

POSTANOWIENIE

z dnia 6 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dzuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **6 września 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2012 r.

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „**PKP Informatyka**” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, **WASKO Spółka Akcyjna** z siedzibą w Gliwicach, **ENTE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- A. „Finder” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** – po stronie zamawiającego.
- B. „KERATRONIK” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** – po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „PKP Informatyka” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, ENTE sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze

Sygn. akt KIO 1809/12

postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Zakup i montaż systemu monitoringu paliw w zbiornikach, pojazdach szynowych i samochodowych oraz trzyletnia eksploatacja systemu monitoringu* (oznaczenie sprawy ILG2a-231-10-01/2011).

Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 24 sierpnia 2012 r. pod nr 2012/S_161-266403, z tym, że 19 sierpnia 2012 r. Zamawiający przesłał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.plk-sa.pl).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

14 sierpnia 2012 r. Zamawiający przekazał faksem Odwołującemu – „Impel Cleaning” sp. z o.o z siedzibą we Wrocławiu – pismo z 14 sierpnia 2012 r. informujące o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz o tym, że Odwołujący nie zostanie zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej.

24 sierpnia 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej również w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).
2. Art. 87 ust. 2 pkt 3 – przez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.
3. Art. 91b ust. 1 – przez bezpodstawne niezaproszenie Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej.
4. [Dodatkowo, z ostrożności procesowej] Art. 87 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

Sygn. akt KIO 1809/12

1. Unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej oraz wyboru oferty najkorzystniejszej (o ile czynności te zostały już dokonane).
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.
4. Wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.
5. Dokonania czynności poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.
6. Zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej,
Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne: w Załączniku nr 1 do SIWZ „Wykaz pojazdów szynowych oraz maszyn zgłoszonych przez jednostki organizacyjne do Zakupu i montażu monitoringu w zakresie podstawowym” dołączonym do oferty złożonej w dniu 10 07.2012 r. (część oferty „Informacje zastrzeżone”, str. 62, poz. 2 - IZ Wrocław) oraz w całym Załączniku nr 1 D (część oferty „Informacje zastrzeżone”, str. 72-76), Wykonawca nie podał ilości urządzeń do zamontowania. Jest to błąd, którego Zamawiający nie może poprawić w oparciu o art 87 ust 2 Ustawy Pzp. Treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec tego Zamawiający odrzucił ofertę.

Zamawiający w rozdziale VII, pkt 7.1.8, zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą załącznika nr 1 do SIWZ, załącznika nr 1A do SIWZ, załącznika nr 1B do SIWZ, załącznika nr 1C do SIWZ oraz załącznika nr 1D do SIWZ z wypełnionymi obowiązkowymi kolumnami. Zamawiający nie wskazał w SIWZ, wypełnienie których kolumn ww. załączników jest obowiązkowe. Okoliczność ta nie może więc następnie wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, w szczególności nie może stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Bezsporne jest, że Odwołujący nie podał w złożonej ofercie ilości urządzeń do zamontowania w zakresie powołanych przez Zamawiającego części załączników. Niemniej nie sposób uznać za trafne stanowisko Zamawiającego, że braki te stanowią niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co więcej taką niezgodność, która nie może zostać sanowana na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W złożonej ofercie brak jest wypełnienia jednej pozycji (kolumna 14) w załączniku nr 1 (str. 62 poz. 2 IZ Wrocław) dotyczącej pojazdu *Żuraw kolejowy EDK 1000/2*. Jednakże analogiczny pojazd występuje w tym samym załączniku na str. 62 (poz. 1 IZZ Białystok), gdzie kolumna nr 14 została wypełniona cyfrą 2, przy czym *Żuraw kolejowy EDK 1000/2* został zaoferowany w identycznej cenie. Z kolei brak wypełnienia jednej pozycji w załączniku nr 1D (str. 72-76

oferty) dotyczy pojazdów drogowych wyposażonych w szynę CAN, która jest wykorzystywana w danej grupie pojazdów do monitorowania pomiaru paliwa. Analogiczne pojazdy wyposażone w szynę CAN zostały zaoferowane, wycenione i opisane w załączniku nr 1A i w każdym przypadku dla tych pojazdów kolumna nr 14 wypełniona jest cyfrą 1. W związku z powyższym Zamawiający zobowiązany był na zasadzie analogii dokonać poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego, albowiem wszystkie dane niezbędne do dokonania przez Zamawiającego czynności, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, znajdują się w złożonej w niniejszym postępowaniu ofercie. Niezależnie od powyższego złożona oferta zawiera jednolitą koncepcję realizacji zamówienia, jeżeli chodzi o ilość urządzeń do pomiaru paliwa, która zostanie zamontowana na danym pojeździe. W załącznikach 1, 1A, 1B, 1C, w każdym przypadku zadeklarowana *ilość urządzeń do pomiaru paliwa, która zostanie zamontowana na danej maszynie/pojeździe szynowym/urządzeniu* – jest zawsze równa ilości zbiorników jakie posiada dany pojazd. Także ta okoliczność, wynikająca wprost z treści złożonej oferty, przemawia za uznaniem, iż treść oferty Odwołującego, po dokonaniu stosownych poprawek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, w pełni odpowiada treści SIWZ. W złożonych przez Odwołującego załącznikach 1, 1A, 1B, 1C, 2D zostały także wycenione wszystkie wymagane pozycje, tym samym złożona oferta obejmuje pełny zakres przedmiotu zamówienia za cenę określoną w formularzu oferty.

W realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 pzp. Z żadnego przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 ustawy pzp, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji. Zamawiający w niniejszej sprawie winien skorzystać z przysługującego mu art. 87 ust. 1 pzp ustawy uprawnienia do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, gdyż dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co pozwoli mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zdaniem Odwołującego w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dochował należytej staranności w toku badania i oceny złożonych ofert, albowiem przed odrzuceniem oferty Odwołującego nie wyczerpał procedury opisanej w art. 87 ust. 1 pzp.

28 sierpnia 2012 r. Zamawiający wezwał pozostałych wykonawców uczestniczących

Sygn. akt KIO 1809/12

w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, przekazując im równocześnie kopię odwołania. Do Prezesa Izby wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- 29 sierpnia 2012 r. przez „Finer” S.A. z siedzibą w Warszawie – po stronie zamawiającego.
- 30 sierpnia 2012 r. przez „KERATRONIK” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – po stronie odwołującego.

Wobec zgłoszenia przystąpień w terminie w odpowiedniej formie, zachowania wymogu przekazania ich kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) oraz braku zgłoszenia opozycji przez Strony (art. 185 ust. 4 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do stwierdzenia nieskuteczności zgłoszonych przystąpień.

6 września 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający wniósł do Izby odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że stosownie do treści art. 186 ust. 2 ustawy pzp uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu z 24 sierpnia 2012 r. Zamawiający poinformował, że 6 września 2012 r. dokonał:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej,
- unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej,
- unieważnienia czynności odrzucenia ofert Odwołującego,
- poprawienia w treści oferty Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Odpowiedź na odwołanie podpisał pełnomocnik – radca prawny, dla którego załączono pełnomocnictwo z 5 września 2012 r. do reprezentowania Zamawiającego, udzielone przez dwóch członków zarządu ujawnionych – w załączonej informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla numeru KRS 0000037568 – jako upoważnieni do reprezentacji PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie.

W toku posiedzenia 6 września 2012 r. Przystępujący „Finder” S.A. przesłał faksem do Izby pismo z tego dnia, w którym oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu odnośnie uwzględnienia w całości przez Zamawiającego odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „PKP Informatyka” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, ENTE sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach. Oświadczenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu, którzy – zgodnie

Sygn. akt KIO 1809/12

z załączoną informacją odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla nr KRS 00000271125 – uprawnieni są do reprezentacji łącznej „Finder” S.A. z siedzibą w Warszawie.

W tych okolicznościach, Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Zamawiający wyraził w odpowiedzi na odwołanie niebudzące wątpliwości oświadczenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Ponadto Zamawiający nie tylko zadeklarował uczynienie zadość żądaniom odwołania, lecz już unieważnił czynności oraz dokonał czynności, których domagał się Odwołujący, co potwierdzają kopie pism z 6 września 2012 r. przesłanych faksem Odwołującemu (załączone do odpowiedzi na odwołanie). Natomiast Przystępujący „Finder” S.A. jednoznacznie oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a Przystępujący po jego stronie nie wniósł sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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: