

Sygn. akt: KIO 3265/20

POSTANOWIENIE
z dnia 28 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 28 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2020 r. przez odwołującego: **Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS Sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie** (ul. Legionów 1 15, 04-200 Wołomin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Politechnika Częstochowska, ul. Dąbrowskiego 69, 42-201 Częstochowa,**

przy udziale wykonawcy: **Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** (ul. Szkotnik 2B/15, 33-100 Tarnów) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS Sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie** (ul. Legionów 1 15, 04-200 Wołomin) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Politechnika Częstochowska w Częstochowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę i montaż wraz usługą konfiguracji cyfrowej centrali telefonicznej dla Politechniki Częstochowskiej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 października 2020 r. pod numerem 595333-N-2G20. Zamawiający w dniu 03.12.2020 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Globitel Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący, Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne TELESIS Sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w przedmiotowym postępowaniu, którym zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Globitel sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (wykonawca GLOBITEL), mimo że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, są niekompletne oraz nie załączono do nich stosownych dowodów;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy: Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (wykonawca CST) do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że oferta tego wykonawcy winna wzbudzić wątpliwości po stronie Zamawiającego, a w konsekwencji konieczne jest wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy GLOBITEL oraz wykonawcy CST, mimo że oferty złożone przez tych wykonawców są sprzeczne z treścią SIWZ;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „uznk”) w zw. z art. 10 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy GLOBITEL oraz wykonawcy CST, mimo że oferty złożone przez tych wykonawców stanowią czyn nieuczciwej konkurencji polegający na oznaczeniu zaoferowanego systemu telekomunikacyjnego SLICAN NCP, mimo że produkt firmy SLICAN oferowany pod taką nazwą nie spełnia wymagań Zamawiającego, a zatem wprowadza w błąd pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów;

5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GLOBITEL oraz wykonawcy CST z Postępowania, mimo że wskazani wykonawcy przedstawili informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie zaoferowanego systemu telekomunikacyjnego SLICAN NCP.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. dokonał unieważnienia wyboru oferty GLOBITEL jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym:
 - a) wezwał wykonawcę CST do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
 - b) odrzucił ofertę wykonawcy GLOBITEL z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny oraz niewykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
 - c) odrzucił ofertę wykonawcy GLOBITEL oraz wykonawcy CST z uwagi na sprzeczność złożonych ofert z treścią SIWZ;
 - d) odrzucił ofertę wykonawcy GLOBITEL oraz wykonawcy CST z uwagi na złożenie ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji;
 - e) wykluczył z Postępowanie wykonawcę GLOBITEL oraz wykonawcę CST z uwagi na przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił w trybie art. 185 ust. 2 i 3 Pzp wykonawca, Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (wykonawca CST) wnosząc o oddalenie odwołania. Wykonawca podał, że (...) *przystąpienie jest zgłaszane w zakresie wszystkich zarzutów i żądań odnoszących się do Przystępującego i złożonej przez niego oferty.*"

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - w piśmie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2020 r. – oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości w rozumieniu art. 186 ust. 2 Pzp. Stwierdził, że zarzuty przedstawione w odwołaniu okazały się uzasadnione. W uzasadnieniu podał, że (...) *po powzięciu w dniu 11 grudnia 2020 r. informacji, że zaoferowana przez firmę Globitel Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi centrala telefoniczna nie spełnia wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ kryteriów, Zamawiający w dniu 15 grudnia 2020 r. unieważnił wybór oferty firmy Globitel Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi*

jako najkorzystniejszej, odrzucił tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. oraz wykluczył z postępowania firmę Globitel Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy p.z.p”. Wskazał dalej, że (...) Oferta złożona przez Globitel jest niezgodna z SIWZ. Z uwagi na okoliczność, że Wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. zaoferował, taki sam produkt jak Globitel, także w stosunku do tej oferty należy uznać, że nie spełnia on wymogów SIWZ. Powyższe zostało dodatkowo potwierdzone w wiadomości e-mail z dnia 18 grudnia 2020 r. skierowanej do Zamawiającego przez firmę Globitel (którą składam w załączeniu). Zamawiający przychylił się również do zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny ofert Globitel i Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. Wyjaśnienia firmy Globitel dotyczące zaoferowanej ceny za w/w produkt należy uznać za niewłaściwe biorąc pod uwagę, że dotyczyły sprzętu, który był niezgodny z wymogami SIWZ. Ewentualne wyjaśnienia firmy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. byłyby również niewłaściwe jako dotyczące sprzętu nie spełniającego wymagań. Zamawiający przychylił się także do argumentów Odwołującego, w zakresie stwierdzenia, że oferty złożone przez Globitel i Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, skoro wykonawcy oznaczyli zaoferowany system telekomunikacyjny SLICAN NCP, mimo że produkt firmy SLICAN oferowany pod tą nazwą nie spełnia wymagań Zamawiającego. Uznać więc także należy, że obaj Wykonawcy winni zostać wykluczeni z postępowania, ponieważ przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu.”

Zgłaszający przystąpienie wykonawca CST w dniu 22 grudnia 2020 r. został wezwany na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r., poz. 1092 ze zm.) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia doręczenia niniejszego wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie. Wykonawca CST w piśmie z dnia 22 grudnia 2020 r. oświadczył, że wnosi sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wniósł także o skierowanie sprawy do rozstrzygnięcia na rozprawie.

Odwołujący w piśmie z dnia 27 grudnia 2020 r. oświadczył, że cofa (...) w części odwołanie wniesione w dniu 08.12.2020 r. w zakresie zarzutów podniesionych względem oferty wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o.”. Dalej podał, że (...) Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej co powoduje, że złożone odwołanie w zakresie podniesionych zarzutów stało się bezprzedmiotowe (brak decyzji o

wyborze oferty najkorzystniejszej, która stała się podstawą wniesionego odwołania). Jednocześnie mając na uwadze, że wykonawca Globitel nie przystąpił do postępowania odwoławczego wszczętego w wyniku wniesienia odwołania przez Wykonawcę, wnosimy o umorzenie postępowania odwoławczego”.

Izba postanowiła,

Działając na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Stosownie do postanowień art. 186 ust. 3a ustawy Pzp: *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów”.*

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z taką sytuacją. Z odwołania wniesionego w dniu 8 grudnia 2020 r. wynika bowiem, że zarzuty w nim podnoszone oraz żądania dotyczyły oferty wykonawcy CST oraz wykonawcy GLOBITEL. Natomiast w piśmie z dnia 27 grudnia 2020 r. wnoszący odwołanie wycofał zarzuty wobec wykonawcy CST.

Odwołujący niewątpliwie jest dysponentem odwołania i może odwołanie - stosownie do postanowień art. 187 ust.8 ustawy Pzp - cofnąć do czasu zamknięcia rozprawy. Przepis ten ma odpowiednio zastosowanie do każdego z zarzutów podnoszonych w odwołaniu. Na powyższe wskazuje chociażby wskazany art. 186 ust.3a ustawy Pzp, stanowiący o częściowym wycofaniu zarzutów w sytuacji, gdy następuje częściowe uwzględnienie odwołania. Cofnięcie odwołania (podobnie jak cofnięcia powództwa w postępowaniu cywilnym) nie wywołuje żadnych skutków, które ustawa wiąże z jego wniesieniem. Skutecznie cofnięte odwołanie niweczy także skutki wywołane jego wniesieniem. Podobnie, gdy dotyczy to cofnięcia zarzutów, również tych, co do których nastąpiło ich uwzględnienie czynnością zamawiającego, a skutkiem czego do której to czynności został wniesiony sprzeciw.

W niniejszej sprawie zgłaszający po stronie zamawiającego przystąpienie wykonawca CST bezspornie oświadczył, że zgłoszenie przystąpienia dotyczy zarzutów i żądań odnoszących się do Przystępującego CST i złożonej przez niego oferty. W takim zakresie nastąpiło cofnięcie zarzutów odwołania.

Izba, rozważywszy zatem stan rzeczy w przedmiotowej sprawie, uznała odpowiednio za uprawnione twierdzenie Odwołującego, że spór jaki zostaje wywołany pomiędzy stronami postępowania odwoławczego w wyniku wniesienia odwołania, co do poszczególnych zarzutów, przestaje istnieć w zakresie w jakim nastąpiło cofnięcie zarzutów.

Reasumując, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odnoszących się do oferty wykonawcy GLOBAL, co do których w tym stanie faktycznym nie nastąpiło cofnięcie, i których nie dotyczyło zgłoszone po stronie zamawiającego przystąpienie, a tym samym których nie mógł dotyczyć wniesiony sprzeciw oraz z uwagi na cofnięte skutecznie zarzuty wobec oferty CST - Izba jako podstawę dla wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego uznała wskazany art. 186 ust.3a ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania, Izba miała na uwadze treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....