

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 07.06.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu jawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2024 r. przez Odwołującego – wykonawcę BEST-ART s.c. wspólnicy spółki cywilnej M. i K.P. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Komendę Stołeczną Policji w Warszawie przy udziale wykonawcy MIRANEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Sady zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego Netia spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kwoty uiszczonej tytułem 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1738/24

Uzasadnienie

Komenda Stołeczna Policji z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa materiałów kancelaryjnych.” nr referencyjny: WZP-135/24/5/Z* (dalej „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lutego 2024 r. pod numerem 24/2024 70513-2024-PL.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Dnia 18 maja 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca BEST-ART s.c. wspólnicy spółki cywilnej M. i K.P. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu polegających na:

- nieuprawnionym utrzymaniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów, które zostały w sposób nieprawidłowy zastrzeżone przez Wykonawcę Miranex sp. z o.o. - w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tj. w sposób nie spełniający wymagań ustawowych związanych z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z brzmieniem art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Miranex sp. z o.o. z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w sposób wystarczający do uznania, że jakiegokolwiek wyjaśnienia zostały złożone, albowiem nie zawierają one żadnego uzasadnienia zaoferowanej ceny, ani dowodów mających potwierdzać zaoferowanie prawidłowych cen w postępowaniu, a co za tym idzie w sposób uzasadniający podaną w ofercie cenę, a także poprzez nie załączenie dowodów na poparcie złożonych wyjaśnień, do czego ustawa zobowiązuje wprost;
- ponowne nieuprawnione wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy Miranex sp. z o.o. w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie złożył stosownych wyjaśnień już przy pierwszym wezwaniu co skutkowało winno odrzuceniem oferty tego wykonawcy już po pierwszym złożeniu przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
- niezależnie od powyższego zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Miranex sp. z o. o,

mimo iż Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że jest w stanie zrealizować zamówienie za cenę podaną w ofercie, a zatem jego oferta zawiera rażąco niską cenę – również w odniesieniu do określonych pozycji formularza ofertowego i zawartych tam cen jednostkowych, a także mimo iż oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, który nie został wyjaśniony. Jednocześnie złożenie tej oferty w konsekwencji powyższych naruszeń stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bowiem zmierza do uzyskania pierwszeństwa w składaniu ofert w ramach realizacji umowy ramowej i możliwość nieprzyjęcia zamówienia, które wobec zaoferowanych cen będzie niekorzystne finalnie dla spółki Miranex

- w rezultacie powyższych uchybień - wskazanie przez Zamawiającego oferty Wykonawcy Miranex sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, lokując ją na 1 miejscu w rankingu ofert, z naruszeniem przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji powyższego, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 18 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust 2 UZNK - poprzez utrzymanie przez Zamawiającego w tajemnicy danych oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Miranex sp. z o.o., zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, mimo iż Wykonawca Miranex sp. z o.o. nie sprostował obowiązkowi zastrzeżenia tych danych jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 2.art. 224 ust. 6 Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy Miranex sp. z o.o. mimo, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny udzielił tych wyjaśnień w sposób lakoniczny i nie poparty żadnymi dowodami, a zatem wyjaśnienia te należy traktować jako niezłożone, gdyż nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, nie zawierają żadnych danych cenotwórczych, w konsekwencji czego oferta winna być odrzucona;
- 3.art. 224 ust. 2 pkt. 1 Pzp – poprzez nieuprawnione ponowne wezwanie Wykonawcy Miranex do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w sytuacji, gdy wyjaśnienia faktycznie nie zostały złożone przez Wykonawcę Miranex sp. z o.o. przy pierwszej czynności, nadto Zamawiający wymagał – w treści drugiego wezwania do wyjaśnień RNC - nie dość, że ogólnych wyjaśnień to także dowodów, mimo iż Zamawiający nie może dociekać wyjaśnień, jeżeli nie są one złożone za pierwszym razem, w sposób taki, który uzasadnia podaną w ofercie cenę;
- 4.art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP– poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy Miranex sp. z o.o., mimo iż Wykonawca ten w żaden sposób nie wykazał, iż jest w stanie zrealizować zamówienie za cenę podaną w ofercie;
- 5.art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez złożenie oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny z uwagi na zaoferowanie w pozycjach 64, 73, 93, 108 ceny za sztukę, zamiast wymaganej przez Zamawiającego ceny za opakowanie produktu, co wynika z nierealności podanych cen w formularzu asortymentowo – cenowym, czego Wykonawca nie wyjaśnił w ramach pierwszych złożonych wyjaśnień;
- 6.a w konsekwencji każdego z podniesionych wyżej zarzutów naruszenie art. 239 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego Best-Art s.c. jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą złożoną w niniejszym postępowaniu, spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Miranex sp. z o.o., która podlega odrzuceniu również jako stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższymi żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Miranex sp. z o.o.;
 - 2.odtąjnienie oferty Wykonawcy Miranex sp. z o.o. w zakresie w jakim informacje zawierające wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oznaczone zostały jako tajemnica przedsiębiorstwa;
 - 3.odrzucenie oferty Miranex sp. z o.o. z udziału w postępowaniu jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, a także jako ofertę co do której zarówno w odniesieniu do całej wartości ceny, jak i elementów cenotwórczych nie złożono wyjaśnień;
 - 4.wybór oferty Odwołującego Best-Art s.c. jako oferty najkorzystniejszej
- jak również wnosił o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego
- W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, z uwagi na to, że oferta Odwołującego została sporządzona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i powinna zostać uznana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Interes we wniesieniu odwołania przez Odwołującego. polega również na tym, że Zamawiający w wyniku szeregu uchybień, w tym wskutek zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Miranex sp.

z o.o., dokonał błędnego wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

W konsekwencji oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a to właśnie ta oferta spełnia wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu i jako taka powinna zostać uznana. W związku z powyższym Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania z uwagi na to, że w przypadku unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Miranex sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i odrzucenia tej oferty z postępowania, to oferta Odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

Tym samym Odwołujący jest Wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia i na skutek błędnych czynności Zamawiającego i jego nieprawidłowych decyzji może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia..

W dniu 23 maja 2024 r. wykonawca MIRANEX spółka z ograniczona odpowiedzialnością

z siedzibą w miejscowości Sady zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w którym wnosił o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, a w dalszej kolejności o oddalenie odwołania. Ponadto w dniu 6 czerwca ww. wykonawca przedstawił stanowisko pisemne w którym podtrzymał wcześniejsze twierdzenia i wnioski oraz przedstawił argumentację na ich poparcie.

Dnia 6 czerwca 2024 r. Zamawiający, złożył odpowiedź na odwołanie zawartą w piśmie datowanym na 5 czerwca 2024 r., w której oświadczył, że:

1) wnosi o oddalenie odwołania w części, tj. w zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego ponownego wezwania Wykonawcy Miranex Sp. z o.o. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w sytuacji

gdy w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia faktycznie nie zostały złożone przez Wykonawcę Miranex

sp. z o.o. przy pierwszej czynności oraz zarzutu wymagania przez Zamawiającego w treści drugiego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – nie dość, że ogólnych wyjaśnień to także dowodów, mimo iż w ocenie Odwołującego Zamawiający, w jego ocenie nie mógł dociekać wyjaśnień, jeżeli nie są one złożone za pierwszym razem, w sposób taki, który uzasadnia podaną w ofercie cenę.

2) w pozostałym zakresie Zamawiający uwzględnia odwołanie, tj. w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Miranex sp. z o.o. w sytuacji gdy w ocenie Odwołującego Miranex Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny udzielił tych wyjaśnień w sposób lakoniczny i nie poparty żadnymi dowodami oraz w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Miranex Sp. z o. o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż informacje te zostały odtajnione przez Zamawiającego w dniu 08.05.2024r.

W dniu 7 czerwca 2024 r., w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania, Odwołujący złożył oświadczenie, w którym wskazał, że cofa odwołanie w zakresie, który nie został uwzględniony przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę MIRANEX spółka z ograniczona odpowiedzialnością

z siedzibą w miejscowości Sady do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego (dalej „Przystępujący”).

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp. Tym samym Izba nie uwzględniła wniosku złożonego przez Przystępującego w piśmie z dnia 23 maja 2024 r., podtrzymanym w piśmie

z dnia 6 czerwca 2024 r. wskazującego na złożenie odwołania po upływie terminu na jego wniesienie wynikających z przepisów ustawy. Przystępujący wniosek uzasadniał okolicznością, iż Odwołujący wysłał do Zamawiającego w dniu 11 marca informację o niezgodnościach w ofercie Miranex sp. z o.o., wskazując, iż poz. 64, 73, 93, 108 złożonej oferty zawiera błędy w obliczeniu ceny albowiem zaoferowana cena dla tych pozycji cenotwórczych jest rażąco niska. Tym samym w ocenie Przystępującego Odwołujący informację o ww. okoliczności powziął w wyniku zapoznania się z ofertą Przystępującego, a już 11 marca 2024 r. skierował stosowną informację do Zamawiającego. Zważając na termin wniesienia odwołania jak i ustawowo określone terminy odwoławcze (10 dni od dnia powzięcia informacji) nie budzi najmniejszych wątpliwości, iż zarzut został sformułowany

z naruszeniem terminu i odwołanie, co najmniej w tym zakresie, powinno zostać odrzucone. W ocenie Izby przedmiotowy wniosek był bezpodstawny.

Zgodnie z brzmieniem art. 515 ust. 3 pkt 1 odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Jednocześnie art. 513 Pzp odwołanie przysługuje na:

1) 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;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Jak wynika wprost z przywołanych powyżej przepisów kontrola Izby w ramach postępowania odwoławczego jest kontrolą w zakresie legalności, tj. zgodności działań zamawiającego z przepisami prawa. Tymczasem w dacie na którą wskazuje Przystępujący nie nastąpiło jakiegokolwiek działania czy też zaniechanie Zamawiającego, do którego byłby on zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy,

a które mogłoby stanowić podstawę do wniesienia odwołania. W szczególności w dacie tej Zamawiający nie dokonał czynności związanych z badaniem i oceną oferty Przystępującego w zakresie wskazywanym w uzasadnieniu wniosku o odrzucenie. Przystępujący również w treści tego wniosku takich czynności czy zaniechań Zamawiającego nie wskazał. Tym samym w ocenie Izby podnoszona okoliczność przekroczenia terminu na wniesienie odwołania nie znalazła potwierdzenia, a wniosek

o odrzucenie odwołania nie został uwzględniony.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny zaistniały w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, iż spełnione zostały przesłanki uzasadniające umorzenie postępowania odwoławczego określone w art. 568 ust. Ustawy Pzp

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.*

Zgodnie z art. 521 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający do czasu otwarcia rozprawy może wnieść odpowiedź na odwołanie, w której zgodnie z ust. 2 tegoż przepisu ustosunkowuje się do treści odwołania, wskazuje twierdzenia i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub w celu odparcia wniosków i twierdzeń powołanych w odwołaniu.

Z kolei w świetle brzmienia art. 523 ust. 1 ustawy Pzp uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, zaś w odniesieniu do pozostałych zarzutów Odwołujący złożył skuteczne oświadczenie o ich wycofaniu. Jednocześnie uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522. Zgodnie zaś z treścią art. 522 ust. 3*

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.

W myśl § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r.

w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), *skład orzekający dokonuje czynności formalnoprawnych i sprawdzających, o których mowa w § 1, na posiedzeniu niejawnym, i w zależności od poczynionych ustaleń wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w przypadkach, o których mowa w art. 568 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp.*

Uwzględniając zaistniałe w przedmiotowym postępowaniu okoliczności faktyczne przywołane powyżej, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 568 pkt 3 w związku z art. 522

ust. 3 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

Stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437),
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.

Mając na uwadze fakt, że przed otwarciem rozprawy Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w
odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane, zaś uczestnik postępowania odwoławczego, który
przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części
zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia,
postanowiła zniesieniu wzajemnie kosztów postępowania oraz o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku
bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 zł, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....