

Sygn. akt: KIO 137/15

POSTANOWIENIE
z dnia 2 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 2 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2015 r. przez wykonawcę **ADESCO Sp. z o.o., ul. Lucyny Herc 28, 20-328 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, pl. Marii Curie-Skłodowskiej 5, 20-031 Lublin**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Atende S.A., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Format Sp. z o.o., ul. Czereśniowa 130, 02-456 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie;
- 2. kosztami postępowania obciąża **ADESCO Sp. z o.o., ul. Lucyny Herc 28, 20-328 Lublin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **ADESCO Sp. z o.o., ul. Lucyny Herc 28, 20-328 Lublin** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **ADESCO Sp. z o.o., ul. Lucyny Herc 28, 20-328 Lublin** na rzecz **Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, pl. Marii Curie-Skłodowskiej 5, 20-031 Lublin** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie (Zamawiający) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm. - dalej zwana Prawem zamówień publicznych albo ustawą), postępowanie na dostawę klastra obliczeniowego w ramach projektu „Rozwój i modernizacja bazy dydaktyczno-naukowej na kierunkach priorytetowych UMCS”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15/10/2014 r. pod numerem 349572-2014. Zamawiający w dniu 12 stycznia 2015 roku dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 22 stycznia 2015 r. ADESCO Sp. z o. o. w Lublinie (Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszą złożonej przez: FORMAT Sp. z o. o. w Warszawie, pomimo że przedstawiono cenę oferty niezgodnie z wytycznymi określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, wskazanie niezgodnie z wymogami Zamawiającego wydajności dla części opcjonalnej, zastosowanie rozwiązania chłodzenia nie spełniającego wymogów Zamawiającego o nie wystarczającej wydajności;
- 2) zaniechanie zastosowania wobec Odwołującego art. 26 ust. 3 ustawy poprzez nie wezwanie go do uzupełniania opisu topologii, co w konsekwencji spowodowało naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 3) naruszenie przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie Zamawiającego polegające na nieustosunkowaniu się do wniosku Odwołującego dotyczącego odtajnienia treści ofert złożonych przez FORMAT Sp. z o. o., ul. Czereśniowa 130, 02-456 Warszawa;

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie w całości odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert;

- 2) unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 5) odrzucenia oferty Wykonawcy: FORMAT Sp. z o. o., ul. Czereśniowa 130, 02-456 Warszawa;
- 6) nakazanie Zamawiającemu zweryfikowania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców: FORMAT Sp. z o. o., ul. Czereśniowa 130, 02-456 Warszawa - udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorca zawartych w ich ofertach;
- 7) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili: Atende S.A. w Warszawie po stronie Odwołującego, i Format Sp. z o.o. w Warszawie po stronie Zamawiającego.

Izba uznała, że zgłaszający przystąpienie itprojekt Sp. z o.o. w Warszawie nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego, ponieważ został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym utracił przymiot wykonawcy i nie mógł skutecznie przystąpić do postępowania odwoławczego (zgodnie z art. 185 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, tylko wykonawca może przystąpić do postępowania odwoławczego).

Badając ewentualne przesłanki odrzucenia odwołania, Izba ustaliła, co następuje: do odwołania, wyłącznie do egzemplarza złożonego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, załączono załącznik „Pismo procesowe z wyjaśnieniami niezgodności SIWZ w ofercie Wykonawcy Format” (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa firmy Adesco”). Nie załączono takiego załącznika do kopii odwołania przekazanej Zamawiającemu. Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania faksem i pocztą elektroniczną – ale żadna z tych form kopii odwołania nie obejmowała „Pisma procesowego z wyjaśnieniami niezgodności SIWZ w ofercie Wykonawcy Format”. Zamawiający na posiedzeniu okazał wydruk faksu i wiadomości e-mail z oryginalnej dokumentacji postępowania. Okazany przez Zamawiającego wydruk wiadomości e-mail, o identycznych załącznikach, jak wydruk wiadomości e-mail załączony przez Odwołującego do odwołania (na potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu), nie wymienia „Pisma procesowego...” wśród załączników do wiadomości e-mail. Odwołujący nie przedstawił dowodu, z którego można byłoby wysnuć przeciwne wnioski.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu kopii odwołania, przy czym istotna jest merytoryczna treść odwołania - która może być objęta także załącznikiem. W takiej sytuacji zaniechanie przekazania Zamawiającemu załącznika do odwołania (jeżeli obejmuje on merytoryczną treść odwołania) jest równoznaczne z zaniechaniem przekazania Zamawiającemu kopii odwołania. Celem przepisu jest zapoznanie Zamawiającego z kompletną treścią odwołania do upływu terminu na wniesienie odwołania – dopiero po zapoznaniu się z całością zarzutów, ich podstawami prawnymi i faktycznymi, argumentacją odwołania, Zamawiający może podjąć decyzję o ewentualnym uwzględnieniu odwołania.

Izba ustaliła, że w załączniku opisanym jako „Pismo procesowe z wyjaśnieniami niezgodności SIWZ w ofercie Wykonawcy Format” (złożonym przy odwołaniu doręczonym Prezesowi KIO w osobnej kopercie) na 19 stronach, Odwołujący zawarł obszerny opis podstaw faktycznych zarzutów podniesionych w odwołaniu, odnoszących się do przyczyn odrzucenia oferty Format jako niezgodnej z SIWZ. W samej treści odwołania Odwołujący podaje przykładowo, że oferta ta jest niezgodna z wymogiem 4.2. OPZ (pkt 5 na stronie 5 odwołania), nie wskazując żadnych podstaw faktycznych odrzucenia. Podstawy faktyczne zarzutu zostały zatem przytoczone dopiero w załączonym do odwołania „Piśmie procesowym z wyjaśnieniami niezgodności SIWZ w ofercie Wykonawcy Format” (dotyczy to pozostałych czterech punktów ze strony 5 odwołania). Zresztą sam Odwołujący wskazuje w odwołaniu (strona 5), że „ze względu na rozległość zarzutów (...) stosowne informacje zawiera pismo procesowe, załączone do niniejszego odwołania”. W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że przedmiotowy załącznik stanowi merytoryczną treść odwołania, a nieprzekazanie go Zamawiającemu zgodnie z art. 180 ust. 5 Prawa zamówień publicznych było tożsame z nieprzekazaniem mu kopii odwołania. W tych okolicznościach odwołanie podlega odrzuceniu, zgodnie z wnioskiem Zamawiającego, na podstawie art. 187 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 5 Prawa zamówień publicznych.

Dla powyższych ustaleń nie ma znaczenia, jaką rolę przypisywał Odwołujący i Przystępujący po jego stronie przedmiotowemu załącznikowi – podnosili oni, że jest to „narracyjny środek dowodowy”, bądź „pismo procesowe, które może być złożone w każdej chwili, do zamknięcia rozprawy”. O znaczeniu załącznika - zakresie pojęcia „kopia odwołania” decyduje rzeczywista treść dokumentów i ich rola dla ustalenia zakresu rzeczywistej treści odwołania. W tym wypadku Izba musiała uznać, że przedmiotowy załącznik obejmuje merytoryczną treść odwołania, a więc uzasadnione było odrzucenie odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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: