Sygn. akt: KIO 757/23

POSTANOWIENIE
z dnia 28 marzec 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w Warszawie w dniu 28 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2023 r.**przez odwołującego:** W.R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ELTRIX W.R. ul. Jaworskiego 5A, 05-090 Raszyn w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Miasto Białystok ul. Słonimska 1; 15-950 Białystok

postanawia :

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez **odwołującego** W.R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ELTRIX W.R. ul. Jaworskiego 5A, 05-090 Raszyn 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 (j.t. Dz. U. z 2022 poz.1710 z późn. 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 757/23

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawę i montaż dwóch instalacji fotowoltaicznych o mocach: 45,045 kWp na dachu Samodzielnego Szpitala Miejskiego przy ul. H. Sienkiewicza 79 oraz 23,205 kWp na dachu Domu Pomocy Społecznej w Białymstoku przy ul. Świerkowej 9, numer referencyjny: BZE.271.1.2023 Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w B.Z.P. 2023-02-09 pod poz. 2023/BZP 00089251.

Odwołujący na podstawie art. 513 pkt 1) w związku z art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na bezprawnym odrzucenia oferty odwołującego oraz innych czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu.

W tym miejscu **Izba** stwierdza, z preambuły odwołania wynika, że odwołujący zaskarża czynność (art. 513 pkt 1) ustawy Pzp).

Zarzuty Odwołujący kwitując czynności zamawiającego w oparciu o zaistniały stan faktyczny sprawy i regulacje ustawowe Pzp zarzuca zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust 1 pkt 2c ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego mimo, że złożył przedmiotowy środek dowodowy w przewidzianym w specyfikacji warunków zamówienia (swz) terminie
2. art. 223 ust 1 ustawy Pzp przez jego wadliwe zastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty, które nie prowadziłoby do nieuprawnionych negocjacji z odwołującym, a jedynie do wykazania omyłki w ofercie odwołującego
3. art. 223 ust 2 pkt 3 przez zaniechanie poprawienia w treści oferty 0dwołującego omyłki polegającej na wadliwym wpisaniu w pkt 3 poz. 4 nienumerowana Formularzu Oferty oznaczenia numerycznego modelu Systemu montażowego do dachów płaskich balastowy
4. art. 255 pkt 3 poprzez jego wadliwe zastosowanie

Izba podsumowując w tym miejscu postawione zarzuty odwołania stwierdza, że odwołujący zaskarża czynność zamawiającego w związku z odrzuceniem oferty odwołującego oraz nie wezwaniem do wyjaśnienia treści złożonej

oferty, a w konsekwencji unieważnienie postępowania.

Na podstawie przedstawionych powyżej zarzutów odwołania, odwołujący sformułował żądania odwołania, wnosząc o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;
5. nakazanie zamawiającemu poprawienia omyłki w ofercie odwołującego polegającej na skreśleniu w Formularzu Ofertowym str. 2 pkt 3 poz 4 nienumerowana System montażowy do dachów płaskich balastowy Producent systemu montażowego Corab, Model systemu montażowego PB-091 cyfry1 i wpisaniu cyfry 6 tak by powstał nr PB-096
6. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Izba nie stwierdza podstaw do odrzucenia odwołania w trybie art.528 ustawy Pzp.

Odwołujący wiadomość o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania powziął w dniu 13 marca 2023 r., tj. w dniu przekazania odwołującemu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Uwzględniając powyższe oraz dyspozycję art. 509 ust 2 ustawy Pzp pięciodniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania został dochowany.

Z kolei zamawiający składając odpowiedź na odwołanie (pismo z 24 marca 2023r.), przedstawił stanowisko w sprawie jak poniżej.

Zamawiający:

1 . Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutów naruszenia następujących przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, mimo że złożył on przedmiotowy środek dowodowy w przewidzianym w SWZ terminie;
- art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez jego wadliwe zastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, które nie prowadziłoby do nieuprawnionych negocjacji z odwołującym, a jedynie wykazania omyłki w ofercie odwołującego;
- art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w treści oferty odwołującego omyłki polegającej na wadliwym wpisaniu w pkt 3 poz. 4 nienumerowana Formularzu Oferty oznaczenia numerycznego modelu Systemu montażowego do dachów płaskich balastowego;
- art. 255 pkt 3) ustawy Pzp przez jego wadliwe zastosowanie.

2. Wnosi o oddalenie odwołania w pozostałej części i tym samym zamawiający nie uznaje za zasadne żądań:

- uwzględnienia odwołania w całości;

- nakazania zamawiającemu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Z uzasadnienia zamawiającego między innymi wynika, jak poniżej.

Na uwzględnienie zasługują żądania odwołującego dotyczące:

1 . nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

2. nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

3. nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;

4. nakazania zamawiającemu poprawienia omyłki w ofercie odwołującego polegającej na skreśleniu w Formularzu Ofertowym str. 2 pkt 3 poz 4 nienumerowana System montażowy do dachów płaskich balastowy Producent systemu montażowego Corab, Model systemu montażowego PB-091 cyfry I i wpisaniu cyfry 6, tak by powstał nr PB-

096;

5.nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym, zamawiający unieważni czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty odwołującego. W ofercie odwołującego zamawiający poprawi omyłkę polegającą na skreśleniu w Formularzu Ofertowym str. 2 pkt 3 poz 4 nienumerowana System montażowy do dachów płaskich balastowy Producent systemu montażowego Corab, Model systemu montażowego PB-091 cyfry1 i wpisaniu cyfry 6, tak by powstał nr PB-096 i jednocześnie przystąpi do ponownego badania i oceny złożonych ofert, a następnie powtórzy czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z uwzględnieniem powyższych żądań, a w szczególności żądania powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu, zamawiający nie może uwzględnić odwołania w całości, a w szczególności nie może uwzględnić żądania dotyczącego dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Powyższe żądanie jest przedwczesne. Bez przeprowadzenia (zgodnie z żądaniem odwołującego) powtórnej oceny ofert, zamawiający nie może stwierdzić, czy oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza. Na obecnym etapie wynik powyższego badania i oceny ofert nie jest przesądzony.

Tak, jak powyżej przedstawia się stanowisko zamawiającego, który stwierdza, że odwołanie uwzględnia nie w całości tylko w części w związku z żądaniem odwołującego nakazania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, które jest przedwczesne. Zamawiający traktuje sprawę kompleksowo to jest uważa, że odwołanie uwzględnia się w całości gdy w całości uwzględnia się zarzuty i żądania odwołania.

Izba przedstawiając powyżej korespondencję w sprawie, w związku z oświadczeniem zamawiającego skierowanym do Izby w dniu 24 marca 2023r. o częściowym uwzględnieniu odwołania wskazuje na pismo odwołującego z dnia 28 marca 2023r. pismo, w którym odnosząc się do oświadczenia zamawiającego, wniósł o umorzenie odwołania w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego wszystkich zarzutów opisanych w odwołaniu oraz deklaracji przeprowadzenia czynności objętych w żądaniu i zasądzenie kosztów według norm przepisanych.

Izba w tym stanie rzeczy, pochylając się nad stanowiskiem zamawiającego z dnia 24 marca 2023r., według którego uwzględnia odwołanie w części, a według odwołującego z dnia 28 marca 2023r. zamawiający uwzględnia wszystkie zarzuty, stwierdza jak poniżej.

Izba porównując oświadczenia stron (odwołanie – odpowiedź na odwołanie) co do uwzględnienia odwołania stwierdza, że z zestawienia zarzutów oraz żądań odwołania oraz porównania ich ze stanowiskiem zamawiającego, to zamawiający uwzględnia w pełnym zakresie zarzuty, a w zakresie żądań uwzględnia prawie wszystkie za wyjątkiem nakazania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba w tym miejscu pominie rozważania na temat, że nakazanie wyboru oferty jako najkorzystniejszej jest zwyczajowym żądaniem w odwołaniach stosowanym niejako z ostrożności procesowej. Ponadto należy skwitować, że co do zasady Izba orzeka w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu (art.555 ustawy Pzp), a więc o uwzględnieniu odwołania czy też jego braku decydują zarzuty odwołania, a nie żądania odwołania (art. 516 ust.1 pkt 9) ustawy Pzp). W praktyce orzeczniczej funkcjonuje stanowisko, że jeżeli uwzględniono zarzuty to uwzględniono odwołanie, nawet gdy żądania odwołania nie przystają do zarzutów, ponieważ zakres nakazów w wyroku to kompetencja Izby ani nie ograniczona ustawą, ani nie ograniczona żądaniami odwołania. Natomiast w niniejszej sprawie zaistniałą wątpliwość prawną co do uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości, czy też w części można rozstrzygnąć w kontekście art.522 ust.1 ustawy Pzp, który uwzględnienie sprowadza do całości zarzutów, co miało miejsce w niniejszej sprawie (odwołanie - odpowiedź na odwołanie). Wątpliwości nie budzi również zdanie drugie art.522 ust.1 ustawy Pzp (w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu). Istota tej regulacji sprowadza się do czynności, które są wykonywane przez zamawiającego w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania, są powtarzane lub unieważniane w związku z uwzględnieniem zarzutów. W niniejszej sprawie brak wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego można tylko rozważać jako zaniechanie. Natomiast z treści odwołania wynika, w niniejszej sprawie wynika, że odwołujący zaskarża czynności, a nie zaniechania („czynności zamawiającego, polegającej na bezprawnym odrzucenia oferty odwołującego oraz innych czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu"). W przypadku z kolei hipotetycznym, gdyby

nawet zamawiający formułując zarzuty zaskarżył „zaniechania”, a co nie ma miejsca w tej sprawie, to kwestię wątpliwości potencjalnych rozstrzyga nie tylko wspomniany powyżej art.555 ustawy Pzp, ale w szczególności regulacja odnoszącą się wprost do uwzględnienia odwołania (art.522 ust.1 ustawy Pzp), która mówi o uwzględnieniu w całości zarzutów. Tak więc w niniejszej sprawie skoro zamawiający uwzględnił w całości zarzuty, to skutkuje ta czynność uwzględnieniem odwołania, a zamawiający decyduje w jakim zakresie wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności dotychczas wykonane, kierując się przy tym żądaniem odwołania i nie ma nakazu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, tylko powtórzenia, unieważnienia, wykonania czynności.

Izba w związku z brakiem zgłoszenia wykonawców do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, na mocy art.522 ust.1 i art.568 pkt 3 oraz art.508 ust.1 ustawy PZP stwierdza w opisanych powyżej okolicznościach sprawy spełnienie przesłanek ustawowych odpowiadających uwzględnieniu przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wobec powyższego Izba umarza postępowanie odwoławcze na posiedzeniu bez udziału stron, wskutek uwzględnienia odwołania i wobec braku zgłoszenia przystępujących po stronie zamawiającego.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2) lit. a) 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 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 znosi się wzajemnie, - w takim przypadku Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500,00 złotych to jest w wysokości uiszczonego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……...