**Sygn. akt: KIO 2468/20**

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 22 października 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Justyna Tomkowska**
**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **22 października 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 września 2020 roku** przez wykonawcę **E-TECH s.c. M. D., P. K. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego**: 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie**
przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego: Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie,**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) kwotę uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwołującego – E-TECH s.c. M. D., P. K. z siedzibą w Łodzi**

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

**Przewodniczący:**
**……**

**sygn. akt KIO 2468/20**

**UZASADNIENIE**

W dniu 28 września 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) - (dalej jako „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca **E-TECH s.c. M. D., P. K. z siedzibą w Łodzi**(dalej jak „Odwołujący").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę urządzeń komputerowych i sieciowych", numer postępowania D/87/2020 prowadzi Zamawiający: **2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie**.

Odwołanie złożono od:

1.niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oraz SIWZ czynności oceny i badania ofert w zakresie zadania nr 1,

2.niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wybrania jako najkorzystniejszej oferty Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawa (dalej „Decsoft") w zakresie zadania nr 1, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ,

3.zaniechanie wykluczenia Decsoft w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący 2 zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezgodną z przepisami PZP czynność Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Decsoft jako oferty najkorzystniejszej,

2.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Decsoft pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Decsoft w zakresie zadania nr 1 zaoferował Zamawiającemu 6 serwerów SR3A firmy HPE, które nie spełniają wymogów SIWZ oraz 3 macierze tej firmy, także niezgodne z SIWZ.

3.art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Decsoft, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W pytaniu nr 6 do Zamawiającego oraz odpowiedzi z 21 lipca 2020 r. jeden z Wykonawców jednoznacznie zapytał, czy Zamawiający faktycznie dopuszcza produkt HPE MSA 2050 SAN DC SFF, gdyż nie obsługuje dysków zgodnie z wymaganiem SIWZ. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że nie - gdyż nie dopuszcza macierzy, która nie obsługuje dysków wymienionych w OPZ. Pomimo to (mając pełną świadomość odpowiedzi Zamawiającego) Decsoft zaoferował wskazaną (finalnie wykluczoną) macierz, deklarując, że spełnia SIWZ.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia czynności oceny ofert w zadaniu nr 1,

2.Unieważnienia czynności wyboru oferty Decsoft,

3.Wykluczenia z postępowania wykonawcy Decsoft,

4.Odrzucenia oferty Decsoft,

5.Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1.

Termin wniesienia odwołania został zachowany. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu. Wpis od odwołania w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta jest kolejna, po ofercie Decsoft w rankingu ofert w zakresie zadania nr 1. Wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów, skutkują tym, że Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia i zrealizowania go (czym poniósł szkodę). Oferta Decsoft powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ (niespełniająca postanowionych w OPZ wymagań), a Wykonawca spełnia także przesłanki wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że odwołanie wniesiono zostało w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych i podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Skład orzekający Izby ustalił, iż do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpień.

W dniu 21 października 2020 roku Zamawiający ustawy Pzp złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał w całości zarzuty Odwołującego. Wobec uwzględnienia zarzutów Zamawiający wnosił o umorzenie postępowania.

Przystępujący w dniu 22 października 2020 roku nie stawił się na wyznaczone na godz. 10.00 posiedzenie i rozprawę przed Izbą. Strona była prawidłowo powiadomiona o wyznaczonym terminie, w szczególności Przystępujący potwierdził w dniu 14 października 2020 roku wiadomością e-mail, że informację o wyznaczonym terminie otrzymał.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp – należało umorzyć.

Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe, co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest wyznaczenie rozprawy. Jest to zatem faza, w której następuje koncentracja środków ochrony prawnej, w związku z czym uczestnicy postępowania odwoławczego stawiając się na posiedzenie winni być gotowi do określenia swoich stanowisk procesowych warunkujących dalsze procedowanie w sprawie. Omawiany etap postępowania odwoławczego następuje po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron. Przepis § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2014 poz. 964 ze zm.) stanowiący o wzywaniu przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy zostało już wyznaczone posiedzenie z udziałem stron i uczestników postepowania odwoławczego. Powyższe wynika w sposób jednoznaczny z przepisu § 13 ust. 2a ww. rozporządzenia.

Dokonując analizy § 13 ww. rozporządzenia należy dojść do wniosku, iż intencją Ustawodawcy było przesądzenie kwestii, iż trzydniowy termin liczony od dnia wezwania do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu - co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów - nie ma zastosowania do posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Zatem niestawiennictwo Przystępującego – prawidłowo powiadomionego o terminie posiedzenia - równoważne jest z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W konsekwencji wobec braku oświadczenia przystępującego o wniesieniu sprzeciwu do czasu zamknięcia posiedzenia, Izba zobowiązana treścią przywołanych wcześniej przepisów postępowanie umorzyć.

W związku z powyższym Izba, na podstawie art. 186 ust. 3, art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b, art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak na wstępie.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności,
w taki sposób, który uczyni zadość postulatom postawionym w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał w całości słuszność argumentacji Odwołującego
i uwzględnił odwołanie, natomiast przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, nie skorzystał z przysługującego mu prawa, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy, którzy nie skorzystali z prawa do wniesienia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami), odmawiając przyznania kosztów zastępstwa procesowego z uwagi na niezłożenie rachunków potwierdzających ich wysokość .

**Przewodniczący:**

**……**