Sygn. akt: KIO 4077/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 27 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez wykonawcęTRONUS POLSKA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Jaśle,

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.
2. Nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz TRONUS POLSKA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem uiszczonego wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca:…….

Sygn. akt: KIO 4077/24

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Jaśle, (dalej:*„Zamawiający”*) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn.: *„Dostawa mebli biurowych do budynków Oddziału ZUS w Jaśle i podległych inspektoratów”,* nr postępowania: 130000/271/9/2024-ZAP.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 14 października 2024 r., nr 2024/BZP 00544719.

W postępowaniu tym TRONUS POLSKA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: *„Odwołujący”*) 4 listopada 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Lobos A. Ł., M. Ł. sp.k. z siedzibą w Krakowie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Lobos A. Ł., M. Ł. sp.k., ul. M.M. 17, 31-870 Kraków (dalej: Lobos) w części nr 1, pomimo iż jego oferta jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ),
2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej ofert wykonawcy Lobos w części nr 1, pomimo zaniechania opisanego w zarzucie nr 1, a przez to dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w części 1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie i oceny ofert oraz odrzucenia oferty wykonawcy Lobos.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania. Zamawiający oświadczył, że przekazał wykonawcom kopię odwołania 5 listopada 2024 r. (*vide* pismo Zamawiającego z 7 listopada 2024 r. w aktach sprawy).

W złożonej pismem z 25 listopada 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części tj. w zakresie żądania Odwołującego sformułowanych w pkt IV.1 i IV.2 odwołania oraz jednocześnie wskazał, że nie uwzględnia odwołania w pozostałym zakresie tj. w zakresie żądania Odwołującego sformułowanego w pkt IV.3 odwołania.

Zamawiający ponadto wniósł o:

„1. Umorzenie postępowania w zakresie żądania unieważnienia czynności badania i oceny oferty oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 – a to po myśli art.522 ust.4;

2. Umorzenie postępowania w zakresie żądania dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert w części 1 – a to po

myśli art.522 ust.4;
3. Oddalenie odwołania w zakresie żądania nieuwzględnionego przez Zamawiającego, a sformułowanego w pkt IV.3 odwołania z 4.11.2024r., albowiem brak jest podstaw do jego uwzględnienia, wobec konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego treść oferty Lobos A.Ł., M.Ł. sp.k. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: Lobos);
4. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Zamawiającego dotyczącej prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia na „dostawę mebli biurowych do budynków Oddziału ZUS w Jaśle i podległych inspektoratów", nr referencyjny: 130000/271/9/2024-ZAP;
5. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z Informacji Zamawiającego z 22.11.2024r. o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – informacja w załączeniu do niniejszej odpowiedzi.".
W treści uzasadnienia Zamawiający podał, że:*„W wyniku szczegółowej i wnikliwej analizy odwołania i zarzutów tam podniesionych, oferty Lobos oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający doszedł do przekonania iż istotnie koniecznym jest unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1, a następnie dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert w części 1.*
Z tej przyczyny Zamawiający uwzględnia w części odwołanie Odwołującego z 4.11.2024r. tj. unieważnia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1, co prowadzić będzie do dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert dla tej części. Wykazana jednak przez Odwołującego niezgodność oferty Lobos z SWZ, w ocenie Zamawiającego nie może prowadzić niejako automatycznie do odrzucenia oferty Lobos, albowiem w ocenie Zamawiającego, wobec dostrzeżonej przez Odwołującego niezgodności oferty Lobos w poz.12 formularza ofertowego, przy uwzględnieniu iż jest to jedynie nieznaczna część oferty Lobos (o wartości 4.576,00zł wobec całkowitej wartości zamówienia wynoszącej wg oferty Lobos 268.640,61zł), koniecznym jest zażądanie od Lobos wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych.
Uwzględnić przy tym trzeba i to, że wartość jednostkowa oferowanych przez Lobos krzeseł (poz.12 i 13 Formularza ofertowego jak i opisu oferowanych urządzeń) jest oczywiście różna, mimo iż w obu pozycjach Lobos jako model krzesła wskazał ten sam ciąg znaków alfanumerycznych. Cena jednostkowa krzesła wykazanego w poz.12 (krzesło bez podłokietnika) jest oczywiście niższa aniżeli cena jednostkowa krzesła wykazanego w poz.13 (krzesło z podłokietnikiem).
Jednocześnie składając takiej, a nie innej treści ofertę i pomimo posłużenia się w ofercie dla obu oferowanych rodzajów krzeseł takim samym ciągiem znaków alfanumerycznych, ale o różnych cenach jednostkowych, Lobos oświadczył iż krzesła oferowane w poz.12 i 13 oferty spełniają jednak wymogi stawiane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu w treści SWZ i OPZ.
Powyższe implikuje wątpliwości co do treści oferty Lobos, których mimo zarzutów odwołania, Zamawiający nie może samodzielnie usunąć w oparciu o złożoną przez Lobos treść oferty, zwłaszcza iż Zamawiający nie może nie wyjaśniając rozbieżności w treści oferty Lobos wykluczyć i tego, że Lobos mógł zaoferować jednak dwa różne krzesła mimo oznaczenia asortymentu takim samem ciągiem znaków alfanumerycznych. (…) W ocenie Zamawiającego w toku ponownego badania ofert, Zamawiający dla zachowania transparentności oraz zapewnienia uczciwej konkurencji, jasnych i przejrzystych reguł udzielania zamówień, nie tylko jest uprawniony do żądania wyjaśnień od oferenta, lecz wręcz jest do tego zobligowany.
Zamawiający nie może wykluczyć, że w wyniku złożenia przez Lobos wyjaśnień co do treści przedmiotowych środków dowodowych, a więc treści złożonych przez Lobos formularza oferty i opisu oferowanych urządzeń, odrzucenie oferty Lobos stanie się jedynym możliwym działaniem, lecz nawet odrzucenie oferty musi zostać poprzedzone procedurą wyjaśnień treści oferty.
Jednocześnie nie może Zamawiający całkowicie i z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością wykluczyć, że mimo istniejących obecnie wątpliwości co do treści złożonej przez Lobos oferty, po zażądaniu i złożeniu wyjaśnień odrzucenie oferty Lobos może okazać się nieuzasadnione.
Innymi słowy bez przeprowadzenia procedury żądania wyjaśnień od Lobos, przyjęcie a priori przez Zamawiającego, że oferta Lobos podlega odrzuceniu stanowiłoby naruszenie przepisów PrZamPubl.
Godnym odnotowania jest iż ustawodawca w art.128 ust.4 oraz art.107 ust.4 PrZamPubl przewidział również wyjaśnienia dotyczące podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych. Na podstawie art.223 ust.1 PrZamPubl, Zamawiający może żądać wyjaśnień dotyczących oferty oraz (w tym na podstawie art.107 ust.4 PrZamPubl) przedmiotowych środków dowodowych, np. oferowanego przedmiotu zamówienia, warunków i terminu wykonania umowy, a także innych oświadczeń lub dokumentów. (…) Zamawiający w przypadku wątpliwości, co do informacji zamieszczonych w ofercie, w pierwszej kolejności powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia, do czego uprawnia go przepis art.223 ust.1 PrZamPubl, a w przypadku dalszych wątpliwości – np. co do prawdziwości już uzyskanych informacji od wykonawcy – może zwrócić się bezpośrednio do producenta precyzując jednoznacznie zapytanie w przedmiocie cech urządzenia, co do których nie dał wiary składającemu oświadczenie wykonawcy. W konkluzji Izba stwierdza, że a priori – tak jak w niniejszej sprawie – nie można wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków de facto wyłącznie w oparciu o informacje ze strony internetowej,

tak jak oczekuje tego Odwołujący.
Tym samym w przedmiotowym postępowaniu odrzucenie przez Zamawiającego oferty Lobos jako niezgodnej co do treści ze specyfikacją lecz z pominięciem procedury wyjaśnień wątpliwości (art.223 ust.1 PrZamPubl), w trakcie ponownego badania i oceny ofert, byłoby nieuprawnione i stanowiłoby o oczywistym naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 218 ust. 2 PrZamPubl (…)".
Pismem z 26 listopada 2024 r. Odwołujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Odwołujący zwrócił uwagę, że z oświadczenia Zamawiającego wynika że uwzględnił on żądania, podczas gdy przepis art. 522 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do zarzutów. Odwołujący podniósł, że jeszcze przed odpowiedzią na odwołanie Zamawiający w dniu 22.11.2024 r. w prowadzonym postepowaniu dokonał czynności unieważnienia zaskarżonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 postepowania, przekazując tą decyzję do wykonawców i zamieszczając ją na stronie prowadzonego postępowania.

Odwołujący wskazał, że wobec unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty z dnia 30.10.2024 r., której dotyczyły zarzuty odwołania, w ocenie Odwołującego Izba powinna umorzyć postępowanie odwoławcze w całości na podstawie art. 568 pkt 2 pzp. Wobec braku substratu zaskarżenia, kwestionowanego przez zarzuty odwołania. Odwołujący wskazał, że stan ten wynikał z dokonanej przez Zamawiającego w dniu 22.11.2024 r. unieważnienia zaskarżonej czynności. W ocenie Odwołującego w takiej sytuacji dalsze postępowanie przed Izbą stało się zbędne (por. np. postanowienie Izby z dnia 05.07.2023 r., KIO 1769/23).

Izba zważyła co następuje.

Analiza stanu faktycznego sprawy pozwala na wniosek, że na dzień rozpoznania odwołania, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w całości. Zamawiający w treści swojego oświadczenia procesowego w zakresie uwzględnienia w części odwołania odniósł się nie do zarzutów, lecz do żądań Odwołującego. Poddając analizie złożone przez Zamawiającego oświadczenie, Izba miała na uwadze, że w odwołaniu Odwołujący podniósł dwa zarzuty, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Ze złożonego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oświadczenia wynika, że w odwołaniu podniesione zostały okoliczności faktyczne, które wzbudziły w Zamawiającym wątpliwość co do prawidłowości dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym, Zamawiający zgodził się z Odwołującym, że wybór ten musi zostać unieważniony (co jak wynika ze zgodnego oświadczenia stron i z załączonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie dowodu miało miejsce 22 listopada 2024 r.), ponadto Zamawiający zgodził się z Odwołującym, że czynność badania oceny ofert musi zostać powtórzona. Zamawiający nie zgadza się natomiast co do tego, aby w wyniku powtórnego badania i oceny ofert dokonać automatycznego odrzucenia oferty wykonawcy Lobos, stąd też Zamawiający zamierza podjąć dodatkowe czynności zmierzające do wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień. W tych okolicznościach nie można zgodzić się z Odwołującym, aby Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Po pierwsze,Zamawiający wprost oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części, po drugie, oświadczenie o uwzględnieniu odwołania (wraz z podaniem zakresu tego uwzględnienia) musi wynikać wprost z oświadczenia zamawiającego, z uwagi na skutki procesowe, jakie się z tym oświadczeniem wiążą.

Podstawą umorzenia postępowania odwoławczego jest więc częściowo przepis art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, a częściowo art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Postępowanie odwoławcze ulega bowiem umorzeniu również w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie konkretnie sytuacje chodzi, wobec czego zawsze należy dokonać indywidualnej oceny stanu faktycznego.

Izba uznała, że podstawa umorzenia postępowania, o której mowa w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi w okolicznościach tej sprawy w zakresie w jakim postępowanie odwoławcze dotyczy zarzutów odwołania i wiążącego się z nimi żądania odrzucenia oferty wykonawcy Lobos. Zamawiający unieważnił bowiem czynność zaskarżoną odwołaniem, a ponadto oświadczył, że w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert zwróci się do wykonawcy Lobos z wezwaniem do złożenia wyjaśnień. Oznacza to, że Zamawiający nadal jest w procesie badania i oceny oferty wykonawcy Lobos. W związku z powyższym, mając na uwadze oświadczenie procesowe Zamawiającego, a po drugie, że w wyniku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający podejmie nowe czynności, na które zainteresowanym podmiotom przysługiwać będą środki ochrony prawnej, Izba doszła do przekonania że ten zakres postępowania odwoławczego podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział więc sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia i zobowiązał Izbę do uwzględnienia takiej okoliczności przy orzekaniu. Izba wobec tego wzięła pod uwagę oświadczenie procesowe Zamawiającego dokonane już w postępowaniu czynności a także zapowiedź nowych czynności w postaci wezwania wykonawcy Lobos do złożenia wyjaśnień. Jednocześnie przypomnieć należy, że Izba nie podejmuje czynności w zastępstwie zamawiającego i nie

wyręcza zamawiającego w prowadzeniu postepowania, lecz rolą Izby jest ocena dokonanych przez zamawiającego czynności bądź zaniechań w toku postępowania.

Reasumując, mając na względzie okoliczności przedmiotowej sprawy oraz brzmienie art. 568 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie§ 9 ust. 1 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym koszty stron postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, a także nakazała dokonanie zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: …….