

WYROK
z dnia 25 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik – Zawalska

Członkowie: Monika Kawa – Ogorzałek

Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2022 r. przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie Supply24 sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zespół Szkół Ponadpodstawowych nr 1 im. Rtm. Witolda Pileckiego z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu numer jeden i dwa odwołania;**
- 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego Supply24 sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (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 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zespół Szkół Ponadpodstawowych nr 1 im. Rtm. Witolda Pileckiego z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (dalej „zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Doposażenie pracowni zawodowej dla uczniów / uczennic oraz przeszkolenie 4 nauczycieli z obsługi sprzętu w ramach projektu „Międzynarodowe standardy w elektronice”- Część 2., numer referencyjny: ZP/ZSP1/MSWE/2022/1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 stycznia 2022 r. nr 2022/BZP 00036643/01.

W dniu 4 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Supply24 sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „odwołujący” lub „wykonawca”) na czynności niezgodne z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Ustawą”, tj. na:

1. niezgodną z przepisami Ustawy czynność zamawiającego tj. odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że była ona w pełni zgodna z warunkami zamówienia oraz w wyniku tej czynności na niezgodny z przepisami ustawy wybór oferty wykonawcy RENEX PREDRAG TOPIĆ oraz w konsekwencji tego zaniechanie wyboru prawidłowej i najkorzystniejszej oferty Supply24 sp. z o.o., co stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 253 ust. 1 Ustawy,
2. na niezgodny z przepisami Ustawy wybór oferty wykonawcy RENEX PREDRAG TOPIĆ, którego to oferta powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, co stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy,
3. naruszenie art. 56 ust. 1 w zw. ust. 2 pkt 2) Ustawy, poprzez dopuszczenie przez zamawiającego do sytuacji konfliktu interesów pomiędzy osobami zajmującymi się postępowaniem a wykonawcą RENEX PREDRAG TOPIĆ,

co doprowadziło do przeprowadzenia postępowania z istotnym naruszeniem Ustawy mającym wpływ na wynik postępowania.

W odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy w zakresie następujących przepisów:

1. art. 16 Ustawy – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i proporcjonalny, poprzez naruszenie ww. przepisów Ustawy,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy poprzez błędne przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, podczas gdy zaoferowane zostały tylko produkty zgodne z specyfikacją warunków zamówienia (dalej „SWZ”) i warunkami zamówienia i oferta nie powinna podlegać odrzuceniu,
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy poprzez błędne przyjęcie, że oferta RENEX PREDRAG TOPIĆ nie podlega odrzuceniu, podczas gdy oferuje ona produkty niezgodne z SWZ i warunkami zamówienia,
4. naruszenie art. 239 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 253 ust. 1 Ustawy poprzez nieprawidłowy wybór oferty RENEX PREDRAG TOPIĆ jak również zaniechanie dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty odwołującego,
5. naruszenie art. 56 ust. 1 i 2 pkt 2 Ustawy poprzez udział po stronie zamawiającego w przygotowaniu jak i prowadzeniu postępowania osób powiązanych z wykonawcą RENEX PREDRAG TOPIĆ (lub inną spółką z grupy kapitałowej i pracownikami tych spółek).

W odwołaniu odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienia odwołania w całości,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. odrzucenia oferty RENEX PREDRAG TOPIĆ jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
4. powtórzenie czynności badania ofert, a w jego wyniku prawidłowej oceny oferty odwołującego,
5. dokonania prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty,
6. zwrotu poniesionych kosztów postępowania, w tym zastępstwa procesowego oraz kosztów uczestnictwa.

Z ostrożności procesowej odwołujący zastrzegł możliwość złożenia wniosku o powołanie biegłego w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Pismem z dnia 13 maja 2022 r. zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości podnosząc niezasadność żądań wykonawcy oraz nieudowodnienie powiązań zamawiającego z RENEX PREDRAG TOPIĆ z siedzibą we Włocławku. Zamawiający wskazał na okoliczność unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty RENEX PREDRAG TOPIĆ z siedzibą we Włocławku wybranej pierwotnie jako najkorzystniejsza, co zostało dokonane decyzją zamawiającego z dnia 12 maja 2022 r.

Pismem z dnia 17 maja 2022 r. w odpowiedzi na pismo procesowe zamawiającego z dnia 13 maja 2022 r. odwołujący przekazał Izbie kopię zawiadomienia o podejrzeniu zmowy przetargowej pomiędzy panią A. G. prowadzącą kilka działalności gospodarczych, pełniącą funkcję prezesa oraz wspólnika w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością Międzynarodowe Centrum Doskonalenia Zawodowego z Włocławka a grupą kapitałową Renex z siedzibą we Włocławku.

Pismem z dnia 23 maja 2022 r. zamawiający uznał odwołanie za uzasadnione w zakresie:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej, co zostało dokonane decyzją z dnia 12 maja 2022 r.
2. odrzucenia oferty RENEX PREDRAG TOPIC z siedzibą we Włocławku wybranej pierwotnie jako najkorzystniejsza, co zostało dokonane decyzją z dnia 12 maja 2022 r.,
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, co zostało dokonane decyzją zamawiającego z dnia 23 maja 2022 r.

oraz wskazał, że zamierza przystąpić do powtórzenia czynności wyboru i oceny oferty najkorzystniejszej. Zamawiający zaznaczył, że wynik badania oferty na obecnym etapie nie może zostać ustalony zobowiązaniem go do dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i wnosi o umorzenie postępowania oraz podniósł, że wiedzę o tym, że celowe jest dokonanie dodatkowej oceny oferty odwołującego poprzez zbadanie zaproponowanego urządzenia przez rzeczoznawcę, specjalistę w danym zakresie powziął po przeprowadzeniu dodatkowych konsultacji.

Izba ustaliła, że

Zamawiający w ramach postępowania o udzielenia zamówienia publicznego na „Doposażenie pracowni zawodowej dla uczniów / uczennic oraz przeszkolenie 4 nauczycieli z obsługi sprzętu w ramach projektu „Międzynarodowe standardy w elektronice””- Część 2., numer referencyjny: ZP/ZSP1/MSWE/2022/1, w dniu 29 kwietnia 2022 r.:

- dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy RENEX PREDRAG TOPIC
- odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia.

W dniu 4 maja 2022 r. odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty odwołującego pomimo, że była on w pełni zgodna z warunkami zamówienia oraz w wyniku tej czynności niezgodny z przepisami wybór oferty RENEX PREDRAG TOPIC z siedzibą we Włocławku
2. wybór oferty RENEX PREDRAG TOPIC z siedzibą we Włocławku pomimo tego, że powinna ona podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia oraz
3. dopuszczenie przez zamawiającego do sytuacji konfliktu interesów pomiędzy osobami zajmującymi się postępowaniem a RENEX PREDRAG TOPIC z siedzibą we Włocławku.

Odwołanie zawierało wyjaśnienie podstaw faktycznych i prawnych zarzutu pierwszego i drugiego.

W zakresie zarzutu trzeciego odwołanie nie wskazywało, jakich osób i jakich czynności czy powiązań dotyczy naruszenie ani wpływu, jaki naruszenie to mogło mieć lub miało na wynik postępowania. W tym zakresie odwołujący przywołał normę art. 56 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2 Ustawy wraz z komentarzem dotyczącym jej wykładni.

W dniu 24 maja 2022 r. zamawiający unieważnił decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego.

Dodatkowo:

1. pismem z dnia 12 maja 2022 r. (informacja o działaniu zamawiającego – część 2 z dnia 12 maja 2022 r.) skierowanym do wykonawców w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający stwierdził, że: „w nawiązaniu do informacji przekazanej w dniu 29.04.2022 r., w której Zamawiający działając na podstawie art. 253 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp” poinformował, że w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Doposażenie pracowni zawodowej dla uczniów / uczennic oraz przeszkolenie 4 nauczycieli z obsługi sprzętu w ramach projektu „Międzynarodowe standardy w elektronice”, do wykonania zamówienia wybrano firmę: RENEX PREDRAG TOPIC, 87-800 Włocławek: ZAMAWIAJĄCY INFORMUJE Zamawiający w dniu 04.05.2022 r. wezwał Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą do przedłożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty odnośnie zaproponowanego monitora. W rezultacie zapoznania się z otrzymanymi wyjaśnieniami Zamawiający w dniu 12.05.2022 r. podjął decyzję o:
 - a) unieważnieniu decyzji wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) odrzuceniu oferty Wykonawcy RENEX PREDRAG TOPIC, 87-800 Włocławek, jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”

2. pismem procesowym złożonym w ramach niniejszego postępowania z dnia 23 maja 2022 r. zamawiający poinformował, że uznaje odwołanie za uzasadnione w części oraz że dokonał wymienione w piśmie czynności i że po przeprowadzeniu dodatkowych konsultacji powziął wiedzę, że celowe byłoby dokonanie dodatkowej oceny oferty odwołującego poprzez zbadanie zaproponowanego urządzenia przez rzeczoznawcę, specjalistę w danym zakresie i unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz, że przystąpi do czynności badania i oceny oferty odwołującego jako jedynej w prowadzonym postępowaniu.
3. pismem z dnia 24 maja 2022 r. (informacja o działaniu zamawiającego – część 2 z dnia 24 maja 2022 r.) skierowanym do wykonawców w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający poinformował ponownie o dokonanych wcześniej czynnościach unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty pierwotnie wybranej oraz dodatkowo o okoliczności unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenia czynności wyboru i oceny oferty najkorzystniejszej.

Powyższe Izba ustaliła w oparciu o dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Doposażenie pracowni zawodowej dla uczniów / uczennic oraz przeszkolenie 4 nauczycieli z obsługi sprzętu w ramach projektu „Międzynarodowe standardy w elektronice””- Część 2., numer referencyjny: ZP/ZSP1/MSWE/2022/1 oraz stanowisk stron postępowania, w szczególności pism zamawiającego z 12, 23 i 24 maja 2022 r., z których dowód Izba dopuściła. Izba nie uwzględniła jako spóźnionego i zmierzającego de facto do niedopuszczalnego uzupełnienia i rozszerzenia sformułowanych w odwołaniu zarzutów dowodu złożonego w dniu 17 maja 2022 r. w postaci zawiadomienia o podejrzeniu zмовы przetargowej.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

W zakresie zarzutu numer jeden i dwa Izba uznała, że odwołanie podlega umorzeniu jako bezprzedmiotowe zaś w zakresie zarzutu numer trzy nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że okoliczności zaistniałe po wniesieniu odwołania, w postaci:

1. unieważnienia decyzji czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty RENEX PREDRAG TOPIC z siedzibą we Włocławku oraz
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i przystąpienia

do czynności badania i oceny jego oferty jako jedynej w prowadzonym postępowaniu, co do których podniesione zostały zarzuty numer jeden i dwa przez odwołującego doprowadziły do bezprzedmiotowości ich rozpoznania. Z chwilą dokonania rzeczonych czynności przez zamawiającego zarzuty te utraciły swoją aktualność czyniąc zadość żądaniom odwołującego, tym samym w dacie zamknięcia rozprawy i wydania wyroku dalsze postępowanie odwoławcze w tym zakresie stało się zbędne i bezprzedmiotowe. Czynności zamawiającego, stanowiące faktycznie odpowiedź na zarzuty odwołania, dokonane zostały przed otwarciem posiedzenia i złożeniem w tym zakresie oświadczenia o charakterze procesowym Krajowej Izbie Odwoławczej jako czynność procesowa strony mająca konsekwencje proceduralne w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed Izba. Motywy czynności podejmowanych przez zamawiającego były, według jego oświadczenia, efektem analizy wyjaśnień złożonych przez RENEX PREDRAG TOPIC z siedzibą we Włocławku w odpowiedzi na skierowane do niego przez zamawiającego zapytanie lub wewnętrznych konsultacji. W tej sytuacji nie mógł znaleźć zastosowania przepis art. 522 ust. 3 Ustawy, który dotyczy uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego będącej czynnością proceduralną, lecz norma art. 568 pkt. 2 Ustawy.

Mając na uwadze nowe brzmienie przepisu art. 568 pkt 2 Ustawy, w którym wskazana została dodatkowa podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku *stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*, należało uznać, iż opisany stan faktyczny wypełnia przesłankę innej przyczyny, niż spowodowana oświadczeniem odwołującego o wycofaniu odwołania w całości lub oświadczeniem zamawiającego o uwzględnieniu odwołania (również w części), prowadzącej do zbędności postępowania odwoławczego. Stąd Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu numer jeden i dwa.

Zarzut numer trzy podlega oddaleniu wobec faktu, że jego zakres wyznaczony winien zostać nie tylko wskazaniem naruszenia przepisu prawa, ale przede wszystkim okolicznościami faktycznymi, które miałyby wypełniać normę prawa, z której naruszeniem wiąże się złożony środek ochrony prawnej.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało żadnego uzasadnienia faktycznego i twierdzenia odwołania nie pozwalały na zrekonstruowanie żadnego konkretnego zachowania zamawiającego czy zdarzenia, z którym można było powiązać sformułowany w odwołaniu zarzut numer trzy – naruszenia art. 56 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt. 2) Ustawy poprzez dopuszczenie do sytuacji konfliktu interesów pomiędzy osobami zajmującymi się postępowaniem a wykonawcą RENEX PREDRAG TOPIC z siedzibą we Włocławku. Dodatkowo wskazać należy, że zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”. W niniejszym przypadku wobec treści odwołania Izba nie miała żadnych podstaw dla stwierdzenia zaistnienia wpływu niesprecyzowanego zachowania zamawiającego na wynik postępowania, a wobec podjęcia przez zamawiającego czynności w dniu 13 i 23 maja w 2022 r. w postaci unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego oraz odrzucenia oferty RENEX PREDRAG TOPIC z siedzibą we Włocławku brak jest nawet hipotetycznej możliwości przyjęcia, że jakiegokolwiek powiązanie wpłynęło na wybór oferty RENEX PREDRAG TOPIC z siedzibą we Włocławku, która została odrzucona.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez odwołującego w wysokości 7.500,00 złotych i obciążyła nimi odwołującego.

Dlatego też Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący :

Członkowie:

.....