Sygn. akt: KIO 2276/23

POSTANOWIENIE
z dnia 17 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 17 sierpnia 2023 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego – **P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. P. „Przedsiębiorstwo Handlowe SEA"**, ul. Norbertańska 3, 09-402 Płock

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Jednostka Wojskowa nr 6021**, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy **Metalzbyt-Hurt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Bardowskiego 2, 43-300 Bielsko-Biała, 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 – P. B. (B. P. „Przedsiębiorstwo Handlowe SEA") kwoty7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie – 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 2276/23

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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – JW. 6021 w Warszawie, w trybie podstawowym na*zakup i dostawę materiałów budowlanych, sanitarnych, elektrycznych, metalowych i narzędzi, źródeł światła, wykładzin dywanowych i PCV, urządzeń warsztatowych dla Jednostki Wojskowej nr 6021*(sygn. postępowania: 16/2023/TP/INFR/UZBR/OPBMR), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.04.2023 r., 00191492, wobec czynności w zakresie części 1 zamówienia polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty własnej, wniesione zostało w dniu 02.08.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy P. B. (B. P. „Przedsiębiorstwo Handlowe SEA").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 pkt 29 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnej z warunkami Zamówienia, a tym samym naruszającej zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przeprowadzenia postępowania w sposób przejrzysty,
2) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez:

   - zaniechanie odrzucenia oferty 11 złożonej przez Metalzbyt-Hurt sp. z o.o. dla części I Zamówienia podczas gdy jest ona niezgodna z SWZ oraz specyfikacją asortymentowo-cenową w zakresie, który nie podlegał sanowaniu i o charakterze nieusuwalnym, poprzez niewskazanie nazw produktów i producentów oferowanego przedmiotu Zamówienia, który w sposób jednoznaczny pozwoliłby na identyfikację przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymogiem oznaczenia indywidualizującego danych przedmiot wskazującym na jego pochodzenie,

   - odrzucenie oferty nr 13 złożonej przez Odwołującego, podczas gdy zastosował on prawidłową stawkę podatku VAT 8% dla produktu oznaczonego w pozycji 26 specyfikacji asortymentowo- produktowej: środek grzybobójczy pleśniobójczy PUFAS opakowanie spray 0,5 litr.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i przywrócenie do oceny oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Metalzbyt-Hurt sp. z o.o.

W dniu 11.08.2023 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie i złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości odwołania.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu Metalzbyt-Hurt sp. z o.o., w piśmie z 14.08.2023 oświadczył, iż wnosi sprzeciw w zakresie czynności badania, oceny i wyboru oferty Przystępującego i zaniechania odrzucenia jego oferty w zakresie części 1 zamówienia oraz zaniechania odrzucenia, tj. wniósł sprzeciw wobec części uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów. W przystąpieniu, jaki w sprzeciwie wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów Przystępujący wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 w zw. z art. 505 ust. 1 Ustawy. W jego ocenie Odwołujący składając odwołanie nie posiadał statusu wykonawcy w postępowaniu

przetargowym z uwagi na upływ terminu związania ofertą.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wniosku o odrzucenie odwołania na posiedzeniu prowadzonym z udziałem stron ustalono, iż termin związania ofertami w postępowaniu kończył się w dacie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego, tj. w dniu 28.07.2023 r. Odwołujący wcześniej już raz wyraził zgodę na wydłużenie terminu pierwotnego o kolejnych 30 dni.

Oddalając wniosek o odrzucenie odwołania skład orzekający uznał, iż w okolicznościach badanej sprawy nie można przyjąć wniosku o utracie statusu wykonawcy w postępowaniu w sytuacji, gdy wnoszony środek ochrony prawnej służyć ma przywróceniu do oceny oferty odrzuconej. Nie było również uzasadnionym twierdzenie, jakoby dla istnienia statusu wykonawcy obecnie przesądzającym miało być ustalenie, czy w dacie wnoszenia odwołania pozostawał on związany treścią oferty. Zgodnie bowiem z art. 252 ust. 2 Ustawy *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.* Z przepisu tego wynika wprost, iż upływ terminu związania ofertą nie pozbawia wykonawcy jego statusu w postępowaniu i nie stoi na przeszkodzie zakończenia czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej po upływie terminu związania ofertą. W sytuacji tej jaka ma miejsce w sprawie, tj. gdy wykonawca wnosi odwołanie wobec własnego odrzucenia oferty w postępowaniu, jego status nie jest przesądzony. Dopiero skuteczne (ostateczne) odrzucenie jego oferty z postępowania oznaczać może utratę statusu wykonawcy w danym postępowaniu przetargowym.

Na posiedzeniu Izba stwierdziła, iż w świetle oświadczenia Przystępującego z dnia 14.08.2023 r. nie można uznać, iż złożono skuteczny sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu. Przystępujący potwierdził, iż składając sprzeciw odnosił się wyłącznie do zarzutów związanych z oceną jego oferty, obecnie uznaną przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, i sprzeciwem nie objął zarzutów dotyczących bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 522 ust. 2 *Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.* Korespondującym z tym przepisem jest § 9 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, regulujący sposób rozliczenia kosztów w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego. Przepisy w sposób spójny traktują oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez zamawiającego, jako determinującego rozpoznanie zarzutów w całości na skutek sprzeciwu. Nie można bowiem przyjąć na podstawie regulacji ustawowej, aby dopuszczalnym było rozpoznanie tylko części zarzutów, które zamawiający uwzględnił i nie zostały przez odwołującego wycofane. Złożenie sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów prowadzi do rozpoznania odwołania w całości. Ustawodawca powiązał również skutki oświadczenia zamawiającego z obowiązkiem wykonania czynności zgodnie z żądaniami, co oznacza, że odwołujący i uczestnik postępowania może przewidywać jakie decyzje w postępowaniu mogą być podjęte, co również wyklucza następcze składanie odwołań na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów. Odwołanie takie podlega bowiem odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 Ustawy. Tym samym należy zauważyć, iż uznanie za prawidłowe wniesienie sprzeciwu jedynie co do części zarzutów, które zamawiający uwzględnił oznaczałoby, iż w sprawie to wyrok Izby rozstrzygający o zarzutach i żądaniach wyznacza czynności, jakie zamawiający zobowiązany jest wykonać. W przypadku gdyby rozstrzygnięcie to pozostawało w sprzeczności z żądaniami dotyczącymi zarzutów, które zamawiający uwzględnił, a nie były objęte sprzeciwem, mogłoby to prowadzić do stanu, w którym nie dałoby się rozstrzygnąć o tym jakie czynności zobowiązany jest podjąć zamawiający. Powyższe w ocenie składu orzekającego oddaje cel składania sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu – który nie może być ograniczony do części z tych zarzutów. Taka sytuacja mogłaby bowiem prowadzić faktycznie do wypaczenia celu odwołania, dla którego znaczenie mogą mieć wszystkie zarzuty. Prowadziłoby to do ryzyka nieefektywności wniesionego odwołania, czego zobrazowaniem jest argumentacja Przystępującego związana z interesem we wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia wyłącznie zarzutów zaniechania odrzucenia jego oferty. Jak wskazał Przystępujący przy uznaniu za dopuszczalne wydanie rozstrzygnięcia wyłącznie co do tego zakresu zarzutów przy ich oddaleniu oznaczałoby, iż wybór oferty najkorzystniejszej utrzymany zostałby w mocy, niezależnie od ustalenia, czy oferta Odwołującego powinna być przywrócona do oceny i jaki mógłby mieć to wpływ na wynik postępowania. Tym samym Zamawiający mógłby podpisać umowę, gdyż wyrok Izby nie nakazywałby unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (przy oddaleniu zarzutów).

W ocenie Izby to odwołujący będący gospodarzem odwołania może zawęzić zakres rozpoznania poprzez wycofanie części zarzutów, a takie ograniczenie nie może być narzucone oświadczeniem w przedmiocie sprzeciwu. Nawet w sytuacji, gdy zamawiający uwzględnia w części zarzuty, to od decyzji odwołującego o tym czy wycofać pozostałe zarzuty, zależeć będzie zakres rozpoznania, jeżeli wniesiony zostanie sprzeciw co uwzględnienia w części zarzutów (art. 522 ust. 3 Ustawy). W tym miejscu należy wskazać, iż ustawodawca wprost w art. 522 ust. 4 mówi o sprzeciwie wobec uwzględnienia **tych zarzutów**, co do których zamawiający złożył oświadczenie o ich uwzględnieniu. Mając na uwadze spójność instytucji, jaką jest oświadczenia zamawiającego co do uwzględnienia zarzutów w całości lub w części, powiązane wprost z obowiązkiem wykonania czynności zgodnie z żądaniami podniesionymi w odwołaniu

Konsekwencją rozstrzygnięcia wyrokiem Izby w zakresie zarzutów, których dotyczy sprzeciw, jest zniesienie nakazanego przepisami ustawy obowiązku zamawiającego powtórzenia czynności w zgodzie z żądaniami podnoszonymi w odwołaniu, obejmującymi wszystkie zarzuty. Izba nie jest związana żądaniami, a jednocześnie przyjmując do rozpoznania część zarzutów nie mogłaby uwzględnić znaczenia czynności oceny oferty Odwołującego, która miałaby być przywrócona do oceny oświadczeniem Zamawiającego i tym samym rozstrzygnięcie decydujące o wyniku postępowania nie byłoby całościowe i kompleksowe.
Po analizie stanu prawnego skład orzekający uznał, że przepisy Ustawy nie dopuszczają traktowania częściowego sprzeciwu wobec oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów, jako rozwiązania dopuszczonego Ustawą i na tej podstawie uznał, że sprzeciw nie został skutecznie wniesiony.

Izba na podstawie § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz. 2453) umorzyła postępowanie

odwoławcze w sytuacji wyczerpującej przypadek wskazany w art. 568 pkt 3 Ustawy. Zgodnie z art. 522 ust. 2 Ustawy *Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 2 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę uiszczonego w wysokości 7.500,00 zł wpisu.

Przewodniczący:……