

POSTANOWIENIE
z dnia 19 listopada 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 19 listopada 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2019 roku przez wykonawcę Advatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie i More Blue spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Advatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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

Zamawiający – Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa macierzy dyskowych oraz rozbudowa przełącznika SAN HP SN8000B”.

W tymże postępowaniu w dniu 4 listopada 2019 r. zostało wniesione przez Odwołującego - wykonawcę Advatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, podczas gdy oferta Odwołującego została złożona prawidłowo i pozostaje ważna pomimo braku uzupełnienia pełnomocnictwa konsorcyjnego, co oznacza, prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie i More Blue spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie; zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego (dalej: Przystępujący).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosił o odrzucenie odwołania, a w przypadku merytorycznego rozpatrywania zarzutów – o jego oddalenie. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

1. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie i More Blue spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Advatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i More Blue spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (informacja z otwarcia ofert w dniu 10 października 2019 r. i inne dokumenty przywołane w uzasadnieniu w aktach postępowania).

2. Zamawiający ustalił, że ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Advatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i More Blue spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie złożyli wspólnie dwaj wykonawcy. Wynikało to wprost z treści formularza ofertowego, załączonej gwarancji wadialnej i formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.
3. Do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Advatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i More Blue spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie nie załączono pełnomocnictwa dla pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – tzw. lidera konsorcjum. Fakt, że to wykonawca Advatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie jest liderem konsorcjum, wynikał jednoznacznie z treści oferty, gdzie wprost wskazano, że jest on liderem konsorcjum (w treści formularza ofertowego, w treści gwarancji wadialnej).
4. W konsekwencji Zamawiający zwrócił się w dniu 11 października 2019 r. do wykonawcy Advatech o uzupełnienie pełnomocnictwa konsorcyjnego. Wykonawca ten w dniu 18 października 2019 r. udzielił odpowiedzi na wezwanie, w której wyjaśnił, że „firma More Blue sp. z o.o. odmówiła udzielenia tego pełnomocnictwa” i „z przyczyn niezależnych od Advatech sp z o.o. nie jesteśmy w stanie złożyć dokumentu pełnomocnictwa konsorcyjnego”.
5. Zamawiający w dniu 25 października 2019 r. odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Advatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i More Blue spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 104 Kodeksu cywilnego, ponieważ jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego granic jest nieważna.
6. Z powyższym Odwołujący się nie zgodził, i wniósł odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Przyjmuje się, że przesłanki materialnoprawne do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych) są badane już po skierowaniu odwołania na rozprawie. Odwołujący w odwołaniu zarzucał nieprawidłowe odrzucenie oferty, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jednak odwołanie złożył samodzielnie – brak było tożsamości podmiotowej pomiędzy podmiotami, które złożyli ofertę, a wykonawcą,

który wniósł odwołanie. Odwołujący w odwołaniu postulował niejako konwalidowanie złożenia nieważnej oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ten sposób, że ważną ofertę złożył tylko jeden wykonawca (Odwołujący) samodzielnie.

Taka argumentacja w ocenie składu orzekającego nie może zostać zaakceptowana – ponieważ prowadziłyby to do akceptacji zmian podmiotowych po stronie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby jest to niedopuszczalne. Nie można uznać, że jeżeli nieważna jest oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to ważna jest oferta złożona przez jednego z tych wykonawców w okolicznościach, kiedy w sposób nie budzący wątpliwości intencją było złożenie oferty wspólnej. Odwołujący w odwołaniu podkreślał, że trwał w przekonaniu, że składa ofertę wspólną. Podnosił, że prosił drugiego z konsorcjantów o odpowiednie dokumenty, jednak ich nie otrzymał, więc złożył ofertę bez pełnomocnictwa, mając nadzieję, że je uzupełni w wyniku wezwania z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Możliwość uzupełnienia dokumentów stwarza możliwość „naprawienia” oferty, jeżeli nie załączono do niej wymaganych dokumentów. Jednak w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie tylko nie posiadał dokumentów w chwili złożenia oferty, ale nie mógł mieć pewności, że w ogóle zostaną wydane (skoro, jak sam pisał w odwołaniu, mimo wcześniejszych próśb nie zostały mu przekazane). Mimo to złożył ofertę wspólną – jak wynika wprost z treści oferty. W odpowiedzi na wezwanie nie przedłożył pełnomocnictwa konsorcyjnego, w konsekwencji czego oferta ta została odrzucona. Odwołujący na czynność tą złożył odwołanie - Izba odrzuca odwołanie, jeżeli zostanie złożone przez tylko jednego z konsorcjantów, bez upoważnienia pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (m. in. postanowienia sygn. akt KIO 176/13, KIO 1899/13, KIO 2215/14, KIO 1654/19).

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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), tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: