

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 13 czerwca 2018 r.**

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

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego **13 czerwca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **4 czerwca 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **TDC POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**

w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej pn. *Dostawa, montaż i konfiguracja wyposażenia, w tym multimedialnego, w ramach zadania pn. „Przebudowa i modernizacja zabytkowego Domu Ludowego w Jaszczwi”* (nr postępowania RP.271.4.15.2018.MŻM)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Jedlicze**

przy udziale wykonawcy: **UP LED sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz TDC POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwoty 7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez **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 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krośnie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Gmina Jedlicze prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa, montaż i konfiguracja wyposażenia, w tym multimedialnego, w ramach zadania pn. „Przebudowa i modernizacja zabytkowego Domu Ludowego w Jaszczy”*.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 26 kwietnia 2018 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 550221-N-2018.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

30 maja 2018 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez UP LED sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli {dalej również: Up Led”}.

4 czerwca 2018 r. Odwołujący TDC POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {dalej również: „TDC”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (datowane na 3 czerwca 2018 r.) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Up Led.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów};

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Up Led, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej w uzasadnieniu również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.
2. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Up Led.

W uzasadnieniu odwołania w następujący sposób sprecyzowano powyższą listę zarzutów (okoliczności faktyczne i prawne podane dla uzasadnienia wniesienia odwołania).

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Odwołujący opisał następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia {dalej w uzasadnieniu również: „OPZ”} z pkt 3 tabeli tablica multimedialna ma mieć parametry wskazane w opisie lub równoważne:

- specyfikacja komputera: procesor z taktowaniem co najmniej 2.0GHz, pamięć RAM co najmniej 4GB, dysk twardy co najmniej 128 GB, w skład zestawu wchodzi: monitor o przekątnej co najmniej 15 cali, jednostka robocza, klawiatura myszka, listwa zasilająca;
- tablica interaktywna o minimalnych parametrach: przekątna: 77 cali; rozdzielczość 4000x4000; wymiary: szerokość – 165,7 cm, wysokość - 125,7 cm, głębokość – 13 cm; waga – 13,6 kg; typ pisaków – optyczny.

Pkt 11.4) ogłoszenia o zamówieniu: *Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów i urządzeń równoważnych, pod warunkiem, że zagwarantują one uzyskanie parametrów technicznych, jakościowych i eksploatacyjnych nie gorszych od założonych w dokumentacji, z zastrzeżeniem zapisów dotyczących ponownego wykorzystania materiałów. Mając na uwadze, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do dokumentów wskazanych w art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.*

Analogiczne postanowienie znajduje się w części II SIWZ.

W § 1 ust. 2 wzoru umowy w sprawie zamówienia znajduje się następujący zapis: (...) *Wykonawca może zastosować tylko sprzęt i urządzenia równoważne lub od tych które zostały opisane w opisie przedmiotu zamówienia.*

Oferta Up Led obejmuje m.in. tablicę multimedialną o wadze 19,5 kg.

W piśmie z 17 maja 2018 r. Up Led wyjaśnił zamawiającemu, że wszystkie parametry zostały określone przez Zamawiającego jako minimalne, co oznacza, że w odniesieniu do wagi tablicy wykonawcy mogli zaproponować każdy produkt o wadze 13,6 kg lub większej.

Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że określając parametr wagi tablicy multimedialnej, Zamawiający dopuszczał możliwość zaoferowania takiego urządzenia o niższej wadze niż wskazana w OPZ.

Według Odwołującego podejście prezentowane przez Up Led abstrahuje całkowicie od dążenia Zamawiającego do uzyskania przedmiotu zamówienia o parametrach technicznych, jakościowych i eksploatacyjnych takich samych albo nie gorszych od opisanych w dokumentacji.

W opinii Odwołującego nie sposób przyjąć, że wyższa waga urządzenia stanowi lepsze i korzystniejsze rozwiązanie dla Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, większa waga tablicy multimedialnej może całkowicie uniemożliwić albo znacząco utrudnić jej późniejsze

wykorzystanie.

Odwołujący zauważył, że absurdalność stanowiska Up Led można zaprezentować na przykładzie wagi mikrofonu. Skoro zgodnie z OPZ należy zaoferować mikrofon o minimalnych parametrach, m.in. wadze 215 g, za dopuszczalne należałoby uznać zaoferowanie mikrofonu o wadze 2 kg.

Odwołujący zwrócił uwagę, że traktując głębokość tablicy multimedialnej określonej na 13 cm jako parametr minimalny, zaproponowanie przez Up Led urządzenia o głębokości wynoszącej 3,95 cm należałoby uznać za niezgodne z SIWZ.

Podsumowując, Odwołujący wywiódł, że określone w treści opisu przedmiotu zamówienia parametry techniczne należy uznać za referencyjne dla potrzeb złożenia oferty, co oznacza, że wykonawcy byli uprawnieni do złożenia ofert w oparciu o urządzenia posiadające parametry techniczne, jakościowe i eksploatacyjne takie same albo nie gorsze od nich. W odniesieniu natomiast do wagi poszczególnych urządzeń, w szczególności tablicy multimedialnej, nie sposób przyjąć, że urządzenie o wyższej wadze stanowi rozwiązanie lepsze i korzystniejsze od produktu o niższej wadze.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że w piśmie z 14 maja 2018 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o występującej w ofercie Up Led niezgodności z treścią SIWZ, przedstawiając stosowaną argumentację. Następnie potwierdził swoje stanowisko w piśmie z 23 maja 2018 r., które stanowiło także replikę wobec niezasadnych twierdzeń formułowanych przez Up Led.

Odwołujący zarzucił, że pomimo zwrócenia przez niego Zamawiającemu uwagi na zaistniałe w toku postępowania nieprawidłowości, Zamawiający nie podjął żadnych działań w celu ich sanowania, czym naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

8 czerwca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w stosownej formie elektronicznej zgłoszenie przez UP LED sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania tego zgłoszenia 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 przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

12 czerwca 2018 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości odwołanie.

Ponadto Zamawiający poinformował, że unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a także dokona ponownego badania i oceny ofert.

13 czerwca 2018 r. odbyło się posiedzenie Izby, na które nie stawił się Przystępujący, pomimo otrzymania zawiadomienia o jego terminie.

**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 rozpoznania 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 odwołaniu. Izba zważyła, że dla wywarcia skutku postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności Zamawiającego, które podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Izba uznała, że skoro Przystępujący Up Led został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, na którym miało zostać rozpatrzone odwołanie, miał możliwość reprezentowania swoich interesów na posiedzeniu, na które jednak się nie stawił, ani nie złożył wniosku o zmianę terminu posiedzenia, co należy poczytać 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 2014 r. poz. 964) 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 tym 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 wobec tej czynności.

Skoro 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, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można i należy zgłosić w tym terminie. W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, 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 – 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 na etapie postępowania odwoławczego przed wyznaczeniem posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

## **Sygn. akt KIO 1106/18**

Izba podzieliła w powyższym zakresie stanowisko wyrażone uprzednio w zbliżonych stanach faktycznych przez Izbę m.in. w postanowieniach wydanych: 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12) czy 4 września 2014 r. (sygn. akt 1710/14).

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a Przystępujący po jego stronie nie zgłosił co do tej czynności sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego.

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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....