Sygn. akt: KIO 2593/23

WYROK
z dnia 18 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 r. przez wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Web-Profit M. K. z siedzibą w Piekarach Śląskich przy ul. Spokojnej 18 (41-940 Piekary Śląskie) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Opoczyński z siedzibą
w Opocznie przy ul. Kwiatowej 1a (26-300 Opoczno) reprezentowany przez Zarząd Powiatu Opoczyńskiego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 29 sierpnia 2023 r. dotyczącej części III zamówienia.
2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiat Opoczyński i:
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Web-Profit M. K. z siedzibą
w Piekarach Śląskich tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od zamawiającego Powiatu Opoczyńskiego na rzecz wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Web-Profit M. K.
z siedzibą w Piekarach Śląskich, kwotę w wysokości 7 980 zł 61 gr (słownie: siedem tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt złotych sześćdziesiąt jeden groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok –
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2593/23

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

Powiat Opoczyński zwany dalej: „zamawiającym” reprezentowany przez Zarząd Powiatu Opoczyńskiego, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, 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: „Pzp” w trybie podstawowym pn.: *Zakup sprzętu komputerowego do szkół z terenu Powiatu opoczyńskiego w ramach projektu współfinansowanego ze środków UE* (nr referencyjny: liZP.272.22.2023), zwane dalej „postępowaniem”, które zostało podzielone na 3 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 lipca 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00312597/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.
W dniu 4 września 2023 r. wykonawca M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Web-Profit M. K. z siedzibą w Piekarach Śląskich(zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania w zakresie części III zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 255 Pzp przez unieważnienie postępowania pomimo braku występowania przesłanki do jego unieważnienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:
1) merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania w całości;
2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w całości na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem;
3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone
w toku postępowania, w tym na rozprawie;
4) nakazanie Zamawiającemu:
a) unieważnienia zaskarżonych czynności: unieważnienia postępowania;
b) ponownego wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
5) zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika – jeżeli wystąpią, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 505 ust. 1 Pzp, jest bowiem podmiotem, którego oferta została wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza, spośród wszystkich złożonych i nieodrzuconych ofert. Zaniechania zamawiającego doprowadziły do unieważnienia postępowania. Interes odwołującego miał przejawiać się zatem w możliwości uzyskania zamówienia w ramach toczącego się postępowania. Odwołujący jest bowiem podmiotem w pełni zdolnym i realnie zainteresowanym wykonaniem przedmiotu zamówienia. Na skutek naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp, odwołujący utracił możliwość zawarcia z zamawiającym umowy na realizację zamówienia. Tym samym odwołujący narażony jest na poniesienie szkody majątkowej w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby z uzyskania zamówienia. Uwzględnienie odwołania umożliwi z kolei odwołującemu zawarcie umowy
z zamawiającym i uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że zamawiający powołał się na art. 255 pkt. 6 Pzp – postępowanie

obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem odwołującego było to nadużycie i nadinterpretacja tego przepisu. W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że zamawiający z naruszeniem przepisów unieważnił postępowanie, pod zarzutem upływu terminu związania ofertą w dniu 26 sierpnia 2023 r., którego zamawiający nie przedłużył, ponieważ postępowanie zostało uprzednio rozstrzygnięte w terminie związania ofertą, a oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, co sam w swoim piśmie zamawiający potwierdził. Zgodnie z art. 252 ust. 2 Pzp jeśli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający musi wezwać wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Po czynności unieważnienia wyboru oferty, oferta odwołującego w dalszym ciągu była ofertą najwyżej ocenioną i jedyną jaka nie podlegała odrzuceniu w tej części postępowania.
Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta nie została odrzucona przez zamawiającego jako niezgodna z SWZ, więc nie nastąpiły przesłanki unieważnienia postępowania. Z ostrożności odwołujący wskazał również, że zamawiający podał powody, dla których oferta odwołującego powinna podlegać odrzuceniu, jednakże odwołujący nie zgodził z tą argumentacją, ponieważ jego zdaniem oferta spełnia wszystkie wymogi postawione w SWZ przez zamawiającego,
a ponadto pomimo wskazania tych rzekomych powodów zamawiający jednak oferty odwołującego nie odrzucił. Z ostrożności odwołujący wskazał również, że zamawiający mając jakiekolwiek wątpliwości co do zgodności oferty odwołującego z SWZ, winien najpierw wezwać odwołującego do wyjaśnień i dopiero wtedy albo odrzucić jego ofertę albo wezwać go do przedłużenia terminu związania ofertą, a następnie ponownie wybrać jego ofertę. Niezależnie od tego odwołujący stwierdził, że nie mógł się odwoływać od rzekomych
i prawdopodobnych powodów odrzucenia jego oferty, jeśli formalnie jego oferta nie została odrzucona. Dlatego też odwołujący odwołał się jedynie od decyzji dotyczącej unieważnienia postępowania, która była bezpodstawna. Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta została wcześniej wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, a do tego – pomimo unieważnienia czynności wyboru – spełnia wszystkie wymogi zawarte w SWZ.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca M. Sz.-G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą PWH WIP M. Sz.-G. z siedzibą w Rybniku.

W dniu 13 września 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.
Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 25 sierpnia 2023 r. o godzinie 15.:40 (po godzinach pracy urzędu) otrzymał informację od wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, tj. PWH „WIP" M. Sz.-G. z siedzibą w Rybniku wzywające do usunięcia nieprawidłowości w postępowaniu dotyczących niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego, tj.:
a) czynność wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Web-Profit M. K.;
b) czynność oceny i braku odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Web-Profit M. K.;
c) zaniechanie czynności unieważnienia postępowania w części 3.
W uzasadnieniu firma PWH „WIP" M. Sz.-G. zwróciła uwagę na to, że wykonawca Web-Profit M. K. składając ofertę zaoferował produkt Projektor 4K UHD Benq TQ700, który nie istnieje na rynku.
Ponadto również dnia 28 sierpnia 2023 r. zamawiający otrzymał pismo od wykonawcy Ogólnopolska Grupa IT D. W. z siedzibą w Olsztynie, wskazujące na to, że zaoferowane przez wykonawcę Web-Profit M. K. oprogramowanie graficzne poz. 19 w opisie przedmiotu zamówienia w części III, nie obsługuje plików/formatów .eps co jest niezgodne z treścią SWZ.
W związku z powyższym zamawiający w dniu 28 sierpnia 2023 r. ponownie zaczął analizować dokumentację postępowania. W trakcie ponownej analizy dokumentacji postępowania zauważono, że podczas badania oferty Web-Profit M. K. zamawiający omyłkowo weryfikował produkt pod nazwą Benq TK700, który istnieje na rynku i spełnia wymagania SWZ, w związku z czym pierwotnie omyłkowo uznano produkt za zgodny z SWZ. Wykonawca Web-Profit M. K. w piśmie otrzymanym 30 sierpnia 2023 r. podniósł kwestię oczywistej omyłki pisarskiej. Jednak, zdaniem zamawiającego nie mogło dojść do omyłki pisarskiej w złożonej ofercie, ponieważ w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści oferty wykonawca ponownie przedstawia dane dotyczące produktu TQ700, który nie istnieje na rynku. Zamawiający posiada również odpowiedź od producenta Benq Polska,
z której wynika, że modelu o nazwie TQ700 nie posiadają w swojej ofercie. W wyniku ewentualnego dopuszczenia wyjaśnień w tej kwestii doszłoby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Z racji tego, że wykonawca do oferty nie wpisał konkretnych parametrów produktu, a jedynie wpisał zwrot „zgodne z SWZ" zamawiający nie miał podstawy do uznania wpisania modelu TQ700 jako omyłki pisarskiej polegającej na literówce, tj. zastosowaniu litery q zamiast k. Jeżeli parametry modelu TK700 byłyby pierwotnie podane w złożonej ofercie, wówczas zamawiający miałby podstawy do poprawy omyłki, a nie weryfikowania rozbieżności poprzez wezwanie do wyjaśnień treści oferty. W tej sytuacji błąd nie był łatwy do zauważenia, ponieważ w dokumentach wykonawcy, tj. oferta i odpowiedź na wezwanie powtarza się nazwa TQ700, zatem nie zaszła niedokładność, która nie wymagała dodatkowych badań.
W odniesieniu do poz. 19 dotyczącej oprogramowania na pakiet graficzny zamawiający wskazał, że omyłkowo uznał, że jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia, podczas gdy faktycznie oprogramowanie zaoferowane przez wykonawcę nie obsługuje plików/formatów .eps, co jest niezgodne z treścią SWZ. Zamawiający stwierdził, że nie mógł wezwać do wyjaśnienia treści oferty, ponieważ jest to sytuacja oczywista, nie wymagająca wyjaśnień – wykonawca zaoferował produkt niezgodny z SWZ. W dokumentacji postępowania dotyczącej części III z tego samego powodu odrzucone zostały inne oferty, na czynność tą nie wniesiono odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że potraktował wszystkich wykonawców równo, a wezwanie do wyjaśnień spowodowałoby nierówne traktowanie wykonawców, co jest niezgodne z Pzp.
Ponadto zamawiający wyjaśnił, że zapoznał się z pismami, o których mowa powyżej w dniu 28 sierpnia 2023 r. oraz dokonał ponownej analizy dokumentacji postępowania kiedy upłynął już termin związania ofertą (26 sierpnia 2023 r.). Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił
w terminie związania ofertą – 23 sierpnia 2023 r., zgodnie z art. 252 ust. 1 Pzp. W związku
z tym zdaniem zamawiającego nie miał on możliwości wystąpienia o przedłużenie terminu związania ofertą na podstawie art. 252 ust. 2 Pzp. Z racji tego, że termin związania ofertą upłynął dnia 26 sierpnia 2023 r. zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru i unieważnieniu postępowania w części III, ponieważ nie mógł zawrzeć umowy podlegającej unieważnieniu.
W ocenie zamawiającego oferta wykonawcy Web-Profit M. K. bez wątpienia podlegałaby odrzuceniu z racji na zaoferowanie projektora nieistniejącego na rynku oraz oprogramowania graficznego niezgodnego z treścią SWZ. Kwestie te nie wymagają dodatkowych wyjaśnień, ponieważ dałyby wykonawcy możliwość wprowadzenia do oferty

niedopuszczalnych zmian. Czynność odrzucenia nie została jednak wykonana przez zamawiającego, ponieważ upłynął termin związania ofertą i zamawiający nie mógł pracować z ofertą po upływie jej ważności. Ponadto, nawet gdyby zamawiający miał prawną możliwość przedłużenia terminu związania ofertą, to i tak nie mógłby zwrócić się do Wykonawcy Web-Profit M. K. o wyjaśnienie treści oferty, ponieważ i tak podlegałaby ona odrzuceniu,
w wyniku czego i tak doszłoby do unieważnienia postępowania, ponieważ w postępowaniu nie byłoby ważnych ofert podlegających ocenie. Zamawiający ponownie nadmienił, że na odrzucenie z takiego powodu innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu nie wniesiono odwołania.
Reasumując, zamawiający stwierdził, że postępowanie w obecnym stanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na tym, że termin związania ofertą upłynął w dniu 26 sierpnia 2023 r. (zamawiający nie przedłużał terminu związania ofertą, ponieważ postępowanie zostało uprzednio rozstrzygnięte w terminie związania ofertą i nie zachodziła taka konieczność). Zamawiający wyjaśnił, że nie miał możliwości prawnej wystąpienia
o przedłużenie terminu związania ofertą, w związku z czym nie miał możliwości odrzucenia oferty wykonawcy Web-Profit i był zobligowany do unieważnienia wyboru oferty, a następnie unieważnienia postępowania dla części III. Zamawiający wskazał, że w zaistniałej sytuacji nie mógł wykonać innych czynności, niż unieważnienie czynności wyboru, a następnie unieważnienie postępowania dla części III, ponieważ nie mógł dopuścić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która podlegałaby unieważnieniu. Ponadto zamawiający raz jeszcze podkreślił – oferta wykonawcy Web-Profit M. K. podlegałaby odrzuceniu z racji na zaoferowanie projektora nieistniejącego na rynku oraz oprogramowania graficznego niezgodnego z treścią SWZ, w związku z czym zamawiający nawet gdyby miał prawną możliwość przywrócenia terminu związania ofertą, w końcowym efekcie i tak dobrnąłby do unieważnienia postępowania z racji na brak ofert podlegających ocenie.
Zdaniem zamawiającego, odwołujący bezpodstawnie domagał się unieważnienia czynności unieważnienia postępowania dla części lll.

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

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy M. Sz.-G. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą PWH WIP M. Sz.-G. z siedzibą w Rybniku, zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.
Przesłanki skutecznego przystąpienia uregulowane zostały m. in. w art. 525 ust. 1 Pzp, który stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego
w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Przywołana regulacja zawiera niezbędne przesłanki przystąpienia, z których na pierwszy plan wysuwa się interes wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Potwierdza to art. 525 ust. 3 Pzp stanowiąc, że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.
Orzecznictwo przyjmuje, że pojęcie interesu wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje ma szerszy zakres przedmiotowy, niż wskazane w art. 505 ust. 1 Pzp pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia, jednak nie jest ono nieograniczone.
Jak ustaliła Izba okolicznością bezsporną było, iż oferta wykonawcy M. Sz.-G.prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą PWH WIP M. Sz.-G. z siedzibą w Rybniku została „ostatecznie" odrzucona tj. zamawiający w dniu 22 sierpnia 2023 r. odrzucił ofertę ww. wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i wykonawca ten od tej czynności się nie wniósł odwołania.
Zgodnie z art. 2a ust. 2 zd. 2 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady
z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG*w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych*, zwanej „dyrektywą odwoławczą" *Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne*
z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania. Ponadto zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej
z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 *Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich – Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r.*
w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postepowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji
o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać odrzucona.
Izba wzięła pod uwagę powyżej cytowane przepisy i stanowiska oraz uwzględniła opozycje zgłoszoną przez odwołującego przez co nie dopatrzyła się korzyści, jaką wykonawca M. Sz.-G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą PWH WIP M. Sz.-G. z siedzibą w Rybniku miałby odnieść z uzyskania rozstrzygnięcia w postępowaniu na korzyść zamawiającego, w sytuacji, gdy sam nie jest już wykonawcą, który ubiega się o udzielenie zamówienia w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, złożoną do akt sprawy przez

zamawiającego w dniu 11 września 2023 r., w tym w szczególności:
- pismo z dnia 22 sierpnia 2023 r. w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty dla części I zamówienia oraz unieważnienia postępowania dla części II i III zamówienia;
- pismo z dnia 23 sierpnia 2023 r, skierowane do odwołującego, zawierające informacje o unieważnieniu czynności odrzucenia jego oferty w ramach III części zamówienia oraz unieważnieniu unieważnienia postępowania w ramach tej części zamówienia;
- pismo z dnia 23 sierpnia 2023 r. w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach III części zamówienia;
- ogłoszenie z dnia 29 sierpnia 2023 r. o unieważnieniu czynności wyboru w części III oraz o unieważnieniu postępowania w tej części.

Izba ustaliła co następuje

W dniu 22 sierpnia 2023 r. zamawiający odrzucił wszystkie 6 ofert złożonych w ramach III części zamówienia oraz dokonał unieważnienia postępowania w ramach tej części zamówienia. Podstawą unieważnienia postępowania w tej części był art. 255 pkt 2 Pzp.
Pismem z dnia 23 sierpnia 2023 r. zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu odrzucenia jego oferty w ramach III zamówieniu oraz o unieważnieniu unieważnienia postępowania w tej części zamówienia.
Jednocześnie zamawiający pismem z tego samego dnia tj. 23 sierpnia 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty dla III części zamówienia. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta odwołującego. Ponadto w ww. piśmie zamawiający poinformował, że podtrzymał w mocy decyzję o odrzuceniu pozostałych ofert z dnia 22 sierpnia 2023 r.
Pismem z dnia 29 sierpnia 2023 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części III zamówienia oraz o unieważnieniu postępowania w części III. W treści ww. pisma zamawiający wskazał:
Powiat Opoczyński reprezentowany przez Zarząd Powiatu Opoczyńskiego działając na podstawie art. 17 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1605) informuje, że dla części III w/w postępowania dokonuje unieważnienia czynności wyboru oferty nr 3.
Uzasadnienie faktyczne:
Zamawiający informuje, że wybrana uprzednio oferta nr 3 miała zaoferowany produkt Projektor 4K UHD Benq TQ700, który nie istnieje na rynku. Zamawiający badając ofertę omyłkowo weryfikował nazwę jako Benq TK700 zamiast Benq TQ700, który to produkt został wpisany w ofercie. Ponadto Zamawiający dokonując analizy oferty nr 3 omyłkowo uznał, że produkt Oprogramowanie – pakiet graficzny poz. 19 jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia, podczas gdy faktycznie oprogramowanie zaoferowane przez Wykonawcę nie obsługuje plików/formatów .eps, co jest niezgodne z treścią SWZ. Oferta nr 3 podlegała odrzuceniu.
W związku z powyższym Zamawiający unieważnia postępowanie dla części III.
Uzasadnienie faktyczne:
W w/w postępowaniu do części III oferta nr 3 złożona przez Wykonawcę Web-Profit M. K. ul. Spokojna 18, 41-940 Piekary Śląskie NIP 4980138493 REGON 241354688 podlega odrzuceniu, jednak ze względu na to, ze termin związania ofertą upłynął w dniu 26.08.2023r. (Zamawiający nie przedłużał terminu związania ofertą, ponieważ postępowanie zostało uprzednio rozstrzygnięte w terminie związania ofertą i nie zachodziła taka konieczność), Zamawiający obecnie nie ma możliwości prawnej wystąpienia o jej przedłużenie, w związku z czym nie ma możliwości odrzucenia oferty nr 3 i jest zobligowany do unieważnienia postępowania dla części III.
Podstawa prawna unieważnienia:
art. 255 pkt. 6 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1605) – postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 255 pkt 6 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W myśl art. 255 pkt 6 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego przepisu wynika zatem, że zamawiający obowiązany jest unieważnić prowadzone postępowanie jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki: postępowanie musi być obarczone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia, stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dalej zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 Pzp pozostaje w związku z art. 457 Pzp, w zakresie w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w ust. 1 przepisu lub na podstawie sytuacji określonych w kodeksie cywilnym np. art. 70^5 (argument z art. 457 ust. 5 Pzp).

Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania jakim jest udzielenie zamówienia. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 Pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, aby unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp należy dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 Pzp lub określone przepisy kodeksu cywilnego.

W ocenie składu orzekającego zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie w zakresie części III zamówienia, ponieważ w okolicznościach przedmiotowej sprawy, żadna z przesłanek określonych w art. 255 pkt 6 Pzp

nie została spełniona. Po pierwsze postępowanie w ramach III części zamówienia nie było obarczone wadą. Wracając na krótko do stanu faktycznego należało wskazać, że zamawiający najpierw odrzucił wszystkie oferty w ramach III części zamówienia i unieważnił postępowanie w tej części na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp, następnie unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz czynność unieważnienia postępowania i wybrał najkorzystniejszą ofertę, po czym unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i po raz kolejny unieważnił postępowanie w tej części, powołując się ostatecznie na przesłankę unieważnienia określoną w art. 255 pkt 6 Pzp. Jednocześnie w tej ostatniej grupie czynności, zamawiający formalnie nie dokonał odrzucenia oferty, która wcześniej została wybrana tj. oferty odwołującego. W uzasadnieniu unieważnienia zamawiający wskazał, że oferta odwołującego *podlega odrzuceniu, jednak ze względu na to, ze termin związania ofertą upłynął w dniu 26.08.2023r. (Zamawiający nie przedłużał terminu związania ofertą, ponieważ postępowanie zostało uprzednio rozstrzygnięte w terminie związania ofertą i nie zachodziła taka konieczność), Zamawiający obecnie nie ma możliwości prawnej wystąpienia o jej przedłużenie, w związku z czym nie ma możliwości odrzucenia oferty nr 3 i jest zobligowany do unieważnienia postępowania dla części III.*

Odnosząc się do czynności podejmowanych przez zamawiającego Izba stwierdziła, że zamawiający ma oczywiście prawo do zmiany swojej czynności w postępowaniu jeśli uzna to za stosowne. W związku z tym ma on prawo unieważnić wcześniejszą czynność
i podjąć nową. Jednakże po unieważnieniu danej czynności nie może zachowywać się tak jakby ona dalej była dla niego wiążąca. Tym samym po unieważnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, a tym samym unieważnieniu pierwszej czynności unieważnienia postępowania oraz po wyborze najkorzystniejszej oferty w sytuacji, w której zamawiający dalej miał wątpliwości co do oferty wybranego wykonawcy, to powinien przede wszystkim unieważnić wybór i zakończyć proces badania oferty lub na nowo kompleksowo zbadać ofertę odwołującego. Wynik tego badania powinien zostać odpowiednio opublikowany
i przekazany wykonawcy, co oznacza, że zamawiający powinien podjąć ostateczną decyzję co do oferty odwołującego polegającą albo na odrzuceniu tej oferty albo na uznaniu, że jest ona prawidłowa. Tymczasem zamawiający zasygnalizował, że oferta odwołującego powinna zostać odrzucona, ale tej czynności nie dokonał tj. nie odrzucił oferty odwołującego, jednocześnie unieważniając postępowanie uznając, że nie ma możliwości prawnej wystąpienia o przedłużenie terminu związania ofertą, w związku z czym nie ma możliwości odrzucenia oferty odwołującego i jest zobligowany do unieważnienia postępowania
w ramach części III. Tym samym w postępowaniu nie doszło do wady w rozumieniu art. 255 pkt 6 Pzp, ponieważ zamawiający powinien podjąć ostateczną decyzję w stosunku do oferty odwołującego, która determinowałaby sposób zakończenia postępowania. Poza tym nawet gdyby przyjąć, że taka wada jednak wystąpiła, to nie była ona niemożliwa do usunięcia. Gdyby zamawiający zdecydował się odrzucić ofertę odwołującego to, mając na uwadze czynność odrzucenia pozostałych ofert w ramach część III zamówienia, powinien unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp, natomiast w przypadku uznania, że oferta odwołującego jest jednak prawidłowa to zamawiający zobowiązany byłby do zastosowania dyspozycji określonej w art. 252 ust. 2 Pzp. Przepis ten stanowi, że jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Ww. norma nie mówi
o przedłużeniu terminu związania ofertą, ale o wyrażeniu pisemnej zgody wykonawcy na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą.

Dodatkowo jak słusznie argumentował odwołujący przyzwolenie na takie działanie jakiego dopuścił się odwołujący doprowadziłoby do powstania niebezpiecznej
i niedopuszczalnej praktyki, która polegałaby na tym, że zamawiający wybieraliby ofertę
w terminie związania ofertą, a następnie, po upływie terminu związania ofertą, unieważniałby czynność wyboru, a także całe postępowanie twierdząc, że doszło do spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 Pzp.

Ponadto Izba uznała, że w uzasadnieniu przedstawionym przez zamawiającego brak było jakiejkolwiek analizy związku pomiędzy dostrzeżoną wadą postępowania, a ryzykiem unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w części nr III.Jak już wskazano powyżej w celu zastosowania art. 255 pkt 6 Pzp, zamawiający winien wykazać, że zachodzą przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w kodeksie cywilnym lub art. 457 ust. 1 Pzp. Należy wykazać związek przyczynowy pomiędzy zaistniałą, niemożliwą do usunięcia wadą, a koniecznością unieważnienia umowy. Zamawiający
w przedmiotowej sprawie nie przedstawił takich informacji.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że argumentacja odwołującego była prawidłowa. Ponadto odwołujący prawidłowo zakwestionował wyłącznie czynność unieważnienia postępowania. Zamawiający mimo wskazania informacji, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu, nie dokonał ostatecznie takiej czynności, stąd odwołujący nie był obowiązany do jej kwestionowania na tym etapie za pomocą środka ochrony prawnej. Tym samym Izba nie rozpoznała treści uzasadnienia unieważnienia postępowania nawiązującej do argumentacji wskazującej na to, że oferta odwołującego i tak podlegałaby odrzuceniu. Izba mając na uwadze dyspozycję zawartą w art. 555 Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym rozpoznaniu podlegał wyłącznie zarzut podniesiony w odwołaniu, który w ocenie składu orzekający okazał się zasadny.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania
o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy unieważnił postępowanie w ramach części Ill zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie
i rozprawę (zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie).

Przewodniczący:……