

Sygn. akt: KIO 84/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 5 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Katarzyna Poprawa**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 5 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę **Hub4 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum e-Zdrowia z siedzibą w Warszawie**

Uczestnik po stronie zamawiającego:

wykonawca **ADT Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 84/24

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów:
 - 1.1. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) dotyczących:
 - a) niejednoznaczności w zaoferowanym modelu urządzenia (zarzut I odwołania),
 - b) braku informacji o pozostawieniu uszkodzonych nośników (zarzut III odwołania),
 - 1.2. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) w zakresie złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w związku z nieprawdziwymi informacjami dotyczącymi dodatkowej punktacji (zarzut V odwołania),
2. odrzucić odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych dotyczących:
 - 2.1. zaoferowania licencji czasowych (zarzut II odwołania),
 - 2.2. braku dysku Hot-spare (zarzut IV odwołania),

3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: wykonawcę Hub4 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie piętnaście tysięcy złotych uiszczoną przez Odwołującego 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.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum e-Zdrowia z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Dostawa deduplikatorów wraz z licencjami dla Centrum e-Zdrowia”, znak sprawy:WRZ.270.218.2023, zwane dalej „Postępowaniem”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), zwaną dalej: „ustawą Pzp” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu została opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 września 2023 roku nr 2023/S 176-550589.

W dniu 8 stycznia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Hab4 Sp.z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym” od dokonania błędnej oceny i badania ofert w ww. Postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. (dalej ADT) pomimo, iż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z treścią SWZ oraz dokonanie wyboru oferty ww. wykonawcy.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ADT Group pomimo, iż jej treść jest nie zgodna z warunkami zamówienia w zakresie:
 - a) niejednoznaczności w zaoferowanym modelu urządzenia (zarzut I),
 - b) zaoferowania licencji czasowych (zarzut II),
 - c) braku informacji o pozostawieniu uszkodzonych nośników (zarzut III),
 - d) braku dysku Hot-spare (zarzut IV),
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ADT Group, który złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez oświadczenie nieprawdziwych informacji co do wymagań związanych z uzyskaniem dodatkowej punktacji (zarzut V).

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty ADT Group,

3) dokonania dalszej oceny i badania ofert.

W dniu 11 stycznia 2024 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc

o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu na jego wniesienie określonego w ustawie, ewentualnie o oddalenie odwołania z uwagi na jego bezzasadność.

W dniu 26 stycznia 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania albo o jego oddalenie.

Pismem procesowym z dnia 26 stycznia 2024 roku Odwołujący złożył replikę wobec stanowiska Zamawiającego, wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, ewentualnie, z uwagi na toczące się postępowanie skargowe przed Sądem Okręgowym w Warszawie w przedmiocie zaskarżenia postanowienia w sprawie KIO 3439/23 Odwołujący wniósł o odroczenie terminu posiedzenia w niniejszej sprawie do czasu wydania przez Sąd Okręgowy wyroku. Stwierdzenie przez Sąd, iż postanowienie o odrzuceniu odwołania było nieprawidłowe i dokonanie zmiany postanowienia z odrzucenia odwołania na umorzenie postępowania pociągałoby za sobą konieczność uznania, iż Odwołujący na obecnym etapie zasadnie złożył odwołanie i należy je rozpoznać. Z tego powodu, ustalenie w sposób ostateczny czy obecne odwołanie można rozpoznać jest w dużej mierze uzależnione od wyroku Sądu Okręgowego.

W dniu 26 stycznia 2024 roku wykonawca ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

złożył pismo procesowe, w którym odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, wniósł o ich oddalenie w całości jako bezzasadnych.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotowe postępowanie odwoławcze o sygn. akt: KIO 84/24 jest czwartym postępowaniem odwoławczym, w ramach analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Poprzednie postępowania zarejestrowano pod sygn. akt: KIO 3143/23 z dnia 23 października 2023 roku, KIO 3173/23 z dnia 23 października 2023 roku oraz KIO 3439/23 z dnia 16 listopada 2023 roku.

Istotny dla przedmiotowego odwołania był zarzut III odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 3134/23, w zakresie którego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze oraz odwołanie o sygn. akt: KIO 3439/23, które zostało odrzucone w całości przez Izbę.

Odwołującym w sprawie KIO 3134/23 był wykonawca ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który zarzucił Zamawiającemu naruszenia 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 złożenia wyjaśnień treści oferty przed jej odrzuceniem oraz zaniechanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy zaoferował on urządzenia posiadające licencje nieograniczone w czasie, a co za tym idzie jego oferta spełnia warunki zamówienia oraz obejmuje najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia w ramach kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Hab4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w dniu 6 listopada 2023 roku złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 3143/23, w której poinformował, że w zakresie zarzutu III uwzględnił odwołanie.

W dniu 15 listopada 2023 r. Zamawiający drogą elektroniczną poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu, że w dniu 6 listopada 2023 roku unieważnił czynność odrzucenia oferty ADT Group Sp. z o.o. i powtórzył czynność badania oferty ADT Group Sp. z o.o.

Podczas posiedzenia w sprawie KIO 3143/23 Przystępujący Hab4 So, z o.o. nie zgłosił sprzeciwu, ponieważ Izba zdecydowała, że nie rozpozna sprawy z uwagi na brak substratu zaskarżenia.

W dniu 21 listopada 2023 roku Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt: KIO 3143/23 na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp w części dotyczącej zarzutu z pkt III odwołania, z uwagi na zbędność postępowania w tym zakresie. Zamawiający bowiem unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego ADT Group Sp. z o.o. – zarzut z pkt III odwołania dotyczył naruszenia 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 oferty Odwołującego ADT Group Sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia, zaniechanie wezwania go do złożenia wyjaśnień treści oferty przed jej odrzuceniem oraz zaniechanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy zaoferował on urządzenia posiadające licencje nieograniczone w czasie, a co za tym idzie oferta ta spełnia warunki zamówienia oraz obejmuje najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia w ramach kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Na dzień rozpoznania odwołania na posiedzeniu niejawnym nie istniała już czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie.

Oznacza to, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego.

W dniu 16 listopada 2023 roku wykonawca Hab4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. pomimo, iż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z treścią SWZ – sygn. akt: KIO 3439/23.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ADT Group pomimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie: zaoferowania licencji czasowych (zarzut I), niejednoznaczności w zaoferowanym modelu urządzenia (zarzut II) oraz braku informacji o pozostawianiu uszkodzonych nośników (zarzut III).

W dniu 27 listopada 2023 roku Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poinformował wykonawców o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 28 listopada 2024 roku odrzuciła odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3439/23. W uzasadnieniu odrzucenia, Izba wskazała, że „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”.

W dniu 27 listopada 2023 roku Zamawiający skierował do wykonawcy ADT Group Sp. z o. o. w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp prośbę o potwierdzenie, że Wykonawca spełnia wymogi wskazane w OPZ będącym Załącznikiem nr 1 do SWZ w pkt 3.15.7 oraz w pkt 4.15.7 w zakresie pozostawieniu u Zamawiającego uszkodzonych nośników.

Wykonawca pismem z dnia 29 listopada 2023 roku potwierdził spełnienie wymogu określonego w SWZ, oświadczając, że jest Autoryzowanym Partnerem Serwisowym producenta rozwiązań DXi9000, firmy Quantum.

W dniu 3 stycznia 2024 roku Odwołujący Hub4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2023 roku o sygn. akt: KIO 3439/23 wniósł skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Zamówień Publicznych. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zarówno niezasadne odrzucenie odwołania jak i zaniechanie umorzenia postępowania odwoławczego oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Odwołującego. Izba wydając postanowienie o odrzuceniu odwołania, w ocenie Odwołującego naruszyła następujące przepisy:

1. art. 233 § 1 ustawy Kodeks Postępowania Cywilnego poprzez błąd w ustaleniach faktycznych i pominięcie w stanie faktycznym sprawy;
 - a. postanowienia Izby o umorzeniu postępowania odwoławczego z dnia 21 listopada 2023 roku o sygn. akt: KIO 3134/23 z uwagi na to, iż stało się sbędne w zakresie zarzutu w pkt III w związku z unieważnieniem kwestionowanej czynności przez Zamawiającego,
 - b. Zawiadomienia o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonaniu ponownej oceny i badania ofert w dniu 21 listopada 2023 roku.

a w konsekwencji:

2. art.528 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie odwołania z uwagi na stwierdzenie, że odwołanie dotyczyło czynności, którą Zmawiający w wyniku

uwzględnienia odwołania wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu pomimo, iż unieważnienie czynności nastąpiło przed uwzględnieniem a nie w jego wyniku, a Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie z uwagi na brak substratu zaskarżenia a nie z uwagi na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego;

oraz naruszenie

3. art. 568 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie umorzenia postępowania odwoławczego, pomimo że ze stanu faktycznego sprawy wynikało, że Zamawiający po złożeniu odwołania, pismem z dnia 21 listopada 2023 roku dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powiadomił o ponownej ocenie i badaniu ofert, a co za tym w związku z brakiem w obrocie prawnym decyzji co do oferty kwestionowanej, dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne;

a w konsekwencji naruszenie:

4. art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1 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. poz. 2437) poprzez jego zastosowanie, pomimo iż w sprawie nie było przesłanek do stwierdzenia odrzucenia odwołania, lecz należało umorzyć postępowanie odwoławcze, a co za tym idzie zgodnie z § 9 ust. 2 ww. Rozporządzenia, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości za względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowienia o odrzuceniu odwołania z dnia 28 listopada 2023 roku i umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp oraz w konsekwencji o zmianę postanowienia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu w sprawie KIO 84/24 w dniu 29 stycznia 2024 roku uwzględniła wniosek Odwołującego podniesiony jako ewentualny i zawiesiła

postępowanie odwoławcze do czasu wydania orzeczenia przez Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Zamówień Publicznych w sprawie rozpoznania skargi.

Postanowieniem z dnia 15 stycznia 2024 roku w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 9/24 Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Zamówień Publicznych odrzucił skargę na podstawie art. 584 ustawy Pzp w związku z niezuzpełnieniem przez Odwołującego w terminie braków formalnych.

W dniu 5 marca 2024 roku na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów odwołania w zakresie naruszenia:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) dotyczących:
 - a) niejednoznaczności w zaoferowanym modelu urządzenia (zarzut I odwołania),
 - b) braku informacji o pozostawieniu uszkodzonych nośników (zarzut III odwołania),
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) w zakresie złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w związku z nieprawdziwymi informacjami dotyczącymi dodatkowej punktacji (zarzut V odwołania).

Izba zważyła:

Izba na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania Odwoławczego dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych dotyczący złożenia przez wykonawcę ADT Group Sp. z o.o. oferty niezgodnej z warunkami zamówienia poprzez zaoferowanie licencji czasowych (zarzut II odwołania) podlega odrzuceniu z uwagi na zaistnienie okoliczności, o których mowa

w art. 528 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią tego przepisu Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Izba wskazuje, że powyższy zarzut został przez Odwołującego podniesiony w tożsamym zakresie i dotyczy tych samych okoliczności, na które powoływał się Odwołujący w odwołaniu o sygn. akt: 3439/23. Odwołanie to zostało odrzucone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2023 roku, a skarga na to postanowienie została odrzucona przez Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Zamówień Publicznych, postanowieniem z dnia 15 lutego 2024 roku, sygn. akt XXIII Zs 9/24.

Izba w uzasadnieniu postanowienia z dnia 28 listopada 2023 roku w sprawie KIO 3439/23 wskazała podstawę faktyczną oraz prawną dokonanego rozstrzygnięcia. Dokonując oceny faktycznej i prawnej podnoszonych okoliczności, Izba uznała że odwołanie podlega odrzuceniu, z uwagi na to, że dotyczy okoliczności wykonanych zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu o sygn. akt: KIO 3134/23 (w zakresie zarzutu III), co zgodnie z art. 528 pkt 5 ustawy Pzp skutkuje odrzuceniem odwołania.

Wobec powyższego w ocenie Izby, w sprawie o sygn. akt: KIO 84/24 w zakresie zarzutu II dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia z uwagi na zaferowania licencji czasowych, zaistniały okoliczności wskazane z art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, tj. Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt: KIO 3439/23.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych dotyczącego złożenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia z uwagi na brak dysku Hot-spare (zarzut IV odwołania), w ocenie Izby zarzut podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie do treści tego przepisu Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Izba ustaliła, że czynnością kwestionowaną przez Odwołującego jest zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ADT Group sp. z o.o. z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia. Czynność ta nastąpiła 6 listopada 2023 roku, bowiem w tej dacie Zamawiający poinformował wykonawców, że powtórzył czynność badania oferty Wykonawcy ADT Group Sp. z o.o., w wyniku czego unieważnił czynność odrzucenia jego oferty. Zamawiający uznał, że oferta ww. Wykonawcy nie podlega odrzuceniu i odpowiada

warunkom Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Dokonał również oceny ofert, w ramach kryterium oceny ofert, przyznając ofercie złożonej przez ADT Group Sp. z o.o. 50.90 pkt.

Powyższe oznacza w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. nie została odrzucona z postępowania, a więc Zamawiający ocenił jej treść jako zgodną z warunkami zamówienia. Ta okoliczność, w ocenie Izby jest decydująca dla określenia terminu, stanowiącego podstawę do wniesienia odwołania na czynność Zamawiającego, polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego. Powyższe dowodzi, że termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, należy liczyć od dnia 6 listopada 2023 roku. Podkreślenia wymaga, co przyznał podczas posiedzenia Odwołujący, że okoliczność będąca podstawą zarzutu, tj. brak dysku Hot -spare wynikała z formularza ofertowego, który został udostępniony Odwołującemu w dniu 28 września 2023 roku. A zatem od tego dnia Odwołujący mógł mieć wiedzę, że oferta wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. nie zawiera dysku Hot-spare, tzn. że jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zatem w okolicznościach, w których w dniu 6 listopada 2023 roku Zamawiający poinformował wykonawców, że oferta ADT Group Sp. z o.o. jest zgodna z warunkami zamówienia i nie podlega odrzuceniu, dla Odwołującego rozpoczął się bieg terminu na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu braku dysku Hot-spare.

Wybór oferty ADT Group Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w dniu 29 grudnia 2023 roku był jedynie konsekwencją uznania jej za zgodną z warunkami zamówienia i przyznania jej najwyższej wagi punktowej w kryterium oceny ofert.

Dodać należy, że Zamawiający w dniu 27 listopada 2023 roku unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13 października 2023 roku, za którą uznał ofertą złożoną przez wykonawcę IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jednakże od tej daty Zamawiający nie dokonał żadnych nowych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które by mogły mieć lub miały wpływ na decyzję co do odrzucenia oferty ADT Group Sp. z o.o. w zakresie braku dysku Hot-spare. Gdyby takie czynności zostały podjęte przez Zamawiającego, mogłyby stanowić podstawę do wniesienia odwołania.

Zatem w powyższych okolicznościach, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 29 grudnia 2023 roku nie mogła być dla Odwołującego podstawą wniesienia odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty ADT Group Sp. z o.o., o której Odwołujący miał wiedzę już w dacie 6 listopada 2023 roku.

Nie jest bowiem dopuszczalne, aby zarzut który powinien być prawidłowo podniesiony na danym etapie postępowania (w terminie określonych w art. 515 ustawy Pzp.) mógł być podnoszony na etapie późniejszym, z naruszeniem art. 515 ustawy Pzp.

Terminy wyznaczone ustawą Pzp na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że w zakresie zarzutu braku dysków Hot-spare zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Dodać należy, że przepis art. 528 ustawy Pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu. Wobec powyższego zarzuty niezgodności treści oferty ADT Sp. z o.o. z warunkami zamówienia z uwagi na zaoferowanie licencji czasowych oraz braku dysku Hot-spare podlegały odrzuceniu.

Wobec cofnięcia przez Odwołującego zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez złożenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie niejednoznaczności w zaoferowanym modelu urządzenia (zarzut I odwołania), braku informacji o pozostawieniu uszkodzonych nośników (zarzut III odwołania), oraz naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w związku z nieprawdziwymi informacjami dotyczącymi dodatkowej punktacji (zarzut V odwołania), w ocenie Izby zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, w zakresie zarzutów cofniętych.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 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).

Przewodnicząca: