

Sygn. akt: KIO 1898/12

POSTANOWIENIE
z dnia 21 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 21 września 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2012 r. przez wykonawcę **Konsorcjum Biuro Klub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach, ul. Ks. H. Kołłątaja 4** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Dozoru Technicznego z siedzibą w Warszawie, ul. Szczęśliwicka 34**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **Konsorcjum Biuro Klub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach, ul. Ks. H. Kołłątaja 4** tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i sukcesywną dostawę artykułów biurowych dla Urzędu Dozoru Technicznego zostało wszczęte przez zamawiającego – Urząd Dozoru Technicznego z siedzibą w Warszawie, ul. Szczęśliwicka 34 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 maja 2012r. za numerem 2012/S 97-161499.

W dniu 29 sierpnia 2012r. drogą elektroniczną zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Partner XXI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze, ul. Pawliczka 25 Oddział Warszawa z siedzibą w Warszawie, ul. Gierdziejewskiego 1 (wykonawca wybrany).

Z informacji o wyniku postępowania, wynika także, iż wykonawca Konsorcjum Biuro Klub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach, ul. Ks. H. Kołłątaja 4 złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, która zajęła 2 miejsce w rankingu ofert (odwołujący Konsorcjum Biuro Klub).

W dniu 7 września 2012r. odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego i zaniechanie odrzucenia jego oferty wyniósł odwołujący Konsorcjum Biuro Klub. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy poprzez bezprawne zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego i uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na okoliczność, że w swojej ofercie wykonawca ten przedstawił informacje, których prawdziwość została podważona oświadczeniami producenta BIELLA, a informacje te miały istotny wpływ na wynik postępowania;
3. art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy wybranego, która to oferta powinna zostać odrzucona i jednocześnie zaniechanie wyboru oferty odwołującego Konsorcjum Biuro Klub jako najkorzystniejszej pod względem ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert;
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z powołanymi wyżej przepisami, z uwagi na prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego Konsorcjum Biuro Klub oraz przy uwzględnieniu zarzutów dotyczących oferty wykonawcy wybranego;
4. nakazanie zamawiającemu odrzucenia wykonawcy wybranego z postępowania w związku z niezgodnością treści oferty tego wykonawcy z wymogami postawionymi przez zamawiającego w SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia;
5. nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy wybranego i uznania jego oferty za odrzuconą, w związku z brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy;
6. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
7. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego Konsorcjum Biuro Klub zawrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą;

W uzasadnieniu odwołujący Konsorcjum Biuro Klub nie zgodził się z dokonanymi przez zamawiającego czynnościami. W ramach opisu przedmiotu zamówienia i szczegółowych wymagań w zakresie oferowanych produktów wskazanych w załączniku nr 2 do siwz - formularz cenowy, w punkcie 117 zamawiający postawił wymóg zaoferowania koszulki A4 o grubości min. 105 mic, pakowanej w kartonik. Jak wynika z oferty wykonawcy wybranego, oświadczył on, iż jest w stanie spełnić powyższy warunek poprzez zaoferowanie koszulek DONAU w kartoniku 105 mic. (na zamówienie). Po analizie ofert złożonych w postępowaniu odwołujący Konsorcjum Biuro Klub skierował w dniu 13 lipca 2012 roku do zamawiającego pismo, w którym podał informacje o niezgodności oferty wykonawcy wybranego z SIWZ w zakresie zaoferowanych koszulek, albowiem zgodnie z wiedzą odwołującego pozyskaną między innymi od producenta BIELLA, producent ten nie miał i nie ma w swojej ofercie koszulek zaoferowanych w postępowaniu przez wykonawcę wybranego. Powyższe wynikało m.in. z oświadczenia złożonego przez firmę Biella - będącą wyłącznym i jedynym dystrybutorem marki DONAU -, iż nie posiada ona w swojej ofercie koszulki krystalicznej z multiperforacją o grubości 105 mikronów pakowanej w kartonik (100 szt/op). Na dowód czego wniósł o przeprowadzenie dowodów z oświadczenia firmy Biella z dnia 11.07.2012 r. (w aktach sprawy zamawiającego), oraz oświadczenia firmy Biella z dnia 30.08.2012 r. (w aktach sprawy zamawiającego). Zamawiający nie uwzględnił tych oświadczeń i oparł się na wyjaśnienia wykonawcy wybranego z dnia 4 września 2012 r., które wskazują iż wykonawca ten posiada na stanie magazynowym koszulki DONAU o grubości 105 mikronów pakowane w kartonik z poprzedniej produkcji firmy Biella, do których załączono pismo podpisane przez Pana W..... G....., z którego wynika, że w 2011 r. istniała możliwość

zrealizowania zamówienia na koszulki o grubości 105 mikronów. Odwołujący Konsorcjum Biuro Klub dokonało analizy tych wyjaśnień oraz przez siebie przedłożonych oświadczeń i stwierdziło, że złożone przez wykonawcę oświadczenie nie jest zgodne z istniejącym stanem faktycznym, jak wynika z informacji otrzymanych od firmy Biella przez odwołującego, w tym z pisma podpisanego również przez pana W..... G....., otrzymanego w dniu 6 września 2012 roku, firma Biella nigdy nie produkowała w/w koszulek dla żadnego ze swoich kontrahentów ani w 2011 r. ani w latach poprzednich. Niemożliwym jest zatem, aby wykonawca wybrany posiadała na stanie magazynowym koszulki DONAU, zgodnie z przedstawionym w postępowaniu opisem. Na dowód czego odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z oświadczenia producenta z dnia 6 września 2012 roku. Wskazane w wyjaśnieniach wykonawcy wybranego oświadczenie producenta stanowi jedynie informację o możliwości wyprodukowania koszulek na indywidualne zlecenie, a nie o tym, że takie koszulki w 2011r. były produkowane przez firmę Biella. Na dowód tego twierdzenia odwołujący Konsorcjum Biuro Klub powołał oświadczenie z dnia 6 września 2012 roku producenta BIELLA. W ocenie odwołującego Konsorcjum Biuro Klub z powyższego wynika, iż wykonawca wybrany zaoferował produkt nieistniejący, którego nie będzie w stanie dostarczyć zamawiającemu. Brak możliwości dostarczenia zaoferowanego produktu w sposób bezsprzeczny prowadzi do niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, a w konsekwencji do konieczności odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Ponadto oświadczenie wykonawcy przedłożone w formie wyjaśnień jest zatem niekompletne i celowo pomija pewne fakty. Oświadczenie to nie znajduje potwierdzenia w dokumentach przedłożonych przez odwołującego, z których wynika wprost odpowiedź na pytania dotyczące możliwości posiadania przez wykonawcę wybranego określonego towaru, określonej firmy i w określonej ilości w określonym czasie. Wskazywanie na dostępność określonego produktu, mając wiedzę iż produkt taki nie istnieje i opierając się w tym zakresie na oświadczeniu producenta, że istniała możliwość zrealizowania takiego zamówienia w roku 2011, świadczyć może o przedstawianiu nieprawdziwych oświadczeń co do możliwości spełnienia wymogów postępowania, zwłaszcza w wyjaśnieniach z dnia 4 września 2012 roku. Odwołujący Konsorcjum Biuro Klub wskazał, że wykluczenie wykonawcy w związku z przedłożeniem przez niego fałszywych informacji warunkowane jest wystąpieniem łącznie dwóch przesłanek tj. przedstawienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji oraz faktu, iż informacje te mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Nie budzi wątpliwości na podstawie wyżej przedstawionych dowodów, że wykonawca wybrany złożył oświadczenie niezgodne z prawdą, które gwarantowało jej uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Fakt braku posiadania w/w koszulek powodowałby, iż oferta tego wykonawcy podlegałaby odrzuceniu jako nie odpowiadająca warunkom siwz. W ocenie odwołującego wykonawca wybrany działał w

pełnej świadomości wprowadzenia w błąd zamawiającego, nie mogąc mieć ustalonego z producentem zamówienia. Z uwagi na zawodowy charakter wykonywanej przez wykonawcę wybranego działalności, ma on pełną wiedzę co do ulotek, dokumentów, katalogów załączanych do oferty, czy składanych oświadczeń, jak również ma pełną wiedzę co do stanu swojego magazynu w świetle załączonego do niniejszego odwołania oświadczenia firmy Biella. Wobec czego uznać należy, że wykonawca działał z pełną świadomością swoich czynów, skutku jaki chce osiągnąć i do jakiego swoimi czynami zmierzał. Przy ocenie możliwości wykluczenia danego wykonawcy ocenie podlegają działania wykonawcy i ich wpływ, choćby potencjalny, na ewentualne późniejsze decyzje zamawiającego. Decyzje zamawiającego mają z kolei bezpośrednie przełożenie na wynik postępowania. Wskazał, że jego stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej m.in. w wyroku z dnia 29 czerwca 2012 r. w sprawach o sygn. KIO 1242/12;KIO 1253/12, wyroku z dnia 19 maja 2011 roku, w sprawie sygn. akt KIO 1019/11. Odwołujący Konsorcjum Biuro Klub podał, że posiada interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania i podnoszenia wszystkich zarzutów w nim zawartych. Oferta odwołującego w oparciu o kryteria oceny ofert określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest ofertą z najniższą ceną spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu i tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania powinna zostać uznana za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 września 2012r. udzielonego przez dwóch prokurentów ujawnionych w KRS odwołującego i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 7 września 2012r.

W dniu 10 września 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przez odwołującego Konsorcjum Biuro Klub przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego i po stronie zamawiającego Konsorcjum Biuro Klub w dniu 13 września 2012r. przystąpił odwołujący Jolimpex wnosząc o uwzględnienie odwołania w zakresie żądań zawartych w punktach od 1 do 5 odwołania i o oddalenie odwołania w pkt 6. Zgłaszająca wskazała na swój interes w rozstrzygnięciu, gdyż przy uwzględnieniu żądań wskazanych w odwołaniu zgłaszającej przystąpienie, jej oferta będzie ofertą najkorzystniejszą. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu

W dniu 14 września 2012r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie uwzględniając zarzuty odwołania w całości i zobowiązując się do powtórzenia czynności badania i oceny

ofert. Odpowiedź została podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentacji zamawiającego.

Na posiedzeniu z udziałem stron odwołujący konsorcjum Biuro Klub wskazał, że przystąpienie złożone przez firmę Jolimpex jest nieskuteczne, gdyż pozostaje w sprzeczności z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp, który stanowi o tym, iż czynności przystępującego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami strony, do której przystępujący przystępuje, co oznacza, że nie ma prawnej możliwości przystąpienia po obu stronach postępowania. Wskazał na to, iż orzecznictwo KIO w tym zakresie w jego ocenie jest jednolite w ostatnim czasie. Z ostrożności procesowej podniósł opozycję wobec przystąpienia firmy Jolimpex wskazując, iż wykonawca ten nie ma interesu w żądaniu oddalenia odwołania odwołującego konsorcjum Biuro Klub w sytuacji gdy, przy założeniu, że oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu, to oferta przystępującego jest druga pod względem ceny, natomiast odwołującego dopiero trzecia, a zatem oddalenie odwołania nie wpływa na interes tego wykonawcy, zwłaszcza w sytuacji kiedy sam wniósł odwołanie.

Zamawiający poparł stanowisko odwołującego konsorcjum Biuro Klub wskazując jednocześnie na orzeczenia Izby sygn. KIO 2262/11, KIO/UZP 1821/10, z których wynika, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp możliwe jest przystąpienie wyłącznie do jednej ze stron postępowania. Wskazał również, iż podjęcie decyzji na obecnym etapie po której ze stron następuje przystąpienie byłoby spóźnione ze względu na zawite terminy na zgłoszenie przystąpienia.

Przystępujący Jolimpex stanął na stanowisku, iż zgłoszenie przystąpienia w sposób wynikający z pisma z 13 września 2012 r. znajduje swoje usprawiedliwienie w fakcie, iż zgłaszający przystąpienie wniósł samodzielnie odwołanie i ta szczególna okoliczność powoduje, że możliwe było dokonanie czynności w sposób wskazany. Podniósł, że nie dokonał czynności sprzecznej ze stroną, do której przystąpił w rozumieniu art. 185 ust. 5. Podniósł, że w jego ocenie na gruncie art. 185 ust. 2 możliwe jest zgłoszenie przystąpienia po obu stronach postępowania, co należy wywieść z historycznego brzmienia tego przepisu.

Izba zważyła, co następuje :

Izba stwierdziła, że przystąpienie firmy Jolimpex nie spełnia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż nie wskazuje w sposób jednoznaczny strony po której następuje przystąpienie. Izba podziela stanowisko, tak odwołującego konsorcjum Biuro Klub, jak i zamawiającego, że przyjęcie dopuszczalności przystąpienia po obu stronach postępowania pozostaje w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż ustawodawca w tym artykule, jak i w art. 185 ust. 5 ustawy Pzp wyraźnie postuluje się

stroną w liczbie pojedynczej używając takich sformułowań jak „wskazując stronę do której przystępuję”, „na korzyść strony”, „z czynnościami i oświadczeniami strony do której przystąpił”. Dodatkowo w sposób jednoznaczny fakt, iż przystąpienie ma nastąpić wyłącznie po jednej ze stron rozstrzyga art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, który określa interes w rozstrzygnięciu na korzyść wyłącznie jednej ze stron. Z tego względu nie istnieją żadne usprawiedliwiające zgłaszającego przystąpienie okoliczności, w tym w szczególności wniesienie własnego odwołania, które pozwalałyby na przyjęcie wykładni contra legem. Dodatkowo rację ma odwołujący, że oświadczenie o nie uwzględnianiu żądania uznania oferty odwołującego konsorcjum Biuro Klub za najkorzystniejszą pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem tegoż odwołującego do którego zgłaszający przystąpienie przystępuje, a zatem jest sprzeczne z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp. Z tych względów Izba uznała, że zgłoszenie przystąpienia nie spełnia wymagań określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania i nie nastąpiło skuteczne zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego, zaszły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty

wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący