

POSTANOWIENIE

z dnia 8 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

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

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **8 października 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 września 2013 r.** przez wykonawcę: **Jolantę R.J.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **Jolimpex Al. Na Skarpie 19/1, 00-488 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostkę Wojskową 2063, ul. Banacha 2, 00-909 Warszawa**, przy udziale wykonawcy:

Konsorcjum składającego się z firm: **Amad Sp. z o.o. (lider) ul. Łąkowa 31, 05-092 Łomianki; Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o. o.** zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego,

- wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania,

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: Jolanty R.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex Al. Na Skarpie 19/1, 00-488 Warszawa kwoty 15 000 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 2013, poz. 907) 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 na „Zakup i dostawę materiałów biurowych oraz kalendarzy dla instytucji będących na zaopatrzeniu logistycznym Jednostki Wojskowej 2063, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.05.2013 r. pod pozycją 2013/S 104-177964, w dniu 27 września 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Jolantę R.J., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, tj. 27 września 2013 r.

Odwołanie zostało wniesione skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 17 września 2013 r. o wynikach postępowania i dotyczy czynności i zaniechań zamawiającego, jak niżej:

- 1) oceny ofert i uznania oferty Lyreco Polska sp. z o.o. (dalej Lyreco) jako zgodnej z treścią SIWZ i przyznanie tej ofercie 2 miejsca,
- 2) oceny ofert i uznania oferty konsorcjum firm: Amad Sp. z o.o. i Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. (dalej konsorcjum Amad) jako zgodnej z treścią SIWZ i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej,
- 3) zaniechanie zamawiającego polegające na niewybraniu oferty Jolimpex, jako oferty najkorzystniejszej,
- 4) zaniechanie przez zamawiającego wezwania konsorcjum Amad do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 Pzp w zakresie wymaganego doświadczenia, w sytuacji w której nie wyjaśnienie lub nieuzupełnienie - w ocenie Jolimpex skutkować powinno wykluczeniem konsorcjum z postępowania,
- 5) czynności dokonania przez zamawiającego zmian w ofercie konsorcjum Amad na podstawie złożonych przez niego wyjaśnień i uzupełnień oferty, pomimo braku podstaw prawnych i faktycznych do dokonania takich zmian albo ewentualnie w przypadku uznania tych zmian za dopuszczalne przez Izbę - zaniechania zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty konsorcjum w trybie art. 87 ust. 2 Pzp,
- 6) zaniechania przez zamawiającego żądania wyjaśnienia przez konsorcjum Amad rażąco niskiej ceny oferty,

7) zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty konsorcjum Amad jako niezgodnej z treścią SIWZ lub wykluczenia tego wykonawcy z postępowania,

8) zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty Lyreco jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Jednostce Wojskowej 2063 w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:

1) art. 7 ust. 1 Pzp - naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron,

2) art. 7 ust. 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia konsorcjum Amad, które zostało wybrane z rażącym naruszeniem przepisów ustawy,

3) art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez uznanie, iż konsorcjum Amad spełnia warunki udziału w postępowania pomimo nie posiadania doświadczenia wymaganego przez SIWZ,

4) art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp poprzez niezastosowanie tego przepisu w stosunku do wykonawcy i nie wykluczenie konsorcjum Amad, które złożyło fałszywe oświadczenia i informacje, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

5) art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp poprzez niewykluczenie konsorcjum Amad pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia,

6) art. 26 Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń związanych z doświadczeniem konsorcjum,

7) art. 82 ust. 3 Pzp poprzez uznanie, iż oferty konsorcjum Amad i Lyreco odpowiadają treści SIWZ, gdy w rzeczywistości oferty te były niezgodne z treścią SIWZ,

8) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie przez zamawiającego negocjacji z konsorcjum Amad i Lyreco w zakresie treści złożonych ofert oraz dokonanie *de facto* przez zamawiającego zmiany treści ofert w wyniku złożonych przez konsorcjum Amad i Lyreco wyjaśnień,

9) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez niedopuszczalne uzupełnienie oferty konsorcjum Amad o brakujący formularz w wersji elektronicznej,

10) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez niedopuszczalną zmianę oferty konsorcjum Amad i Lyreco przez zamawiającego, w szczególności zmianę lub uzupełnienie numerów katalogowych i nazw producentów oferowanych produktów oraz zmianę oferowanych produktów w stosunku do pierwotnej wersji oferty,

- 11) art. 87 ust 2 Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności poprawienia oferty konsorcjum Amad i Lyreco, w sytuacji w której *de facto* doszło do takiej poprawienia oferty lub jej zmiany w związku z wyjaśnieniami złożonymi przez konsorcjum Amad i Lyreco,
- 12) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nieodrzućenie ofert konsorcjum Amad i Lyreco jako niezgodnych z treścią SIWZ,
- 13) art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty konsorcjum Amad jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,
- 14) art. 90 Pzp poprzez niewyjaśnienie przez zamawiającego czy oferta konsorcjum Amad zawiera rażąco niską cenę w sytuacji, gdy oferta ta stanowiła poniżej 50% szacunkowej wartości zamówienia i była około 40 % tańsza od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty konsorcjum Amad jako najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności uznania oferty Lyreco za ważną i zgodną z treścią SIWZ,
- 3) unieważnienia czynności zmian w ofercie konsorcjum Amad w toku wyjaśnień jej treści,
- 4) unieważnienia czynności zmian w ofercie Lyreco w toku wyjaśnień jej treści,
- 5) powtórzenia czynności oceny ofert i ewentualnego wezwania konsorcjum do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadanego doświadczenia w trybie art. 26 Pzp,
- 6) ustalenia przez zamawiającego czy oferta konsorcjum Amad nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- 7) odrzucenia oferty konsorcjum Amad jako niezgodnej z treścią SIWZ, lub którego oferta zawiera rażąco niską cenę albo ewentualnego wykluczenia tego wykonawcy, jako wykonawcy, który nie posiada wymaganego doświadczenia,
- 8) odrzucenia oferty Lyreco jako niezgodnej z treścią SIWZ,
- 9) uznania oferty Jolimpex za ofertę najkorzystniejszą,
- 10) zasądzenia od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia żądania z punktu 7 lub 8 w zakresie odrzucenia ofert Lyreco i konsorcjum Amad,

11) dokonania przez zamawiającego czynności poprawienia oferty konsorcjum Amad i Lyreco w trybie art. 87 ust. 2 Pzp.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie do zgłoszonych zarzutów i żądań.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 30 września 2013 r., pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego, w kopi przesłane do stron, zgłosił w dniu 3 października 2013r. wykonawca wybrany konsorcjum: Amad Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o., który powołał się na swój interes utrzymania czynności wyboru jego oferty do realizacji zamówienia i wnosił o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum: Amad Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Za pośrednictwem faksu z dnia 7 października 2013 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że: „postanawia uwzględnić w całości zarzuty przedstawione w dniu 27.09.2013 r. w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej złożonym przez firmę Jolimpex Jolanta R.J. (...)” Na posiedzeniu Izby - pismo podpisane przez Dowódcę JW nr 2063 płk Grzegorza W. zostało okazane w oryginale.

W dniu 8 października 2013 r. wpłynęło pismo konsorcjum: Amad Sp. z o.o. i Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o., z którego wynika, iż przystępujący został powiadomiony o uwzględnieniu przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania

Przystępujący, mimo powiadomienia o terminie posiedzenia i o uwzględnieniu przez zamawiającego odwołania w całości, na posiedzenie Izby nie przybył. Nie wniósł też sprzeciwu od tej czynności w trybie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 186 ust. 5 ustawy Pzp sprzeciw może być wniesiony pisemnie, ale także ustnie do protokołu. Przystępujący żądał rozpatrzenia zgłoszonych przez niego dowodów załączonych do pisma złożonego 8 października 2013 r., w odniesieniu do podania nieprawdziwych informacji dotyczących dostaw na rzecz 3 Batalionu w Warszawie oraz zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, przy czym zaznaczył, że: zdajemy sobie sprawę, że nasze pismo może nie odnieść skutków prawnych, jednak zarzuty, które przedstawiła firma Jolimpex są dla nas krzywdzące i stawiają naszą firmę w złym świetle.

W ocenie odwołującego pismo przystępującego nie stanowi sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wnosił o nie uwzględnienie wniosków zawartych w piśmie przystępującego, gdyż dotyczą one zarzutów merytorycznych, które

mogą być przedmiotem rozpatrywania na rozprawie, a z uwagi na nie zgłoszenie sprzeciwu – odwołujący wskazywał, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania.

Zamawiający stwierdził, że jego stanowisko pozostaje niezmiennie i sprowadza się do uwzględnienia w całości zarzutów postawionych w odwołaniu. Do innych kwestii związanych z pismem przystępującego zamawiający się nie odnosił.

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 przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Izba uznała stanowisko zamawiającego, wynikające z oświadczenia złożonego przez Dowódcę JW nr 2063 płk Grzegorza W. - za niebudzące wątpliwości oświadczenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Żądanie przez przystępującego rozpatrzenia na posiedzeniu Izby złożonych dowodów i niektórych zarzutów odwołania, bez formalnego wniesienia sprzeciwu - nie podlegało uwzględnieniu.

Przepis art. 183 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający ze skutkiem prawnym uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a przystępujący nie wniósł sprzeciwu, Izba działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba miała na uwadze okoliczność, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Pzp koszty znoszą się wzajemnie między stronami.

Jednocześnie, w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego, Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień

Publicznych kwoty uiszczanego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 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: