

Sygn. akt: KIO 1228/17

POSTANOWIENIE
z dnia 28 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 28 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14.06.2017 r. przez wykonawcę **MESco Spółka z o.o., ul. Górnicza 20A, 42-600 Tarnowskie Góry** w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego – **Instytut Lotnictwa, Al. Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa oprogramowania ANSYS lub równoważnego” (znak 10/ZZ/AZLZ/2017)

przy udziale wykonawcy **DES ART Spółka z o.o., ul. Czechosłowacka 3, 81-969 Gdynia** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **MESco Spółka z o.o., ul. Górnicza 20A, 42-600 Tarnowskie Góry** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. 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

do postanowienia z dnia 28 czerwca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1228/17

W dniu 14 czerwca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego – Instytut Lotnictwa w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa oprogramowania ANSYS lub równoważnego” (znak 10/ZZ/AZLZ/2017).

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę MESco Spółka z o.o., ul. Górnicza 20A, 42-600 Tarnowskie Góry.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następnie, że w dniu 01.04.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 065 - 122006.

Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Izba ustaliła ponadto, w oparciu o dokumentację postępowania, że w dniu **05.06.2017 r.** Zamawiającego przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przedmiotem odwołania uczynił następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

- wybór w części I postępowania oferty najkorzystniejszej Wykonawcy DES ART. Sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona jako niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, a także jako oferta wariantowa, który to rodzaj oferty nie był dopuszczony w postępowaniu;
- zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy DES ART sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt. 2 PZP, w sytuacji gdy oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ, zawiera odmienne od wymaganego rozwiązanie technologiczne [oferta wariantowa], była uzupełniana po otwarciu ofert, a nadto całość oferowanego rozwiązania nie spełnia minimalnych wymagań dotyczących funkcjonalności oprogramowania, które były wymagane przez Zamawiającego w rozwiązaniach równoważnych;
- prowadzenie z Wykonawcą nieuprawnionych negocjacji co do treści oferty, poprzez ustalanie zakresu oprogramowania, które zostało zaoferowane w postępowaniu i przełożenia poszczególnych programów na funkcjonalności, mimo iż informacje zarówno co do oferowanego oprogramowania, jak i co do funkcjonalności które dane programy zapewniają, nie była zawarta w pierwotnej treści oferty;
- w konsekwencji zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ i nie podlega odrzuceniu z postępowania;

Odwołujący ww. czynnościom zarzucił:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy »poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy DES ART sp. z o.o. mimo, iż treść oferty złożonej w postępowaniu pozostaje niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ w zakresie ilości oferowanych solverów, funkcjonalności oferowanego oprogramowania oraz sposobu prowadzenia badań w oparciu o zaoferowane oprogramowanie, a w konsekwencji nie jest ofertą równoważną;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. żart. 82 ust. 1 ustawy PZP, art. 84 ust. 1 ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy DES ART sp. z o.o. mimo, iż oferta ta jest ofertą wariantową w stosunku do wymagania Zamawiającego zaoferowania rozwiązania opartego o jeden solver.
3. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy PZP poprzez wybór oferty DES ART sp. z o.o. podlegającej odrzuceniu, niezgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w SIWZ i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego
4. w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez nieuprawnione niekorzystne traktowanie Wykonawców, których oferty

powinny zostać odrzucone z postępowania, a w konsekwencji nieuprawnione dowolne rozstrzygnięcie postępowania;

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty DES ART sp. z o.o. w oparciu o wskazane wyżej podstawy prawne i ujęte w dalszej treści odwołania uzasadnienie faktyczne;
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy DES ART sp. z o.o.;
4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego oraz zastępstwa prawnego na posiedzeniu i rozprawie.

Biorąc pod uwagę treść art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba ustaliła, iż termin na wniesienie odwołania został dotrzymany i zostało ono podpisane przez osobę umocowaną do reprezentowania Odwołującego. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia przedmiotowego odwołania.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w dniu 16.06.2017 r. przekazał kopię odwołania wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba następnie ustaliła, że w ustawowym terminie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił skutecznie dniu 19.06.2017 r. wykonawca DES ART. Spółka z o.o. z siedzibą w Gdyni.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 21.06.2017 r. (wpływ mailem w dniu 21.06.2017 r. pod L.dz. DzK-KIO-10473/17) podpisanym przez p. W. W. – Dyrektora Instytutu Lotnictwa złożył oświadczenie woli wskazując, iż uznaje w całości zarzuty zawarte w odwołaniu i wnosi o umorzenie postępowania, w przypadku braku sprzeciwu Przystępującego.

W dniu 22.06.2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie w którego sentencji nakazała wezwanie wykonawcy DES ART Spółka z o.o. do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Realizując powyższe postanowienie Prezes Krajowej Izby Odwoławczej pismem z dnia 22.06.2017 r. (znak UZP/DO/MP/10179/12494/17) wezwał wykonawcę DES ART Spółka z o.o. do wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania pod rygorem umorzenia postępowania.

Izba ustaliła, że w ustawowym terminie nie został wniesiony sprzeciw przez ww. wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, Izba stwierdziła, że postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 6 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie jeżeli Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przed otwarciem rozprawy.

Tym samym Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią 186 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i nie wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego, wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Przewodniczący:

.....