

Sygn. akt: KIO 1479/20

POSTANOWIENIE
z dnia 21 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym przeprowadzonym z udziałem stron w dniu 21 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2020 r. przez Odwołującego – **e-Instytucja.pl Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Marszałkowska 58 (00-545 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Kiwity**, Kiwity 28 (11-106 Kiwity)

przy udziale

Wykonawcy – ZETO Projekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Pieniężnego 15 (10-003 Olsztyn) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – e-Instytucja.pl Sp. z o.o. kwoty 6.750 zł 00 gr. (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych, zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Kiwity na *Modernizacja, dostawa i wdrożenie systemów informatycznych, digitalizacja zasobów informacji przestrzennej oraz uruchomienie e-usług publicznych z dostawą niezbędnego sprzętu, w ramach projektu pn E-usługi publiczne dla mieszkańców Gminy Kiwity – część 1* (nr postępowania GKŚO.I.271.3.2020), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16.03.2020r., nr 518443-N-2020, w wobec czynności polegających na ocenie próbki i odrzuceniu oferty własnej Wykonawca e-Instytucja.pl Sp. z o.o. z/s w Warszawie wniósł w dniu 1 lipca 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1479/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 2) art. 92 ustawy Pzp poprzez brak przedstawienia uzasadnienia prawnego podjętej przez Zamawiającego czynności;
- 3) art. 92 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjne przedstawienie uzasadnienia faktycznego podjętej przez Zamawiającego czynności polegające w szczególności na braku zawarcia w tym uzasadnieniu istotnej dla sprawy okoliczności, która godzi w prawidłowość działania Zamawiającego;
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie w trakcie prowadzenia postępowania;
- 5) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie wezwania alternatywnego, niejednoznacznego, dającego Odwołującemu swobodę wyboru i działania, nieokreślającego precyzyjnie braków w próbce Odwołującego;
- 6) art. 58 ust. 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia czynności wezwania (w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), o którym mowa powyżej;
- 7) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego docelowy brak zastosowania w odpowiednim – zgodnym z przepisami Pzp i dokumentacją postępowania – momencie, jeżeli nawet przyjąć, że dokonanie badania próbki w dniu 10.10.2020r. było zgodne z procedurą określoną w dokumentacji postępowania (pomimo wcześniejszego otwarcia próbki przez Zamawiającego);

- 8) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zmianę dokumentacji postępowania po otwarciu ofert i zastosowanie procedury nieopisanej wcześniej w dokumentacji postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu uznania czynności wezwania do uzupełnienia próbki z dnia 27.04.2020r. za naruszającą procedurę określoną w dokumentacji postępowania, w szczególności procedurę określoną w postanowieniach pkt 6.8.3 w rozdziale 6 oraz rozdziale 1 ust. 7 (załącznika nr 10 do siwz), a tym samym nieważne (w szczególności w oparciu o przepis art. 58 ust. 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp), jako naruszające zasadę zakazu zmiany postanowień dokumentacji postępowania po czynności otwarcia ofert, nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wezwania do prezentacji próbki złożonej wraz z ofertą przynajmniej w terminie 10 dni, następnie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołującego do uzupełnienia próbki, pod warunkiem, że w trakcie prezentacji nie zostanie osiągnięty pozytywny wynik próbki.

W dniu 06.07.2020r. do postępowania przystąpił po stronie Zamawiającego – Wykonawca ZETO Projekt Sp. z o.o. wskazując na podstawę do odrzucenia w części odwołania, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jako spóźnionych (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Co prawda Odwołujący złożył odwołanie również wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz zakresu uzasadnienia tej czynności, to *de facto* odwołuje się do czynności wezwania do uzupełnienia próbki na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, którego wcześniej nie kwestionował i na nie odpowiedział uzupełniając próbkę.

Dodatkowo, w piśmie procesowym z dnia 20.07.2020r. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp w zakresie wszystkich zarzutów, z ostrożności o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie/oddalenie w całości.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów spóźnionych wobec czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, zawierającego szczegółowe wyjaśnienia braków i wątpliwości wynikających z opisu oferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego oraz próbki.

Na posiedzeniu niejawnym Izba rozpoznała wnioski o odrzucenie odwołania, którego zakresem zarzutów objęto czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Izba nie stwierdziła wystąpienia żadnej z przesłanek opisanej w art. 189 ust. 2 Ustawy, w szczególności wskazanej w pkt 6 – dedykowanej dla postępowań o wartości zamówienia mniejszej niż

kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Odnosząc się do argumentów Zamawiającego prezentowanych do protokołu posiedzenia, w których podkreślał wiodące znaczenie okoliczności stanowiącej podstawę zarzutów, a dotyczącą wezwania do uzupełnienia próbki w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, Izba uznała, iż odwołanie zasadniczo kwestionuje poprawność decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią siwz. Niewątpliwie na czynność tą wpływ miały inne działania Zamawiającego podejmowane w ramach procedury badania oferty Odwołującego, co jeszcze nie daje podstawy do odmowy skorzystania z prawa do kwestionowania poprawności czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Próba ograniczenia prawa do skorzystania z środków ochrony prawnej, tylko na tej podstawie, iż kwestionowana decyzja jest wynikiem wcześniejszych czynności, na które wykonawcy nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania (w związku z ograniczeniem tego prawa wyłącznie do czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 Ustawy), stanowiłoby nieuprawnioną ingerencję w przyznane ustawowo prawo podmiotowe. Odwołując się do ukształtowanego już jednolicie orzecznictwem stanowiska w przedmiocie wykładni stosowania art. 180 ust. 2 Ustawy, należy przyjąć, iż odwołanie na czynność odrzucenia oferty, podobnie jak na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, pozwala objąć kontrolą decyzje Zamawiającego, które doprowadziły do tych czynności w postępowaniu. Wykładnia przepisów przyznających uprawnienia do korzystania z środków ochrony prawnej nie może prowadzić do wypaczenia celu, jakiemu służyć ma kontrola czynności, które zasadniczo wieńczą proces badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Szczególnie widoczne jest to w postępowaniach o mniejszej wartości, w których wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej na inne niż wskazane w art. 180 ust. 2 Ustawy czynności zamawiającego. Możliwość, jaką daje art. 181 ust. 1 Ustawy – poinformowania o niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub zaniechania, nie wpływa na możliwość rozpoznania odwołania, w którym zarzuty dotyczą decyzji o odrzuceniu oferty. W świetle powyższego Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanki do odrzucenia odwołania w całości.

Niezależnie od oceny formalnoprawnej odwołania postępowanie odwoławcze zakończyło się bez rozpoznania zarzutów, w tym podniesionej w piśmie Zamawiającego kwestii dotyczącej istnienia po stronie Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania w sytuacji, gdy przed złożeniem odwołania upłynął termin związania ofertą oraz termin ważności wadium (art. 179 ust. 1 Ustawy).

W trakcie posiedzenia niejawnego Odwołujący cofnął odwołanie. Zamawiający nie zgłosił wniosków o zwrot kosztów z tytułu udziału w posiedzeniu.

W związku z powyższym na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 1843) Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz.U. z 2018 r., poz. 972), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczonego w wysokości 7.500 zł. wpisu od odwołania.

Przewodniczący: