

POSTANOWIENIE
z dnia 22 lutego 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Monika Szymanowska

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 22 lutego 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **European Dynamics Luxemburg SA z siedzibą w Luksemburgu, Rue Jan Engling 12 oraz European Dynamics SA z siedzibą w Grecji, 209 Kifissias Ave.&10 Arkadiou Str, 15124 Maroussi** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministra Cyfryzacji, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa (Polska)**

przy udziale wykonawców:

A. Enterprise Services Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (Polska),

B. Asseco Poland SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (Polska),

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie,**

1.1. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **European Dynamics Luxemburg SA z siedzibą w Luksemburgu, Rue Jan Engling 12 oraz European Dynamics SA z siedzibą w Grecji, 209 Kifissias Ave.&10 Arkadiou Str, 15124 Maroussi** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **European Dynamics Luxemburg SA z siedzibą w Luksemburgu, Rue Jan Engling 12 oraz European Dynamics SA z siedzibą w Grecji, 209 Kifissias Ave.&10 Arkadiou Str, 15124 Maroussi** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Ministra Cyfryzacji, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn: *Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą hostingu*, oznaczonego nr 11/MC/PN/17 wykonawcy wspólnie ubiegający się o to zamówienie: European Dynamics Luxemburg SA z siedzibą w Luksemburgu, Rue Jan Engling 12 oraz European Dynamics SA z siedzibą w Grecji, 209 Kifissias Ave.&10 Arkadiou Str, 15124 Maroussi (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie wobec czynności odrzucenia ich oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp] w zw. z art. 196 Dyrektywy Rady 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej zmienionej Dyrektywą Rady 2008/9/WE z dnia 12 lutego 2008 określającą szczegółowe zasady zwrotu podatku od wartości dodanej, przewidzianego w dyrektywie 2006/112/WE, podatnikom niemającym siedziby w państwie członkowskim zwrotu, lecz mającym siedzibę w innym państwie członkowskim oraz art. 17 ust. 4 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, poprzez bezpodstawne uznanie, iż złożona przez odwołującego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego,
2. art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 91 ust 3a zd.1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, iż odwołujący dla zachowania uczciwej konkurencji i porównywalności jego oferty z ofertami innych wykonawców winien był doliczyć do ceny oferty podatek Vat podczas gdy obowiązek ten spoczywa na zamawiającym.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. nieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. dokonania powtórnej oceny ofert,
3. wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Na posiedzeniu zamawiający oraz przystępujący po stronie zamawiającego wykonawcy wnieśli o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7) ustawy Pzp.

Odwołujący twierdził, że prawidłowo wskazał w odwołaniu zamawiającego (tj. Ministerstwo Cyfryzacji, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa), natomiast zamawiający

i przystępujący twierdzili, że zamawiającym jest Minister Cyfryzacji, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa.

Odwołujący z jednej strony oraz zamawiający wraz z przystępującymi z drugiej strony powoływali się na postanowienia SIWZ.

Odwołujący wskazał na Rozdział XII „Opis sposobu przygotowania ofert” pkt 9 SIWZ, zgodnie z którym „Ofertę wraz ze wszystkimi załącznikami należy umieścić w kopercie w sposób zabezpieczający nienaruszalność do terminu otwarcia ofert. Kopertę należy zaadresować oraz opisać według poniższego wzoru: Ministerstwo Cyfryzacji ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa, Wydział do Spraw Zamówień Publicznych z adnotacją: „zamówienia publiczne” Oferta na: Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą hostingu (postępowanie nr 11/MC/PN/17)”.

Zamawiający i przystępujący wskazywali na Rozdział III „Nazwa oraz adres zamawiającego”, zgodnie z którym: „Zamawiający: Minister Cyfryzacji. Adres: Ministerstwo Cyfryzacji, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa.”

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nadesłanej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” przy piśmie z dnia 20 lutego 2018 roku skład orzekający Izby ustalił dodatkowo, że:

- W „Protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego” w pkt. 1 „Zamawiający” podano: „Minister Cyfryzacji ul. Królewska 27 00-060 Warszawa”,
- na stronie tytułowej SIWZ jako zamawiającego wskazano Ministra Cyfryzacji,
- na str. 2 SIWZ zdefiniowano („Ilekroć w dalszej części Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest mowa o (...)”, iż przez zamawiającego należy rozumieć Ministra Cyfryzacji,
- we wzorze formularza „Oferta” (Załącznik nr 1 do SIWZ) pkt 1 nadano brzmienie: „Przystępując do prowadzonego przez Ministra Cyfryzacji postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą hostingu, oznaczonego nr 11/MC/PN/17, zgodnie z wymogami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia (...)”,
- we wzorze formularza „Wykaz usług” (Załącznik nr 2 do SIWZ) ujęto treść: „przystępując do prowadzonego przez Ministra Cyfryzacji postępowania (...)”,
- we wzorze formularza „Wykaz osób” (Załącznik nr 3 do SIWZ) ujęto treść: „przystępując do prowadzonego przez Ministra Cyfryzacji postępowania (...)”,

- W Istotnych postanowieniach umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ) w odniesieniu do strony umowy podano, że jest zawarta: „(...) pomiędzy Skarbem Państwa – Ministrem Cyfryzacji mającym siedzibę w Warszawie, 00-060, ul. Królewska 27 (...)”,
- korespondencja kierowana do wykonawców, w tym odwołującego była przesyłana każdorazowo z oznaczeniem „Rzeczpospolita Polska Minister Cyfryzacji” i opatrzona pieczęcią „Minister Cyfryzacji z up. Szymon Nowak Zastępca Dyrektora Departamentu Budżetu i Finansów”, tytułem przykładu:
 1. pismo do wykonawców z dnia 7 listopada 2018 roku – zmiana treści SIWZ,
 2. pismo do wykonawców z dnia 17 listopada 2017 roku – wyjaśnienia treści SIWZ,
 3. pismo do odwołującego z dnia 7 grudnia 2017 roku – wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
 4. pismo do odwołującego z dnia 20 grudnia 2017 roku – wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
 5. pismo do odwołującego z dnia 21 grudnia 2017 roku – przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień (na wniosek odwołującego),
 6. pismo z dnia 2 stycznia 2018 roku – wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
 7. pismo z dnia 22 stycznia 2018 roku – prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,
 8. pismo do wykonawców z dnia 1 lutego 2018 roku (wg rozdzielnika) – zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego.

Skład orzekający Izby uznał, że wniosek zamawiającego i przystępujących o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7) ustawy Pzp jest zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby ww. postanowienia SIWZ i korespondencja nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że zamawiającym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie, budowę i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą hostingu” jest Minister Cyfryzacji z siedzibą przy ulicy Królewskiej 27, 00-060 Warszawa.

Wskazanemu przez odwołującego postanowieniu Rozdziału XII pkt 9 SIWZ przypisać można wyłącznie charakter techniczny, który nie może wpływać na jednoznaczne i wielokrotne zidentyfikowanie jako podmiotu zamawiającego Ministra Cyfryzacji.

Art. 189 ust. 2 pkt 7) ustawy Pzp brzmi: „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) 7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5.”, zaś art. 180 ust. 5 ustawy Pzp brzmi: „Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu

przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. (...)”

W ocenie składu orzekającego Izby, aby można było mówić o wywiązaniu się odwołującego z obowiązku przesłania zamawiającemu kopii odwołania odwołanie musi być przede wszystkim skierowane do prawidłowo oznaczonego zamawiającego; nie jest wystarczającym prawidłowe podanie adresu w sytuacji, gdy adres (ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa) jest „wspólny” dla dwóch zamawiających (Minister Cyfryzacji (1) oraz Ministerstwo Cyfryzacji (2)).

Podkreślić przy tym należy, że odwołujący nie kwestionował, że odrębne („własne”) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone są zarówno przez Ministra Cyfryzacji, jak i Ministerstwo Cyfryzacji – zarówno Minister Cyfryzacji, jak i Ministerstwo Cyfryzacji do zamawiającego w rozumieniu ustawy Pzp.

Uznać zatem należało, że odwołanie zostało skierowane do innego zamawiającego – Ministerstwa Cyfryzacji na jego adres.

Jak podnosił na posiedzeniu przystępujący Enterprise Services Polska Sp. z o.o. z Warszawy postępowanie odwoławcze jest postępowaniem sformalizowanym.

Niezbędnym elementem odwołania [§ 4 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.)] jest wskazanie zamawiającego – odwołanie zawierać ma bowiem *„imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz miejsce zamieszkania lub siedzibę zamawiającego, oraz numer telefonu oraz faksu oraz adres poczty elektronicznej zamawiającego”*.

Poza wskazaniem zamawiającego, odrębnym elementem formalnym odwołania jest *„określenie przedmiotu zamówienia”*, co w praktyce sprowadza się do podania nazwy zamówienia nadanej przez zamawiającego i wskazanej w SIWZ.

Bezspornie odwołujący jako zamawiającego, wobec którego niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wnosi odwołanie (i któremu zarzuca naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp) wskazał Ministerstwo Cyfryzacji i podał prawidłowy adres – siedzibę (ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa) tegoż ministerstwa, określił także przedmiot zamówienia (*Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą hostingu*).

Dostrzeżenia wymaga, że brak wskazania w odwołaniu podmiotu zamawiającego nie stanowi braku formalnego odwołania, który może zostać, na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, usunięty (§ 9 ww. rozporządzenia).

W ocenie składu orzekającego Izby obowiązek wskazania w odwołaniu zarówno zamawiającego, jak i przedmiotu zamówienia oznacza, że oba te elementy muszą być prawidłowo zidentyfikowane/oznaczone. Brak jest domniemania, że w przypadku wątpliwości co do oznaczenia zamawiającego (odwołujący wskazał i zamawiającego, i jego siedzibę, wobec czego nie sposób o takich wątpliwościach w niniejszej sprawie mówić) należałoby przyjąć, że zamawiającym jest podmiot wskazany w SIWZ wskazanego przez odwołującego postępowania (np. w zakresie składania kopert z ofertami), tym bardziej że w przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z dwoma odrębnymi zamawiającymi w rozumieniu ustawy Pzp, prowadzącymi odrębne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że przesłanie przez odwołującego kopii odwołania do Ministerstwa Cyfryzacji na jego adres (do jego siedziby) w sytuacji, gdy zamawiającym i prowadzącym postępowanie na „*Zaprojektowanie, budowę i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą hostingu*” jest Minister Cyfryzacji (co w świetle postanowień SIWZ i kierowanej do wykonawców przez Ministra Cyfryzacji korespondencji nie budzi wątpliwości) nie może zostać uznane za przesłanie kopii odwołania do zamawiającego – Ministra Cyfryzacji, gdyż de facto przesłano kopię do zupełnie innego podmiotu, tj. zamawiającego, który nie był organizatorem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Inaczej mówiąc w ogóle nie był stroną postępowania.

Skład orzekający Izby uznał zatem, że odwołanie należy odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7) ustawy Pzp.

Dodatkowo skład orzekający Izby zauważa, że kwestia, kto jest zamawiającym była kluczowa dla prezentowanej przez strony argumentacji, co do podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....