

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: **Bcoders S.A. z/s w Warszawie** (ul. Owczarska 7, 01351 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Narodowe Centrum Badań Jądrowych Ośrodek Radioizotopów POLATOM z/s w Otwocku** (ul. Andrzej Sołtana 7, 05400 Otwock)

przy udziale Uczestników po stronie Zamawiającego:

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

B. **Infomex Sp. z o.o. z/s w Żywcu** (ul. Wesola 19B, 34300 Żywiec),

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

Odwołującego: **Bcoders S.A. z/s w Warszawie** (ul. Owczarska 7, 01351 Warszawa) kwotę **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzystaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą 90 % kwoty wpisu uiszczanego 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 3981/24

**Uzasadnienie**

Wykonawca Bcoders (Odwołujący Bcoders) podał (...) wnosząc odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na: wyborze jako najkorzystniejszej oferty w zakresie Części nr 3 wykonawcy WASKO S.A. 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6 – naruszenie art. 239 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, przy: odrzuceniu oferty Odwołującego wobec uznania, że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia – naruszenie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp w zw z art. 16 Pzp, co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowieniach SWZ ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

(...)

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp wnoszę o :

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,
2. powtórzenia czynności oceny ofert w Postępowaniu i w jej wyniku: - unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego

co ma bezpośredni wpływ na wynik Postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej.

*Interes prawny we wniesieniu odwołania.*

Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej, przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta Odwołującego zgodnie z rankingiem ofert z czynności ich otwarcia, została uplasowana na pierwszej pozycji. Ponadto oferta Odwołującego mieści się w kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Mając na względzie powyższe, uwzględnienie odwołania i przywrócenie Odwołującego do postępowania skutkuje bezpośrednio na wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby niezaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** (pismo z dnia 13/11/240 podał: (...))

I. (...)w odpowiedzi na odwołanie, wniesione przez BCoders S.A. w dniu 28.10.2024 r. r. 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 następujących dowodów z dokumentów:

1)specyfikacji modelu CONNECTRIX B-SERIES DS-6600B SWITCHES – na wykazanie, iż oferowany przez Odwołującego sprzęt nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w Postępowaniu;

2)specyfikacji modelu CONNECTRIX B-SERIES DS-7730B & DS-7720B SWITCHES – na wykazanie, iż w ofercie DI Technologies jest przełącznik o modelu nowszej generacji aniżeli zaoferowana przez Odwołującego;

3)raportu śladu węglowego dla modelu Dell Connetrix -Brocade DS-6620 – na wykazanie tego, iż rzeczywistym producentem sprzętu oferowanego przez Odwołującego jest f. Broadcom.

4)Zrzutu z ekranu ze strony <https://www.dell.com/support/kbdoc/en-us/000185734/all-dell-emc-end-of-life-documents?msocid=150c290e23676b910d953dff22146a98> – na wykazanie tego, iż oferowany przez Odwołującego w Postępowaniu sprzęt był przeznaczony przez Producenta do wycofania z produkcji lub sprzedaży w chwili złożenia oferty.

5)dokumentu „Product EOL Notice” – na wykazanie faktu przeznaczenia określonych produktów do wycofania ze sprzedaży lub produkcji przez ich producenta.

6)e-maila z dnia 04.11.2024 r. - na wykazanie faktu przeznaczenia sprzętu oferowanego przez Odwołującego do wycofania ze sprzedaży lub produkcji przez ich producenta.

(...)

**Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego** przystąpienie zgłosili wykonawcy: (1) WASKO S.A. z/s w Gliwicach oraz (2) Infomex Sp. z o.o. z/s w Żywcu, 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 i na rzecz Odwołującego niniejszym, na podstawie art. 520 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych niniejszym składam: oświadczenie o wycofaniu odwołania wniesionego w przedmiotowym postępowaniu. Mając powyższe na względzie Odwołujący wycofuje odwołanie wnosząc jednocześnie o zwrot 90% wysokości wpisu zgodnie z § 9 ust 1 pkt 3 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. poz. 2437)."*

**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 zauważa, 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 uiszczanego od odwołania w wysokości 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....