

Sygn. akt: KIO 639/11

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 13 kwietnia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniach 7 i 13 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 25 marca 2011 r. wniesionego przez **S&T Services Polska sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Politechnikę Wrocławską, 50 – 370 Wrocław, ul. Wybrzeże Wyspiańskiego 27**, którego przedmiotem jest *„Dostawa, wdrożenie i wsparcie przy utrzymaniu zintegrowanego systemu informatycznego wspomagającego realizację procesów gospodarczych zachodzących w ramach działalności Politechniki Wrocławskiej w obszarach: controllingu, finansów, gospodarki magazynowej, księgowości ogólnej, środków trwałych, kadr, płac, sprzedaży”*,

przy udziale: **1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A. (pełnomocnik), 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180, Max Elektronik S.A., 65-021 Zielona Góra, ul. Dąbrowskiego 12, adres pełnomocnika: 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 oraz 2) Comarch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **S&T Services Polska sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21D**, kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony przez odwołującego wpis.

Stosownie do treści art. 198 a i art. 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, 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 we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający – Politechnika Wrocławska, ul. Wybrzeże Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław, prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest: „Dostawa, wdrożenie i wsparcie przy utrzymaniu zintegrowanego systemu informatycznego wspomagającego realizację procesów gospodarczych zachodzących w ramach działalności Politechniki Wrocławskiej w obszarach: controllingu, finansów, gospodarki magazynowej, księgowości ogólnej, środków trwałych, kadr, płac, sprzedaży” – nr postępowania (ZSI)-AC/BZP/197/2010. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę wyższą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 grudnia 2010 r. pod nr 2010/S 238-363832.

W dniu 25 marca 2011r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę S&T Services Polska sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa, odwołanie od rozstrzygnięcia o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonanego przez zamawiającego. Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 60d ust. 2 ustawy Pzp poprzez niezaproszenie do dialogu odwołującego, a zatem jego wykluczenie, mimo, iż spełniał warunki udziału w postępowaniu, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu w okolicznościach, w których poprzednie wezwanie dotyczyło braku dokumentu jako takiego, art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie uzupełnionego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentu. Odwołujący wnosił o powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaproszenia do dialogu konkurencyjnego odwołującego jako wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W dniu 28 marca 2011 r. zamawiający wezwał wykonawców w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 31 marca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa i Max Elektronik S.A., ul. Dąbrowskiego 12, 65-021 Zielona Góra, reprezentowanych przez Sygnity S.A. jako pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wprawdzie w przystąpieniu jako przystępującego wskazano jedynie Sygnity S.A., jednak z treści załączonych do przystąpienia dokumentów wynika jednoznacznie, iż działa on jako pełnomocnik obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Załączone pełnomocnictwa potwierdzają jego umocowanie do reprezentacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A. (pełnomocnik) i Max Elektronik S.A. także w odniesieniu do wnoszenia w imieniu obu wykonawców przystąpień do postępowań toczących się na skutek wniesienia środków ochrony prawnej złożonych przez innego wykonawcę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Brak literalnego wskazania drugiego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowi zatem jedynie nieścisłość formalną, natomiast nie wpływa, według Izby, na ocenę skuteczności przystąpienia. W tej samej dacie wpłynęło także zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła że w odniesieniu do obu przystąpień zachowane zostały warunki formalne skuteczności przystąpienia, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tj. 3-dniowy termin na doręczenie przystąpienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej we właściwej formie, jak również przekazanie zamawiającemu i odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia. Izba uznała również, iż podmioty te posiadają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłosili przystąpienie, o którym mowa w art. 185 ust. 3 ustawy Pzp. Izba oddaliła opozycje odwołującego przeciw przystąpieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A., Max Elektronik S.A. oraz Comarch S.A. po stronie zamawiającego. W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A., Max Elektronik S.A. - złożyli oni wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, uzyskując 18 pkt. Wprawdzie nie zostali zakwalifikowani do grupy podmiotów zaproszonych do dialogu, jednak wobec wniesionych w tym zakresie odwołań (sygn. akt KIO 625/11 i sygn. akt KIO 637/11), do których przystąpili odpowiednio po stronie zamawiającego i odwołującego, istnieje możliwość zmiany ich pozycji w rankingu. Przywrócenie odwołującego do postępowania wskutek uwzględnienia odwołania mogłoby zatem wpłynąć na zmniejszenie ich szans na uzyskanie zamówienia. Z kolei wykonawca Comarch S.A. złożył samodzielne odwołanie (sygn. akt KIO 637/11), w którym kwestionuje przyznaną mu punktację i zaproszenie trzech innych podmiotów do dialogu, które powinny podlegać, w jego ocenie,

wykluczeniu. W razie uwzględnienia odwołania jego pozycja w rankingu może ulec zmianie, zaś przywrócenie odwołującego do postępowania wskutek uwzględnienia odwołania mogłoby wpłynąć na zmniejszenie jego szans na zaproszenie do dialogu i uzyskanie zamówienia. W wyniku ponownej oceny wniosków, z uwzględnieniem wniosku odwołującego, mógłby bowiem otrzymać mniejszą liczbę punktów niż odwołujący i nie uzyskać zaproszenia do dialogu.

Tym samym należy uznać, iż obaj zgłaszający przystąpienie posiadają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, tj. oddalenia odwołania. W związku powyższym, wobec spełnienia przesłanek wskazanych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp należało uznać przystąpienia za skuteczne.

Dnia 6 kwietnia 2011 r., to jest przed otwarciem posiedzenia w sprawie niniejszego odwołania, zamawiający przesłał faxem odpowiedź na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty zawarte w odwołaniu. Oryginał przedmiotowej odpowiedzi na odwołanie wpłynął w dniu 7 kwietnia 2011 r. także przed otwarciem posiedzenia Izby.

Izba ustaliła, iż przystępujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Sygnity SA, Max Elektronik SA - nie stawili się na posiedzeniu Izby wyznaczonym na dzień 7 kwietnia 2011 r. pomimo prawidłowego wezwania. Zamawiający oświadczył, iż nie informował przystępującego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wobec powyższego, z uwagi na treść art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, Izba umarza postępowanie, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba uznała, iż w przedmiotowych okolicznościach zaistniała konieczność wezwania przystępującego do wniesienia sprzeciwu w oparciu o regulację wynikającą z dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280). Izba nie podzieliła w tym zakresie argumentacji odwołującego, iż okoliczność, że przystępujący prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, na którym miało zostać rozpatrzone odwołanie (powiadomienie w sprawie zostało przesłane w dniu 1 kwietnia 2011 r.), na które się nie stawili, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, w tym złożenia sprzeciwu. Wprawdzie § 13 ww rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań rzeczywiście odnosi się co do zasady do fazy procedowania przez skład orzekający Izby na posiedzeniu niejawnym przed skierowaniem odwołania do rozpoznania na posiedzeniu i rozprawie, treść tego przepisu nie wyłącza

jednak podjęcia przez skład orzekający określonych czynności w nim przewidzianych także po takim skierowaniu, jeżeli zaistnieją ku temu przesłanki. § 13 ust. 2 pkt 3 tegoż rozporządzenia wyraźnie przewiduje obowiązek wezwania do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego, nie wprowadzając w sposób jednoznaczny ograniczeń dla realizacji tego obowiązku. Z kolei art. 186 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza umorzenie postępowania przez Izbę w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów w trybie art. 186 ust. 2 Pzp, pod warunkiem braku sprzeciwu wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego. Zwrócenie się do wykonawcy staje się zatem niezbędną przesłanką skutecznego umorzenia postępowania przez Izbę, zaś żaden z przepisów ustawy Pzp nie daje podstaw dla uznania, iż brak stawiennictwa na posiedzeniu, na którym ma być rozpoznawane odwołanie (a które to stawiennictwo nie jest obowiązkowe), o którym został prawidłowo powiadomiony, zwłaszcza w sytuacji gdy wykonawca nie posiadał informacji o decyzji zamawiającego, pozbawia go prawa do wniesienia sprzeciwu czy też jest równoznaczne z niezłożeniem sprzeciwu w przedmiocie uwzględnienia przez zamawiającego wszystkich zarzutów odwołania.

Natomiast przystępujący Comarch S.A. w trybie art. 186 ust. 5 ustawy Pzp oświadczył do protokołu, iż nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania.

Wezwanie do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu nastąpiło w dniu 7 kwietnia 2011 r., z zastrzeżeniem 3-dniowego terminu od dnia doręczenia wezwania pod rygorem umorzenia postępowania. W dniu 11 kwietnia 2011 r. przystępujący przesłał do Izby pocztą elektroniczną pismo, w którym oświadczył, iż nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania oraz przychylenia się do żądań odwołującego. W związku powyższym uznać należy, iż nie złożył sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 3 ustawy Pzp), co warunkuje dopuszczalność umorzenia postępowania przez Izbę.

Skoro zatem Zamawiający, prawidłowo reprezentowany, w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni w całości wszystkie zarzuty odwołania, przyjęć należy, że zamawiający uznał w pełni zarzuty odwołującego. Powyższe oświadczenie nie podlega ocenie co do jego zasadności, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza jest nim związana, zaś zamawiający obowiązany jest wykonać czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W związku z tym, wobec ustalenia, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu;
2. wykonawcy, który przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie złożyli sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 b ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych stosownie do treści § 5 ust. 1 pkt 2 a 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).

**Przewodniczący:**

.....