

POSTANOWIENIE

z dnia 26 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego 26 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych 12 sierpnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

A. IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (sygn. akt KIO 1515/16)

B. NTT Technology sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie (sygn. akt KIO 1519/16)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu informatycznego* (nr postępowania 17/4/39/16)

prowadzonym przez zamawiającego: **Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „PIOMAR” sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach w sprawach o sygn. akt KIO 1515/16 i KIO 1519/16

B. MAXTO sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie w sprawie o sygn. akt KIO 1515/16

C. Towarzystwo Handlowe „Alplast” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Niekaninie w sprawie o sygn. akt KIO 1515/16

– po stronie odwołującego

D. INTARIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawach o sygn. akt KIO 1515/16 i KIO 1519/16

E. Computex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie w sprawach o sygn. akt KIO 1515/16 i KIO 1519/16

F. „Koncept” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawach o sygn. akt KIO 1515/16 i KIO 1519/16

– po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w obu sprawach.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz:
 - 2.1. IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** – kwoty **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. NTT Technology sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie** – kwoty **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 ze zm.) 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

{KIO 1515/16, KIO 1519/16}

Zamawiający – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa sprzętu informatycznego* (nr postępowania 17/4/39/16) . Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 czerwca 2016 r. pod nr 2016/S_124-222233. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

{KIO 1515/16}

12 sierpnia 2016 r. Odwołujący – IMMITIS sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy {dalej również: „Immitis”} – wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} – opisu przedmiotu zamówienia, pkt 1) Stacja robocza MSD (beh) – 4000 szt., wymagania dodatkowe pkt 2 – wynikłej z odpowiedzi na pytanie nr 12 udzielonej 3 sierpnia 2016 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dodanie wymogu, aby wbudowane porty USB wyprowadzane na zewnątrz komputera były wlotowane bezpośrednio w płytę główną komputera, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 pzp, gdyż wymóg ten jest nieuzasadniony technicznymi oraz funkcjonalnymi potrzebami Zamawiającego oraz ogranicza konkurencję, wskazując na urządzenie jednego producenta.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia równoważnego rozwiązania przez dodanie w powyżej wskazanym pkt opisu przedmiotu zamówienia następującego zapisu: *Dopuszcza się rozwiązanie równoważne polegające na wyprowadzeniu złączy portów USB na zewnątrz komputera z przodu obudowy bezpośrednio z płyty głównej (z PIN-ów dedykowanych do wyprowadzenia z nich USB) za pomocą dedykowanych przewodów USB.*

Ponadto w odwołaniu sprecyzowano powyższy zarzut przez wskazanie dodatkowych okoliczności prawnych i faktycznych, które zdaniem Odwołującego uzasadniają wniesienie

odwołania.

{KIO 1519/16}

12 sierpnia 2016 r. Odwołujący – NTT Technology sp. z o.o. z siedzibą w Zakręcie {dalej również: „NTT”} – wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} – opisu przedmiotu zamówienia dla stacji roboczej MSD (beh), po pierwsze – tej samej, co w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 1515/16, po drugie – polegającej na wprowadzeniu 3 sierpnia 2016 r. odpowiedzi na pytanie nr 14 wymogu, zgodnie z którym suma wymiarów obudowy stacji roboczej nie może przekraczać 810 mm, zmodyfikowanej następnie 9 sierpnia 2016 r. odpowiedzi na pytanie nr 1 w ten sposób, że suma wymiarów obudowy nie może przekraczać 820 mm.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe postanowienia naruszają art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, gdyż stanowią opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do stacji roboczej MSD (beh) w zakresie obudowy oraz portów USB w ten sposób, że wymogi zamawiającego spełnia tylko sprzęt komputerowy produkowany przez producenta Dell.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w opisie stacji roboczej MSD (beh):

1. Usunięcia wprowadzonego odpowiedzią z 3 sierpnia 2016 r. na pytanie nr 12 wymogu, aby wszystkie złącza portów USB wyprowadzone na zewnątrz obudowy musiały być wlutowane w płytę główną.
2. Usunięcia wprowadzonego przywołanymi powyżej odpowiedziami wymogu co do maksymalnej sumy wymiarów obudowy stacji roboczej albo dopuszczenia, aby suma wymiarów obudowy stacji roboczej nie mogła przekraczać 900 mm

Ponadto w odwołaniu sprecyzowano powyższe zarzuty przez wskazanie dodatkowych okoliczności prawnych i faktycznych, które zdaniem Odwołującego uzasadniają wniesienie odwołania.

{KIO 1515/16, KIO 1519/16}

Zamawiający poinformował Izbę, że 12 sierpnia 2016 r. zamieścił kopie obu odwołań

na swojej stronie internetowej {www.rczsiut.wp.mil.pl}.

Do Prezesa Izby 12 (dot. pkt 4 poniższej listy) lub 16 sierpnia (dot. pozostałych pkt poniższej listy) w formie pisemnej (dot. pkt 1, 2, 6 poniższej listy) lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (dot. pkt 3, 4, 5, 7 poniższej listy) zgłosili przystąpienia wykonawcy:

- 1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „PIOMAR” sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach (w obu sprawach)
- 2) MAXTO sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie (w pierwszej sprawie)
- 3) Towarzystwo Handlowe „Alplast” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Niekaninie (w pierwszej sprawie)

– po stronie odwołującego

- 4) INTARIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (w obu sprawach) {dalej również: „Intaris”}
- 5) Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni (w obu sprawach)
- 6) Computex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (w obu sprawach) {dalej również: „Computex”}
- 7) „Koncept” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (w obu sprawach) {dalej również: „Koncept”}

– po stronie zamawiającego

Wobec dokonania zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności powyższych przystąpień.

Z wyjątkiem wykonawcy z pkt 5 powyższej listy, gdyż zgłoszenia zostały podpisane przez osobę nieupoważnioną do reprezentacji spółki według załączonej informacji z rejestru przedsiębiorców KRS, przy braku jednoczesnego załączenia stosownego pełnomocnictwa dla tej osoby do dokonania tej czynności. Ponieważ przepisy ustawy pzp nie znają instytucji wezwania do uzupełniania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie było podstaw, aby wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia takiego braku formalnego.

Ponadto Izba oddaliła opozycję Odwołującego Immitis przeciwko przystąpieniu wykonawcy z pkt 4 powyższej listy, gdyż nie zostało wykazane, że nie posiada on interesu w oddaleniu tego odwołania z uwagi na okoliczności, które podniósł w zgłoszeniu.

24 sierpnia 2016 r. wpłynęły do Izby odpowiedzi na odwołanie, z których wynikało, że Zamawiający uwzględniła w całości zarzuty obu odwołań, gdyż uważa je za zasadne.

Odnosnie wspólnego dla obu odwołań zarzutu Zamawiający dodał, że dopuszcza rozwiązanie polegające na wyprowadzeniu złączy portów USB na zewnątrz stacji roboczej, z przodu obudowy, bezpośrednio z płyty głównej (z PIN-ów dedykowanych do wyprowadzenia z nich portów USB) za pomocą dedykowanych przewodów USB. Zamawiający stwierdził, że tym samym jego odpowiedź udzielona 3 sierpnia 2016 r. na pytanie nr 12 nie wywołuje skutków prawnych.

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania NTT, Zamawiający oświadczył, że uwzględnił żądanie zawarte w odwołaniu, aby suma wymiarów obudowy stacji roboczej nie mogła przekraczać 900 mm.

Przystępujący Computex (pismami z 25 sierpnia 2016 r.) oraz Przystępujący Koncept (oświadczeniem złożonym do protokołu) oświadczyli, że nie zgłaszają sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów obydwu odwołań.

Przystępujący Intaris nie stawiał się na wyznaczone posiedzenie Izby, pomimo otrzymania zawiadomienia o jego terminie.

Wszyscy wykonawcy, którzy zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego zostali zawiadomieni o uwzględnieniu przez niego obydwu odwołań.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

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

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniach. Jednocześnie spośród trzech Wykonawców przystępujących po jego stronie, dwóch wprost oświadczyło, że się temu nie sprzeciwiają.

W odniesieniu do trzeciego przystępującego po stronie Zamawiającego Izba uznała,

że jego niestawiennictwo na posiedzeniu należy uznać za równoznaczne z brakiem zgłoszenia sprzeciwu.

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2010 r. poz. 964 ze zm.) niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Przy czym § 3 rozporządzenia stanowi, że przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych. W związku z tym należało uznać, że wyznaczone do rozpoznania sprawy posiedzenie z udziałem stron stanowi fazę postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Następuje ona już po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron, o czym mowa w § 13 ust. 1 i 2 przywołanego rozporządzenia. Wobec tego po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę, co do zasady, będzie ono rozpatrzone na tak wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie, na którym rozpatrzone zostaną również ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania ma miejsce na wyznaczonym terminie posiedzenia lub rozprawy. W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, najpóźniej na tym posiedzeniu przystępujący może i powinien zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo przystępującego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Za słusznością powyższego rozumowania przemawia dodatkowo wyrażona w ustawie Prawo zamówień publicznych (w art. 189 ust. 1) zasada szybkości i efektywności tego postępowania, gdyż rozpoznanie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą powinno nastąpić w ciągu 15 dni. Temu celowi służą także przewidziane w ustawie pzp oraz przywołanym rozporządzeniu wykonawczym instrumenty zmierzające do koncentracji

postępowania odwoławczego, w szczególności poprzedzające rozpatrzenie odwołania posiedzenie niejawne dla dokonania czynności formalnoprawnych i sprawdzających, na którym można dokonać odpowiednich zawiadomień i wezwań stron i uczestników postępowania. W szczególności przewidziany w § 13 ust. 2 pkt 3 tego rozporządzenia 3-dniowy termin na wyrażenie przez przystępującego po stronie zamawiającego sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania znajduje zastosowanie jedynie na etapie postępowania odwoławczego przed wyznaczeniem posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Tym samym Izba podzieliła w powyższym zakresie stanowisko wyrażone uprzednio w zbliżonych stanach faktycznych w orzecznictwie Izby między innymi w postanowieniach wydanych: 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt 1575/10), 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12) czy 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14).

Następnie Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej przypomnieć należy, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zaprezentował stanowisko uwzględniające żądania odwołania, co dla uniknięcia nieporozumień (w tym poinformowania wykonawców, którzy nie byli uczestnikami postępowania odwoławczego) powinno również znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia (odpowieź na odwołanie jest pismem procesowym, a nie zmianą czy wyjaśnieniami treści s.i.w.z.).

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniach, a Przystępujący po jego stronie nie wnieśli wobec tych czynności sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w obu sprawach na posiedzeniu niejawnym z udziałem ich Uczestników (Stron i Przystępujących).

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołań 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 Odwołujących zwrotu kwot uiszczonych tytułem wpisu,

**Sygn. akt: KIO 1515/16
KIO 1519/16**

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: