

Sygn. akt: KIO 3343/24

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 30 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania w dniu 30 września 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2024 r. przez wykonawcę GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze kwoty 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 3343/24

### Uzasadnienie

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Rozbudowa infrastruktury serwerowej Hewlett Packard Enterprise (HPE) posiadanej przez Bank Gospodarstwa Krajowego, nr postępowania: DZZK/35/DZU/2024. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2024 r., za numerem 365366-2024.

W dniu 13 września 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Wykonawcę IT Solution Factor sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazu osób wraz certyfikatami ewentualnie wobec zaniechania odrzucenia oferty ww. Wykonawcy względnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 3 w związku z art. 74 ust. 2 ustawy pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Wykonawcę IT Solution Factor sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazu osób wraz certyfikatami, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności polegającej na wyborze oferty IT Solution

Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

- 2) odtajnienia w pełni wszystkich zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów IT Solution Factor sp. z o.o. i udostępnienie ich Odwołującemu,
- 3) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 4) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 unieważnienia czynności wyboru ofert i odrzucenia oferty IT Solution Factor sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy pzp jako podlegającej odrzuceniu w związku z niespełnianiem warunku udziału w postępowaniu ewentualnie wezwaniu IT Solution Factor sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu osób wraz z certyfikatami potwierdzającymi warunek udziału w postępowaniu dla inżyniera serwisowego.

W dniu 25 września 2024 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wskazał: „W dniu 20 września 2024 r. Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania oraz opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.” Ponadto, w dniu 25 września 2024 r. Odwołujący złożył wniosek o umorzenie postępowania wskazując: „W niniejszym postępowaniu Zamawiający w dniu 20.09.2024 r. unieważnił czynność wyboru ofert i poinformował o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert, zatem postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu ze względu na brak substratu zaskarżenia. Odwołujący wnosi jak na wstępie oraz o zwrot pełnej kwoty wpisu od odwołania.”

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła z urzędu na podstawie dokumentów zamówienia opublikowanych na stronie prowadzonego postępowania, że pismem z dnia 20 września 2024 r. – „ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU CZYNNOŚCI WYBORU OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ ORAZ O POWTÓRZENIU CZYNNOŚCI BADANIA I OCENY OFERT” Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu

3 września 2024 r., oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych

w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonaniem unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne. Na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała już czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie. Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej. Ostatecznie spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty. Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy pzp Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania. Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, jednocześnie wskazując, że będzie ponownie badał i oceniał oferty to tym samym czynności stanowiące podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestały istnieć. Zaskarżenie czynności, która już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego.

Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepis ustawy pzp – zbędne. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności Zamawiającego. Orzekanie przez

Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności tej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie. Na podstawie art. 574 ustawy pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonych wpisu w wysokości 15 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....