

Sygn. akt: KIO 701/16

POSTANOWIENIE
z dnia 11 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika w dniu **11 maja 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 kwietnia 2016 r.** przez wykonawcę: **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**, wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego:

- A. **Polcom Sp. z o.o., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** - po stronie zamawiającego,
- B. **Konsorcjum: Advatech Sp. z o.o. ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław, Cloudware Polska Sp. z o.o. ul. Pory 59, 02-757 Warszawa** - po stronie zamawiającego.

- wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego i braku sprzeciwu ze strony przystępującego Polcom Sp. z o.o.

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.
3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz odwołującego wykonawcy: **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa**, kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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:

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dz. Urz. UE 2015/S 242-440304 z 15.12.2015 r. pn. „Modernizacja systemu kopii zapasowej”, zostało wniesione w dniu 29 kwietnia 2016 r. odwołanie przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie określonym w art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podstawą wniesienia odwołania było powiadomienie przez zamawiającego w dniu 19 kwietnia 2016 r. pocztą elektroniczną oraz za pośrednictwem faksu o ustaleniu wyniku przetargu.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2016 r. i z 2 maja 2016 r., przesłane drogą elektroniczną i faksem zgłoszenia do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, złożyli:

A. dnia 2 maja 2016 r. wykonawca Polcom Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie - po stronie zamawiającego,

B. dnia 5 maja 2016 r. (na wezwanie z 2 maja 2016 r.) konsorcjum Advatech Sp. z o.o. (lider), ul. Klecińska 123, 54 - 413 Wrocław oraz Cloudware Polska Sp. z o.o., ul. Pory 59, 02 - 757 Warszawa, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego; Wykonawca podnosił, iż żądania odwołującego mogą pozbawić go możliwości uzyskania zamówienia. Wskazał, że odwołanie w zakresie odrzucenia oferty przystępującego jest spóźnione i jako takie powinno zostać odrzucone w trybie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Informację o tym, że oferta przystępującego jest ważna wykonawcy uzyskali pismem z dnia 14.04.2016 r. Zgodnie z art. 182 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia -jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Wobec tego, że ponowny wybór oferty z dnia 19.04.2016 r. nie zmienił kwalifikacji oferty przystępującego, tj. wciąż posiada ona status ważnej (mimo, że sklasyfikowana została wyżej) należy uznać, że odwołanie w zakresie zarzutu odrzucenia oferty konsorcjum Advatech mogło być wniesione w 10-dniowym terminie od dnia

pierwotnego wyboru, gdyż już wówczas odwołujący posiadał informację o okolicznościach uzasadniających wniesienie odwołania.

Izba uznała, że ww. przystąpienie ze strony Polcom Sp. z o.o. spełnia przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i wykonawca Polcom Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła nie dopuść jako przystępującego po stronie zamawiającego konsorcjum Advatech Sp. z o.o. (lider), oraz Cloudware Polska Sp. z o.o.

Skoro zamawiający w całości uwzględnił zarzuty odwołania wykonawcy Polcom w sprawie sygn. akt: KIO 684/16 - to konsekwencją jest odrzucenie oferty konsorcjum Advatech - zarzuty te dotyczyły bowiem nie tylko przyznania ofercie zawyżonej punktacji, ale także niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ - ze względu na niespełnienie warunków minimalnych (granicznie wymaganych). Z tych też względów uwzględnienie tego zakresu zarzutów skutkuje obligatoryjnym odrzuceniem oferty konsorcjum Advatech, a nie tylko przyznaniem niższej punktacji w kwestionowanych pozycjach Formularza ofertowego, których spełnienie było opcjonalne.

Nie można było pominąć, iż zamawiający jednoznacznie podał, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Nie mógłby zatem wykonać tylko żądania ewentualnego, o obniżenie punktacji oceny oferty konkurenta, które Polcom Sp. z o.o. zgłosił na wypadek, gdyby zamawiający nie zdecydował się na uwzględnienie tej części zarzutów - prowadzących do odrzucenia oferty konsorcjum Advatech.

Wykonawca, którego oferta podlega odrzuceniu z mocy uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu innego konkurencyjnego wykonawcy, nie jest zdolny wykazać i utrzymać wykazania interesu w popieraniu stanowiska strony w innym postępowaniu odwoławczym, do której zgłosił przystąpienie, w trybie art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiącym że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się jego uczestnikami, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze strony. Uczestnictwo w tej sprawie odwoławczej - nie miałoby bowiem jakiegokolwiek wpływu na sytuację i interes własny wykonawcy konsorcjum Advatech, skoro jego oferta podlega odrzuceniu z mocy prawa - przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp - nakazu dla zamawiającego wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu wykonawcy Polcom Sp. z o.o.

Rzeczą konsorcjum Advatech Sp. z o.o. oraz Cloudware Polska Sp. z o.o. było zgłoszenie w terminie ustawowym skutecznego przystąpienia do odwołania wykonawcy Polcom Sp. z o.o. (sygn. Akt KIO 684/16) po stronie zamawiającego, co stwarzałoby dla wykonawcy gwarancje dla obrony własnej oferty. A następnie w sytuacji uwzględnienia

odwołania wykonawcy Polcom Sp. z o.o. - dawało możliwość wniesienia sprzeciwu w trybie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, i poddania merytorycznemu rozpatrzeniu przez Izbę zarzutów przeciwko ofercie konsorcjum Advatech. Odwołujący nie zadbał o swoje interesy, nie zgłosił przystąpienia, o czym Izba przesądziła w postanowieniu w sprawie sygn. akt KIO 684/16 - czego następstwem jest ostateczne wyeliminowanie jego oferty z przetargu, gdyż na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu - dalsze odwołanie nie przysługuje, o czym stanowi art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami czynności zamawiającego, polegające na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Advatech Sp. z o.o. (lider) oraz Cloudware Polska Sp. z o.o. ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Perceptron Sp. z o.o. ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp;
- 3) przyznaniu konsorcjum Advatech Sp. z o.o. (lider) oraz Cloudware Polska Sp. z o.o. jak również firmie Perceptron Sp. z o.o. nadmiernej liczby punktów za opcje dodatkowe (kryterium funkcjonalność) dla urządzeń dyskowych typu A co mogło wpłynąć na pozycję ofert tych wykonawców w końcowym rankingu, tj. naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu i nieprawidłowe zastosowanie kryterium;
- 4) zaniechaniu wezwania wykonawcy Polcom Sp. z o.o. do wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu wykazania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, choć zamawiający miał taki obowiązek tj. naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp; co w konsekwencji mogło doprowadzić do zaniechania odrzucenia tej oferty w sytuacji gdyby Polcom Sp. z o.o. nie wykazał realności zaoferowanej ceny zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
- 5) wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Polcom Sp. z o.o. choć istnieje prawdopodobieństwo, że wykonawca ten zaoferował cenę rażąco niską i wówczas oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, tj. naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Advatech Sp. z o.o. oraz Cloudware Polska Sp. z o.o. oraz oferty wykonawcy Perceptron Sp. z o.o.;
- 2) naruszenie art. 90 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Polcom Sp. z o.o. do wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu wykazania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską;
- 3) naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp poprzez przyznanie nadmiernej liczby punktów konsorcjum Advatech Sp, z o.o. oraz Cloudware Polska Sp. z o.o. jak również firmie Perceptron Sp. z o.o.;
- 4) naruszenie art. 7 ust 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez przedwczesny wybór jako najkorzystniejszej oferty firmy Polcom Sp. z o.o. choć istnieje prawdopodobieństwo, że wykonawca ten zaoferował cenę rażąco niską i wówczas oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe, Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty konsorcjum Advatech Sp. z o.o.; Cloudware Polska Sp. z o.o.
- 3) odrzucenia oferty Perceptron Sp. z o.o.,
- 4) wezwanie Polcom Sp. z o.o. do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i odrzucenie oferty tego wykonawcy - w przypadku gdyby nie złożył wyjaśnień bądź nie zdołał wykazać realności zaoferowanej ceny;
- 5) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 6) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 10 maja 2016 r. w odpowiedzi na odwołanie zamawiający działając przez umocowanego pełnomocnika powiadomił, że: „uwzględni w całości zarzuty przedstawione we wniesionym przez odwołującego odwołaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja Systemu kopii zapasowej.” Oświadczenie powyższe pełnomocnicy zamawiającego potwierdzili na posiedzeniu Izby.

Uczestnik postępowania odwoławczego wykonawca Polcom Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie, który zgłosił przystąpienie - po stronie zamawiającego, nie skorzystał z prawa wniesienia sprzeciwu w trybie art. 186 ust. 3 i 4 ustawy Pzp co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Przepis art. 186 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) - powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. W takiej sytuacji rozpatrzenie sprawy przez Izbę ogranicza się do zbadania przesłanek formalnych umorzenia postępowania, bez możliwości oceny motywów, którymi kierowały się strony podejmując tego rodzaju czynności w zainicjowanym postępowaniu odwoławczym.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający ze skutkiem prawnym uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a wykonawca Polcom Sp. z o. o. przystępujący po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu, Izba działając na podstawie art. 186 ust. 3 w związku z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp - umorzyła postępowanie odwoławcze, o czym orzekła postanowieniem.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba miała na uwadze, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Pzp koszty znosi się wzajemnie między stronami.

Jednocześnie, w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego, Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczanego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. 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:

.....