Sygn. akt: KIO 437/23

POSTANOWIENIE
z dnia 3 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Irmina Pawlik
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników w dniu 3 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 17 lutego 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GS Klima Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i Zakład Produkcji Automatyki Sieciowej Spółka Akcyjna z siedzibą w Przygórzuw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo – Sieciowe z siedzibą w Poznaniu
przy udziale wykonawcy AODC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1.odrzuca odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GS Klima Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i Zakład Produkcji Automatyki Sieciowej Spółka Akcyjna z siedzibą w Przygórzu i zalicza na poczet kosztów postepowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 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 437/23

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

Zamawiający Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo – Sieciowe z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, montaż i uruchomienie infrastruktury szaf teletechnicznych wyposażonych w system chłodzenia przy pomocy klimatyzatorów międzyrzędowych i system dystrybucji zasilania przy pomocy listew PDU dla potrzeb uruchomienia przez zamawiającego nowych systemów sieciowych i IT"(nr ref. PN 55/11/2022 – kioski IT_II).Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 listopada 2022 r. pod numerem 2022/S 215-616476. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 17 lutego 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia GS Klima Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Zakład Produkcji Automatyki Sieciowej Spółka Akcyjna z siedzibą w Przygórzu (dalej jako „Odwołujący") wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy AODC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący") jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru Wykonawcy, którego oferta powinna być odrzucona zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na to, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i biorąc pod uwagę fakt, że oferty pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego się, zostały przez Zamawiającego odrzucone na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a niezgodność treści tych ofert z warunkami zamówienia była tożsama z niezgodnością wybranej w postępowaniu oferty z warunkami zamówienia,
2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i odrzucenia oferty Przystępującego.

Odwołujący wskazał, iż miał interes w uzyskaniu zamówienia, złożył ofertę, która została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, iż wykonawca w złożonych dokumentach nie podał wartości współczynnika EER dla klimatyzatorów międzyrzędowych dla pracy przy obciążeniu 200 kW, czego wymagał Zamawiający w pkt 1.18.1. SWZ. W związku z tym w ocenie Zamawiającego z załączonych przez wykonawcę dokumentów nie wynika, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego i jest zgodny z kryteriami oceny ofert oraz wszystkimi warunkami odnoszącymi się do realizacji zamówienia. Z tożsamych przyczyn zostały odrzucone oferty dwóch innych wykonawców. Jako najkorzystniejsza wybrana natomiast została jedyna pozostała w postępowaniu oferta, oferta Przystępującego, której treść również nie spełniała warunków zamówienia, albowiem wykonawca w złożonych dokumentach nie podał wartości współczynnika EER dla klimatyzatorów międzyrzędowych dla pracy przy obciążeniu 200 kW, czego wymagał Zamawiający w pkt 1.18.1. SWZ. Oferta ta również powinna być odrzucona, co doprowadziłoby do unieważnienia postępowania i umożliwienia Odwołującemu się złożenia prawidłowej oferty i uzyskania zamówienia. Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą wyboru oferty innego Wykonawcy, narażają Odwołujących się na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, iż Przystępujący nie policzył poprawnie współczynnika EER, którym według definicji Zamawiającego jest całkowita moc chłodnicza jawna/pobór mocy silników wentylatorów dla pracy normalnej przy obciążeniu 200kW. W załączonej przez wybranego wykonawcę karcie parametrów VERTIV dla 25kW (8x25 =200kW), wpisana wartość współczynnika EER odnosi się do sumarycznej mocy chłodniczej podzielonej przez całkowitą moc pobieraną przez klimatyzator i jest to 25/0,34 = 73,5. Jednakże całkowita moc wentylatorów to 8x0,04kW=0,32kW – pobór mocy silników wentylatorów. Wyliczając matematycznie 25/0,32 = 78,13. Oznacza to więc, że Przystępujący podał w złożonej przez siebie ofercie współczynnik określony przez Zamawiającego w tabeli pkt. 3.12 dla mocy chłodniczej 188,16kW (podany EER 73,5 * pobór mocy wentylatorów 0,82 /8*0,04/ = 23,52 kW * 8 = 188,16 kW), a nie jak wymagał Zamawiający dla pracy normalnej przy obciążeniu 200kW. Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że Przystępujący w złożonym dokumencie Załącznik nr 1 Opis techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia nie podał wartości EER dla klimatyzatorów międzyrzędowych dla pracy przy obciążeniu 200kW, czego wymagał Zamawiający w pkt I.18.1.SWZ., tak więc treść oferty wybranego Wykonawcy również nie spełnia warunków zamówienia, czego konsekwencją powinno być odrzucenie oferty.

Zamawiający w dniu 28 lutego 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę AODC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła, iż Przystępujący w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postepowania odwoławczego złożył wniosek o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 528 ust. 2 ustawy Pzp, wskazując, iż Odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przedmiotowy wniosek został podtrzymany przez Przystępującego na posiedzeniu niejawnym w dniu 3 marca 2023 r. Odwołujący i Zamawiający na posiedzenie z udziałem stron i uczestników nie stawili się, prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia.

Izba uznała wniosek Odwołującego za zasadny, stwierdzając, iż w rozpoznawanej sprawie zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania wskazana w art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Wskazać należy, iż w myśl art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ponadto zgodnie z art. 505 ust. 2 ustawy Pzp środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.

A contrario podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu art. 528 pkt 2 ustawy Pzp będzie podmiot nie posiadający legitymacji czynnej wynikającej z art. 505 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Legitymacji takiej nie będzie posiadał m.in. podmiot, który nie jest wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W świetle ww. definicji status wykonawcy w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia uzależniony jest od czynnego uczestnictwa tego podmiotu w danym etapie tego postępowania. O ile przed upływem terminu składania ofert status wykonawcy posiadać może w zasadzie każdy podmiot, który wyraża wolę uczestnictwa w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, o tyle po upływie terminu składania ofert, status wykonawcy w tym konkretnym postępowaniu przysługiwał będzie tym podmiotom, które złożyły ofertę, zaś na etapie realizacji umowy podmiotowi, który tę umowę zawarł. Przy czym w ślad za orzecznictwem należy podkreślić, iż sam fakt złożenia oferty w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego nie gwarantuje wykonawcy zachowania statusu wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Przymiot wykonawcy można utracić w toku tego postępowania, chociażby w wyniku zaniechania zaskarżenia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 8 lutego 2023 r. zawiadomił wykonawców jednocześnie o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o odrzuceniu wszystkich pozostałych ofert, w tym oferty Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący zakresem odwołania objął wyłącznie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, domagając się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a w konsekwencji unieważnienia postępowania. Powyższe Odwołujący motywował tym, że da mu to szanse na złożenie w kolejnym postępowaniu prawidłowej oferty i uzyskanie zamówienia. Odwołujący nie kwestionował decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, dążył jedynie do unieważnienia postępowania, aby mieć ewentualną możliwość ponownego przygotowania oferty. Odwołujący nie podjął próby zapobieżenia eliminacji jego oferty z postępowania, akceptując ostateczną ocenę jego oferty dokonaną przez Zamawiającego. Powyższe zaniechanie wiąże się dla Odwołującego z określonym skutkiem - w wyniku czynności podjętej przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, której to czynności Odwołujący nie zakwestionował w ustawowym terminie (przez podniesienie w ramach odwołania zarzutów w tym zakresie), Odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu na dostawę, montaż i uruchomienie infrastruktury szaf teletechnicznych wyposażonych w system chłodzenia przy pomocy klimatyzatorów międzyrzędowych i system dystrybucji zasilania przy pomocy listew PDU dla potrzeb uruchomienia przez zamawiającego nowych systemów sieciowych i IT o nr ref. PN 55/11/2022 – kioski IT_II. Tymczasem ochrona prawna przysługuje tylkotakiemu uczestnikowi postępowania o udzielenie zamówienia, który nie został z tego postępowania prawomocnie wyeliminowany. Czynne działanie Odwołującego w zakresie obrony własnej oferty ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy może on skutecznie kwestionować pozostałe decyzje instytucji zamawiającej.

Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie TSUE. Wwyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH przeciwko Universität für Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH & Co KG in Wien*Trybunał uznał, że wykonawcy wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji zamawiającego można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, nawet jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony wykonawca i wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a zdaniem wykluczonego wykonawcy najkorzystniejsza oferta również powinna była zostać odrzucona. Z kolei w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus et Gama* Trybunał stwierdził, iż *„w sytuacji, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia" w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."* Możliwość wniesienia odwołania i kwestionowania oferty konkurenta została zatem uzależniona od jednoczesnego podważania obu decyzji instytucji zamawiającej, a więc czynności odrzucenia oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy.

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 10/21, Sąd Zamówień Publicznych stwierdził, iż*„nie sposób przyjąć, że definicja wykonawcy zawarta w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp obejmuje podmioty, których oferta została prawomocnie odrzucona. Podmioty te bowiem po pierwsze są wyłączone w sposób negatywny z definicji wykonawcy, ponieważ nie złożyły skutecznej oferty (oferta została*

odrzucona), a po drugie nie są potencjalnie zdolne do uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego." Sąd podkreślił, iż ochrona prawna powinna bowiem służyć takiemu uczestnikowi, który może jeszcze zamówienie uzyskać. Analogiczne stanowisko prezentowała Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w postanowieniu z dnia 18 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 93/23, odnoszącym się do zbliżonego do przedmiotowej sprawy stanu faktycznego, w którym Izba stwierdziła, iż *„czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiera skutki prawne, które – wobec niewniesienia odwołania – mają charakter nieodwracalny. Przymiot uczestnika postępowania Odwołujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie podważać czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, a zaskarżyć jedynie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy. W efekcie Odwołujący również sam zrezygnował ze swojego statusu „wykonawcy" - aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*." Podobnie Izba wypowiedziała się m.in. w postanowieniu z dnia 18 marca 2021 r., sygn. akt KIO 727/21, z dnia 6 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1866/21, z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 327/22.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, iż w sytuacji, gdy zarzuty i wnioski odwołania kwestionującego wybór oferty najkorzystniejszej, nie zmierzają jednocześnie do obrony oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie, dochodzi do utraty przez podmiot wnoszący odwołanie statusu wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp z uwagi na ostateczne wyeliminowanie jego oferty z postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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).

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o zasądzenie od Odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Zgodnie z § 8 ust. 1 ww. rozporządzenia w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego. Rozporządzenie nie przewiduje możliwości zasądzenia kosztów postępowania na rzecz Przystępującego w przypadku odrzucenia odwołania. Dotyczy to również sytuacji, gdy Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. W świetle obowiązujących regulacji możliwość zasądzenia kosztów postępowania na rzecz uczestnika postępowania aktualizuje się wyłącznie w sytuacji wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w całości lub w części (w przypadku rozpoznania zarzutów objętych sprzeciwem na rozprawie – na podstawie § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 bądź w przypadku wycofania odwołania w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia albo po otwarciu rozprawy – na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 i 4).

Przewodniczący:……