

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 19.11. 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 19 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2024 r. przez Odwołującego: **Infomex Sp. z o.o. z/s w Żywcu** (ul. Wesola 19B, 34300 Żywiec) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Narodowe Centrum Badań Jądrowych Ośrodek Radioizotopów POLATOM z/s w Otwocku** (ul. Andrzej Sołtana 7, 05400 Otwock)

przy udziale Uczestnika po stronie Zamawiającego:

A. WASKO S.A. z/s w Gliwicach (ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice),

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego: **Infomex Sp. z o.o. z/s w Żywcu** (ul. Wesola 19B, 34300 Żywiec) kwotę **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą 90 % kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego 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.

.....

Sygn. akt: KIO 3970/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2024 r. przez wykonawcę: Infomex Sp. z o.o. z/s w Żywcu (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Narodowe Centrum Badań Jądrowych Ośrodek Radioizotopów POLATOM z/s w Otwocku. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Rozbudowa infrastruktury serwerowej i sieciowej OR POLATOM w podziale na części” – znak postępowania: 19/P/2024 (dalej „postępowanie”). Przedmiotowe odwołania dotyczą części III zamówienia. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16/07/2024 r., numer ogłoszenia: Dz.U. S: 137/2024 425599-2024.

Wykonawca Infomex (Odwołujący Infomex) podał, że wnosi odwołanie (...) czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

1. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę WASKO S.A., 44- 100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6 (zwanej dalej „WASKO”) – dotyczy części III;

a) czynności zaniechania odrzucenia oferty „WASKO” – dotyczy części III;

b) zaniechania wezwania wykonawcy „WASKO” w zakresie rażąco niskiej ceny – dotyczy części III;

c) zaniechania odtajnienia dokumentów złożonych przez „WASKO – dotyczy części III”.

(...)

3. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący stawia następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez „WASKO” w części III zamówienia, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania, w szczególności zaś dlatego, że oferowane rozwiązanie nie zapewnia możliwości rozbudowy do 4 kontrolerów, nie spełnia wymagania dotyczącego zapewnienia możliwości budowy jednego obszaru danych na wszystkich dyskach zainstalowanych wewnątrz macierzy, a także dlatego, iż oprogramowania wskazywane w wyjaśnieniach zostało zaoferowane dopiero na etapie składania

wyjaśnień, co doprowadziło do zmiany treści oferty oraz naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

b) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania „WASKO” do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za dostawę przełączników szkieletowych sieci SAN-FC.

c) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ustawa ZNK”) poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony jest do utrzymania jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów zastrzeżonych przez „WASKO”:

1)Szczegółowe Specyfikacje techniczne sprzętu podstawowe,

2)Szczegółowe Specyfikacje techniczne sprzętu opcja,

choć „WASKO” nie dochowało podstawowych obowiązków dla wykazania, że przedmiotowe dokumenty faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym są jawne i powinny zostać uznane przez Zamawiającego jako podlegające udostępnieniu;

d)zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy „WASKO” w części III zamówienia.

4.Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wyboru oferty „WASKO” jako najkorzystniejszej (część III),

b)dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonania odrzucenia oferty „WASKO” (część część III),

c)dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy „WASKO” do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,

d)dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez „WASKO”.

5.Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp to dokonałby odrzucenia oferty „WASKO” w części III, co skutkowałoby uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego (drugie miejsce w obecnej klasyfikacji ofert dla części III). Uwzględnienie odwołania prowadzić będzie zatem do zmiany klasyfikacji ofert i wyboru oferty Odwołującego. Uwzględnienie zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny skutkować będzie ponowieniem badania i oceny ofert, co w konsekwencji może prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy „WASKO”. Uwzględnienie zarzutu dotyczące tajemnicy skutkować będzie ponowieniem badania i oceny ofert oraz udostępnieniem pełnej dokumentacji technicznej Odwołującemu, co w konsekwencji może prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy „WASKO” (Odwołujący będzie mógł kierować zarzuty na podstawie odtajnionych dokumentów). Poprzez dokonanie i zaniechanie 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 jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z 13/11/2024) podał: (...)

nie uwzględniam zarzutów w nim zawartych i wnoszę o:

1)oddalenie odwołania w całości;

2)zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania w całości.

II.W zakresie postępowania dowodowego wnoszę o przeprowadzenie dowodu z dokumentu stanowiącego specyfikację produktów Hitachi Virtual Storage Platform na wykazanie spełnienia przez WASKO wymagania Zamawiającego polegającego na możliwości rozbudowy oferowanej macierzy dyskowej do 4 kontrolerów. (...)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: WASKO S.A. z/s w Gliwicach wnosząc także – jak Zamawiający - o oddalenie odwołania w zakresie wskazanym w przystąpieniu.

Odwołujący w piśmie z dnia 18 listopada 2024 r. oświadczył: (...) *Działając w imieniu Odwołującego Infomex Sp. z o.o., na podstawie załączonego do odwołania pełnomocnictwa, oświadczam, że cofam odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2024 r. Mając na uwadze powyższe, wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego oraz zwrot 90% wniesionego wpisu, na rachunek bankowy należący do Odwołującego.*

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 520 ust.1 ustawy Pzp w związku z oświadczeniem złożonym przez wnoszącego odwołanie wykonawcę o cofnięciu odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*”.

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 18/11/2024 r. - przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy na dzień 19 listopada 2024 r. - jednoznacznie oświadczył, że cofa odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba dodatkowo zauważyła, że w myśl art. 520 ust. 2 Pzp: „*2.Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby*”. Odwołujący – jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie Prawa zamówień publicznych - jest dysponentem wniesionego przez siebie odwołania, co przejawia się również w uprawnieniu do jego wycofania. Krajowa Izba Odwoławcza nie bada i nie ocenia przyczyn cofnięcia odwołania. Bada wyłącznie formalną skuteczność złożenia oświadczenia o jego cofnięciu. Skuteczne cofnięcie odwołania jest wiążące dla Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto cofnięcie odwołania nie wymaga zgody pozostałych stron i uczestników postępowania.

Tym samym Izba na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 520 ust.1 powołanej ustawy postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) 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 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....