Sygn. akt: KIO 2777/23

POSTANOWIENIE

z dnia 26 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Rafał Malinowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 26 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 20 września 2023 r. przez wykonawcę Metalzbyt-Hurt Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jednostkę Wojskową nr 6021 w Warszawie

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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 2777/23

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa nr 6021 w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „p.z.p.", którego przedmiotem jest zakup i dostawa materiałów budowlanych, sanitarnych, elektrycznych, metalowych i narzędzi, źródeł światła, wykładzin dywanowych i PCV, urządzeń warsztatowych dla Jednostki Wojskowej Nr 6021, nr sprawy: 16/2023/TP/INFR/UZBR/OPBMR.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00191492.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 p.z.p.

W dniu 20 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Metalzbyt-Hurt Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej, dalej jako: „Odwołujący", w zakresie części 1 postępowania, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Odwołującego, zaniechania odrzucenia oferty jednego z konkurentów, względnie zaniechania unieważnienia postępowania. Kwestionując ww. czynności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Art. 16 pkt 1) Ustawy poprzez przeprowadzenie Postępowania, w zakresie części pierwszej (I) zamówienia, w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz naruszający równe traktowanie wykonawców, a to poprzez zaniechanie wskazania na jakiej podstawie (w oparciu o jakie informacje i/lub dowody) Zamawiający stwierdził niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w Postępowaniu;
2. Art. 223 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści formularza ofertowego Odwołującego (specyfikacji asortymentowo-cenowej);
3. Art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w Postępowaniu, w zakresie części pierwszej (I) zamówienia, w wobec nieuzasadnionego stwierdzenia, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia;
4. Art. 239 Ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części pierwszej (I) zamówienia;
5. Art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenie oferty Pana P.B. w Postępowaniu, w zakresie części pierwszej (I) zamówienia, w sytuacji gdy treść oferty Pana P.B. jest niezgodna z warunkami zamówienia;
6. Art. 239 Ustawy poprzez wybór oferty Pana P.B. w Postępowaniu jako najkorzystniejszej, w zakresie części pierwszej (I) zamówienia;
7. Art. 253 ust. 1 pkt 2) Ustawy poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu postawionego przez Zamawiającego zarzutu

niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w Postępowaniu, a to poprzez zaniechanie wskazania na jakiej podstawie (w oparciu o jakie informacje i/lub dowody) Zamawiający stwierdził niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w Postępowaniu;

8. Art. 255 pkt 2) Ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania, w zakresie części pierwszej (I) zamówienia, w sytuacji gdy wszystkie oferty złożone w zakresie tejże części Postępowania podlegają odrzuceniu; względnie
9. Art. 255 pkt 6) Ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania, w zakresie części pierwszej (I) zamówienia, w sytuacji gdy Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w zakresie części pierwszej (I) zamówienia objętego przedmiotem Postępowania;
2. Unieważnienie czynności wyboru Pana P.B., w zakresie części pierwszej (I) zamówienia objętego przedmiotem Postępowania;
3. Ponowne przeprowadzenie badania i oceny oferty Odwołującego, w zakresie części pierwszej (I) zamówienia objętego przedmiotem Postępowania; względnie
4. Unieważnienie Postępowania, w zakresie części pierwszej (I) zamówienia objętego przedmiotem Postępowania;
5. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Po rozpoznaniu sprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej w ramach części 1 miał miejsce w dniu 29 czerwca 2023 r. Za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowe „SEA" P.B.. Jednocześnie oferta Odwołującego została odrzucona.

Wobec ww. czynności Zamawiającego w dniu 5 lipca 2023 r. wniesione zostało przez obecnego Odwołującego odwołanie prowadzone pod sygnaturą akt KIO 1938/23.

We wniesionym odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia:

a. art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz nierówne traktowanie wykonawców, a to poprzez zaniechanie wskazania na jakiej podstawie (w oparciu o jakie informacje i/lub dowody) Zamawiający stwierdził niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w Postępowaniu;
b. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści Formularza cenowego;
c. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w Postępowaniu w wobec nieuzasadnionego stwierdzenia, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia;
d. art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu postawionego przez Zamawiającego zarzutu niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w Postępowaniu, a to poprzez zaniechanie wskazania na jakiej podstawie (w oparciu o jakie informacje i/lub dowody) Zamawiający stwierdził niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w Postępowaniu.

W dniu 12 lipca 2023 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uznaje w całości zarzuty przedstawione
w odwołaniu. Powyższe stanowiło podstawę do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 3 p.z.p.

Kolejny wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce w dniu 28 lipca 2023 r. Za najkorzystniejszą uznano ofertę obecnego Odwołującego.

Na tę czynność w dniu 2 sierpnia 2023 r. odwołanie (sygn. akt KIO 2276/23) wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowe „SEA" P.B.. Odwołanie dotyczyło czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części 1 postępowania, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Metalzbyt-Hurt Sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty ówczesnego

odwołującego. Postawione zostały zarzuty naruszenia:

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:
    a. 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,
    b. 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.

W dniu 11.08.2023 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie i złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości odwołania. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca - Metalzbyt-Hurt sp. z o.o.

Postanowieniem z dnia 17 sierpnia 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w oparciu o art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 2 p.z.p. Izba stwierdziła m. in., że: *„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."*

Postępowanie odwoławcze zostało więc umorzone z uwagi na uwzględnienie w całości zarzutów odwołania i brak sprzeciwu ze strony przystępującego po stronie zamawiającego.

W dniu 31 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części I postępowania.

Następnie w dniu 15 września 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowe „SEA" P.B.. Oferta wykonawcy Metalzbyt-Hurt Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Zamawiający przedstawił również uzasadnienie faktyczne odrzucenia ww. oferty.

Zdaniem Izby powyższe ustalenia prowadzą do konkluzji, że zaistniała przesłanka do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 5 p.z.p., zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że 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.

W sprawie odwoławczej prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 2276/23 ówczesny odwołujący dążył do przywrócenia własnej oferty do postępowania oraz do odrzucenia oferty swojego konkurenta – obecnego Odwołującego. Jak wskazane było w treści odwołania: *„W efekcie w przypadku uwzględnienia odwołania Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert winien, zdaniem Odwołującego, odrzucić ofertę nr 11 złożoną przez Metalzbyt-Hurt sp. z o.o. oraz wybrać ofertę nr 13 złożoną przez Odwołującego jako najkorzystniejszą".*

Wykonawca Metalzbyt-Hurt Sp. z o.o. w ww. sprawie odwoławczej nie złożył sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w całości. Skutkiem tego – postępowanie zostało umorzone. Jak stanowi art. 522 ust. 2 p.z.p., 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.

W rozstrzygnięciu datowanym na 15 września 2023 r. Zamawiający przywrócił do postępowania ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowe „SEA" P.B. oraz odrzucił ofertę wykonawcyMetalzbyt-Hurt Sp. z o.o. Rozstrzygnięcie to jest więc zgodne z żądaniami odwołania wniesionego w sprawie KIO 2276/23.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, należy stwierdzić, że odwołanie w niniejszej sprawie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 p.z.p., zgodnie z którym 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. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 527 p.z.p., 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 art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej.

Normy przywołanych wyżej przepisów p.z.p obejmują czynności wykonane przez zamawiającego w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w poprzednim odwołaniu, które wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jeżeli kwestionowana czynność zamawiającego stanowi wykonanie żądań zawartych w uprzednio uwzględnionym odwołaniu, uczestnik poprzedniego postępowania odwoławczego, który nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia takiego odwołania, nie może jej już zakwestionować przed Izbą.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, *Czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO lub sądu zamówień publicznych bądź też – jeśli samodzielnie uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu – którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, nie może zostać podważona kolejnym odwołaniem. Co istotne, odmiennie od przesłanki wskazanej w pkt 4 (lit. B. IV, Nb 1), w omawianym przypadku odrzucone zostanie odwołanie wniesione nie tylko przez tego samego co uprzednio odwołującego, ale także przez jakikolwiek inny podmiot. Ustawodawca, mając na uwadze zarówno zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, jak i moc wiążącą orzeczeń KIO, wychodzi z założenia, że każdy podmiot, którego interesu dotyczy postępowanie odwoławcze, powinien wziąć w nim udział i dochodzić jego ochrony. W przeciwnym wypadku pozostaje związany tak orzeczeniem KIO, jak i uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego. W praktyce, poza samym odwołującym, przesłanka ta dotyczy innych wykonawców, którzy mogli wziąć udział w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących – w tym mogli wnieść sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. (*Prawo zamówień Publicznych. Komentarz Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak Wydawnictwo C.H.Beck Warszawa 2022 Wydanie 3).

Nie ulega zatem wątpliwości, że obecne odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 2276/23. Powyższe przesądza o konieczności odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 5 p.z.p.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do przepisu § 8 ust. 1 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), który stanowi, że w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący: ……