

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 7 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2024 r. przez wykonawcę BCODERS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy BCODERS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, 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 1792/24

Uzasadnienie

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Umowa ramowa na dostawę standardowego sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem dla jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu” (znak postępowania: 90-DZP.261.016.2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2024 r. pod numerem 181145-2024.

W dniu 20 maja 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca BCODERS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- naruszeniu art. 255 pkt 2) ustawy Pzp wskutek unieważnienia postępowania z powodu odrzucenia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu przy
- naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp – poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że oferta wykonawcy nie jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
- nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,
 2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako dokonanej niezgodnie z warunkami zamówienia i powtórzenie czynności oceny ofert w Postępowaniu i w jej wyniku:
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, bowiem oferta Odwołującego zgodnie z rankingiem ofert z czynności ich otwarcia, została uplasowana na trzeciej pozycji, po odrzuconych czynnością z dnia 10 maja 2024r. ofertach wykonawców CEZAR Cezary Machnio i Piotr Gębka Sp. z o.o. oraz Exon Computer Systems A.J. Sp. k 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. Zgodnie z SWZ - Zamawiający prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej. Zamawiający zawrze umowę ramową z jednym wykonawcą ubiegającym się o zawarcie umowy ramowej, który otrzyma najwyższą liczbę punktów w ramach kryteriów oceny ofert. 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. Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 10 maja 2024 r. (zawiadomienie o

odrzuconiu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 20 maja 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że do upływu 3-dniowego terminu z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego w tej sprawie przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Exon Computer Systems A.J. Spółka Komandytowa z siedzibą w Toruniu (dalej: „Exon”).

Pismem z dnia 23 maja 2024 r. Odwołujący zgłosił opozycję wobec przystąpienia Exon do postępowania odwoławczego, podnosząc, że: *„Przystępujący na dzień zgłoszenia przystąpienia nie posiada statusu wykonawcy a w konsekwencji nie przysługują mu uprawnienia wykonawcy w zakresie środków ochrony prawnej w tym także przystąpienia do postępowania odwoławczego”*.

W piśmie z dnia 28 maja 2024 r. Exon wskazywał w szczególności, że: *„nie wnosił, w stosunku do decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, żadnych środków ochrony prawnej, ponieważ zgodził się z decyzją Zamawiającego, że postępowanie zasługuje na unieważnienie, ponieważ zawiera nieusuwalną wadę uniemożliwiającą porównywanie i rzetelną ocenę ofert przez Zamawiającego. Objawiło się to odrzuceniem wszystkich ofert ze względu na niespełnianie kryterium oceny benchmarków procesora. Gdyby Zamawiający dokonał wyboru jakiegokolwiek wykonawcy w tym postępowaniu Exon złożyłby takie odwołanie wskazując na nieusuwalną wadę postępowania, którą Zamawiający miał obowiązek uwzględnić przy unieważnieniu postępowania.”*

Pismem z dnia 6 czerwca 2024 r., Zamawiający złożył odpowiedź na powyższe odwołanie, oświadczając, że uwzględni ją w całości. Zarazem Zamawiający również zgłosił opozycję wobec przystąpienia Exon do postępowania odwoławczego, podnosząc m. in., że: *„Przystępujący status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), jednak, w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu 3 jego oferty dnia 10 maja 2024r., której to czynności Przystępujący nie zakwestionował (przez złożenie odwołania w tym zakresie) status aktywnego uczestnika (wykonawcy) postępowania o udzielenie zamówienia utracił z dniem 25 maja 2024r. Czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiera skutki prawne, które - wobec niewniesienia odwołania - mają charakter nieodwracalny. Przmiot uczestnika postępowania Przystępujący utracił w momencie, gdy zdecydował się nie kwestionować czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Przystępującego. W efekcie Przystępujący sam zrezygnował z swojego statusu "wykonawcy" aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgłaszający przystąpienie nie skorzystał z przysługującego mu prawa do wniesienia odwołania na czynność wykluczenia go z postępowania, pomimo posiadania takiej możliwości, wobec czego decyzja zamawiającego stała się niewzruszalna”*.

Jak ustaliła Izba, zgłaszający przystąpienie w dniu 10 maja 2024 r. Zamawiający odrzucił oferty wszystkich wykonawców (w tym Odwołującego i Exon) oraz unieważnił postępowanie. Zgłaszający przystąpienie Exon nie kwestionował czynności odrzucenia swojej oferty przez wniesienie środka ochrony prawnej w postaci odwołania. W związku z tym czynność odrzucenia oferty zgłaszającego przystąpienie Exon z postępowania Izba uznała za „ostateczną”, przez co zgłaszający przystąpienie stracił status wykonawcy w postępowaniu.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Z kolei stosownie do treści art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. Rozróżnić zatem należy w szczególności etap postępowania mający miejsce przed upływem terminu składania ofert, kiedy to status wykonawcy posiadać może w zasadzie każdy podmiot, który jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, od etapu następującego po upływie terminu składania ofert, kiedy status wykonawcy przysługuje już tylko podmiotom, które złożyły ofertę w postępowaniu. Status wykonawcy traci także podmiot, który został przez zamawiającego z postępowania wykluczony lub którego oferta została odrzucona, a czynności te stały się ostateczne (tak KIO w postanowieniu z dnia 2 sierpnia 2021 r. sygn. akt: KIO 1759/21).

Taka sytuacja miała miejsce w przypadku zgłaszającego przystąpienie. Zamawiający w dniu 10 maja 2024 r. odrzucił ofertę zgłaszającego przystąpienie z postępowania. Od czynności tej zgłaszający przystąpienie nie wniósł odwołania, co nie jest okolicznością sporną (Exon w piśmie z dnia 28 maja 2024 r. oświadczył, iż nie wnosił środków ochrony prawnej).

Nie ma przy tym znaczenia, jak podnosił w piśmie z dnia 28 maja 2024 r. Exon, że: „Gdyby Zamawiający dokonał wyboru jakiegokolwiek wykonawcy w tym postępowaniu Exon złożyłby takie odwołanie (...)”, bowiem Exon nie zakwestionował przede wszystkim czynności odrzucenia z postępowania własnej oferty. Zgłaszający przystąpienie nie skorzystał więc z przysługującego mu prawa do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia jego oferty, pomimo posiadania takiej możliwości, wobec czego decyzja Zamawiającego stała się niewzruszalna. Tym samym Exon pozbawił się statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia na obecnym jego etapie, co przekłada się także na nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Poza tym, wedle brzmienia art. 525 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Izba doszła do przekonania, że wykonawca Exon nie ma interesu w zgłoszeniu przystąpienia, ponieważ nie ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego i nie jest wykonawcą na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Exon, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego, uznając że nie zostały wypełnione przesłanki określone w art. 525 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zaistniał stan faktyczny wskazany w powyższej normie prawnej, tj. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca. W związku z tym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 3) w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba, postanowiła jak w pkt 1 sentencji przedmiotowego orzeczenia.

Wobec faktu, że uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego nastąpiło przed otwarciem rozprawy, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie §9 ust. 1 pkt 2 lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 roku, poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: