Sygn. akt KIO 3439/23

POSTANOWIENIE

z dnia 28 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 28 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2023 r. przez wykonawcę HUB4 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum e-Zdrowia z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy ADT GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i wykonawcy IT SOLUTION FACTOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3439/23 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę HUB4 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem 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. z 2023 r., poz. 1605, ze 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 3439/23

Uzasadnienie

Centrum e-Zdrowia z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej jako „ustawa PZP", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„dostawa deduplikatorów wraz z licencjami dla Centrum e-Zdrowia".*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 września 2023 r., pod numerem 2023/S 176-550589.

W dniu 16 listopada 2023 r. Odwołujący – wykonawca HUB4 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwany dalej także „wykonawcą HUB4", wniósł odwołanie wobec dokonania błędnej oceny i badania ofert w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ADT GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „wykonawca ADT") pomimo, iż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ADT pomimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 6 listopada

2023 r., odrzucenia oferty wykonawcy ADT oraz dokonania dalszej kwalifikacji oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w dniu 13 października 2023 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę IT SOLUTION FACTOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „wykonawca IT"). Oferta wykonawcy ADT został odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, natomiast oferta wykonawcy HUB4 została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert. Gdyby nie decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy ADT, to oferta tego wykonawcy zostałaby sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, przed ofertą wykonawcy HUB4.

Z uwagi na powyższe wykonawca ADT w dniu 23 października 2023 r. wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, gdzie m. in. w zarzucie nr 3 odwołania wytknął Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, zaniechanie wezwania go do złożenia wyjaśnień treści oferty przed jej odrzuceniem oraz zaniechanie wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy zaoferował on urządzenia posiadające licencje nieograniczone w czasie, a co za tym idzie oferta wykonawcy ADT spełnia warunki zamówienia oraz obejmuje najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia w ramach kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Wykonawca ADT wniósł o uwzględnienie jego odwołania i nakazanie Zamawiającemu m. in. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty. Odwołanie wykonawcy ADT zostało zarejestrowane w Krajowej Izbie Odwoławczej pod sygn. akt KIO 3143/23, a później połączone do wspólnego rozpoznania z odwołaniem wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 3173/23. Następnie w dniu 26 października 2023 r. wykonawca HUB4 zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3143/23 po stronie Zamawiającego w odniesieniu do zarzutu odwołania dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty wykonawcy ADT i w tym zakresie zażądał on oddalenia odwołania. Jednocześnie wykonawca HUB4 podał w uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia, że *„posiada interes w oddaleniu odwołania, z uwagi na to, iż oferta Odwołującego znajduje się w rankingu oceny ofert na wyższej pozycji niż oferta Przystępującego, a uwzględnienie żądań odwołania może implikować uznanie oferty ADT za ważną. W konsekwencji Przystępującemu może potencjalnie nie zostać udzielone zamówienie publiczne wobec czego poniesie on szkodę w postaci utraconych korzyści".* Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że z protokołu rozprawy z dnia 16 listopada 2023 r. w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 3143/23 i KIO 3173/23 wynika, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę HUB4 zostało uznane przez Izbę za skuteczne i wykonawca ten był uczestnikiem postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3143/23.

Następnie w dniu 6 listopada 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3143/23, w której m. in. w pkt III poinformował Izbę, że uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 odwołania w części dotyczącej naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, natomiast w pozostałym zakresie tego zarzutu wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał m. in., że w świetle argumentacji zawartej w odwołaniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP oraz załączonego dowodu w postaci Oświadczenia producenta Zamawiający dokonał ponownej analizy oferty wykonawcy ADT i w tym względzie uwzględnił odwołanie a ofertę wykonawcy ADT przywrócił w postępowaniu. Oferta tego wykonawcy z ceną 4 907 700 zł 00 gr uzyskała 50,9 pkt w ramach kryteriów oceny ofert, natomiast ponownej oceny oferty wykonawcy ADT i jej przywrócenia dokonano w dniu 6 listopada 2023 r. Jednocześnie Zamawiający zanegował zarzuty naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy PZP i stwierdził, że zarzut nr 3 odwołania nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie dotyczącym tych przepisów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła również, że z protokołu rozprawy z dnia 16 listopada 2023 r. w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 3143/23 i KIO 3173/23 wynika, że wykonawca HUB4 będący uczestnikiem postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3143/23 nie skorzystał ze swojego prawa do wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 3 odwołania wniesionego w dniu 23 października 2023 r. przez wykonawcę ADT, który to zarzut dotyczył naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Następnie w dniu 21 listopada 2023 r. został wydany wyrok w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 3143/23 i KIO 3173/23, w którym w pkt 1 wyroku Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 3143/23 m. in. w zakresie zarzutu sformułowanego przez wykonawcę ADT w pkt III jego odwołania (tj. zarzutu nr 3).

Zgodnie z regulacją art. 528 pkt 5 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości Izby, że doszło do wypełnienia przesłanki określonej w art. 528 pkt 5 ustawy PZP. Zamawiający w sprawie o sygn. akt KIO 3143/23 uwzględnił zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP (zarzut nr 3 odwołania) oraz w tym zakresie wykonał żądanie zawarte w odwołaniu, tj. unieważnił czynność odrzucenia oferty wykonawcy ADT na podanej podstawie prawnej. Jak stwierdził sam Zamawiający, powtórzył on czynność badania oferty wykonawcy ADT, w wyniku czego unieważniona została czynność odrzucenia jego oferty. Zamawiający uznał zatem, że oferta wykonawcy ADT nie podlega odrzuceniu i że odpowiada warunkom Specyfikacji Warunków Zamówienia. Jednocześnie uczestnik postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3143/23 – wykonawca HUB4 nie skorzystał ze swojego prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 3 odwołania w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Zostały zatem wypełnione przesłanki z art. 522 ust. 4 ustawy PZP do umorzenia postępowania odwoławczego, co też nastąpiło w pkt 1 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2023 r. w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 3143/23 i KIO 3173/23. Skoro zatem w niniejszej sprawie Odwołujący – wykonawca HUB4 sformułował identyczny zarzut odwołania, który został już uwzględniony przez Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3143/23, czego wykonawca HUB4 nie zakwestionował poprzez wniesienie sprzeciwu, a następnie na podstawie uwzględnienia tego zarzutu Zamawiający wykonał czynność w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, to w takiej sytuacji istnieje przeszkoda formalna, aby rozpoznać merytorycznie odwołanie złożone przez wykonawcę HUB4.

Dlatego wobec ustalenia, że w niniejszej sprawie odwołanie dotyczy czynności, co do której Zamawiający uwzględnił zarzut przedstawiony w odwołaniu wykonawcy ADT wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 3143/23 i którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wykonawcy ADT w tamtej sprawie, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzi wynikająca z art. 528 pkt 5 ustawy PZP przesłanka formalna uniemożliwiająca merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy HUB4.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574-576 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 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).

Przewodniczący:.....