Sygn. akt: KIO 471/23

POSTANOWIENIE z dnia 6 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 6 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez odwołującego: Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Bielice (ul. Niepokalanej 34, 74-202 Bielice),

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa) kwoty 6.750 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 471/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 20 lutego 2023 r. przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Stary Dzików na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem jest: „„Dostawa sprzętu i oprogramowania związana z realizacją projektów w ramach grantu „Cyfrowa Gmina” oraz „Wsparcie dzieci z rodzin pegeerowskich w rozwoju cyfrowym – Granty PPGR”. Nr ref.: ZP.271.1.2023. część 2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 02/01/ 2023 r., nr 2023/BZP 00002535.

Odwołujący wskazał, że (1) kwestionuje wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy g.IT Solutions M. D. (dalej „g.IT”) jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (…).

Podał, że „Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w Postępowaniu (część nr 2) posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty g.IT i wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą pomimo, iż jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Gdyby Zamawiający dokonał czynności zgodnie z ustawą, to odrzuciłby ofertę wykonawcy g.IT jako ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, co spowodowałoby, że wybrana zostałaby oferta Odwołującego. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do sytuacji, w której oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza i uzyska on przedmiotowe zamówienie. Wobec powyższego należy uznać Odwołującego za podmiot uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy”.

Zamawiającemu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy:

Zamawiający z dokumencie „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” w rozdziale 3.3 punkt 15 wskazał, że „oferowany laptop musi zostać dostarczony z bezterminową licencją oprogramowania systemu operacyjnego klasy Microsoft Windows 11 Professional lub równoważny”. Za równoważny Zamawiający uznał system, który między innymi pozwala na: 1. Możliwość zdalnej automatycznej instalacji, konfiguracji, administrowania oraz aktualizowania systemu;

- To wymaganie wskazuje na posiadanie przez system funkcji integracji z serwerem Active Directory i funkcji zasady grupy (w skrócie GPO). Tego typu funkcjonalności nie oferuje

system operacyjny Windows w wersji HOME. Oferuje go system Windows w wersji PROFFESIONAL

2. Zabezpieczony hasłem hierarchiczny dostęp do systemu, konta i profilu użytkowników zarządzane zdalnie;

- To wymaganie wskazuje na posiadanie przez system funkcji integracji z serwerem Active Directory. Tego typu funkcjonalność nie oferuje system operacyjny Windows w wersji HOME. Oferuje go system Windows w wersji PROFFESIONAL

3. Możliwość zarządzania stacją roboczą poprzez polityki – przez politykę rozumiemy zestaw reguł definiujących lub ograniczających funkcjonalność systemu lub aplikacji.

– To wymaganie wskazuje na posiadanie przez system zasad grupy (w skrócie GPO). Tego typu funkcjonalność nie oferuje system operacyjny Windows w wersji HOME. Oferuje go system Windows w wersji PROFFESIONAL

- co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Odrzucenia oferty wykonawcy g.IT jako oferty której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
3. Dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert
4. Dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z wyłączeniem oferty wykonawcy g.IT.

Zamawiając w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 3/03/23) wniósł o:

I. oddalenie odwołania (…) w całości poprzez oddalenie zarzutu Odwołującego w zakresie naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy (…) ze względu na:

1) brak uwzględnienia przez Odwołującego treści Załącznika nr 1 do SWZ -Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej SOPZ) w zakresie dopuszczenia przez Zamawiającego w jego treści możliwości wykonania wymaganych przez niego testów w tym także testów BAPCo Sysmark25 na dowolnym systemie operacyjnym oraz w konsekwencji brak możliwości uznania przez Zamawiającego oferty Wykonawcy g.IT Solutions M. D. (…) za niezgodną z warunkami zamówienia;

2) niewłaściwą interpretację Odwołującego polegającą na domniemaniu, że Zamawiający uznał za równoważny system operacyjny Microsoft Windows 11 w wersji HOME w stosunku do systemu operacyjnego Microsoft Windows11 w wersji Pro i w konsekwencji dokonaniu niewłaściwego wyboru oferty Wykonawcy g.IT Solutions M. D. (…), która w interpretacji Odwołującego obejmuje swoim zakresem rozwiązanie równoważne, czyli system operacyjny Microsoft Windows I l w wersji HOME;

3) niewłaściwą interpretację Odwołującego poprzez przyjęcie błędnych założeń i tez jako powodów świadczących o obowiązku odrzucenia oferty Wykonawcy g.IT Solutions M. D. (…), która zgodnie z dokumentami zamówienia oraz treścią przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez tego Wykonawcę odrzuceniu podlegać nie może.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z uczestniczących w postępowaniu wykonawców. Termin na takie zgłoszenie upływał w dniu 27 lutego 2023 r. Według informacji podanej przez zamawiającego (pismo z dnia 24/02/23) (…) kopia

odwołania została przekazana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu poprzez portal e-Zamówienia poprzez formularz do komunikacji w dniu 22.02.2023 r.”.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: „1.Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby”.

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący na posiedzeniu w dniu 6 marca 2023 r., jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 7.500 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.