

Poznań , 13 listopada 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

MACTRONIC Sp. z o.o. Sp. k.

ul. Stargardzka 4, 54 – 156 Wrocław
zastępowana przez radcę prawnego
Pawła Sendrowskiego

adres do doręczeń:

Wielkopolska Grupa Prawnicza
Kozłowski, Mażwa, Sendrowski i Wspólnicy sp.k.
ul. Grudzieniec 64, 60-601 Poznań
Tel. 61 850 12 33
Fax 61 850 11 44
e-mail: biuro@wgpr.pl

Zamawiający:

**Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział
Gospodarczy**

ul. Juzystek 2, 05-131 Zegrze
telefon: 261-883-896
e-mail: jw4809.zp@ron.mil.pl

Nazwa postępowania: Zakup i dostawa latarek czołowych i kieszonkowych latarek sygnalizacyjnych dla żołnierzy WOT

Numer Ogłoszenia o Zamówieniu: 2020/S 175-422202

Przedmiot zamówienia obejmuje Przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawa latarek czołowych i kieszonkowych latarek sygnalizacyjnych dla żołnierzy Wojsk Obrony Terytorialnej. Zamawiający podzielił zamówienie na 2 części: część I – zakup i dostawa latarek czołowych dla żołnierzy WOT; część II – zakup i dostawa latarek kieszonkowych sygnalizacyjnych dla żołnierzy WOT.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy Mactronic sp. z o.o. sp. k. (dalej zwany Odwołującym) na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „p.z.p.”

wnoszę odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do których Zamawiający nie był uprawniony na podstawie przepisów Ustawy oraz następujących zaniechanych czynności do których dokonania Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów Ustawy tj.

- zaniechania wezwania wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. tj. zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości,
- zaniechanie udostępnienia protokołu zgodnie z treścią przepisu art. 96 ust. 3 p.z.p.,
- dokonania wyboru oferty wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień, jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca zaoferował sprzęt niezgodny z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- zaniechania wezwania wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
- ewentualnie na wypadek wezwania wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w związku z brakiem złożenia przez wykonawcę Royal – Poland.pl Michał Stępień wyjaśnień oraz zaoferowaniem ceny rażąco niskiej, a w konsekwencji zaniechania badania i oceny oferty Odwołującego, a w konsekwencji bezpodstawny wybór oferty wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie poniższych przepisów Ustawy:

1. **art. 26 ust. 1 p.z.p.** – poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień w ramach części II do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. tj. zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości,
2. **art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 p.z.p.** – poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu protokołu z postępowania, pomimo tego, że Zamawiający jest do tego zobowiązany,
3. **art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.** – poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Royal – Poland.pl Michał Stępień, pomimo że jego oferta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ,
4. **art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a p.z.p.** – poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo że zaistniały przesłanki określone w przepisie,
5. **art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.** – jako zarzut ewentualny, w sytuacji, w której Zamawiający wezwał Wykonawcę Royal – Poland.pl Michał Stępień do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – poprzez bezpodstawne uznanie, że zaoferowana przez wykonawcę Royal – Poland.pl Michał Stępień cena nie jest rażąco niska lub wykonawca Royal- Poland.pl Michał Stępień wyjaśnił rażąco niską cenę.

W związku z powyższym, wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. nakazanie:
 - unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień jako oferty najkorzystniejszej,
 - odrzucenia oferty wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień,
 - dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz przeprowadzenia wszystkich czynności niezbędnych do wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów (przedstawionych na rozprawie);
3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania.

I.

INTERES ODWOŁUJĄCEGO W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA

Odwołujący – mając na względzie brzmienie art. 179 ust. 1 p.z.p. - oświadcza, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) i ubiega się o udzielenie zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Ustawy, to nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami Ustawy oraz nie zaniechałby dokonania czynności, do których dokonania był zobowiązany na podstawie przepisów Ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Wbrew błędnemu stanowisku Zamawiającego, oferta wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień powinna zostać odrzucona. Oferta Odwołującego powinna więc być pierwszą w kolejności najkorzystniejszą ofertą w klasyfikacji Zamawiającego tj. według rankingu złożonych ofert. Zatem, gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował przepisy Ustawy, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Poprzez dokonanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 p.z.p..

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

II.

ZACHOWANIE TERMINU NA WNIESIENIE ODWOŁANIA, KOPIA ODWOŁANIA DLA ZAMAWIAJĄCEGO

Odwołujący w dniu 3 listopada 2020 r. otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną pismo informujące o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Royal – Poland.pl Michał Stępień w zakresie części II.

Dowód:

- pismo informujące o dokonaniu wyboru wraz z dowodem przesłania (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia równej lub większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP. W związku z powyższym stosownie do brzmienia art. 182 ust. 1 pkt. 1 p.z.p. termin przewidziany na złożenie odwołania od czynności Zamawiającego upływa w dniu 13 listopada 2020 r.

Nadto, Odwołujący oświadcza również, że zgodnie z art. 180 ust. 5 p.z.p., przesłał kopię niniejszego odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu na jego wniesienie, w taki sposób, aby mógł się zapoznać z jego treścią przed upływem wspomnianego terminu tj. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Dowód:

- potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu (w załączeniu)

III.

PRZEBIEG POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zakup i dostawa latarek czołowych i kieszonkowych latarek sygnalizacyjnych dla żołnierzy WOT, Nr postępowania: ZP/62/2020, zostało wszczęte 9 września 2020 r. Termin składania ofert wyznaczono ostatecznie na dzień 12 października 2020 r.

Do wyznaczonego terminu składania ofert zamówienia zostały złożone następujące oferty: Odwołującego oraz wykonawców: Royal – Poland.pl Michał Stępień oraz Wingstore Zofia Kiebała.

Dowód:

- ogłoszenie o zamówieniu z dnia 9 września 2020 r., tekst jednolity SIWZ, informacja z otwarcia ofert z dnia 12 października 2020 r. (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

W dniu 3 listopada 2020 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2.

Dowód:

- zawiadomienie o wyborze wraz z potwierdzeniem przesłania do wykonawców z 3 listopada 2020 r. (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

Odwołujący nie zgodził się z czynnością wyboru oferty wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień jako najkorzystniejszej, wyrazem czego jest wniesione odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

IV.

UZASADNIENIE FAKTYCZNE I PRAWNE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

1. **Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 1 p.z.p.** – poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień w ramach części II do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. tj. zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości,

Wykonawca Royal – Poland.pl Michał Stępień wraz z ofertą złożył dokument – zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków. Data wystawienia dokumentu to 1 czerwca 2020 r., otwarcie ofert nastąpiło 12 października 2020 r.

- zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego złożone do oferty wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia).

Natomiast zgodnie z § 5 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zaświadczenie to, nie może być wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Oznacza to, że dokument ten był już nieaktualny w dniu składania ofert.

Z ustaleń Odwołującego wynika, że takie wezwanie nie zostało dokonane.

2. **Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 p.z.p.** – poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu protokołu z postępowania, pomimo tego, że Zamawiający jest do tego zobowiązany,

Zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 p.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Natomiast zgodnie z treścią art.96 ust. 3 p.z.p. „Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.”

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego 5 listopada 2020 r. o udostępnienie protokołu z postępowania wraz z załącznikami, w szczególności z całą korespondencją Zamawiającego z wykonawcą Royal-Poland.pl Michał Stępień, ul. Targowa 60, 26-700 Zwoleń, w szczególności wezwań wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, rażąco niskiej ceny, wezwań w trybie art. 26 ust. 1, 3 i 4 p.z.p. oraz odpowiedzi wykonawcy na wezwania.

W odpowiedzi na wniosek Odwołującego Zamawiający wskazał, że nie widzi podstaw do udostępnienia protokołu na podstawie art. 96 ust. 3 p.z.p., ponieważ podmiot występujący w imieniu Odwołującego nie przedłożył pełnomocnictwa do dokonywania takich czynności i nie jest wykonawcą w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Zatem, zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego ewentualną podstawą do złożenia wniosku o udostępnienie jest ustawa z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.

- korespondencja mailowa z Zamawiającym w sprawie udostępnienia protokołu (stanowi załącznik do niniejszego odwołania)

Nie sposób się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny:

1. „Obowiązek sporządzania i udostępniania protokołu jest **faktycznym wykonywaniem zasady jawności i przejrzystości** postępowań. Protokół zawierający podstawowy zakres informacji o udzielanym zamówieniu **musi być udostępniany każdemu, bez obowiązku udowodnienia interesu prawnego lub faktycznego w dostępie do protokołu.**” - W. Dzierżanowski [w:] J. Jerzykowski, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, Sopot 2018, art. 96.
2. „Podkreślenia wymaga, że uprawnienie **do przeglądania i kopiowania protokołu przysługuje każdemu, kto o to wnosi (a nie tylko wykonawcom biorącym udział w postępowaniu), ponieważ jego udostępnienie nie jest uzależnione od wykazania interesu prawnego w uzyskaniu dostępu do informacji w danym postępowaniu.** Zasady te mają się przyczynić do zapewnienia transparentności postępowania.” - I. Skubiszak-Kalinowska [w:] E. Wiktorowska, I. Skubiszak-Kalinowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, Gdańsk 2020, art. 96.
3. „Obowiązek sporządzania przez zamawiającego i udostępniania protokołu jest **faktycznym wykonywaniem zasady jawności postępowania.** Protokół musi być udostępniony **każdemu, bez względu na to, czy wnioskodawca ma interes (prawny lub faktyczny) w dostępie do protokołu.**” - Wyrok KIO z 10.01.2011 r., KIO 2782/10, LEX nr 777063.

W orzecznictwie natomiast wskazuje się, że Zamawiający, jako gospodarz postępowania, musi w sposób gospodarski tak zarządzać swoimi działaniami, aby nie wywoływały one uszczerbku w działaniu lub możliwości działania wykonawców biorących udział w danym postępowaniu. Co z kolei prowadzi do wniosku (również potwierdzonego w orzecznictwie), że w chwili ogłoszenia wyników postępowania, Zamawiający powinien mieć w taki sposób uporządkowaną dokumentacją postępowania, która pozwoli mu na bezzwłoczne przekazanie dokumentacji postępowania, o ile taki wniosek wpłynie.

W związku z czym, Zamawiający naruszył przepisy art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 p.z.p.

3. **Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.**
– poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Royal

– Poland.pl Michał Stępień, pomimo że jego oferta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ.

W SIWZ Zamawiający wskazał, że:

1. dostarczony towar musi być profesjonalnym urządzeniem nie będącym repliką lub podrobionym wzorem przemysłowym oryginalnych latarek stosowanych do celów wojskowych (rozdział II pkt 5 lit. i SIWZ),
2. latarki muszą spełniać wymagania określone zarówno w dyrektywie UE w zakresie dopuszczenia wyrobu do sprzedaży na terenie EOG i posiadać oznaczenie CE oraz spełniać normy MIL-STD-210F w zakresie zastosowań wyrobu do celów wojskowych i wytrzymałości sprzętu elektronicznego podczas działania w trudnych warunkach w zakresie temperatur -30 do + 40 stopni Celsjusza,
3. szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w WET (tj. Wymaganiach Eksploatacyjno – Technicznych) stanowiących załącznik do SIWZ (rozdział II pkt 3 SIWZ), a dostarczane latarki powinny być z nim zgodne (§1 ust. 1 lit. b wzoru umowy),
4. towar musi spełniać wymagania techniczno – jakościowe określone w dokumentacji technicznej producenta na dany wyrób oraz odpowiednie normy (§ 1 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy),

Z kolei z ustaleń Odwołującego wynika, że oferta wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień winna podlegać odrzuceniu, jako niespełniająca wymagań SIWZ wskazanych powyżej.

6. **Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 w wz. z art. 90 ust. 1a p.z.p.** – poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Royal – Poland.pl Michał Stępień do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo że zaistniały przesłanki określone w przepisie, ewentualnie naruszenie **art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.** – poprzez bezpodstawne uznanie, że zaoferowana przez wykonawcę Royal – Poland.pl Michał Stępień cena nie jest rażąco niska lub wykonawca Royal- Poland.pl Michał Stępień wyjaśnił rażąco niską cenę.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1a pkt 1 p.z.p. zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jeśli cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30 % od:

1. Wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 p.z.p., lub
2. Średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Odnosząc się do pkt 1 powyżej, Odwołującemu nie jest znana kwota szacunkowa powiększona o należny podatek VAT, ponieważ Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu protokołu do dnia złożenia odwołania. Zatem, za tę wartość Odwołujący przyjmie kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie realizacji przedmiotu zamówienia, tj. kwotę w wysokości 688 087,00 zł brutto. Odchylenie o 30% od wskazanej wartości wynosi 481 660,90 zł brutto, zatem wszystko co jest poniżej tej wartości stanowi już rażąco niską cenę. Różnica między ofertą Royal – Poland.pl Michał Stępień (405 162,00 zł brutto), a wartością poniżej której mamy do czynienia z rażąco niską ceną wynosi 76 498,90 zł brutto.

W zakresie pkt 2 powyżej, średnia arytmetyczna złożonych ofert wynosi 737 262,00 zł. Odchylenie o 30% od tej wartości wynosi 516 083,40 zł brutto. Co oznacza, że różnica między tą wartością, a kwotą zaoferowaną przez wykonawcę Royal – Poland.pl Michał Stępień wynosi 110 921,40 zł brutto.

Odnosząc się do zarzutu ewentualnego, w którym wykonawca Royal-Poland.pl Michał Stępień złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wskazać należy, że różnica między ceną zaoferowaną w następnej w kolejności ofercie, a tą zaoferowaną przez wykonawcę Royal – Poland.pl Michał Stępień wynosi 410 590,00 zł brutto.

Nie sposób zatem uznać, że wyjaśnienia były zupełne i potwierdzały, że zaoferowany produkt spełniał warunki określone w SIWZ.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę cały występujący w omawianym postępowaniu stan faktyczny oraz stan prawny, wnoszę jak w *petitum* niniejszego odwołania.

.....

Załączniki:

1. *Pełnomocnictwo,*
2. *potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;*
3. *KRS Odwołującego;*
4. *potwierdzenie przesłania Zamawiającemu kopii odwołania;*
5. *Korespondencja Odwołującego z Zamawiającym w zakresie udostępnienia protokołu z postępowania wraz z załącznikami.*