

POSTANOWENIE
z dnia 26 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant:

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika w Warszawie w dniu 26 września 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2023 r. przez: **T.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.Ł. – Power Komputery z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim, ul. Waryńskiego 53a** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Powiat Ostródzki z siedzibą w Ostródzie, ul. Jana III Sobieskiego 5**

przy udziale **NEO Komputer Spółka Jawna T.P. i C.Z. z siedzibą w Iławie, ul. Sobieskiego 2A** głaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2713/23 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 6 750 zł. 00 gr (słownie sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) na rzecz T.Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.Ł. – Power Komputery z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim, ul. Waryńskiego 53a 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 2713/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na zakup sprzętu komputerowego i wyposażenia na potrzeby Liceum Ogólnokształcącego nr I im. Jana Bazyńskiego w Ostródzie – dot. Części 1 zamówienia i Części 3 zamówienia zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2023/BZP 00356811/01 z dnia 17 sierpnia 2023 roku.

W dniu 7 września 2023 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o:

- 1) unieważnieniu postępowania we wszystkich częściach zamówienia na podstawie art. 255 pkt. 2 ustawy, tj. z uwagi na odrzucenie wszystkich ofert w każdej z części zamówienia z powodu ich niezgodność z warunkami zamówienia,
- 2) odrzuceniu wszystkich ofert złożonych w każdej z części zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy, tj. z powodu ich niezgodności z warunkami zamówienia.

W dniu 8 września 2023 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o:

- 3) unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania we wszystkich częściach zamówienia na podstawie art. 255 pkt. 2 ustawy, dokonanej w dniu 7 września 2023 roku,
- 4) unieważnieniu czynności odrzucenia ofert złożonych we wszystkich częściach zamówienia,
- 5) odstąpieniu od badania i oceny ofert wykonawców we wszystkich częściach zamówienia,
- 6) unieważnieniu postępowania we wszystkich częściach zamówienia na podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy, tj. z uwagi na obarczenie postępowania (w każdej z części zamówienia) niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 13 września 2023 r. T.Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T.Ł. – Power Komputery z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim, ul. Waryńskiego 53a. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 września 2023 r. udzielonego przez właściciela firmy. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 13 września 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt. 6 ustawy w zw. z art. 457 ust. 1 pkt. 1 ustawy i w zw. z art. 107 ust. 1 ustawy przez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że brak zastrzeżenia w dokumentach zamówienia obowiązku złożenia przez wykonawców wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych mających potwierdzić, że zaoferowany przez wykonawców sprzęt spełnia wymagania zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia, stanowi niemożliwą do usunięcia wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie

zamówienia publicznego, w sytuacji gdy zastrzeżenie obowiązku złożenia przez wykonawców wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych jest fakultatywne, a zamawiający – dysponując określeniem producenta i modelu oferowanego sprzętu – może zidentyfikować sprzęt oferowany przez każdego z wykonawców i poddać go następnie weryfikacji pod kątem spełniania przez sprzęt wszystkich wymogów zamawiającego określonych w opisie przedmiotu zamówienia,

2.art. 16 ustawy w zw. z art. 255 pkt. 6 ustawy przez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji odstąpienie od badania i oceny ofert wykonawców w części 1 zamówienia i w części 3 zamówienia, w sytuacji gdy w postępowaniu nie zaszyły przesłanki zobowiązujące zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy,

3.art. 16 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji unieważnienie czynności odrzucenia ofert następujących wykonawców:

a. w części 1 zamówienia:

- P.W. – „KOBIS”,
- Wilanka Sp. z o.o.,
- NEO Komputer Sp. J. T.P. i C.Z.,
- CEZAR C.M. i P.G. Sp. z o.o.,
- ALLTECH Sp. J. Z.P., A.P.,
- g.IT Solutions M.D.,

b. w części 3 zamówienia:

- FHU Intersell W.P.,
- Wilanka Sp. z o.o.,
- NEO Komputer Sp. J. T.P. i C.Z.,
- CEZAR C.M. i P.G. Sp. z o.o.,
- ALLTECH Sp. J. Z.P., A.P.,
- g.IT Solutions M.D., ul. Grunwaldzka
- Web-Profit M.K.,

w sytuacji gdy czynność odrzucenia ofert wskazanych wykonawców była prawidłowa i jako taka nie powinna podlegać unieważnieniu.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, w części 1 zamówienia i w części 3 zamówienia, na podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy,

2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odstąpienia od badania i oceny ofert wykonawców i w konsekwencji dokonania badania i oceny oferty odwołującego,

3. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia odrzucenia ofert następujących wykonawców:

a. w Części 1 zamówienia:

- P.W. – „KOBIS”,
- Wilanka Sp. z o.o.,
- NEO Komputer Sp. J. T.P. i C.Z.,
- CEZAR C.M. i P.G. Sp. z o.o.,
- ALLTECH Sp. J. Z.P., A.P.,
- g.IT Solutions M.D.,

b. w Części 3 zamówienia:

- FHU Intersell W.P.,
- Wilanka Sp. z o.o.,
- NEO Komputer Sp. J. T.P. i C.Z.,
- CEZAR C.M. i P.G. Sp. z o.o.,
- ALLTECH Sp. J. Z.P., A.P.,
- g.IT Solutions M.D., ul. Grunwaldzka,
- Web-Profit M.K.,

4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z rozliczeniem i dokumentami przedstawionymi na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W postępowaniu w części 1 zostało złożonych 6 ofert, a w części 3 – 7 ofert. Wszystkie oferty w Części 1 i wszystkie oferty z części 3, za wyjątkiem oferty odwołującego, podlegają odrzuceniu na podstawie art. 266 ust. 1 pkt. 5 ustawy (niezgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia).

Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części 1 i w części 3 na podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy, (unieważnienie postępowania z dnia 8 września 2023 roku) spowoduje, że aktualnie stanie się unieważnienie czynności

unieważnienia postępowania w części 1 i w części 2 na podstawie art. 255 pkt. 2 ustawy (unieważnienie postępowania z dnia 7 września 2023 roku) oraz unieważnienie czynności odrzucenia ofert wykonawców w części 1 i w części 3 zamówienia, a więc także oferty odwołującego się.

Z kolei unieważnienie czynności unieważnienia czynności odrzucenia ofert „konkurencyjnych” wobec oferty wykonawcy w części 1 i w części 3 zamówienia, spowoduje, że aktualnie stanie się odrzucenie ofert pozostałych wykonawców w części 1 i w części 3 zamówienia, co obliuguje zamawiającego do oceny oferty wykonawcy w części 1 i w części 3 zamówienia. Uwzględnienie odwołania maksymalizuje więc szanse odwołującego się na uzyskanie zamówienia w części 1 i w części 3.

W dniu 14 września 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 14 września 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca NEO Komputer Spółka Jawna T.P. i C.Z. z siedzibą w Łławie, ul. Sobieskiego 2A. Zgłoszenie zostało wniesione przez wspólnika spółki upoważnionego do reprezentowania jej spraw. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom. Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, czyli do zamawiającego. Interes ten polega na tym, że w wyniku unieważnienia postępowania zamawiający dokona ponownego wszczęcia postępowania powiadomi przystępującego tej czynności, który otrzyma szansę na uzyskanie kolejnego postępowania a tym samym uzyskania zamówienia. Ponadto oferta odwołującego się winna zostać odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i powinna zostać odrzucona a zatem odwołujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania na unieważnienie postępowania.

Rekapituluje przystępujący do odwołania po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania i uwzględnienie stanowiska zamawiającego. Z ostrożności procesowej poinformował, że uwzględnienie odwołania jest bezprzedmiotowe, gdyż w świetle powyższych faktów oferta odwołującego się podlega odrzuceniu z postępowania a pozostali wykonawcy nie skorzystali ze środków ochrony prawnej na unieważnienie postępowania.

W dniu 25 września 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie:

Wniósł o odrzucenie odwołania T.Ł. - Power Komputery:

1.z uwagi na brak wykazania przez odwołującego się interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, jak również brak wykazania szkody jaką odwołujący mógłby ponieść w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy będących przedmiotem odwołania;

oraz

2.w zakresie naruszenia:

1)art. 255 pkt 6 ustawy w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 i w zw. z art. 107 ust. 1 ustawy przez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że brak zastrzeżenia w dokumentach zamówienia obowiązku złożenia przez wykonawców wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych mających potwierdzić, że zaoferowany przez wykonawców sprzęt spełnia wymagania zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia, stanowi niemożliwą do usunięcia wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy zastrzeżenie obowiązku złożenia przez wykonawców wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych jest fakultatywne, a zamawiający - dysponując określeniem producenta i modelu oferowanego sprzętu - może zidentyfikować sprzęt oferowany przez każdego z wykonawców i poddać go następnej weryfikacji pod kątem spełniania przez sprzęt wszystkich wymogów zamawiającego określonych w opisie przedmiotu zamówienia,

2)art. 16 ustawy w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy przez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji odstąpienie od badania i oceny ofert wykonawców w Części 1 zamówienia i w Części 3 zamówienia, w sytuacji gdy w postępowaniu nie zaszyły przesłanki zobowiązujące zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 (por. zarzut 1 powyżej),

3)art. 16 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji unieważnienie czynności odrzucenia ofert następujących wykonawców:

a.w Części 1 zamówienia:

-P.W. - „KOBIS”,

-Wilanka Sp. z o.o.,

-NEO Komputer Sp. J. T.P. i C.Z.,

-CEZAR C.M. i P.G. Sp. z o.o.,

-ALLTECH Sp. J. Z.P., A.P.,

-g.IT Solutions M.D.,

b.w Części 3 zamówienia:

-PHU Intersell W.P.,

-Wilanka Sp. z o.o.,

-NEO Komputer Sp. J. T.P. i C.Z.,
-CEZAR C.M i P.G. Sp. z o.o.,
-ALLTECH Sp. J. Z.P., A.P.,
-g.IT Solutions M.D.,
-Web-Profit M.K.,

w sytuacji gdy czynność odrzucenia ofert wskazanych wykonawców była prawidłowa i jako taka nie powinna podlegać unieważnieniu,

ewentualnie, o oddalenie odwołania w całości, w tym żądań odwołującego:

1)nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, w Części 1 zamówienia i w Części 3 zamówienia, na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy,

2)nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odstąpienia od badania i oceny ofert wykonawców i w konsekwencji dokonania badania i oceny oferty odwołującego,

3)nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia odrzucenia ofert następujących wykonawców:

b. w Części 1 zamówienia:

-P.W. - „KOBIS”,
-Wilanka Sp. z o.o.,
-NEO Komputer Sp. J. T.P. i C.Z.,
-CEZAR C.M i P.G. Sp. z o.o.,
-ALLTECH Sp. J. Z.P., A.P.,
-g.IT Solutions M.D., b. w Części 3 zamówienia:
-PHU Intersell W.P.,
-Wilanka Sp. z o.o.,
-NEO Komputer Sp. J. T.P. i C.Z.,
-CEZAR C.M i P.G. Sp. z o.o.,
-ALLTECH Sp. J. Z.P., A.P.,
-g.IT Solutions M.D.,
-Web-Profit M.K.,

Jednocześnie o:

- przeprowadzenie dowodów (dowód nr 1 i 2 do odwołania) celem wykazania poprawności czynności unieważnienia postępowania;

- zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z rozliczeniem i dokumentami przedstawionymi na rozprawie.

W dniu 26 września 2023 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania.

Termin posiedzenia z udziałem stron został wyznaczony na dzień 27 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 7 500,00 zł., to do

zwrotu pozostała kwota 6 7500,00 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji postanowienia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: