Sygn. akt: KIO 808/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 26 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 26 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2024 r. przez wykonawcę **Mediatouch sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Mazowieckie z siedzibą w Warszawie**

postanawia:

1.**umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2.znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **7.500,00 zł** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Mediatouch sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** stanowiącej wpis 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 808/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Województwo Mazowieckie z siedzibą w Warszawie, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp" - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „kompleksowe wykonanie projektu i zabudowy stoiska promocyjnego Samorządu Województwa Mazowieckiego w 2024 roku wraz z magazynowaniem, transportem, montażem i demontażem z przeznaczeniem na wydarzenia targowe w każdym z następujących lat: 2024, 2025 i 2026".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 lutego 2024 r., nr 2024/BZP 00105539.

Wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. postępowaniu w dniu 11 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Mediatouch sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty wykonawcy FAIRSTYLE D.M. jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FAIRSTYLE D.M. jako ofer złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej,
2) art. 253 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 i art. 17 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji w związku z oceną ofert wyrażający się w braku przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego w zakresie punktacji przyznanej ofertom w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, w tym ofercie wybranej przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza;
3) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez:
   a. bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy FAIRSTYLE D.M., która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości;
   b. dokonanie oceny oferty Mediatouch Sp. z o.o. w zakresie kryterium „estetyka elementów dekoracyjnych" w sposób niezgodny z opisem tego kryterium poprzez wskazanie, iż „mniejsza powierzchnia ścian zaplecza wymusza montaż grafik o mniejszej powierzchni", podczas gdy oferta Mediatouch posiadała jedną z największych powierzchni ścian zaplecza spośród wszystkich złożonych ofert, a nadto Zamawiający nie określał w dokumentacji postępowania minimalnej powierzchni ścian, a w konsekwencji przyznanie Mediatouch Sp. z o.o. 3 punktów mniej w ramach oceny tego kryterium;
   c. dokonanie oceny oferty Mediatouch Sp. z o.o. w zakresie kryterium „kształt i dopasowanie elementów" w sposób niezgodny z opisem tego kryterium poprzez lakoniczne stwierdzenie, że „niejednolita bryła zaplecza powoduje ograniczenie przestrzeni", w sytuacji gdy zaplecze można konfigurować wg potrzeb, a nadto kryterium to

obejmuje ocenę m.in. kształtu, więc zastosowanie innej formy bryły niż standardowy sześcian winno być uznane za atut, nie zaś za wadę projektu;

d. dokonanie oceny oferty Mediatouch Sp. z o.o. w zakresie kryterium „spójne wzornictwo i kolorystyka" w sposób niezgodny z opisem tego kryterium poprzez pominięcie okoliczności, iż zastosowana przez Wykonawcę kolorystyka spójna jest z Systemem Identyfikacji Wizualnej Zamawiającego, zaś jej zastosowanie spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia, a w konsekwencji obniżenie punktacji Mediatouch Sp. z o.o. o 3 punkty w ramach oceny tego kryterium; nadto, wykonawca Konarski & Bzowski Sp. Jawna zastosował identyczną kolorystykę, jak kolorystyka Mediatouch Sp. z o.o., za co otrzymał maksymalną liczbę punktów w tym kryterium;

e. dokonanie oceny oferty Mediatouch Sp. z o.o. w zakresie kryterium „dobór form oświetlenia" w sposób niezgodny z jej treścią, tj. z pominięciem jednej z form oświetlenia użytych przez Wykonawcę w projekcie, a w konsekwencji obniżenie punktacji Mediatouch Sp. z o.o. o 3 punkty w ramach oceny tego kryterium;

f. dokonanie oceny oferty Mediatouch Sp. z o.o. w zakresie kryterium „sposób wyeksponowania oraz aranżacji wnętrza z uwzględnieniem symbolu Marki Mazowsze zgodnym z Systemem Identyfikacji Wizualnej – Logotyp zauważalny, dobrze wkomponowany w projekt stoiska" w sposób niezgodny z opisem tego kryterium i dokonaniem w jego ramach oceny różnorodności form użycia logotypu, zamiast sposobu jego wyeksponowania, a w konsekwencji obniżenie punktacji Mediatouch Sp. z o.o. o 2 punkty w ramach oceny tego kryterium;

g. dokonanie oceny oferty Mediatouch Sp. z o.o. w zakresie kryterium „logiczna i praktyczna koncepcja rozmieszczenia lad i strefy biznesowej" w sposób niezgodny z opisem tego kryterium i dokonaniem w ramach jego oceny różnorodności aranżacji strefy biznesowej zamiast logicznej i praktycznej koncepcji, a w konsekwencji obniżenie punktacji Mediatouch Sp. z o.o. o 2 punkty w ramach oceny tego kryterium;

h. dokonanie oceny ofert w niniejszym postępowaniu z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, co przejawiało się przyznaniem Wykonawcom THE SOLUTION Ł.K., FAIRSTYLE D.M., Konarski & Bzowski S Jawna, Omdexpo Polska Sp. z o.o. 4 lub 5 punktów w ramach kryterium oceny ofert „logiczna i praktyczna koncepcja rozmieszczenia lad i strefy biznesowej" przy jednoczesnym przyznaniu ofercie Mediatouch Sp. z o.o. 2 punktów ramach tego kryterium, mimo że odległość lady od ścian zaplecza we wszystkich ww. ofertach była zbliżona, a więc obniżenie Wykonawcy Mediatouch Sp. z o.o. punktacji z tego tytułu było niezasadne, a nadto oferta FAIRSTYLE D.M. przewiduje umieszczenie lady jeszcze bliżej ściany zaplecza niż Mediatouch Sp. z o.o., a mimo to otrzymała maksymalną liczbę punktów za to kryterium;

i. dokonanie oceny oferty Mediatouch Sp. z o.o. w zakresie kryterium „innowacyjne rozwiązania architektoniczne oraz multimedialne" w sposób niezgodny z jej treścią, tj. poprzez obniżenie punktacji oferty Mediatouch za brak różnorodnych innowacyjnych rozwiązań, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy zawierała innowacje w postaci dokumentacji Zamawiającego dostępnej elektronicznie za pomocą kodów QR umieszczonych na każdej ladzie, nadto skonstruowanie projektu zaplecza składającego się z dwóch pomieszczeń, a nie standardowego jednego, w sytuacji gdy oferty pozostałych Wykonawców nie posiadały takich rozwiązań i nie cechowały się większą różnorodnością zaproponowanych innowacji, a mimo to otrzymały większą liczbę punktów w ramach tego kryterium;

j. dokonanie oceny oferty Mediatouch Sp. z o.o. w zakresie kryterium „umiejscowienie zaplecza w stosunku do strefy zewnętrznej stoiska" w sposób niezgodny z opisem tego kryterium i dokonaniem w ramach jego oceny możliwości późniejszej aranżacji stoiska, w sytuacji gdy aranżacja stoiska objęta jest jednym z elementów przedmiotu zamówienia publicznego, a więc Zamawiający jako podmiot publiczny nie jest uprawniony do zmiany aranżacji stoiska po zakończeniu postępowania w sposób niezgodny z ofertą Wykonawcy, z którym Zamawiający zawrze umowę w trybie ustawy pzp; nadto, Zamawiający obniżył Wykonawcy Mediatouch Sp. z o.o. punktację za umiejscowienie drzwi wejściowych na zaplecze od strony strefy biznesowej, zaś Wykonawcy, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą przyznał maksymalną liczbę punktów mimo zaproponowania przez niego takiego samego rozwiązania, jak Mediatouch Sp. z o.o.;

k. dokonanie oceny oferty Mediatouch Sp. z o.o. w zakresie kryterium „wykorzystanie ekologicznych materiałów do produkcji elementów stoiska podlegających recyklingowi" w sposób niezgodny ze stanem faktycznym, tj. z pominięciem faktu wielości i różnorodności ekologicznych rozwiązań zaproponowanych przez Wykonawcę w złożonej ofercie, w tym w szczególności materiałów i konstrukcji nadających się do recyklingu oraz elektronicznej formy dokumentacji Zamawiającego ograniczającej zużycie papieru i druk materiałów; nadto pozostali oferenci otrzymali od Zamawiającego wyższą punktację niż Mediatouch Sp. z o.o. mimo skromniejszego wachlarza

ekologicznych rozwiązań;

a w konsekwencji:

4) art. 16 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty FAIRSTYLE D.M. jako oferty najkorzystniejszej;

b) dokonania ponownego badania i oceny ofert;

c) odrzucenia oferty wykonawcy FAIRSTYLE D.M.;

d) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty – w tym poinformowanie o wyborze najkorzystniejszej oferty i ocenie ofert wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego wskazującego na powody, dla których dana oferta uzyskała w danym kryterium oraz podkryterium określoną liczbę punktów.

Ustalono także, że pismem z dnia 13 marca 2024 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający poinformował wykonawców, że unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze, gdyż dalsze postępowanie stało się zbędne. Stosownie do 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*.

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający pismem z dnia 13 marca 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która została zaskarżona w odwołaniu oraz powrócił do czynności badania i oceny ofert.

Na uwagę zasługuje fakt, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest tym momentem, który wyznacza koniec procesu badania i oceny ofert, w tym analizy istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, podstaw odrzucenia oferty, czy badania skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstw informacji składanych przez wykonawców. Zamawiający wybierając daną ofertę jako najkorzystniejszą przesądza, że oferta ta nie podlega odrzucaniu, a wykonawca który ją złożył nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Skutkiem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej było to, że zamawiający powrócił do etapu badania i oceny ofert. O zakończeniu tego procesu będzie można mówić w momencie zawiadomienia wykonawców o rezultatach badania (np. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej czy unieważnienia postępowania).

Dostrzeżenia wymaga również, że zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy 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.

Z przepisu tego wynika zatem, że odwołanie nie przysługuje wobec zamiaru czy zapowiedzi dokonania bądź niedokonania jakiejś czynności. W tej sytuacji rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów skierowanych wobec historycznych, nieistniejących na moment wyrokowania, czynności zamawiającego stało się zbędne. Wykonawcom służyć będzie prawo wniesienia odwołania w terminie liczonym od dnia zawiadomienia o ewentualnej nowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej lub czynności unieważnienia postępowania, gdyż dopiero w tym momencie będzie można mówić o istnieniu substratu zaskarżenia (to jest czynności lub zaniechania zamawiającego).

Na konieczność umorzenia postępowania odwoławczego w analogicznej sytuacji wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie Izby, por. przykładowo postanowienie Izby z dnia 4 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3094/21 oraz KIO 3105/21.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego

stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……