Sygn. akt: KIO 2472/23

POSTANOWIENIE
z dnia 4 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w Warszawie w dniu 4 września 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2023 r. przez: **LEDLIVE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli, ul. Kwiatkowskiego 9** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gmina Miejska Mielec – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Mielcu, ul. Solskiego 1**
przy udziale **wykonawcy UP LED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli, ul. Centralnego Okręgu Przemysłowego 6** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2472/23 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **Umorzyć postępowanie,**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł. 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz **LEDLIVE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli, ul. Kwiatkowskiego 9** tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t. j. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2472/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wyposażenie nowobudowanej hali sportowej przy ul. Solskiego 1 w Mielcu" zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 kwietnia 2023 r. za numerem 2023/S 067-200504
W dniu 11 sierpnia 2023 r. zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania.
W dniu 21 sierpnia 2023 r. wykonawca LEDLIVE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli, ul. Kwiatkowskiego 9 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 21 sierpnia 2023 r.
Zamawiającemu zarzucił odwołujący naruszenie:
1)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, z uwagi na okoliczność, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, mianowicie zamawiający stwierdził, że w przypadku zaoferowanych laptopów, nie spełniają one minimalnego wymagania w zakresie posiadania wyjścia „1 x USB Typ C (z DisplayPort) oraz w zakresie posiadania wyjścia „1 x wyjście HDMI 2.1", pomimo, że odwołujący zapewnia spełnienia powyższych wymogów, przez zastosowanie adaptera, wchodzącego w wyposażenie zaoferowanego laptopa, a zamawiający w SWZ nie określał, że przedmiotowe wejścia mają być wbudowane (tak jak miało to miejsce np. w przypadku mikrofonu i kamery).
2)art. 16 pkt 1-3 ustawy przez naruszenie zasady nakazującej zamawiającemu przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, polegające na tym, że zamawiający w wyniku pisma UP LED sp. z o.o. z dnia 19 lipca 2023r. unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 14 lipca 2023 r., nie wzywając LEDLIVE sp. z o .o. do wyjaśnień oferty i zarzutów podnoszonych przez UP LED sp. z o.o., po czym zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty UP LED sp. z o.o. w dniu 3 sierpnia 2023 r. odrzucając przy tym ofertę odwołującego , która to czynność w wyniku pisma odwołującego została unieważniona przez zamawiającego, a następnie zamawiający wezwał UP LED sp. z o.o. do uzupełnienia/ wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie podnoszonych przez odwołującego zarzutów, po czym w dniu 11 sierpnia 2023r. ponownie wybrana została oferta UP LED sp. z o .o. i jednocześnie została odrzucona oferta LEDLIVE sp. z o .o.
3)w konsekwencji powyższego naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy oraz art. 17 ust. 2 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, a co ma bezpośredni wpływ na jego wynik
W przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów, odwołujący wskazuje na ewentualne zarzuty:
1)naruszenie art. 107 ust 2 i 4 ustawy polegające na nieuprawnionym wezwaniu UP LED sp. z o.o. do złożenia przedmiotowych środków dowodowych pismem z dnia 10 sierpnia 2023r., w wyniku zarzutów LEDLIVE sp. z o.o.,

podczas gdy tłumaczenia dokumentów winny być przedłożone na pierwsze wezwanie, zgodnie z wymogami SWZ, a i ich brak winien skutkować odrzuceniem oferty;
2)naruszenie art. 226 ust 1 pkt 3 i 5 w zw. z art. 16 pkt 1 przez zaniechanie odrzucenia oferty UP LED sp. z o.o. pomimo braku złożenia tłumaczeń wraz z przedmiotowymi środkami dowodowymi, a dopiero w wyniku wezwania zamawiającego, po dwukrotnym unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty, czym doszło do faworyzowania Wykonawcy w przedmiotowym postepowaniu umożliwiając mu uzupełnienie oczywistej dokumentacji wymaganej przez zamawiającego, podczas gdy nie umożliwiono tego Wykonawcy LEDLIVE sp. z o.o.
3)naruszenie art. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy polegające na zaniechaniu odrzucenia przez zamawiającego oferty UP LED sp. z o.o. podczas gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ zawiera błędy tej samej kategorii, na podstawie których została odrzucona oferta LEDLIVE sp. z o.o mianowicie:
a)w przesłanej specyfikacji UP LED sp. z o.o. informuje o: 2 portach SuperSpeed USB-A o przepustowości 5 Gb/s;, - z taką prędkością mogą działać porty USB 3.0 i 3.1. - czyli generacje, które są niezgodne z wymogami zamawiającego, zatem nie został spełniony wymóg posiadania przez zaoferowane laptopy wymogu „2 x USB 3.2” (Część 5 ust. 5 pkt 3 lit i) OPZ)
b)w kartach katalogowych monitorów przedstawionych przez UP LED sp. z o .o. brak informacji o rodzaju matrycy. Jest to o tyle istotne, że zamawiający wymaga matrycy typu „mat”, a brak takiej informacji powoduje, że oferta jest niezgodna z wymaganiami zamówienia (załącznik nr 2.5.14 do OPZ)
4)naruszenie art. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy polegające na zaniechaniu odrzucenia przez zamawiającego oferty INTERPLASTIC Roger Żółtowski Tuchom ponieważ zawiera błędy tej samej kategorii, na podstawie których została odrzucona oferta LEDLIVE sp. z o.o.
Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:
1.Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
2.Unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3.Przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
4.Odrzucenie oferty UP LED sp. z o.o.
5.Zwrotu na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.
W przypadku uwzględnienia wyłącznie zarzutów ewentualnych:
1)Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia;
2)Zwrotu na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.
W dniu 23 sierpnia 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 25 sierpnia 2023 r. wykonawca UP LED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Przystępujący wskazał, że odwołanie powinno podlegać oddaleniu. Oferta odwołującego została zasadnie odrzucona z postępowania, z uwagi na wystąpienie wobec niej wskazanych przez zamawiającego podstaw odrzucenia. Z kolei oferta przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Odwołujący twierdzi, iż czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu były wadliwe, a oferta odwołującego rzekomo nie spełnia wymogów SWZ.
Odwołujący podnosi ponadto błędne twierdzenie, że jego oferta spełnia warunki SWZ i nie powinna podlegać odrzuceniu. Gdyby doszło do uwzględnienia odwołania, mogłoby to doprowadzić do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przywrócenia do postępowania wadliwej oferty odwołującego, odrzucenia oferty przystępującego i w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty innej, niż oferta przystępującego, co z kolei mogłoby skutkować nieuzyskaniem zamówienia publicznego przez przystępującego. Przystępujący ma więc interes w oddaleniu odwołania odwołującego, gdyż oddalenie tego odwołania utrzyma wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej i w konsekwencji doprowadzi do uzyskania zamówienia publicznego przez przystępującego.
W ocenie przystępującego zamawiający, podejmując czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy, a tym samym uzasadnione jest utrzymanie dotychczasowego rozstrzygnięcia dokonanego przez zamawiającego. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 sierpnia 2023 r. udzielonego przez członka zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.
Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, z uwagi na niezasadność podniesionej argumentacji i zarzutów. W ocenie przystępującego zarzuty są bezzasadne, a żądania nieuprawnione i stąd odwołanie winno być w całości oddalone.
W dniu 31 sierpnia 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:
1)oddalenie odwołania w całości,
2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie,
3)zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego wg rachunku przedstawionego na

rozprawie.
Zarzuty zawarte w treści odwołania, w ocenie zamawiającego, pozostają nieuzasadnione. Zamawiający w całości podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, w zakresie części 5 postępowania, przekazanym odwołującemu w dniu 11 sierpnia 2023 r.
W dniu 1 września 2023 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w całości.
Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na dzień 4 września 2023 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne, o których mowa w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.
Zgodnie z art. 520 ust. 1 i ust. 2 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie aż do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania.

Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a) 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) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy - odwołującemu zwraca się 90% wpisu. W związku z powyższym odwołujący spełnił warunki do zwrotu wpisu. Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiścił wpis w wysokości 15 000,00 zł., to do zwrotu pozostała kwota 13 500,00 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji postanowienia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……