

Sygn. akt KIO 543/23

POSTANOWIENIE

z dnia 9 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 9 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 r. przez wykonawcę NEXTDATA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Łomża,

przy udziale wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MKM MARKET M. M. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 543/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w całości odwołującego – wykonawcę NEXTDATA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

- 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego – wykonawcę NEXTDATA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (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:

Uzasadnienie

Gmina Łomża, zwana dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „dostawę sprzętu komputerowego i sieciowego z oprogramowaniem dla Gminy Łomża w ramach projektu „e-Urząd Gminy Łomża””. Numer referencyjny tego zamówienia to WI.271.1.2.2023.

W dniu 27 lutego 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca NEXTDATA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w toku przedmiotowego postępowania w ramach części nr 2 zamówienia, tj. od:

- 1) wyboru oferty złożonej przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MKM Market M. M. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej „wykonawcą M. M.”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) czynności badania i oceny oferty złożonej przez tego wykonawcę oraz
- 3) zaniechania odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 16 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez nieprawidłową ocenę oferty złożonej przez wykonawcę M. M. i zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, podczas gdy jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, w których w ramach Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wymagał w odniesieniu do części nr 2 zamówienia dostarczenia m. in. przełącznika sieciowego z obudową posiadającą minimum dwa wentylatory, natomiast wykonawca ten w złożonej ofercie zaoferował dostarczenie przełącznika sieciowego marki CISCO posiadającego tylko jeden wentylator,
- 2) art. 16 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez bezpodstawne

dokonanie wyboru oferty wykonawcy M. M. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, w której oferta złożona przez wykonawcę M. M. powinna podlegać odrzuceniu, a jedyną ofertą spełniającą warunki zamówienia jest oferta Odwołującego.

W konsekwencji postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy M. M. w ramach części nr 2 zamówienia jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert w ramach części nr 2 zamówienia,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy M. M. złożonej w ramach części nr 2 zamówienia,
- 4) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałej oferty złożonej w ramach części nr 2 zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 marca 2023 r. Zamawiający podał, że zgodnie z szacunkiem zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego z dnia 17 stycznia 2023 r. wartość szacunkowa zamówienia dla obydwu części zamówienia łącznie wynosi 97 311 zł 49 gr netto (słownie: dziewięćdziesiąt siedem tysięcy trzysta jednaście złotych czterdzieści dziewięć groszy), natomiast z dokonanej w dniu 19 stycznia 2023 r. aktualizacji szacunku zamówienia wynika, że wartość zamówienia nie przekracza kwoty 130 tysięcy złotych netto. Zamawiający dodał, że dobrowolnie zastosował przepisy ustawy PZP, albowiem zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP przepisy tej ustawy stosuje się do udzielania zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 tysięcy złotych, przez zamawiających publicznych. Wobec tego Zamawiający nie miał prawnego obowiązku stosowania ustawy PZP, a decyzja o zastosowaniu przepisów tej ustawy była dobrowolną decyzją podjętą przez Zamawiającego. Ponadto na zarządzenie Izby z dnia 8 marca 2023 r. pełnomocnik Zamawiającego na posiedzeniu w dniu 9 marca 2023 r. wyjaśnił, że w poprzednim roku kalendarzowym były realizowane dostawy sprzętu komputerowego na rzecz Gminy Łomża, ale łączna wartość tych wszystkich dostaw nie przekraczała kwoty 130 tysięcy złotych.

Na podstawie ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie zachodzi przeszkoda formalna do rozpoznania odwołania, wobec czego odwołanie podlega odrzuceniu.

Do udzielania przez zamawiających publicznych zamówień, których wartość jest mniejsza niż 130 tysięcy złotych, nie stosuje się przepisów ustawy PZP, co wyraźnie wynika z treści art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. W konsekwencji przepisy ustawy PZP nie mogą być stosowane do prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia, których szacunkowa wartość jest poniżej kwoty określonej w art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, natomiast wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej na czynności i zaniechania zamawiających w takich postępowaniach. Co prawda w niniejszej sprawie pomimo braku takiego obowiązku prawnego Gmina Łomża prowadziła postępowanie przetargowe w trybie przepisów ustawy PZP, w tym opublikowała ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 stycznia 2023 r. o nr 2023/BZP 00041268/01, natomiast w rozdziale 22 Specyfikacji Warunków Zamówienia pouczyła wykonawców o możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej, przez co mogła wprowadzić wykonawców w błąd co do rzeczywistego trybu postępowania oraz faktu przysługiwania wykonawcom środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu, to jednakże w ocenie Izby powyższe nie powoduje, że wbrew niebudzącej wątpliwości interpretacyjnych regulacji ustawowej wykonawcy mogą składać odwołania od czynności podjętych lub zaniechanych przez Zamawiającego w trakcie takiego postępowania.

Zgodnie z art. 528 pkt 1 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Natomiast zgodnie z art. 529 ust. 1 ustawy PZP Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. Izba uznała zatem, że z powodu niemożności zastosowania przepisów ustawy PZP na podstawie przywołanych powyżej przepisów odwołanie podlega odrzuceniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie § 8 ust. 1 i 2 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: