Sygn. akt: KIO 680/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 19 marzec 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Agata Mikołajczyk

na posiedzeniu bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 19 marca 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 1 marca 2024 r. przez wykonawcę: **Blue Brain Polska Sp. z o.o. z/s w Krakowie**(ul. Ks. Franciszka Trockiego 22, 30394 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z/s w Warszawie**(ul. Szamocka 3/5, 01748 Warszawa)

- **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (Konsorcjum): Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum), Egida IT Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (członek konsorcjum) oraz Suntar sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (członek konsorcjum)** (adres dla lidera: ul. Kolejowa 5/7 01-217 Warszawa) - zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

Jmorzyć postępowanie odwoławcze;

Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

wołującego: **Blue Brain Polska Sp. z o.o. z/s w Krakowie**(ul. Ks. Franciszka Trockiego 22, 30394 Kraków) kwotę **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą 90 % kwoty wpisu uiszczonej 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: 680/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2024r. przez wykonawcę: Blue Brain Polska Sp. z o.o. z/s w Krakowie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Zakład Ubezpieczeń Społecznych z/s w Warszawie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Zakup i dostawa 2239 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych wraz z gwarancją, usługą serwisową i sukcesywną dostawą materiałów eksploatacyjnych" znak postępowania: 993200.271.28.2023, część 1". Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 21 czerwca 2023 roku, numer ogłoszenia 2023/S 118-370359. Wykonawca podał, że wnosi odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie części 1 Postępowania. Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów:

–art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Arcus SA, Egida IT Solutions Sp. z o.o. i Suntar Sp. z o.o. mimo iż treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia i w konsekwencji wybór oferty jako najkorzystniejszej,

–art. 16 pkt 1 Pzp przez nierówne traktowanie Odwołującego oraz Konsorcjum Arcus SA, Egida IT Solutions Sp. z o.o. i Suntar Sp. z o.o. w zakresie czynności badania i oceny ofert mimo iż znaleźli się oni w takiej samej sytuacji, a wydany wyrok Izby nakazywał Zamawiającemu odrzucenie oferty, w odniesieniu do której specyfikacja techniczna producenta oferowanego urządzenia nie odpowiadała parametrom minimalnym wymaganym przez Zamawiającego;

–art. 16 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, przez nieuzasadnione faworyzowanie jednego wykonawcy w kontekście zapadłych w Postępowaniu wyroków Izby.

Jednocześnie, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

–nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 20 lutego 2024 roku o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia będącego przedmiotem Postępowania; - powtórzenie czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Arcus SA, Egida IT Solutions Sp. z o.o. i Suntar Sp. z o.o. i Odwołującego w części 1 zamówienia;

–odrzucenie oferty Konsorcjum Arcus SA, Egida IT Solutions Sp. z o.o. i Suntar Sp. z o.o. w części 1 zadania.

Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodów z:

–akt sprawy o sygnaturze KIO 3692/23 oraz o sygnaturze KIO 3696/23 celem wykazania zapadłych orzeczeń Izby w Postępowaniu, które powinny być zastosowane również w przypadku Konsorcjum Arcus SA, Edida IT Solutions Sp. z o.o. i Suntar Sp. z o.o., gdy Zamawiający powziął wiadomość o niezgodności oferty tego wykonawcy z SWZ, a także stanowiska Zamawiającego prezentowanego w odniesieniu do Odwołującego w analogicznym stanie

faktycznym;

–specyfikacji technicznej urządzenia HP LaserJet Managed MFP E52645c zamieszczonej na stronie internetowej jej producenta celem wykazania parametrów tego urządzenia. Odwołujący zastrzega sobie również możliwość zgłoszenia innych dowodów do czasu rozpoznania sprawy, jeżeli konieczność ich powołania pojawi się w toku sporu.

Wykonawca podał: „Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący złożył ofertę w części 1 i 2 zamówienia, a jego oferta w tym zakresie jest najkorzystniejsza biorąc pod uwagę jedynie ustalone przez Zamawiającego kryterium cenowe. Zamawiający w dniu 28 listopada 2023 roku odrzucił ofertę Odwołującego, na co Odwołujący wniósł odwołanie. W dniu 2 stycznia 2024 roku Izba w sprawie o sygnaturze KIO 3692/23 oddaliła wniesione odwołanie. Odwołujący wniósł od wyroku Izby skargę w terminie wynikającym z przepisów Pzp, to jest do dnia 21 lutego 2024 roku, na dowód czego przedstawia potwierdzenie nadania skargi do Sądu Okręgowego za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący, w przypadku uwzględnienia skargi przez Izbę ma możliwość przywrócenia do postępowania oraz zawarcia umowy najkorzystniejszej w Postępowaniu. Mimo, iż aktualnie obowiązujące przepisy nie nakładają na Zamawiającego obowiązku wstrzymania czynności w Postępowaniu, w szczególności wstrzymania zawarcia umowy z wybranym wykonawcom w przypadku wniesienia w Postępowaniu skargi, to Odwołujący informuje, że wraz ze skargą wniósł wniosek o ustanowienie przez Sąd zabezpieczenia w postaci zakazania Zamawiającemu wykonania jakichkolwiek czynności faktycznych lub prawnych prowadzących do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w Postępowaniu lub unieważnienia Postępowania w zakresie zadania 1 i 2 lub podejmowania wykonania praw lub obowiązków wynikających z zawartej umowy, jeśli przed rozpoznaniem niniejszego wniosku doszłoby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, do czasu uprawomocnienia się wyroku w rozpatrywanej sprawie. W kontekście zatem przyjętych w Pzp definicji wykonawcy (art. 7 pkt 30) Odwołujący jest wykonawcą, gdyż złożył w Postępowaniu ofertę i ubiega się o udzielenie zamówienia, czemu dał wyraz kwestionując niekorzystne dla siebie rozstrzygnięcie Izby w wyżej wskazanej sprawie. Jednocześnie Odwołujący wykazując zasadność stanowiska wskazuje na orzeczenie Izby w sprawie o sygn. akt KIO 997/23 z którego wynika iż „(…)*w sytuacji gdy dany wykonawca brał udział w postępowaniu, ale został z udziału w tym postępowaniu nieodwracalnie wykluczony lub jego oferta została odrzucona (gdy minął już termin na wniesienie odwołania na czynność wykluczenia lub odrzucenia bądź gdy wykluczenie lub odrzucenie poparte zostało wyrokiem KIO, od którego nie została wniesiona skarga do sądu zamówień publicznych albo w sytuacji gdy sąd ten oddalił skargę na wyrok KIO uznając za prawidłowe rozstrzygnięcie Izby w przedmiocie wykluczenia lub odrzucenia oferty wykonawcy), również zostanie potraktowany jako nieuprawniony do wniesienia odwołania na dalsze czynności zamawiającego. Powyższe znajduje potwierdzenie w brzmieniu art. 2a ust. 2 zdanie 2 Dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) (Dz.Urz.UE.L 1989 Nr 395, str. 33 ze zm., dalej: „dyrektywa 89/665/EWG”), zgodnie z którym „Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania*”. Odwołujący jest zatem uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, a jego rozstrzygnięcie ma bezpośredni wpływ na jego sytuację jako wykonawcy w Postępowaniu. Odwołujący złożył w Postępowaniu na zadania 1 i 2 ofertę, która jest ofertą korzystniejszą niż oferta aktualnie wybranego Wykonawcy. W jego ocenie oferta ta jest również zgodna z warunkami SWZ, czego dochodzi w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi na orzeczenie Izby w sprawie KIO 3692/23. Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w Postępowaniu i daje gwarancję jego wykonania zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego. Uwzględnienie skargi od wyroku Izby w sprawie KIO 3692/23 i dokonanie ponownej oceny niesłusznie odrzuconej oferty Odwołującego w zakresie zadań 1 i 2 winno skutkować jej wyborem w Postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że dokonując badania ofert w zakresie części 1 i 2 Zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców, co samo w sobie wskazuje na interes Odwołującego w powtórzeniu czynności oceny i badania ofert z zachowaniem jednakowej oceny okoliczności dotyczących każdego z wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 15/03/24) w szczególności wniósł o (...):

1. oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego,
2. oddalenie wniosków dowodowych Odwołującego,
3. (...)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum: Arcus S.A. z/s w Warszawie, Egida IT Solutions Sp. z o.o. z/s w Warszawie oraz Suntar Sp. z o.o. z/s w Tarnowie (przystępujący) wnosząc o oddalenie odwołania. Podał w szczególności: (...) Przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, bowiem w przeciwnym wypadku Przystępujący mógłby (utraciłby) możliwość uzyskania tego zamówienia. Oferta Przystępującego

(w tym w zakresie części 1 zamówienia) nie podlegała odrzuceniu ani nie została odrzucona przez Zamawiającego, a Przystępujący nie podlegał wykluczeniu ani nie został wykluczony przez Zamawiającego. Oferta Przystępującego została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Zarzuty odwołania dotyczą m.in. rzekomej niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, a żądania odwołania obejmują m.in. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Przystępującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W przypadku uwzględnienia odwołania, w związku ze skutkiem w postaci odrzucenia oferty Przystępującego, Przystępujący utraciłby możliwość uzyskania zamówienia, co uniemożliwiłoby Przystępującemu zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, realizacji tej umowy, a w konsekwencji – osiągnięcia zysku (marży) z realizacji kontaktu. Ponadto, w takim przypadku koszty poniesione przez Przystępującego na przygotowanie oferty na wykonanie zamówienia nie zostaną zrekompensowane przychodami ani zyskiem z realizacji kontraktu na rzecz Zamawiającego. Konieczne jest więc przeciwdziałanie powstaniu szkody po stronie Przystępującego polegającej na ograniczeniu lub utraceniu możliwości uzyskania zamówienia, jego wykonania i osiągnięciu zysku z tytułu jego wykonania. Przystępujący ma zatem interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego, w tym w szczególności interes majątkowy (finansowy) oraz może ponieść szkodę majątkową (w tym finansową)".

Odwołujący w piśmie z dnia 18/03/24) wskazując na sygnaturę akt sprawy oraz wyznaczony termin posiedzenia i rozprawy wyznaczony przez Prezesa KIO do jej rozpoznania przede wszystkim oświadczył, że cofa odwołanie wniesione w niniejszej sprawie".

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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

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 marca 2024 r. - przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy na dzień 19 marca 2024 r. - jednoznacznie oświadczył, że wycofuje 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 cofnięciu odwołania. Skuteczne cofnięcie odwołania jest wiążące dla Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto cofnięcie odwołania nie wymaga zgody pozostałych stron i uczestników postępowania.

Tym samym Izba - zgodnie z art. 568 pkt 1 w związku z art. 520 ust.1 cytowanej 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.

……