

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 18 sierpnia 2015 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący:** członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Joanna Borowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **18 sierpnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 sierpnia 2015 r.** przez wykonawcę: **J. R. – J.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **Jolimpex, Al. Na Skarpie 19/1, 00-488 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Ministerstwo Obrony Narodowej, Al. Niepodległości 218, 00-911 Warszawa**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca:

**A. AMAD Sp. z o. o., ul. Łąkowa 31, 05-092 Łomianki**

- wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze i znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: J. R. – J. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex, Al. Na Skarpie 19/1, 00-488 Warszawa kwoty 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia poniżej 134 000 euro, ogłoszonym w BZP z 25.05.2015, poz. 75281) na „Dostawę artykułów i urządzeń biurowych - nr sprawy 29/ZP/15”, w dniu 10 sierpnia 2015 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę J. R. – J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego dnia 5 sierpnia 2015 r. - drogą elektroniczną o odrzuceniu oferty odwołującego i o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Ministerstwu Obrony Narodowej naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przez podjęcie następujących działań:

1) ponownego badania ofert i odrzucenie oferty Jolimpex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp pomimo, że oferta Jolimpex odpowiadała treści SIWZ, co stanowi naruszenie art. 7 ust 1 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 56, 65, 66 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, art. 25 Pzp, art. 82 ust 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również art. 181 ust 2 Pzp,

2) czynność unieważnienia postępowania, pomimo iż złożona oferta Jolimpex jako jedyna nie podlegała odrzuceniu i tym samym nie zachodziły przesłanki do unieważnienia postępowania, co stanowi naruszenie art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp,

3) zaniechania zamawiającego polegającego na nie wybraniu oferty Jolimpex, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,

4) czynności polegającej na wykładni sprzecznych, wykluczających się postanowień treści SIWZ na niekorzyść odwołującego oraz w sposób nie wynikający z postanowień treści SIWZ, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 56, 65, 66 K.c., art. 29 ust 1 i ust 2 Pzp,

5) zaniechania czynności polegającej na przeprowadzeniu postępowania w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty, odwołujący żądał uwzględnienia odwołania w całości i nakazania zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności oceny ofert oraz czynności unieważnienia postępowania,

- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Jolimpex jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert oraz uznania oferty Jolimpex za odpowiadającą treści SIWZ,
- 4) dokonania wyboru oferty Jolimpex jako najkorzystniejszej,
- 5) zasądzenia od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2015 r. zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - w 14 sierpnia 2015 r. w formie pisemnej, w kopii przesłane stronom, złożył wykonawca AMAD Sp. z o. o. z siedzibą w Łomiankach, który wnosił o oddalenie odwołania. Zgłaszający przystąpienie podał, że *„Interes spółki AMAD w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przejawia się tym, że w wyniku oddalenia odwołania i utrzymania w mocy rozstrzygnięcia zamawiającego o unieważnieniu postępowania, AMAD uzyska możliwość wzięcia udziału oraz uzyskania zamówienia w kolejnym postępowaniu na dostawę artykułów i urządzeń biurowych. Zamawiający po raz drugi unieważnił postępowanie na dostawę artykułów biurowych, w związku z czym jego zapotrzebowanie na tego rodzaju towary nie zostało zaspokojone. Oczywistym jest więc, iż w celu zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urzędu, zamawiający będzie zobowiązany do ogłoszenia kolejnego postępowania na dostawę artykułów biurowych. W kolejnym postępowaniu przystępujący zyska ponowną szansę na uzyskanie zamówienia, w związku tym w interesie przystępującego jest, aby odwołanie zostało oddalone, a obecny wynik postępowania został utrzymany w mocy.*

*Tak rozumiany interes przystępującego mieści się w zakresie pojęcia interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, w brzmieniu określonym w art. 185 ust. 2 ustawy PZP. Zgodnie z wykładnią wskazanego przepisu prezentowaną w orzecznictwie Izby, interes przystępującego jest pojęciem znacznie szerszym, niż interes do wniesienia odwołania. Skutkiem przystąpienia - w przeciwieństwie do wniesienia odwołania - nie musi być uzyskanie zamówienia publicznego, może to być natomiast jakikolwiek interes, również faktyczny, który będzie potencjalnie zrealizowany przez rozstrzygnięcie odwołania na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie. Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie w następujących orzeczeniach Izby:*

- 1) wyrok w sprawie KIO 99/15: *Pojęcie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpienie zostało zgłoszone (art. 185 ust 2 p.z.p.) jest szersze niż materialnoprawna przesłanka wniesienia odwołania w postaci interesu w uzyskaniu*

zamówienia (art. 179 ust. 1 p.z.p.), zatem ocena czy podmiot zgłaszający przystąpienie może uzyskać zamówienie nie powinna mieć decydującego znaczenia dla skuteczności przystąpienia.

2) Wyrok w sprawie KIO 5/14: 1. Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłasza się przystąpienie, jest inną, szerszą kategorią prawną, niż wymagany przez art. 179 ust 1 p.z.p. interes w uzyskaniu danego zamówienia.

2. Instytucja przystąpienia zbliżona jest do uczestnictwa w postępowaniu nieprocesowym. Dla uzyskania statusu interwenienta wystarczające jest w zasadzie, gdy wykonawca zainteresowany jest wynikiem sprawy. Dla uzyskania statusu przystępującego wystarczające będzie zainteresowanie wynikiem sprawy, zgodnie ze stanowiskiem strony, do której zgłasza się przystąpienie.

**UZASADNIENIE.** W ocenie przystępującego AMAD sp. z o.o., zamawiający prawidłowo uznał, iż oferta odwołującego jest niezgodna z postanowieniami specyfikacji. Oczywistym jest, iż w pozycji 154 załącznika nr 8 do SIWZ zamawiający oczekiwał od wykonawców zaoferowania markera z tuszem płynnym, który jest zupełnie innym rodzajem produktu, niż zaoferowany przez odwołującego marker z sztyftem nasączonym tuszem. Przedstawiony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia dla tej pozycji 154 załącznika był jednoznaczny i zrozumiały dla wszystkich pozostałych wykonawców.

Nie budzi również wątpliwości, iż produkt zaoferowany przez odwołującego w pozycji 211 załącznika nr 8 do SIWZ jest niezgodny z postanowieniami specyfikacji. Zamawiający wymagał bowiem zaoferowania przez wykonawców papieru bez połysku (matowego), natomiast odwołujący wskazał w swojej ofercie papier fotograficzny z połyskiem, a więc nie spełniający istotnego kryterium wprowadzonego przez zamawiającego.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, złożone w ramach oferty oświadczenia o zgodności oferowanych produktów z postanowieniami specyfikacji, są bezprzedmiotowe w świetle stwierdzonej przez zamawiającego faktycznej niezgodności ww. produktów. Ocena zgodności oferty z SIWZ nie ogranicza się jedynie do formalnej kontroli oświadczeń złożonych przez wykonawcę, zamawiający powinien zgodnie z posiadaną wiedzą dokonać faktycznej weryfikacji zgodności produktów wskazanych w ofercie z postanowieniami specyfikacji.

W konsekwencji odrzucenia wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający był zobowiązany do unieważnienia postępowania. W związku z powyższym uznać należy, iż wszystkie kwestionowane w odwołaniu czynności zamawiającego były dokonane prawidłowo i nie naruszały przepisów ustawy.”

Izba działając z urzędu, oraz uwzględniając opozycję odwołującego zgłoszoną w trybie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy AMAD Sp. z o. o. z siedzibą w Łomiankach, gdyż przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie zostały wykazane.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Bezsporne pozostawało, że oferta wykonawcy AMAD Sp. z o. o. z siedzibą w Łomiankach została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że jej treść była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgłaszający przystąpienie nie zaskarżył w ustawowym terminie tej czynności zamawiającego odwołaniem. Wykonawca AMAD Sp. z o. o. nie jest już zatem uczestnikiem przedmiotowego postępowania przetargowego - nie ma więc interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego. Rozstrzygnięcie odwołania pozostaje bez wpływu na sytuację wykonawcy AMAD Sp. z o. o.

Izba nie podziela poglądów, że wykonawca, którego oferta została odrzucona może mieć interes w unieważnieniu prowadzonego postępowania. Interes wykonawcy w podejmowaniu czynności w postępowaniu odwoławczym zawsze musi być związany z danym postępowaniem przetargowym, w którym uczestniczy. Przywołane przez wykonawcę Amad Sp. z o.o. wyroki Izby w sprawach sygn. akt KIO 5/14 i sygn. akt KIO 99/15 nie dotyczą sytuacji unieważnienia postępowania.

Nie można było pominąć, że uwagi na wartość przedmiotowego zamówienia (poniżej kwoty 134 000 euro) zastosowanie znajdują przepisy art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej reki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Wobec czynności unieważnienia postępowania o wartości podprogowej nie przysługuje nawet odwołanie, nie mówiąc o braku uprawnień i interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie - w zakresie czynności unieważnienia przetargu przez zamawiającego.

W sytuacji, gdy z uwagi na ograniczenia wprowadzone art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy nie przysługuje odwołanie, zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp może on w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp.

Z możliwości tej skorzystała firma Amad Sp. z o. o. wnosząc w dniu 22 lipca 2015 r. zastrzeżenia wobec czynności wyboru oferty odwołującego dokonanej w dniu 20 lipca 2015r. Tą samą drogę obrał również odwołujący składając w dniu 24 lipca 2015 r. pismo wskazujące liczne nieprawidłowości w ofercie firmy Amad Sp. z o. o.

Przepis art. 181 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku uznania zasadności przekazanej informacji zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności. Z kolei art. 181 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że na czynności, o których mowa w ust. 2 Pzp nie przysługuje odwołanie, z zastrzeżeniem art. 180 ust. 2 Pzp. Przystąpienie do postępowania odwoławczego nie może więc mieć szerszego charakteru, niż samo prawo wykonawcy do wniesienia odwołania.

Nie dopuszczenie przez Izbę wykonawcy Amad Sp. z o. o. do uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym ma taki sam skutek, jak brak przystąpienia po stronie zamawiającego, a zatem wykonawcy nie przysługuje sprzeciw, o którym mowa w art. 186 ust. 4 ustawy Pzp - wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W dniu 17 sierpnia 2015 r. wpłynęło pismo, w którym zamawiający oświadczył, że: *„po zapoznaniu się z treścią odwołania wniesionego przez wykonawcę: J. R. – J. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex J. R. – J., w tym z uzasadnieniem zarzutów wraz z załączonymi dowodami oraz żądaniami określonymi w odwołaniu, uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.”* Zamawiający w związku z powyższym, wnioskował o umorzenie niniejszego postępowania odwoławczego bez obecności stron oraz uczestnika postępowania.

Izba uznała stanowisko zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie za niebudzące wątpliwości oświadczenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

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

Przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca, Izba działając na podstawie art. 186 ust. 2 w związku z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, o czym orzekła postanowieniem.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze okoliczność, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp koszty znoszą się wzajemnie między stronami.

Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczzonego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 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: .....**