynność (unieważnić wybór oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy, odrzucenie oferty, a także unieważnić czynność unieważnienia postępowania), jeżeli dokonanie określonej czynności nastąpiło z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, że zawsze może wycofać się z podjętej decyzji i powtórzyć daną czynność, którą uznaje za wadliwą. Przyjęcie innego poglądu w oczywisty sposób prowadziłoby do sytuacji, w której pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa utrzymałby je on w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości.

W ramach niniejszego postępowania - w zakresie pakietu nr 1 - w odniesieniu do poz. 1 i poz. 3, które stanowiły podstawę pierwotnego odrzucenia oferty Marpol, Zamawiający nie wymagał złożenia jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych. Tym samym nie można mówić o tym, jakoby Zamawiający dopuścił do uzupełnienia w sposób niedozwolony przedmiotowych środków dowodowych, gdyż takie, w zakresie omawianych pozycji, nie były przez Zamawiającego wymagane. Oznacza to, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie był zobowiązany do składania jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych mających potwierdzać zgodność zaoferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego.

Nowe okoliczności faktyczne wymagają zatem wnikliwej oceny w toku ponownego badania ofert.

Konkludując, stwierdzić należy, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazywanych przez Odwołującego, co powinno skutkować oddaleniem wniesionego odwołania jako bezzasadnego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący: