

Sygn. akt: KIO 1622/24

## POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 24 maja 2024 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2024 r. przez P.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU Alga P.P., w postępowaniu prowadzonym przez Wojskową Akademię Techniczną im. J.D. w Warszawie, uczestnik po stronie Zamawiającego – Lyreco Polska S.A. z siedzibą w Sokołowie,

### postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
  2. 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.
- 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 1622/24

### Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowa Akademia Techniczna im. J.D. w Warszawie – prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Dostawa środków czystości i higieny*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 26 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00070663.

W dniu 7 maja 2024 r. P.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU Alga P.P. wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty w zakresie zadania 2, zaniechania podania podstawy faktycznej tego odrzucenia oraz wobec wyboru oferty wykonawcy Lyreco Polska S.A. jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że wszystkie produkty zaoferowane w ofercie Odwołującego spełniają wymagania Zamawiającego określone w SWZ;
- 2) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, przez nieuwzględnienie treści wyjaśnień Odwołującego dotyczących złożonych środków przedmiotowych i błędne przyjęcie, że Odwołujący dokonał zmiany treści oferty;
- 3) art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, przez brak uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, która pozwoliłaby zweryfikować, jakie parametry oferowanego towaru nie odpowiadają treści SWZ;
- 4) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 5) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Lyreco Polska S.A. jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego, jako spełniającej warunki opisane w SWZ i niepodlegającej odrzuceniu w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, które nie podlegały odrzuceniu, na podstawie kryteriów wskazanych w specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, że 2 maja 2024 r. Zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty oraz o dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Lyreco Polska S.A. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający przed powtórzeniem czynności badania i oceny ofert oraz przesłaniem informacji o wyborze oferty z 2 maja 2024 r., dwukrotnie wybierał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą. Na skutek kolejnych odwołań wnoszonych przez wykonawcy Lyreco Polska S.A. Zamawiający 13 marca 2024 r. oraz 5 kwietnia 2024 r. unieważnił wybór oferty Odwołującego, a 2 maja 2024 r. dokonał odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zaprzeczył, że zaoferował produkty, które są niezgodne z warunkami zamówienia oraz że na skutek złożenia wyjaśnień w toku procedury wyjaśnienia treści złożonej oferty, doszło do zmiany treści samej oferty i przedstawił argumentację na poparcie tego stanowiska.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w informacji o odrzuceniu jego oferty Zamawiający nie podał podstaw faktycznych tej czynności, a na podstawie zdawkowego (jednozdaniowego) stwierdzenia określić, który z zaproponowanych w ofercie produktów (zaoferowano 7 produktów) nie odpowiada parametrom wymaganym przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, za podanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia nie może być uznana informacja, że *Zamawiający zgodnie z treścią odwołania z dnia 10.04.2024 i podniesionych w nim zarzutów, podziela stanowisko odwołującego (LYRECO POLSKA Sp. z o.o.) i odrzuca ofertę Wykonawcy*. Odwołujący stwierdził, że ponieważ nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego zainicjowanego wniesieniem odwołania z 10 kwietnia 2024 r. (sygn. akt KIO 1237/24), mógł nie znać stawianych w tym postępowaniu zarzutów, a zakończenie postępowania wydaniem w dniu 19 kwietnia 2024 r. postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego nie świadczy o trafności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp. Ww. przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba ustaliła, że 10 kwietnia 2024 r. wykonawca Lyreco Polska S.A. wniósł odwołanie dotyczące przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, zarzucając Zamawiającemu w zakresie zadania 2 naruszenie przepisów:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty P.P.H.U Alga P.P. i ponowny wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy już pierwotnie złożona oferta była niezgodna z warunkami zamówienia, o tyle, że Zamawiający nakazał w treści specyfikacji, ażeby oferta wskazywała produkty i parametry, natomiast wykonawca zaoferował produkty, których nie da się zidentyfikować na podstawie danych zawartych w ofercie, ani określić parametrów tych produktów, a także z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty która co do swej treści została zmodyfikowana na skutek składanych wyjaśnień po terminie składania ofert;
- 2)art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, przez nieuprawnione wezwanie ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty i faktyczne prowadzenie z nim negocjacji, co skutkowało zmianą treści oferty na skutek złożonych wyjaśnień, a zatem doszło do modyfikacji treści oferty złożonej przez wykonawcę, przy czym ustawa jasno wskazuje na zakaz negocjacji, w tym w zakresie w jakim nastąpiło to w przedmiotowym postępowaniu;
- 3)art. 107 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, przez wezwanie przez Zamawiającego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy oferta ww. wykonawcy podlegała odrzuceniu z postępowania już przed wystosowaniem wezwania przez Zamawiającego, a także z uwagi na brak możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w celu ustalenia treści oferty .

Wykonawca Lyreco Polska S.A. wniósł o nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadania nr 2: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty P.P.H.U. Alga P.P., dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności odrzucenia oferty ww. wykonawcy jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie kryteriów wskazanych w SWZ.

Zamawiający w toku postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1237/242 uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu Lyreco Polska S.A. Ponadto, pismem z 18 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował, że informacja o wniesieniu odwołania oraz treść odwołania i wezwanie do przystąpienia, zostały przekazane wykonawcom 11 kwietnia 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i postanowieniem z 19 kwietnia 2024 r. umorzyła postępowania odwoławcze.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że odwołanie podlega odrzuceniu, dotyczy bowiem czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zarzuty w całości uwzględnił. Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego w dniu 2 maja 2024 r. wyraźnie wskazał, że odrzucenie to jest skutkiem uwzględnienia zarzutów odwołania wykonawcy Lyreco Polska S.A.

Za całkowicie błędą należy uznać argumentację Odwołującego, który podniósł, że ponieważ nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego zainicjowanego wniesieniem odwołania z 10 kwietnia 2024 r. (sygn. akt KIO 1237/24), mógł nie znać stawianych w tym postępowaniu zarzutów, a zakończenie postępowania wydaniem w dniu 19 kwietnia 2024 r. postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego nie świadczy o trafności podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Po pierwsze, jak wynika z informacji przekazanej przez Zamawiającego, kopia odwołania z 10 kwietnia 2024 r. wraz z wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym, została przekazana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym Odwołującemu, w dniu 11 kwietnia 2024 r., na dowód czego Zamawiający przedstawił wydruk z rejestru korespondencji na platformie zakupowej. Niezrozumiała jest zatem argumentacja dotycząca nieznajomości podniesionych w tym odwołaniu zarzutów. Po drugie, ustawa Pzp w art. 527 jednoznacznie przesądza, że *na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z nie przysługują środki ochrony prawnej*. Tym samym wykonawca, którego interesu dotyczy postępowanie odwoławcze, powinien wziąć w nim udział, zapewniając sobie możliwość wpływu na przebieg i wynik tego postępowania (w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania – poprzez wniesienie sprzeciwu wobec tego uwzględnienia), pod rygorem utraty możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej co do czynności zgodnych z żądaniami odwołania. Skoro więc Odwołujący, będąc wezwany do udziału w postępowaniu odwoławczym, nie zdecydował się na zgłoszenie przystąpienia do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy Lyreco Polska S.A., to pozbawił się możliwości kwestionowania czynności, które Zamawiający – w konsekwencji uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w tym odwołaniu – wykonał zgodnie z żądaniami odwołania. Odwołanie wniesione wobec takich czynności podlega odrzuceniu, stosownie do art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Pzp.

Przewodnicząca: .....