

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 21 sierpnia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 21 sierpnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2020r. przez **wykonawcę SUNTAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Boya – Żeleńskiego 5B** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, ul. Kolska 12**

przy udziale **wykonawcy Comtex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Lublinie, ul. Wojciechowska 9a** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1847/20 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1847/20 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie,**

**2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 13 500zł. 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy SUNTAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Boya – Żeleńskiego 5B tytułem zwrotu 90% uiszczanego wpisu od odwołania,**

**2.1. zasądza od wykonawcy SUNTAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Boya – Żeleńskiego 5B na rzecz Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, ul. Kolska 12 kwotę 3 600zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu**

kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 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**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę Szkolnych Zestawów Multimedialnych zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 czerwca 2020r. za numerem 2020/S 111 – 269058.

W dniu 23 lipca 2020r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 3 sierpnia 2020r. odwołujący – SUNTAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 sierpnia 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 3 sierpnia 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Comtex, T-Mobile oraz Eurotel jako sprzecznych z treścią SIWZ, w szczególności:

- w odniesieniu do wykonawcy Comtex – przez niesprecyzowanie treści oferty (brak możliwości ustalenia treści oferty jako oświadczenia woli wykonawcy) w zakresie spełniania wymagań: wymagań ogólnych (model nr 1, model nr 2, model nr 3, model nr 1 etui z klawiaturą, model nr 2 etui z klawiaturą), wyposażenia dodatkowego (model nr 1, model nr 2, model nr 3), interfejsu komunikacyjnego (model nr 1 etui z klawiaturą, model nr 2 etui z klawiaturą), wymagań funkcjonalnych (model nr 1 etui z klawiaturą, model nr 2 etui z klawiaturą);

- w odniesieniu do wykonawcy T-Mobile – przez niesprecyzowanie treści oferty (brak możliwości ustalenia treści oferty jako oświadczenia woli wykonawcy) wymaganego modelu i typu klawiatur z etui oraz zaoferowanego sposobu ich zasilania

- w odniesieniu do wykonawcy Eurotel – przez niesprecyzowanie treści oferty (brak możliwości ustalenia treści oferty jako oświadczenia woli wykonawcy) w zakresie spełniania wymagań: wymagań ogólnych (model nr 1, model nr 2, model nr 3, model nr 1 etui z klawiaturą, model nr 2 etui z klawiaturą), wyposażenia dodatkowego (model nr 1, model nr 2, model nr 3), interfejsu komunikacyjnego (model nr 1 etui z klawiaturą, model nr 2 etui z klawiaturą), wymagania funkcjonalne (model nr 1 etui z klawiaturą, model nr 2 etui z klawiaturą);

b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Comtex, oraz Eurotel, mimo że oferty złożone przez tych wykonawców stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności:

- w odniesieniu do wykonawcy Comtex – wykonawca ten nie jest podmiotem wpisanym do

rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w związku z czym nie będzie mógł świadczyć części przedmiotu zamówienia w postaci usługi dostępu do Internetu LTE, a w treści oferty oświadczył, że nie będzie korzystał z podwykonawców;

- w odniesieniu do wykonawcy Eurotel – wykonawca ten nie jest podmiotem wpisanym do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w związku z czym nie będzie mógł świadczyć części przedmiotu zamówienia w postaci usługi dostępu do Internetu LTE, a w treści oferty oświadczył, że nie będzie korzystał z podwykonawców.

c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Comtex oraz Eurotel, którzy zawarli pomiędzy sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, co wynika ze wspólnego ustalenia treści złożonych ofert (identyczny sposób wypełnienia Opisu technicznego zaoferowanych urządzeń).

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

1. dokonał unieważnienia wyboru oferty Comtex jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym:
  - a) odrzucił ofertę Comtex z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ oraz złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
  - b) odrzucił ofertę T-Mobile z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ,
  - c) odrzucił ofertę Eurotel z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ oraz złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji
  - d) wykluczył z postępowania wykonawcę Comtex oraz Eurotel z uwagi na zawarcie pomiędzy tymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta odwołującego została przez zamawiającego sklasyfikowana na czwartym miejscu. Gdyby zamawiający dokonał wszystkich żądanych w niniejszym odwołaniu czynności, to nie dokonałby wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Comtex, bowiem to oferta odwołującego po odrzuceniu ofert wykonawców: Comtex, T-Mobile oraz Eurotel winna zostać oceniona jako najkorzystniejsza.

Przez zaniechanie dokonania powyższych czynności zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans).

W dniu 4 sierpnia 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 7 sierpnia 2020r. wykonawca Comtex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Lublinie zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest wykonawcą wybranym i uwzględnienie odwołania pozbawiłoby go szansy na uzyskanie zamówienia. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 sierpnia 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu komplementariusza upoważnionego do samodzielnej reprezentacji komplementariusza, zgodnie z odpisem z KRS dla spółki komandytowej i spółki komplementariusza. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 7 sierpnia 2020r.

W dniu 7 sierpnia 2020r. wykonawca T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłosił swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest uczestnikiem postępowania i jego oferta uplasowała się na 3 pozycji w rankingu ofert. Uwzględnienie odwołania może doprowadzić do odrzucenia oferty przystępującego i utraty możliwości ubiegania się o zamówienie. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 kwietnia 2018 udzielonego przez dwóch członków zarządu umocowanych w dacie udzielania pełnomocnictwa do reprezentacji przystępującego zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 7 sierpnia 2020r.

W dniu 20 sierpnia 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. zasądzenie kosztów, zgodnie ze złożoną na posiedzeniu niejawnym fakturą VAT.

W dniu 20 sierpnia 2020r. przystępujący Comtex złożył pisemne stanowisko w którym wnioskował o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwołujący oświadczył, że cofa wniesione odwołanie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Izba postanowiła zasądzić na rzecz zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego z tego względu, że wycofanie odwołania nastąpiło na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, co oznacza, że na mniej niż dzień przed wyznaczonym termin posiedzenia. Tym samym zasądzenie obowiązku zwrotu zamawiającemu kwoty 3 600zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego jest zgodne z par. 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 ze zm. z 2017r. poz. 47).

**Przewodniczący: .....**