

POSTANOWIENIE

z dnia 1 października 2020 r. **Krajowa Izba**

Odwoławcza - w składzie.

Przewodniczący: Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 30 września 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. **przez odwołującego:** EuroLinux Sp. z o.o. ul. Cystersów 9, 31-553 Kraków w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Centralny Ośrodek Informatyki Aleje Jerozolimskie 132-136, 02-305 Warszawa

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego EuroLinux Sp. z o.o. ul. Cystersów 9, 31-553 Kraków i:
 1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 1.500 **zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego EuroLinux Sp. z o.o. ul. Cystersów 9, 31-553 Kraków tytułem wpisu od odwołania
 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz EuroLinux Sp. z o.o. ul. Cystersów 9, 31-553 Kraków kwotę 13.500 **zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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 w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przedłużenie wsparcia technicznego oprogramowania Red Hat JBoss wraz z dostawą subskrypcji”, numer referencyjny: COI-ZAK.262.24.2020, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2020 r. pod numerem Dz. Urz. U.E. 2020/S 170-411742.

Zamawiający mailem z dnia 28 września 2020r. przesłał pismo Odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 21 września 2020r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie ESKOM IT Sp. z o.o. z s. w Warszawie 02-844 Warszawa, ul. Puławska 543, po stronie zamawiającego. Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający w dniu 16 września 2020r. na stronie internetowej przekazał informację o wniesieniu odwołania. Tym samym przystępujący spełnił warunek co do ustawowego terminu wyznaczonego na zgłoszenie przystąpienia, wynikający z

art. 185 ust. 2 PZP to jest 3 dni liczonych od daty otrzymania kopii odwołania.

Zgłaszający przystąpienie spełnił również warunek formalny przesłania kopii zgłoszenia odwołującemu jak i zamawiającemu, załączając do pisma potwierdzenie przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia.

Zgłaszający przystąpienie, jako spełnienie wymogu przesłanki warunkującej merytoryczną skuteczność przystąpienia, co do interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, w następujący sposób uzasadnił przystąpienie.

W piśmie z dnia 21 września 2020r. następująco argumentował jego interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego „Interes przystępującego:

Stosownie do treści art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wskazuję, że ESKOM IT Sp. z o.o. ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, albowiem w wyniku oddalenia odwołania Zgłaszający przystąpienie będzie mógł złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu oraz w przypadku wyboru jego oferty zawrzeć umowę na realizację przedmiotowego zamówienia na zasadach równowagi stron.

Wskazuję, że zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 ustawy PZP kopia przystąpienia została przesłana Zamawiającemu w dniu 21.09.2020 r. oraz Odwołującemu w dniu 21.09.2020 r., na dowód czego składam potwierdzenie przesłania zgłoszenia przystąpienia. **UZASADNIENIE** zgłoszenia przystąpienia

Uznajemy odwołanie i wszystkie stawiane w nim przez EuroLinux Sp. z o.o z siedzibą w Krakowie zarzuty dotyczące zapisów SIWZ za bezzasadne. Czynności podjęte przez Zamawiającego, w tym w szczególności ukształtowanie treści OPZ nie naruszają Ustawy prawo zamówień publicznych ani zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Uwzględnienie odwołania pozbawia zaś Zgłaszającego przystąpienie możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia.”

W dniu 24 września 2020r., pismem z dnia 22 września 2020r. odwołujący złożył opozycję przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w której podniósł następujące argumenty formalne i prawne przeciw przystąpieniu.

„**OPOZYCJA**

przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Działając w imieniu wykonawcy EuroLinux Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”), niniejszym na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) (dalej: „PZP”), zgłaszam opozycję przeciw przystąpieniu wykonawcy ESKOM IT Sp. z o.o. (dalej: „Zgłaszający przystąpienie”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożonego dnia 21 września 2020 r. **UZASADNIENIE**

1.Zgłaszający przystąpienie nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, tj. oddalenia odwołania złożonego przez Odwołującego. Zgłaszający przystąpienie w złożonym przystąpieniu ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że „w wyniku oddalenia odwołania Zgłaszający przystąpienie będzie mógł złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu oraz w przypadku wyboru jego oferty zawrzeć umowę na realizację przedmiotowego zamówienia”. W dalszej części przystąpienia wskazał natomiast, że „uwzględnienie odwołania pozbawia zaś Zgłaszającego przystąpienie możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia”

2.Z powyższego nie wynika zatem, w jaki sposób podniesione przez Odwołującego zarzuty wpływają na interes Zgłaszającego przystąpienie w rozstrzygnięciu Odwołania na korzyść Zamawiającego. Nie wynika także z jakiego powodu uwzględnienie odwołania złożonego przez Odwołującego wywoła negatywne skutki po jego stronie, tj. jak zmiany treści SIWZ dokonane zgodnie z żądaniami zawartymi w tym konkretnym odwołaniu wpłyną na brak możliwości złożenia oferty przez Zgłaszającego przystąpienie. Należy bowiem zaznaczyć, że złożone przez Odwołującego odwołanie nie zmierza do wyeliminowania w Postępowaniu możliwości złożenia oferty w oparciu o rozwiązania oferowane przez Red Hat, a jedynie do umożliwienia wykonawcom zaoferowania innych rozwiązań, tj. rozwiązań równoważnych, istniejących na rynku i spełniających wymagania Zamawiającego, których możliwość zaoferowania jest obecnie pozorna, a tym samym niemożliwa. Sytuacja

Zgłaszającego przystąpienie w zakresie opisanym w przystąpieniu nie ulegnie zmianie w przypadku uwzględnienia odwołania złożonego przez Odwołującego. Zgłaszający przystąpienie, pomimo uwzględnienia odwołania nie zostanie pozbawiony możliwości złożenia oferty, nadal będzie mógł ją złożyć, jak wskazał w przystąpieniu, a co więcej nadal będzie mógł zaoferować rozwiązania Red Hat preferowane przez Zamawiającego. Uwzględnienie odwołania spowoduje

zachowanie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, a tym samym korzyść wyrażającą się w tym, że Postępowanie, w którym zamierzają złożyć oferty Odwołujący i Zgłaszający przystąpienie, będzie prowadzone w sposób zgodny z przepisami ustawy PZP.

3. Odwołujący nie zaprzecza, że interes w przystąpieniu należy interpretować szeroko, zwłaszcza w przypadku odwołania wobec postanowień SIWZ. Nie oznacza to jednak, że interes ten jest nieograniczony. Istnienie interesu po stronie wykonawcy jest uzależnione od okoliczności konkretnej sprawy, w tym od tego, od jakiej czynności Zamawiającego wniesione zostało odwołanie. W niniejszej sprawie trudno jest podjąć się zatem interpretacji interesu Zgłaszającego przystąpienie w niniejszym postępowaniu odwoławczym skoro wskazał on jedynie, że „w wyniku oddalenia odwołania Zgłaszający przystąpienie będzie mógł złożyć ofertę” oraz, że „uwzględnienie odwołania pozbawia zaś Zgłaszającego przystąpienie możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia”. Taką treść uzasadnienia w zakresie interesu można przywołać w każdym postępowaniu odwoławczym w zakresie każdego złożonego odwołania wobec postanowień SIWZ. Zgłaszający przystąpienie powinien natomiast wskazać w sposób konkretny własny „interes w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której przystępuje”, tj. z jakiego powodu uwzględnienie żądań zawartych w odwołaniu spowoduje brak możliwości złożenia oferty i realizacji zamówienia. Należy podkreślić, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 15 czerwca 2011 r. (sygn. KIO 1126/11) „dopuszczalność zgłoszenia przystąpienia danego wykonawcy wiąże się wyłącznie z jego własnym interesem w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Ustawodawca (...) wymaga, aby przystąpienie podyktowane było własnym interesem wykonawcy”. Zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w przystąpieniu do odwołania po stronie Zamawiającego, bowiem jak wskazano powyżej, uwzględnienie odwołania (żądań) Odwołującego nie zmienia sytuacji Zgłaszającego przystąpienie w zakresie, który sam wskazał w przystąpieniu.

1. Zgodnie z ugruntowanym już w tym zakresie stanowiskiem doktryny i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej interes podlega weryfikacji obiektywnej, a jego istnienie nie zależy jedynie od subiektywistycznie odczuwanej przez wykonawcę potrzeby udziału w danym postępowaniu odwoławczym. Dany wykonawca ma interes wtedy, gdy w jego ocenie uzyskanie rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, przyniesie mu korzyść bądź też uchroni go od uszczerbku. Jednakże w żadnym wypadku takiej korzyści lub uszczerbku nie należy domniemywać, bo to na przystępującym spoczywa obowiązek wskazania interesu w przystąpieniu po stronie zamawiającego (Postanowienie KIO z dnia 28 lipca 2010 r., KIO/UZP 1492/10; Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r., KIO/UZP 2533/10).

2. Interes musi także mieścić się w ramach wyznaczonych przez treść odwołania, przez przedmiot danego, konkretnego postępowania odwoławczego i przez sytuację przystępującego w danym postępowaniu (wyrok KIO z dnia 14 lutego 2017 r., KIO 261/17). Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje, należy także powiązać z wynikiem konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym dane przystąpienie jest składane (wyrok z dnia 18 stycznia 2013 r. sygn. KIO 2822/12, sygn. KIO 2864/12). Co więcej, interes ten musi mieć charakter realny, a nie tylko hipotetyczny, gdyż tylko w takim wypadku udział danego podmiotu jako uczestnika w postępowaniu odwoławczym należy uznać za czyniący zadość jego uzasadnionym interesom prawnym i faktycznym.

3. Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację, Odwołujący uprawdopodobnił, że Zgłaszający przystąpienie nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego i wnosi o uwzględnienie opozycji.

4. Z ostrożności Odwołujący wskazuje także, że w rzeczywistości interes Zgłaszającego przystąpienie, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 185 ust. 2 PZP, nie został wskazany w treści złożonego przystąpienia, co stanowi brak formalny zgłoszenia przystąpienia niepodlegający uzupełnieniu. Jak uznała Krajowa Izba Odwoławcza „Niewskazanie w czym wykonawca upatruje interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił jest brakiem formalnym zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie p.z.p. nie zna instytucji usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego” (Postanowienie KIO z dnia 15 maja 2014 r. sygn. KIO 878/14, podobnie w wyroku KIO z dnia 24 lipca 2015 r. sygn. KIO 1497/15).”

W ten sposób odwołujący uzasadnia opozycję przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego przystępującego.

Izba podziela argumentację odwołującego i uznaje ją za własną.

Izba podkreśla, że przepis art. 185 ust. 2 PZP mówi o interesie przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść

zamawiającego. Jak słusznie odwołujący zauważył, uzasadnienie interesu zgłaszający przystąpienie upatruje w możliwości złożenia oferty oraz w przypadku wyboru oferty przystępującego zawarcia umowy. Przepis mówi o interesie zgłaszającego przystąpienie nie w uzyskaniu zamówienia tylko o interesie w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Więc rozumienie interesu w przypadku przystąpienia ma charakter szerszy, inny niż w art.179 ust.1 PZP, który formułuje prawo wykonawcy do środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie. Interes ogranicza się w tym wypadku do interesu bezpośrednio związanego z interesem wykonawcy czyli w uzyskaniu zamówienia.

I tak niestety przystępujący ten interes formułuje to jest, że może złożyć ofertę oraz jak zostanie wybrany to zawrzeć umowę. Takie okoliczności nie mają nijakiego związku z interesem zamawiającego czyli korzyścią w rozstrzygnięciu na rzecz zamawiającego. Tutaj interes zamawiającego nie można równać z interesem wykonawcy. Rozstrzygnięcie na korzyść zamawiającego nie jest równoznaczne z mocy prawa z rozstrzygnięciem na korzyść zgłaszającego przystąpienie/wykonawcy. Nie można w żaden sposób uzasadnić w instytucji przystąpienia jako zrównanego interesu wykonawcy z interesem zamawiającego, bez rozważenia w konkretnym przypadku zrównania tych interesów to jest interesu zamawiającego z interesem zgłaszającego się. Wykonawca ma interes uzyskać zamówienia a zamawiający ma interes uzyskać najkorzystniejszą ofertę, są to często dwa rozbieżne interesy. Ten przypadek jest ewidentny bowiem sam zgłaszający mówi, że jego interes to złożyć ofertę i być wybranym. Natomiast zamawiający ma interes wybrać najkorzystniejszą ofertę i to np. nie ze względu na cenę ale na istotę przedmiotu zamówienia, który ma w pełni zaspokoić potrzeby zamawiającego i temu służą postępowania na opis przedmiotu zamówienia, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie. Należy pominąć w tym wypadku, ale co słusznie odwołujący zauważył, że zgłaszający oprócz stwierdzenia, że chce złożyć ofertę i uzyskać zamówienie nie podał przyczyn i okoliczności, które powodują, że złożenie odwołania jemu uniemożliwi złożenie oferty i uzyskanie zamówienia. Chociaż nie ma to znaczenia, ponieważ tutaj chodzi o korzyść zamawiającego, a nie korzyść odwołującego jak przy składaniu odwołań i nie wskazano w zgłoszeniu przystąpienia na czym polega interes zgłaszającego w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Bez znaczenia „dla rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego” ma też użyta w uzasadnieniu przystąpienia formuła, że „Uwzględnienie odwołania pozbawia zaś Zgłaszającego przystąpienie możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia”, co miało usprawiedliwiać udział zgłaszającego w postępowaniu po stronie zamawiającego. To, że zgłaszający się ma interes w złożeniu oferty i realizacji zamówienia nie ma żadnego związku z „interesem w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego”, który to związek ma wykazać zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego, a czego nie uczynił we wniosku zgłoszenia przystąpienia.

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego. W trybie art. 185 ust.4 PZP decyzja Izby nie daje podstawy zgłaszającemu do wniesienia skargi. Stąd Izba nie uwzględnia zgłaszającego w treści sentencji postanowienia o umorzeniu.

W dniu 29 września 2020r., pismem z dnia 29 września 2020r. odwołujący cofnął odwołanie, czyniąc tym samym bezprzedmiotowość uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego, skoro cofnął odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła wniosek cofnięcia odwołania i na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, umorzyła postępowanie odwoławcze wydając postanowienie w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych oraz § 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 (j.t. Dz. U. 2018r. z dnia 7 maja 2018r. poz.972) orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz odwołującego 90 % należnego wpisu od odwołania w kwocie 13.500,00zł. zaliczając w koszty postępowania kwotę 1.500,00zł. z kwoty uiszczanego wpisu 15.000,00 złotych.

Przewodniczący: