

Sygn. akt: KIO 522/16

POSTANOWIENIE
z dnia 20 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 20 kwietnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2016r. przez **wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Promo M.J. z siedzibą w Warszawie przy ul. Górczewskiej 200c/8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 9/13**

przy udziale **wykonawcy Techsource spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legionowie, ul. Piłsudskiego 13** zgłaszającego przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 522/16 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy INTARIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Księcia Ziemowita 53** zgłaszającego przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 522/16 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy Koncept spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wodniaków 19** zgłaszającego przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 522/16 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Reduta 5** zgłaszającego przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 522/16 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Michałowicach 169** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 522/16 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Mroźna 27** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 522/16 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Immitis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Dworcowa 83** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 522/16 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **MGM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Suwałkach, ul. Nonkiewicza 93, lok. 24/25** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 522/16 po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Promo M.J. z siedzibą w Warszawie przy ul. Górczewskiej 200c/8 kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 90% uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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 w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu informatycznego zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 lutego 2016 r. pod numerem 2016/S 036-057872.

Zamawiający w dniu 22 lutego 2016 r. zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz) na stronie internetowej pod adresem: <http://rczsiut.wp.mil.p1/pl/7544.html>. W dniu 31 marca 2016 r. zamawiający udzielił wyjaśnień do treści siwz odpowiadając na 197 zapytań oraz dokonał zmiany treści siwz.

W dniu 11 kwietnia 2016r. (10 kwietnia 2016r. – niedziela dzień ustawowo wolny od pracy) odwołujący - M.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Promo M.J. z siedzibą w Warszawie przy ul. Górczewskiej 200c/8 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio w dniu 11 kwietnia 2016r.

Odwołujący postawił zamawiającemu :

1. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 – dalej ustawy) w związku z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny, a także w sposób wskazujący na jednego producenta, który to sposób opisania przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję, oraz poprzez wprowadzenie do dokumentacji postępowania wymagań utrudniających konkurencję, nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach zamawiającego;

2 zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 38 ust. 6 ustawy, przez nieprzedłużenie terminu składania ofert na skutek udzielenia odpowiedzi na 197 pytań oraz dokonania zmiany treści siwz skutkującymi istotnym ograniczeniem produktów spełniających wymagania siwz, a tym samym koniecznością ponownej szczegółowej analizy rynku oraz wprowadzenia zmian w ofertach wykonawców.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu aby:

- a) zmienił postanowienia siwz w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b) dokonane zmiany siwz przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano siwz, oraz zamieścił zmianę siwz na stronie internetowej na której została udostępniona,

c) przedłużył, zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy, termin składania ofert o co najmniej 20 dni, który w ocenie wykonawcy jest czasem niezbędnym na wprowadzenie zmian w ofertach.

Odwołujący wskazał posiada interes prawny do wniesienia odwołania, gdyż jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy postanowienia siwz zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą, w szczególności gdy zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nieprecyzyjny oraz utrudniający uczciwą konkurencję, odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej jednocześnie wszystkie wymagania siwz. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia, w ocenie odwołującego, przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień siwz, obejmuje krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu dostępu do złożenia oferty i obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum. Odwołujący podniósł, że obecnie nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

W zakresie pierwszego z postawionych zarzutów odwołujący wskazał, że dotyczy on OPZ (Opis Przedmiotu Zamówienia załącznik nr 1 do siwz) część II. małogabarytowa stacja robocza MSP (beh) i (adf) - wiersz „ergonomia”. Podniósł, że OPZ w zakresie stacji MSD jest zbiorem wielu wymagań wskazujących prawdopodobnie na jednego producenta. Kwestię tą podnosili już odwołujący w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Zamawiający w pierwotnej wersji opisu przedmiotu zamówienia wymagał jedynie aby: komputer posiadał możliwość „trwałego połączenia z monitorem w celu łatwego przenoszenia zestawu (musi stanowić zintegrowaną całość z monitorem - funkcja może być zrealizowana przez zastosowanie fabrycznego „standu”)” oraz, że „stacja robocza i monitor powinien być wyposażony w dedykowaną podstawę, do której można trwale zamocować monitor oraz komputer (tzw. „stand”). Po zamocowaniu komputera i monitora tworzy spójne stanowisko do pracy oraz umożliwia zamaskowanie oraz zabezpieczenie podłączonych do komputera kabli przed ich przypadkowym bądź nieautoryzowanym odłączeniem. Rozwiązanie to musi zapewniać właściwą wentylację.”.

Wymagania te nie precyzowały sposobu realizacji podłączenia maskownicy do jednostki centralnej, co w świetle tej funkcjonalności (zabezpieczenia kabli przed przypadkowym bądź nieautoryzowanym odłączeniem), w ocenie odwołującego, nie powinno mieć znaczenia do której części zestawu MSD „maskownica” będzie podłączona.

W wyniku udzielenia odpowiedzi na zapytanie nr 155 z dnia 31.03.2016 r. zamawiający dokonał istotnej zmiany zapisów siwz odnośnie maskownicy, wprowadzając nieistniejący wcześniej wymóg: „Maskownica do zamaskowania oraz zabezpieczenia kabli ma być dołączona do zestawu oraz powinna być połączona z jednostką centralną również w przypadku odpięcia jednostki centralnej”. Postanowienie to odwołujący uznał za dyskryminujący i niczym nie uzasadniony wymóg ograniczający jednie konkurencję i równy dostęp do zamówienia i wniósł o jego usunięcie.

Wskazał także na postanowienia OPZ część II, dla stacji SD(ace)(acf)(bcf)(bde) oraz dla małogabarytowej stacji robocza MSD fbeh) i (adf) - funkcje BIOS. Podniósł, że pierwotne postanowienie dotyczące funkcji BIOS w części dotyczącej kontrolera audio brzmiało następująco:

„Możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych odczytania z BIOS (nieedytowalnych z poziomu BIOS) bieżących informacji o:

- wersji BIOS;
- nr. seryjnym komputera;
- dacie produkcji;
- ilości i sposobu obłożenia slotów pamięciami RAM;
- typie procesora wraz z informacją o ilości rdzeni, wielkości pamięci cache L2 i L3;
- zainstalowanym dysku twardym;
- rodzajach napędów optycznych;
- MAC adresie zintegrowanej karty sieciowej;
- kontrolerze audio”.

Dnia 31 marca 2016 r. zamawiający dokonał zmiany postanowienia dotyczącego kontrolera audio w następujący sposób:

„Zamawiający wyjaśnia, iż informacja o kontrolerze audio zawarta w BIOS musi zawierać co najmniej model kontrolera.”

Odwołujący wskazał, że znacząca większość producentów posiada jedynie funkcjonalność polegającą na możliwości włączenia / wyłączenia kontrolera, zatem wymóg informacji o modelu kontrolera jest w ocenie odwołującego wymogiem dyskryminującym i ograniczającym konkurencję, w związku z czym odwołujący wniósł o jego usunięcie.

W zakresie zarzutu drugiego odwołujący przedstawił chronologię postępowania począwszy od dnia zamieszczenia siwz na stronie zamawiającego w dniu 22 lutego 2016 r. i tak :

2016.02.23 - udzielenie odpowiedzi na 1 zapytanie

2016.02.26 - udzielenie odpowiedzi na 2 zapytanie

2016.03.03 - wniesienie dwóch odwołań na zapisy siwz

2016.03.10 - zmiana siwz dotycząca warunku udziału w postępowaniu oraz zmiana terminu składania ofert na dzień 06.04.2016 r.

przesłanie zmiany ogłoszenia do Dz.U.U.E. zmiana siwz (43 strony)

publikacja zmiany ogłoszenia o zamówieniu nr 2016/S 052-086446

1 posiedzenie przed KIO (nr sprawy KIO/308/16, KIO/310/16) zmiana siwz (11 stron)

2 posiedzenie przed KIO, w ramach którego wydano postanowienie do sprawy

3 posiedzenie przed KIO, w ramach którego wydano wyrok do sprawy KIO/308/16
zmiana treści siwz dotycząca zmiany terminu składania ofert na dzień 22.04.2016 r.
udzielenie odpowiedzi na 197 zapytań (56 stron), zmiana treści siwz. bez zmiany terminu składania ofert

2016.04.04 - udzielenie odpowiedzi na 1 zapytanie, bez zmiany terminu składania ofert

2016.04.7 - udzielenie odpowiedzi na 5 zapytań

2016.04.8 - udzielenie odpowiedzi na 1 zapytanie 2016.04.22 - termin składania ofert (21 dni licząc od dnia 31 marca 2016 r., tj. od dnia udzielenia odpowiedzi oraz zmiany treści siwz).

Odwołujący wskazał na dużą złożoność problematyki postępowania, co uwidacznia się w ponad 200 zapytaniach dotyczących w głównej mierze opisu przedmiotu zamówienia. Duża część z nich (aż 197) została opublikowana przez zamawiającego w dniu 31 marca 2016 r.

Obszerne, bo znajdujące się aż na 56 stronach, wyjaśnienia nie zostały jednak uznane przez zamawiającego jako powodujące konieczność zapewnienia wykonawcom dodatkowego czasu na dokonanie zmian w ofertach. Zamawiający po wielu dniach analizy zapytań (do dnia spornej zmiany od dnia ogłoszenia o zamówieniu upłynęło ponad 40 dni) w sposób wyczerpujący odniósł się do jakże szczegółowych i technicznie złożonych zapytań, nie wziął jednak pod uwagę konieczności zapewnienia uczciwej konkurencji również i tym wykonawcom, których pierwotnie wybrany, po wielu dniach weryfikacji oraz badań, w tym również przez specjalistyczne zewnętrzne podmioty, sprzęt przestał spełniać pierwotnie określone wymagania zamawiającego. Nie wzięto w szczególności pod uwagę tego, iż w

celu złożenia ważnej oferty owi wykonawcy będą musieli wykonać ponownie tą samą pracę, często będąc zmuszonymi do zbadania tak wielu wymagań w całkowicie nowym sprzęcie, częstokroć nowego producenta. Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO w sprawie sygn. akt KIO 1332/15 , a także na wyrok KIO z 18.12.2013r., sygn.. akt: KIO 2781/13, KIO 2783/13.

Odwołujący wniósł także o zwrot kosztów postępowania odwoławczego.

W dniu 12 kwietnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując im kopię odwołania, oraz wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu.

W dniu 13 kwietnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Techsource spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legionowie, wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż ma możliwość pozyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie ze złożonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 13 kwietnia 2016r.

W dniu 14 kwietnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca INTARIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu, a opis przedmiotu zamówienia i termin składania ofert są zgodne z przepisami ustawy. Podkreślił, że na rynku istnieje kilku producentów, których produkty spełniają wymagania postawione przez zamawiającego, zaś uwzględnienie odwołania spowodowałoby, że odwołujący uzyskałby nieuprawnioną przewagę konkurencyjną i mogłoby to narazić INTARIS na uszczerbek w postaci niezyskania zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że zmiany i wyjaśnienia wprowadzone do siwz w dniu 31 marca 2016r. utrudniają profesjonalnemu wykonawcy przygotowanie i złożenie oferty. Przystępujący termin 3 tygodni na dostosowanie ofert uznał za w pełni wystarczający. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w odpisie z KRS załączonym do zgłoszenia, zgodnie z zasadami reprezentacji tam określonymi. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 13 i 14 kwietnia 2016r.

W dniu 14 kwietnia 2016r. w formie faksu do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Virtual Technologies IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Konstantego Damrota 6 lok. 301, wskazując, że nieuwzględnienie odwołania pozbawiłoby zgłaszającego możliwości udziału w

postępowaniu. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w odpisie z KRS załączonym do zgłoszenia. Zgłaszający nie załączył dowodów przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 15 kwietnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Koncept spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wodniaków 19 wnosząc o oddalenie odwołania. Zgłaszający wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania osłabiłoby pozycję konkurencyjną zgłaszającego, który będąc obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia musiałby konkurować z podmiotem, który zamierza zaoferować produkty niespełniające wymagań określonych przez zamawiającego. Podkreślił, że zarzuty odwołania zmierzają do umożliwienia odwołującemu zaoferowania produktów niespełniających obiektywnie określonych potrzeb zamawiającego. Zgłaszający wskazał, że na rynku istnieją konkurencyjne rozwiązania, a wyznaczony czas na składanie ofert jest wystarczający dla uwzględnienia wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w załączonym do zgłoszenia odpisie z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 14 kwietnia 2016r.

W dniu 15 kwietnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest zainteresowany wykonaniem przedmiotowego zamówienia, a odwołujący bezzasadnie kwestionuje opis przedmiotu zamówienia. W ocenie zgłaszającego zarzuty odwołania są bezpodstawne, a kwestionowane postanowienia siwz nie budzą wątpliwości, są sformułowane prawidłowo i w pełni odpowiadają przepisom ustawy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 15 kwietnia 2016r.

W dniu 15 kwietnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Michałowice 169. Zgłaszający wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, gdyż zarówno postanowienia siwz w aktualnym brzmieniu jak i wyznaczony na dzień wniesienia odwołania termin składania ofert uniemożliwiają mu skuteczne złożenie oferty w postępowaniu i uzyskanie zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 marca 2016r.

udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 15 kwietnia 2016r..

W dniu 15 kwietnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Mroźna 27. Zgłaszający upatruje swojego interesu w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego w tym, że obecnie ma możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu Computex spółki z ograniczoną odpowiedzialnością upoważnionego do samodzielnej reprezentacji tej spółki jako komplementariusza, będącego jednocześnie jedynym podmiotem uprawnionym do reprezentacji spółki komandytowej, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 15 kwietnia 2016r.

W dniu 15 kwietnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Immitis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Dworcowa 83. Zgłaszający wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż ma możliwość pozyskania zamówienia, a zamawiający sformułował wymagania w sposób zgodny z prawem, warunkami rynkowymi i własnymi potrzebami. Żądania odwołującego zmierzając do uprzywilejowania go na rynku i będą miały wpływ na możliwość uzyskania zamówienia przez zgłaszającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 15 kwietnia 2016r.

W dniu 18 kwietnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego faksem zgłosił swój udział wykonawca MGM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Suwałkach, ul. Nonkiewicza 93, lok. 24/25. Zgłaszający upatruje interesu w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, w tym, że zamawiający naruszył ustawę, a naruszenia te mają wpływ na możliwość ubiegania się przez zgłaszającego o zamówienie. Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało opatrzone odbiciem podpisu prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Brak dowodów, że kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 19 kwietnia 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał za zasadny zarzut dotyczący OPZ część II małogabarytowa stacja robocza MSD (beh) i (adf) i

zmienił odpowiedź na pytanie nr 155 z dnia 31 marca 2016r. na „Nie. Zamawiający nie oczekuje dostarczenia wraz z komputerem maskownicy do zamaskowania i zabezpieczenia kabli.”

Zamawiający uznał także zarzut dotyczący OPZ stacji SD (ace), (acf), (bcf), (bde) oraz małogabarytowej stacji roboczej MSD (beh) i (adf) i zmienił odpowiedź na pytanie nr 150 z dnia 31 marca 2016r. na „Zamawiający wyjaśnia, że pod pojęciem możliwości odczytania z BIOS (nieedytowalnych z poziomu BIOS) bieżących informacji o kontrolerze audio Zamawiający rozumie co najmniej zapewnienie możliwości włączania/wyłączania kontrolera audio.”

Odnosnie zarzutu nieprzedłużenia terminu składania ofert o co najmniej 20 dni to zamawiający uznał, że zarzut nie został sprecyzowany w odwołaniu. Nie zgodził się z tezą odwołującego, że zmiana siwz skutkowałą istotnym ograniczeniem produktów spełniających wymagania siwz. Podniósł, że odwołujący kwestionuje jedynie dwie odpowiedzi zamawiającego jako rzekomo ograniczające konkurencję, które w ocenie zamawiającego nie mają istotnego merytorycznego znaczenia, zwłaszcza, że poza odwołującym nikt ich nie kwestionował, a z 14 wykonawców zadających pytania, 13 nie żądało wydłużenia terminu do składania ofert. Ponadto zarzuty nie odnoszą się do samej zmiany siwz, ale udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na zapytania wykonawców. Odwołujący postawionego zarzutu nie udowodnił, a sam fakt dużej ilości odpowiedzi na zapytania nie jest wystarczający do zaistnienia potrzeby wydłużenia terminu składania ofert, zwłaszcza, że udzielone odpowiedzi w zasadniczy sposób nie zmieniają siwz. Zamawiający wyspecyfikował, że z udzielonych odpowiedzi wynika 7 zmian w zakresie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podtrzymanie wymogów siwz w tym zmian dokonanych w dniach 14 i 18 marca – 81 odpowiedzi, dopuszczenie rozwiązań zaproponowanych przez wykonawców ok. 70 odpowiedzi i pozostałe odpowiedzi dotyczą uszczegółowienia OPZ bez zmian właściwości techniczno-funkcjonalnych sprzętu, kryteriów oceny ofert, formularzy, zasad odbioru sprzętu, płatności, postanowień umowy, dokumentów składanych wraz z ofertą.

Zamawiający podniósł, że odwołanie jest ogólnikowe, odwołujący nie wykazał, które z udzielonych odpowiedzi powodują, że istnieje konieczność przedłużenia terminu składania ofert i dlatego, przez co zarzut jest postawiony w sposób nieprawidłowy – blankietowy. Na poparcie swojego stanowiska zamawiający powołał wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 621/15. Niemniej zamawiający uwzględniając sytuację procesową zdecydował się przedłużyć termin składania ofert do dnia 5 maja 2016r.

Zamawiający oświadczył i załączył na to dowody, że w dniu 18 kwietnia 2016r. dokonał zmiany odpowiedzi na pytania 150 i 155 oraz zmienił termin składania ofert.

W dniu 19 kwietnia 2016r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego oraz o zwrot 90% uiszczonego wpisu. Oświadczenie zostało podpisane tak jak odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że przystąpienia wykonawcy Techsource spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legionowie, ul. Piłsudskiego 13, wykonawcy INTARIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Księcia Ziemowita 53, wykonawcy Koncept spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wodniaków 19, wykonawca Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Reduta 5, wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Michałowicach 169, wykonawcy Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Mroźna 27, wykonawcy Immitis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Dworcowa 83 spełniają wymagania formalnoprawne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy, zaś zgłoszone przez wykonawcę Virtual Technologies IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Konstantego Damrota 6 lok. 301 przystąpienie oraz przystąpienie wykonawcy MGM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Suwałkach, ul. Nonkiewicza 93, lok. 24/25 w sprawie sygn. akt KIO 522/16 po stronie odwołującego nie spełniają wymogu terminowego zgłoszenia przystąpienia. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W przedmiotowej sprawie Virtual Technologies IT sp. z o.o. jak i MGM sp. z o.o. z możliwości wniesienia przystąpienia w formie elektronicznej nie skorzystali, co jest bezsporne. Bezsporne jest również to, że zamawiający w dniu 12 kwietnia 2016r. powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do dokonywania przystąpień. Termin zatem na wniesienie przystąpienia do Prezesa Izby upływał w dniu 15 kwietnia 2016r. W tym dniu Virtual Technologies IT przekazał treść przystąpienia do Izby drogą faksową bez jakiegokolwiek podpisu własnoręcznego. Natomiast zgłoszone faksem przystąpienie MGM sp. z o.o. do Izby wpłynęło w dniu 18 kwietnia 2016r. Takim dokumentom nie można przypisać atrybutu formy pisemnej, ani innej formy zrównanej w swej mocy z formą pisemną. Zgodnie bowiem z art. 73 par. 1 kc stosowanym odpowiednio na podstawie art. 14 ustawy forma pisemna jest zachowana, w przypadku, gdy pod oświadczeniem woli znajdzie się

podpis osoby składającej to oświadczenie. Podpis ten ma być podpisem oryginalnym, a nie odbitym przez urządzenie faksujące. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280) stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. O ile braki formalne odwołania (w tym nieprawidłowo wniesionego drogą faksową) mogą być naprawione tak w trybie art. 187 ust. 3 – 7 ustawy jak i w trybie odpowiadającym tym przepisom § 9 cytowanego rozporządzenia o tyle ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci :

- braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz
- interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także
- nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu,

nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie przystąpienie spełniające wymogi, co do formy, wskazania strony, interesu oraz przekazania kopii nie zostało wniesione do Prezesa Izby ani przez Virtual Technologies IT, ani przez MGM do końca dnia 15 kwietnia 2016r. Obowiązku pisemnego wniesienia przystąpienia nie można zastąpić sposobami komunikacji wykonawców z zamawiającym określonymi w art. 27 ust. 2 ustawy, tj. drogą faksową lub elektroniczną za potwierdzeniem otrzymania, gdyż jedynie do kopii odwołania w art. 180 ust. 5 ustawy ustawodawca dopuścił możliwość przesłania kopii w trybie art. 27 ust. 2 ustawy. Przepis ten natomiast nie został wskazany przez ustawodawcę jako dopuszczalna forma wniesienia przystąpienia ani w treści art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, ani w par. 7, zd. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

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 uiszczonego wpisu.

Przewodniczący: