

Sygn. akt: KIO 2078/22

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 sierpnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2022 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Energoterm” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Płaska 4, 87-100 Toruń, **Brepo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Ks. Franciszka Górka 144, 43-196 Mikołów w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe**, ul. Jana Pawła II 10, 61-139 Poznań

przy udziale

Wykonawcy **IB Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Klinkierowa 7, 60-104 Poznań, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzyć czynność oceny ofert na część 1 i 2 zamówienia, w ramach powtórzonych czynności wezwać na podstawie art. 107 ust. 2 Ustawy Wykonawcę IB Systems Sp. z o.o. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie wymogu posiadania testu spryskiwaczy przez szynoprzewody dystrybucyjne 400A firmy Schneider model Canalis KSA zaoferowane na cz. 1 i 2 zamówienia.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża IB Systems Sp. z o.o. i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od IB Systems Sp. z o.o. na rzecz Odwołującego kwotę 23.600,00 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego – Instytut Chemii Bioorganicznej PAN Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe na „przyłączenie infrastruktury do systemu zasilania BST” (nr ref. PN/10/05/2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 maja 2022 r. pod numerem 2022/S 091-249851, wobec czynności polegającej na wadliwym wyborze oferty najkorzystniejszej na cz. 1 i cz. 2 zamówienia (IB Systems Sp. z o.o.), Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Energoterm Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, Brepo Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (Konsorcjum Energoter) wnieśli w dniu 8.10.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2078/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz pkt 5 PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty IB Systems, mimo że ta nie spełniła wymagań przewidzianych przez Zamawiającego dla przedmiotu Zamówienia;
2. art. 107 ust. 2 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania IB Systems do przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych, które wykazałyby zgodność oferty Konkurenta z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego dla przedmiotu Zamówienia, a konkretnie atestu potwierdzającego, że szynoprzewody dystrybucyjne 400A firmy Schneider model Canalis KSA, które zostały zaoferowane przez Konkurenta, spełniają tzw. Test Spryskiwaczy, co było wymagane na gruncie części I pkt 8.2 w zw. z częścią IV SWZ, pkt 1.8 pliku pn. „Opis PP IE.pdf” (s. 11-12) oraz pkt 2.2 plików pn. „Specyfikacja techniczna STE1_B23.pdf” w przypadku Części nr 1 Zamówienia oraz „Specyfikacja techniczna STE1_UPS.pdf” w przypadku Części nr 2 Zamówienia (s. 8 obu plików);
3. art. 239 ust. 1 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i dokonanie wyboru oferty Konkurenta jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu, w związku z czym jedyną nieodrzuconą ofertą złożoną w Postępowaniu była oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty IB Systems, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca – IB System Sp. z o.o.

Zamawiający złożył pismo z 12.08.2022 r. w którym uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Przystępujący po stronie Zamawiającego złożył na posiedzeniu oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów w odwołaniu.

Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty odwołania.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniach zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, jak również dowody złożone na rozprawie w zakresie dotyczącym podstawy zarzutów.

Zarzuty w odwołaniu dotyczą czynności badania i wyboru oferty najkorzystniejszej na część 1 i 2 zamówienia, za którą Zamawiający uznał ofertę złożoną przez IB Systems Sp. z o.o. (czynność z 29.07.2022 r.).

Odwołujący formułując zarzuty w odwołaniu wskazał w uzasadnieniu na wspólną podstawę faktyczną, tj. brak spełnienia parametrów wymaganych dla szynoprzewodów dystrybucyjnych, tj. posiadania testu spryskiwaczy, który to wymóg został opisany w specyfikacji technicznej, jako: „szynoprzewody muszą posiadać Test Spryskiwaczy, czyli muszą być instalowane w pomieszczeniach z tryskaczami”. Wraz z ofertą należało załączyć test spryskiwaczy. Zamawiający w SWZ pkt 8.1 i 9.2. wymagał potwierdzenia zgodności z wymaganiami dla produktu opisu technicznego urządzeń dostarczonych w ramach przedmiotu zamówienia.

W ofercie IB Systems Sp. z o.o. w formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do swz (pkt 10.5 – cz. 1 i 9.5 – cz. 2), dla obu części zamówienia zadeklarował szynoprzewody dystrybucyjne 400A marki Schneider, potwierdzając oświadczeniem własnym, iż posiadają one test spryskiwaczy, który należało dołączyć do oferty. Do oferty załączył oświadczenie złożone w imieniu producenta o treści: „szynoprzewody *Canalis KS oraz KT są odporne na działanie*

tryskaczy przeciwpożarowych w całym zakresie prądowym. Jednak w przypadku szynoprzewodów Canalis KS należy dodatkowo zastosować zestaw uszczelniający zapewniający szczelność w ciągu 50min działania tryskaczy przeciwpożarowych. Brak dodatkowego uszczelnienia na łącznikach NIE gwarantuje odporności na działaniu tryskaczy (...)".

Odwołujący podważał skuteczność potwierdzenia parametru wymaganego treścią oświadczenia, co do którego podnosił, iż nie potwierdza ono faktu poddania szynoprzewodów testowi spryskiwaczy, jak również wskazywał na brak możliwości potwierdzenia, że osoba podpisująca oświadczenie działała w imieniu producenta (brak umocowania i brak daty).

Zestawiając te oświadczenia z dokumentami, jakie Wykonawca złożył w ofercie dla mostów szynowych 400A oraz szynoprzewodów magistralno-dystrybucyjnych 2500A, dla których załączone zostały atesty zewnętrznego podmiotu potwierdzające test spryskiwaczy (atesty dla szynoprzewodów KTA i KTC), Odwołujący wskazał na brak spełnienia parametru wymaganego.

IB Systems Sp. z o.o., jako Przystępujący zgłaszający sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego, złożyło do akt sprawy nowe dokumenty - poświadczeniem badań nr 05-07BT dla szynoprzewodów seria KN, KS. Jest to nowy dokument analogiczny do tego, który złożył w ofercie (tj. nr 06-07 BT dla szynoprzewodów KTA) z dnia 17 lipca 2007 r. w całości przetłumaczony. W dokumencie opisano procedurę testu spryskiwaczy, dokument ten przygotowany został dla serii: KN i KS w opisie cech znamionowych w tabeli wskazany został zakres prądowy dla 100-1000A dla szynoprzewodów. Opis KSA 400A dot. szynoprzewodu KS z aluminiowym przewodnikiem (lit. A) i natężenie prądu 400A, dokument ten potwierdza zatem, że również oferowany szynoprzewód KSA 400A przeszedł test spryskiwaczy. Załączył również tłumaczenie ze strony producenta dokument, w którym opisana została procedura testu spryskiwaczy dla Canalis KSA 100-1000A (fragment karty katalogowej).

Zamawiający uwzględniając odwołanie w całości jednocześnie unieważnił czynność wyboru oferty IB Systems Sp. z o.o. w obu częściach zamówienia.

Izba zważyła.

Odwołanie jako zasadne podlegało uwzględnieniu w całości, przyjmując jako okoliczność wspólną dla podniesionych zarzutów – brak potwierdzenia w ofercie, dokumentem wymaganym, spełnienia wymogu testu spryskiwaczy dla szynoprzewodów dystrybucyjnych 400A.

Przystępujący, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów w odwołaniu faktycznie wykazał dokumentem złożonym na rozprawie, iż w ofercie nie zostały złożone przedmiotowe środki dowodowe, jakich wymagał Zamawiający dla potwierdzenia deklaracji Wykonawcy z załącznika nr 1a do swz. Bez tych dokumentów Zamawiający nie mógł zakończyć oceny oferty i dokonać jej wyboru, co faktycznie musiało prowadzić do uchylecia czynności z 29.07.2022 r. Fakt, iż Zamawiający przed rozprawą unieważnił czynność wyboru oferty IB Systems Sp. z o.o., nie czynił odwołania bezprzedmiotowym, a w związku z tym bezzasadnym. Nadal bowiem oferta IB Systems Sp. z o.o. jest ofertą ważną w postępowaniu, a dopiero przyszłe czynności, jakie Zamawiający podejmie ostatecznie będą określały jej status. Izba uwzględnia stan faktyczny istniejący na moment orzekania, co w niniejszej sprawie miało taki skutek, że żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej stało się nieaktualne z uwagi na wykonaną przez Zamawiającego przed zakończeniem postępowania odwoławczego czynność. Ponownie należy wskazać, iż odwołanie nie stało się przez to bezprzedmiotowe, co Przystępujący podnosił wskazując na zasadność jego oddalenia. Zarzuty w odwołaniu miały dwojaki zasięg, tj. z jednej strony Odwołujący wskazywał na brak odrzucenia oferty, co na skutek unieważnienia czynności wyboru, nie jest jeszcze przesądzone, a z drugiej strony wskazywał na zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, a czynność ta jest wymagana przed zakończeniem postępowania przetargowego w celu ustalenia jego wyniku. Nadal zatem odwołanie również w zakresie żądań będzie miało dalsze konsekwencje dla oferty IB Systems Sp. z o.o., gdyż na powtórzone czynności w postępowaniu wykonawcy będą mogli wnosić odwołania, w tym również obecny Odwołujący, jeżeli czynności Zamawiającego nie będą zgodne z żądaniami, co będzie powodowało potrzebę ich oceny pod kątem nowych okoliczności, do jakich doprowadzić mogą powtórzone czynności w postępowaniu. Skoro zatem przedmiotem odwołania jest oferta, której Zamawiający ostatecznie nie odrzucił, to odwołanie wobec czynności jej oceny nie może utracić substratu zaskarżenia.

W związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu w ramach ponownej oceny ofert wezwać Wykonawcę IB Systems Sp. z o.o. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający dopiero będzie mógł ocenić. Tym samym Izba nie przesądziła w oparciu o nowe dokumenty złożone dopiero na rozprawie, jak wpłyną one na ocenę oferty przez Zamawiającego. Należy bowiem umożliwić Zamawiającemu ocenę dokumentów, które dotychczas nie były złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pozwoli to również wykonawcom na skorzystanie z środków ochrony prawnej w nowych okolicznościach sprawy, co zapewni efektywność środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust. 1 pkt 2 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).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 20.000,00 zł. oraz koszty pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, które Izba zasądziła od Przystępującego po stronie Zamawiającego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania na rzecz Odwołującego.

Przewodniczący: