

Sygn. akt KIO 1618/19

POSTANOWIENIE
z dnia 2 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Członkowie: **Emil Kawa**
Ewa Kisiel
Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 2 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę Comtegra S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu

przy udziale wykonawcy S&T Services Polska sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Comtegra S.A. w Warszawie kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Radomiu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest modernizacja platformy sprzętowej klastra przełączników rdzeniowych w OP Warszawa. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 czerwca 2019 r. numer ogłoszenia: 2019/S 111-271555. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania 19 sierpnia 2019 r. wykonawca Comtegra S.A. w Warszawie wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez dokonanie czynności wyboru oferty S&T Services Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem odrzucenia wykonawcy S&T Services Polska sp. z o.o. pomimo, że występują przesłanki obligujące zamawiającego do odrzucenia oferty i zamiar udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty S&T Services Polska sp. z o.o.;
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
3. odrzucenie oferty wykonawcy S&T Services Polska sp. z o.o.;
4. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający wyraźnie sprecyzował w treści SIWZ wymagania w odniesieniu do cech i funkcjonalności przełącznika rdzeniowego, których

w pełnym zakresie nie spełnia rozwiązanie S&T Services Polska sp. z o.o. (przełączniki producenta Juniper). Zgodnie z treścią punktu 2. Załącznika nr 1 do Załącznika C do SIWZ („Opis Środowiska Zamawiającego oraz Szczegółowy Wykaz Sprzętu”) oferowany „Przełącznik musi być zarządzalny z poziomu systemu Cisco PRIME, który jest eksploatowany w infrastrukturze sieciowej Zamawiającego”. Przez wprowadzenie powyższego wymagania zamawiający oczekuje, aby oferowane rozwiązanie obejmowało zarządzanie dostarczanym przełącznikiem, co oznacza możliwość dokonywania zmian jego parametrów pracy oraz sterowania jego funkcjonalnościami wymienionymi w treści SIWZ, a to nie jest spełnione przez S&T Services Polska sp. z o.o. Zarzucił ponadto, że implementacja rozwiązania oferowanego przez S&T Services Polska sp. z o.o. uniemożliwia obsługę posiadanych przez zamawiającego wkładek - instalacja przełączników producenta Juniper doprowadzi bowiem do utraty przez zamawiającego uprawnień wynikających z gwarancji na posiadane urządzenia.

Wykonawca S&T Services Polska sp. z o.o. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

29 sierpnia 2019 r. do Prezesa Izby wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia nie stawiał się na nie.

W tym stanie sprawy Izba uznała, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp.

Przepis ten stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do 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.

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.) niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Stosownie do § 3 tego rozporządzenia przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych.

Izba stwierdziła, że skutkiem prawidłowego wezwania przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swoich uprawnień, gdyż nie stawiał się na posiedzenie Izby wyznaczone na 2 września 2019 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatecznej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego przez wykonawcę należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów. Powołany pogląd jest wyrażany w orzecznictwie Izby m.in. w postanowieniach z 19 listopada 2018 r. w sprawie KIO 2280/18 oraz z 3 stycznia 2019 r. w sprawie KIO 2579/18.

W konsekwencji w sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania skutek prawny niestawiennictwa na posiedzenie przystępującego prawidłowo powiadomionego o jego terminie jest taki sam, jak przy złożeniu oświadczenia o braku sprzeciwu. Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

W ocenie Izby w sprawie zaistniały wszystkie przesłanki wskazane w art. 186 ust. 3 Pzp, zatem Izba działając na jego podstawie umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a 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. Nr 41 poz. 238 ze zm.). Nie uwzględniono kosztów zastępstwa prawnego, gdyż zgodnie z powołanymi przepisami koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, a wpis uiszczony przez odwołującego podlega zwrotowi.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....