Sygn. akt: KIO 2216/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 9 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

Po rozpoznaniu na posiedzeniu, z udziałem stron i uczestnika postępowania, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2024 r przez wykonawcę KYNDRYL POLAND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 67 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 3, 5

Uczestnik postępowania po stronie zamawiającego: wykonawca Symmetry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Vogla 8

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy KYNDRYL POLAND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 67 tytułem zwrotu 90%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.

Przewodnicząca: …….

Sygn. akt KIO 2216/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja systemu archiwizacji poczty ogłoszenie o zamówieniu zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 maja 2024 r. pod numerem 303169-2024

W dniu 12 czerwca 2024 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ.

W dniu 24 czerwca 2024 r. wykonawca KYNDRYL POLAND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 czerwca 2024 r. udzielonego przez członka zarządu, zgodnie z odpisem z KRS. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na:

1) modyfikacji dokonanych w punktach numer 5, 19, 23, 28, 40, 42 Rozdziału 3 Opisu Przedmiotu Zamówienia w sposób niezgodnymi z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych prowadzące do opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie odpowiada uzasadnionym potrzebom zamawiającego oraz braku zachowania zasady proporcjonalności

- co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy w związku z art. 137 ust. 1 ustawy w związku z art. 17 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 16 ustawy.

Szczegółowe uzasadnienie oraz opisanie treści zarzutów wraz z wnioskami znajdują się w treści tego odwołania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmianę odpowiedzi na wnioski SWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu, a nadto – o nakazanie zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie ofert.

Nadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

Odwołujący wskazał na swój interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwie dokonanej modyfikacji SWZ prowadzącej do wadliwego przygotowania warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia, w tym również prowadzących do niejednoznaczności postanowień dokumentów zamówienia, Wykonawca może ponieść szkodę, co stanowi o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy. Wykonawca wskazuje, że w następstwie ww. czynności i zaniechań czynności wymaganych przepisami Prawa zamówień publicznych może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości złożenia oferty w postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia.

Podkreślił, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert uprawnienie do złożenia odwołania przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o przedmiotowe zamówienia (np. wyrok KIO 1331/17). Odwołujący, działając w ramach prowadzonej działalności gospodarczej w obszarze objętym zakresem zamówienia, jest zainteresowany udziałem w postępowaniu oraz złożeniem oferty w postępowaniu, natomiast sposób ukształtowania postanowień SWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia przekłada się na możliwość złożenia oferty przez odwołującego.
W dniu 25 czerwca 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 27 czerwca 2024 r. w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Symmetry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Vogla 8. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 maja 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Przystępujący wskazał, że kwestionowana modyfikacja treści SWZ została dokonana na skutek odwołania przystępującego, które dotyczyło naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy, przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie oferty na inne rozwiązania niż producenta Veritas. Zamawiający w dniu 12.06.2024 r. zmienił OPZ zgodnie z żądaniami odwołania, tym samym eliminując ograniczenie konkurencji i umożliwiając złożenie oferty również innych producentów. Odwołujący w tym postępowaniu wnosi o przywrócenie OPZ do stanu sprzed modyfikacji, co spowoduje, że Przystępujący nie będzie miał możliwości ubiegać się o udzielenie zamówienia w związku z tym, że nie oferuje technologii Veritas. Z tego powodu uwzględnienie żądań odwołania stoi w sprzeczności z interesem przystępującego, gdyż może pozbawić go korzyści w postaci realizacji tego zamówienia.
Przystępujący wniósł więc o oddalenie odwołania z powodu niewykazania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w zakresie modyfikacji OPZ. Odwołujący w odwołaniu z jednej strony wskazał, że nie może złożyć oferty w postępowaniu, zaś z drugiej strony w uzasadnieniu odwołania powołuje inne argumenty, oderwane od niemożności złożenia oferty, czyniąc zarzut, że zamawiający dopuszcza wiele technologii czy też, że modyfikacja OPZ nie jest zgodna z potrzebami zamawiającego.
Wykonawca musiałby bowiem odwołać się do tego, że OPZ uniemożliwia mu złożenia ważnej oferty, co nie ma miejsca w argumentacji wyrażonej w odwołaniu, a oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymogi po modyfikacji OPZ, a więc zamawiający nie wyeliminował możliwości złożenia przez odwołującego oferty, jak również z uwagi na brak wykazania w odwołaniu, że doszło do naruszenia jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. Przystępujący odniósł się również merytorycznie do podniesionych zarzutów.
Przystępujący podtrzymał to stanowisko w piśmie z dnia 4 lipca 2024 r.
W dniu 8 lipca 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:
I. oddalenie odwołania w całości;
II. dopuszczenie dowodów z dokumentów objętych dokumentacją postępowania, na wykazanie faktów wskazanych poniżej w uzasadnieniu,
III. obciążanie odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.
Przede wszystkim podkreślił brak interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż nie wykazał, że modyfikacje SWZ uniemożliwiają lub utrudniają mu złożenie oferty, a treść wniesionego odwołania wskazuje, że odwołujący chciałby reprezentować interesy zamawiającego, a nie własne, co nie znajduje oparcia w art. 505 ust. 1 ustawy. Zamawiający podniósł się również merytorycznie do poszczególnych zarzutów.
W dniu 8 lipca 2024 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości i wniósł o zwrot 90% uiszczonego wpisu.
Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na dzień 9 lipca 2024 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła przystępującego Symmetry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w charakterze uczestnika postępowania.
Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.
Odwołujący jednoznacznie i wyraźnie oświadczył, że cofa odwołanie w całości. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 520 ust. 1 i 2 ustawy, które stanowią, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W tym stanie rzeczy Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania, działając na podstawie art. 568 ust. 1 ustawy.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 3 lit a cyt. rozporządzenia

nakazując zwrot odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 90% uiszczonego wpisu.
Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….