

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 31 października 2012 r.**

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

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **31 października 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2012 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AMG.net S.A. z siedzibą w Łodzi, Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois (Francja), Bull Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S&T Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Instytut Badawczo-Szkoleniowy sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. z siedzibą w Warszawie – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, „Polska Telefonía Komórkowa – Centertel” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TP Edukacja i Wypoczynek sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AMG.net S.A. z siedzibą w Łodzi, Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois (Francja), Bull Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie 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 postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa: Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, 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 „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Wykonanie, wdrożenie i rozwój Narzędzi Nowoczesnej Komunikacji* (oznaczenie sprawy ZPC 8/1.12.2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10 marca 2012 r. pod nr 2012/S\_49-080450, z tym, że 7 marca 2012 r. Zamawiający przesłał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej ([www.crzl.gov.pl](http://www.crzl.gov.pl)).

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

2 października 2012 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: AMG.net S.A. z siedzibą w Łodzi, Bull SAS z siedzibą w Les Clayes sous Bois (Francja), Bull Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie – datowane na 31 sierpnia 2012 r. zawiadomienie o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

12 października 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od następujących niezgodnych z ustawą pzp czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. Zaniechania niezwłocznego powiadomienia Odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.
2. Dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i ustaleniu wyników tej oceny w sposób wadliwy, sprzecznie z treścią wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (w szczególności złożonych wraz z wnioskiem lub uzupełnionych oświadczeń lub dokumentów), co skutkowało błędnym przyznaniem Odwołującemu w ramach oceny spełniania tych warunków 0 punktów zamiast 48 punktów oraz brakiem zaproszenia Odwołującego do składania ofert.
3. Zaproszenia do składania ofert w postępowaniu wykonawców, którzy w świetle kryteriów oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i treści wniosku Odwołującego nie mieli najwyższych ocen spełniania tych warunków.

4. Zaniechania dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego z uwzględnieniem wszystkich dokumentów znajdujących się w treści jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co skutkowało zaniechaniem przyznania Odwołującemu 48 punktów w ramach oceny spełniania tych warunków.
5. Zaniechania zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu, pomimo spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w najwyższym stopniu.

Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3, art. 27 ust. 1 i 2, art. 50 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1, 1a i 2.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do składania ofert w postępowaniu.
2. Ponownego przeprowadzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem treści złożonych przez Odwołującego: wykazu wykonanych dostaw lub usług oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.
3. Dokonania czynności zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odnośnie zarzutu zaniechania niezwłocznego poinformowania Odwołującego od wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 51 ust. 1a pzp)

31 sierpnia 2012 r. Zamawiający podjął próbę przesłania stosownego zawiadomienia Odwołującemu, jednak z przyczyn niezależnych od Odwołującego próba ta zakończyła się niepowodzeniem (wysłana wiadomość nie została dostarczona na adres osoby odpowiedzialnej po stronie Odwołującego za porozumiewanie się z Zamawiającym). W wyniku analizy logów serwera Lotus Domino (obsługującego pocztę przychodzącą) Odwołujący ustalił, że nie otrzymał żadnej korespondencji z adresu 'tomasz.wasak@crzl.gov.pl'. Odwołujący podał, że w tym okresie korzystał z dodatkowego serwera pocztowego realizującego funkcję filtra antyspamowego, który korespondencję przychodzącą do odbiorców z domen '@amg.net.pl' oraz '@bull.com.pr' oczyszczał z: wiadomości pochodzących od zakazanych nadawców, wiadomości zawierających błędy lub też niechciane treści. W logach tego serwera antyspamowego znajduje się zapis świadczący o tym, że 31 sierpnia 2012 r. o godz. 15:29:48 odebrał on próbę dostarczenia wiadomości przez Zamawiającego – nastąpiła komunikacja pomiędzy serwerem nadawcy o adresie IP: 89.161.234.181 (do którego odnoszą się nazwy DNS: 'crzl.gov.pl' oraz wymieniona w logu 'v047425.home.net.pl') a serwerem 'mx.amg.net.pl' (IP: 91.193.144.104) ze strony

Odwołującego. Jednakże ze względu na błąd "unqualified address not permitted", wiadomość została w całości odrzucona przez serwer antyspamowy. Według Odwołującego informacja o wystąpieniu błędu powinna zostać przesłana do nadawcy wiadomości przez jego serwer poczty wychodzącej, a wpisy podobnej treści powinny zostać także odnotowane w logach tego serwera (w tym przypadku serwera Zamawiającego). Odwołujący stwierdził, że źródłem wspomnianego błędu był adres: 'K.....R.....@asseco.pl', który został przez program pocztowy nadawcy lub przez samego autora wiadomości otoczony dodatkowymi apostrofami (innymi słowy pojedynczym cudzysłowem). Spowodowało to, że cała wiadomość została przez serwer uznana za niedozwoloną.

Zdaniem Odwołującego gdyby Zamawiający prawidłowo wpisał adresy wszystkich odbiorców to wówczas nie byłoby przeszkód z odbiorem wiadomości przez serwer pocztowy Odwołującego. Ponadto otrzymanie przez Zamawiającego komunikatu o błędzie "unqualified address not permitted" powinno skłonić go do podjęcia próby ponownego przesłania tej wiadomości. Wreszcie Zamawiający działający z należytą starannością winien żądać potwierdzenia faktu otrzymania przez Wykonawcę każdej informacji przesłanej faksem lub drogą elektroniczną (art. 27 ust. 2 pzp). Wówczas mógłby odpowiednio wcześniej zareagować (choćby w drodze kontaktu telefonicznego) na bezczynność drugiej strony w potwierdzeniu otrzymania wiadomości. Zamawiający nie podejmował również próby przesłania informacji w innej formie niż elektroniczna (np. faksem). Dopiero 2 października 2012 r. przedstawicielowi Zamawiającego – T..... W..... (nadawca: 't.....w.....@crzl.gov.pl') udało się skutecznie dostarczyć wiadomości e-mail, która nie zawierała już żadnych błędów w liście odbiorców, do przedstawiciela Odwołującego – J..... K..... (odbiorca: 'j.....k.....@bull.com.pl'). Przepis art. 51 ust. 1a pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek niezwłocznego poinformowania wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Zdaniem Odwołującego doszło do sprzecznego z art. 7 ust. 1 pzp nierównego potraktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. W wyniku braku należytej staranności po stronie Zamawiającego informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu została Odwołującemu przekazana ponad miesiąc później niż pozostałym wykonawcom.

Odnośnie zarzutu wadliwej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego

W punkcie 1.12 sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu znalazł się wymóg dysponowania przez wykonawcę min. 10 wdrożeniowcami z określonym doświadczeniem. Zgodnie z brzmieniem pkt sekcji IV.1.2) ogłoszenia w zakresie warunku dysponowania

osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający miał przyznać dodatkowe 3 punkty za dysponowanie dodatkowymi 20 osobami (w sumie 30 osób), które będą pełnić funkcję wdrożeniowców (wymagania dotyczące kwalifikacji i doświadczenia takie same jak przy wymaganiach obligatoryjnych). Złożony przez Odwołującego wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia zawierał listę 31 osób, które będą pełnić funkcję wdrożeniowców wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, adekwatnymi do wymagań jakie wobec wdrożeniowców znajdują się w punkcie 1.12 sekcji III.2.3) ogłoszenia. Wobec tak ustalonej treści wniosku Konsorcjum AMG.net Zamawiający miał obowiązek przyznania Odwołującemu 3 punktów za dysponowanie dodatkowymi 20 wdrożeniowcami.

Oprócz tego wniosek Odwołującego zawierał obszerny wykaz wykonanych usług (57 pozycji), których zakres, zdaniem Odwołującego, powinien być brany pod uwagę w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W szczególności wspomniany wykaz obejmował: pięć usług spełniających kryteria określone w ppkt 5.1 sekcji IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu; pięć usług spełniających kryteria określone w ppkt 5.2 sekcji IV.1.2); pięć usług spełniających kryteria określone w ppkt 5.3 sekcji IV.1.2); cztery usługi spełniające kryteria określone w ppkt 5.4 sekcji IV.1.2); trzy usługi spełniające kryteria określone w ppkt 5.5 sekcji IV.1.2); pięć usług spełniających kryteria określone w ppkt 5.6 sekcji IV.1.2); cztery usługi spełniające kryteria określone w ppkt 5.7 sekcji IV.1.2); trzy usługi spełniające kryteria określone w ppkt 5.8 sekcji IV.1.2); trzy usługi spełniające kryteria określone w ppkt 5.9 sekcji IV.1.2); trzy usługi spełniające kryteria określone w pkt 5.10 sekcji IV.1.2). Do wykazu załączono dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie. W tym stanie rzeczy – w ocenie Odwołującego – Zamawiający miał obowiązek przyznać Odwołującemu: 6 punktów za usługi spełniające kryteria określone w ppkt 5.1 sekcji IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu (po 2 punkty za każdą z 3 usług); 6 punktów za usługi spełniające kryteria określone w ppkt 5.2 sekcji IV.1.2) (po 2 punkty za każdą z 3 usług); 6 punktów za usługi spełniające kryteria określone w ppkt 5.3 sekcji IV.1.2) (po 2 punkty za każdą z 3 usług); 6 punktów za usługi spełniające kryteria określone w ppkt 5.4 sekcji IV.1.2) (po 2 punkty za każdą z 3 usług); 6 punktów za usługi spełniające kryteria określone w ppkt 5.5 sekcji IV.1.2) (po 2 punkty za każdą z 3 usług); 3 punkty za usługi spełniające kryteria określone w ppkt 5.6 sekcji IV.1.2) (po 1 punkcie za każdą z 3 usług); 3 punkty za usługi spełniające kryteria określone w ppkt 5.7 sekcji IV.1.2) (po 1 punkcie za każdą z 3 usług); 3 punkty za usługi spełniające kryteria określone w ppkt 5.8 sekcji IV.1.2) (po 1 punkcie za każdą z 3 usług). Odwołujący wyliczył, że w ramach oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia powinien otrzymać 45 punktów.

Odwołujący podsumował, że łącznie z punktami należnymi w ramach oceny spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (3 punkty) – winien otrzymać 48 punktów. Zdaniem Odwołującego ponieważ w ten sposób wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu maksymalnym, to obowiązkiem Zamawiającego jest zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty.

Odnosnie zarzutu dotyczącego skutecznego uzupełnienie wykazu usług przez Odwołującego

Zdaniem Odwołującego irrelevantną okolicznością jest fakt, że wspomniany wykaz wykonanych dostaw lub usług został złożony w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów skierowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp. W postępowaniu nie było podziału na obligatoryjny wykaz potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz dodatkowy, brany pod uwagę na potrzeby kwalifikacji na „krótką” listę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty. Zamawiający miał oceniać treść jednego dokumentu (wykazu wykonanych dostaw lub usług), zastrzegając jedynie, że pod kątem oceny punktowej będzie brał pod uwagę wyłącznie usługi realizowane bezpośrednio przez wykonawcę (wykonawca w tym zakresie nie mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów). Według Odwołującego wynika z tego, że skoro złożony przez niego wykaz wykonanych usług stanowił podstawę oceny spełniania „minimalnych” warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie podstawę „oceny punktowej” spełniania tych warunków w rozumieniu art. 51 ust. 1 i nast. ustawy pzp, to obowiązkiem Zamawiającego było uwzględnienie tego wykazu w toku czynności oceny wniosków, o której mowa w art. 51 ust. 2 pzp. Zamawiający ma obowiązek wziąć pod uwagę wszystkie dokumenty prawidłowo złożone przez wykonawcę w postępowaniu, niezależnie od momentu ich złożenia. Istotna jest ich treść, z której winno wynikać potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w dniu, w którym upływał termin składania wniosków.

Odwołujący podniósł, że takie stanowisko ma wyraźne wsparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w omawianym zakresie prezentuje następujące poglądy:

- *Ani art. 26 ust. 3 Pzp, ani żadne inne przepisy, w tym odnoszące się do przetargu ograniczonego (art. 47 i n. Pzp) nie wprowadzają ograniczeń dotyczących zakresu uzupełniania dokumentów, w zależności od tego, czy warunek, na potwierdzenie którego są przedkładane, podlega ocenie stanowiąc podstawę kwalifikacji wykonawców do kolejnego etapu postępowania, czy też nie.* (wyrok z 20 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1918/10)
- *W przetargu ograniczonym, w przeciwieństwie do przetargu nieograniczonego, celem wykonawcy w pierwszym etapie postępowania nie jest wyłącznie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz także uzyskanie jak najwyższej oceny*

*spełniania tych warunków (art. 51 ust. 2 Pzp). Ani art. 26 ust. 3 Pzp, ani inne przepisy, w tym odnoszące się do przetargu ograniczonego (art. 47 i n. Pzp) nie wprowadzają ograniczeń dotyczących zakresu uzupełniania brakujących dokumentów, warunkując dokonanie tej czynności tym, czy wykonawca spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu, czy nie. (wyrok z 13 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 2816/10, KIO 14/11)*

- *Opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, określony przez zamawiającego w ogłoszeniu, stanowi podstawę zarówno oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak i oceny – w jakim stopniu wykonawca przewyższa wymaganie minimalne. (wyrok z 10 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1099/11)*

Odwołujący podsumował, że z tych względów uzupełniony przez niego wykaz usług powinien posłużyć Zamawiającemu do przeprowadzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zarówno w stopniu minimalnym (na okoliczność braku podstaw wykluczenia) jak i dodatkowym (kwalifikacji do drugiej fazy przetargu). W konsekwencji przyznanie Odwołującemu 0 punktów stanowi istotne naruszenie przywołanych powyżej przepisów ustawy, niezależnie czy nastąpiło na skutek zaniechania wzięcia pod uwagę oświadczeń lub dokumentów uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 pzp, czy też z powodu ich negatywnej oceny merytorycznej.

15 października 2012 r. Zamawiający drogą elektroniczną wezwał pozostałych wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, przekazując im równocześnie kopię odwołania. Do Prezesa Izby wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego:

– 17 października 2012 r. (pismem z 16 października 2012 r.) przez S&T Services Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Instytut Badawczo-Szkoleniowy sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej w skrócie „Konsorcjum S&T”) – po stronie Odwołującego.

– 18 października 2012 r. (pismem z 17 października 2012 r.) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Comp” S.A. z siedzibą w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, eO Networks S.A. z siedzibą w Warszawie – po stronie Zamawiającego.

– 18 października 2012 r. (pismem z tej daty) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, „Polska Telefonia Komórkowa – Centertel” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TP Edukacja i Wypoczynek sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,



Centrum Badań Marketingowych INDICATOR sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej w skrócie „Konsorcjum TP”) – po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że wszystkie przystąpienia zostały zgłoszone w odpowiednim terminie i w odpowiedniej formie, przy zachowaniu wymogu przekazania ich kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp). Jednakże Izba uznała, że pomimo wpłynięcia trzech zgłoszeń uczestnikami niniejszego postępowania odwoławczego mogą być jedynie: Konsorcjum S&T – po stronie Odwołującego oraz Konsorcjum TP – po stronie Zamawiającego. Izba oddaliła na posiedzeniu opozycję Odwołującego uznając, że nie wykazał on braku po stronie Konsorcjum TP interesu w oddaleniu odwołania. W ocenie Izby, niezależnie od tego czy Konsorcjum TP uzyskało maksymalną ocenę swojego wniosku, to wystarczającą korzyścią dla niego może być zapobieżenie powtórzeniu oceny wniosków i umożliwienie w ten sposób przejścia do etapu składania ofert.

Izba stwierdziła nieskuteczność trzeciego przystąpienia z następujących powodów. Z regulacji zawartej w ust. 1-6 art. 185 pzp wynika przede wszystkim zasada, że do postępowania odwoławczego w danej sprawie może przystąpić wyłącznie (inny niż składający odwołanie) wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego. Z wyjątkiem sytuacji, gdy odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, krąg takich wykonawców w trybach podstawowych jest ograniczony do tych, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub złożyli oferty (w zależności od trybu lub etapu, na jakim znajduje się postępowanie). Ponieważ przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, to uczestnikami postępowania odwoławczego – dotyczącego wyników badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w nim – mogą być wyłącznie wykonawcy, którzy je złożyli. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – do których z mocy art. 23 ust. 2 pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio – uczestnikiem postępowania odwoławczego mogą stać się wyłącznie wszyscy wykonawcy, którzy wspólnie złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu, a tylko niektórzy spośród nich.

Z tego względu Izba uznała za nieskuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłoszone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Comp” S.A. z siedzibą w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, eO Networks S.A. (wszystkie spółki z siedzibą w Warszawie). Izba ustaliła na posiedzeniu, że zgłoszenie to dotyczy jedynie trzech spośród pięciu wykonawców, który złożyli wniosek w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Z formularza wniosku z 9 kwietnia 2012 r. wynika, że został on złożony przez konsorcjum

pięciu wykonawców: (1) Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (2) „Comp” S.A. z siedzibą w Warszawie, (3) eO Networks S.A. z siedzibą w Warszawie, Tomorrow sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i (5) A..... D..... MEGA SPORTS z Warszawy. Do wniosku załączono pełnomocnictwo z 6 kwietnia 2012 r., w którym wykonawcy ci ustanowili spółkę „Comp” pełnomocnikiem w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy pzp, z prawem do *reprezentowania członków Konsorcjum łącznie, jak również każdego z nich z osobna*, przy czym pełnomocnictwo to obejmuje m.in. umocowanie do wnoszenia przysługujących w postępowaniu środków ochrony prawnej, jak również złożenia oświadczenia o przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez innego wykonawcę w postępowaniu oraz przystąpienia do postępowania odwoławczego (lit. e wyszczególnionych czynności). Tymczasem z treści pisma z 17 października 2012 r. wynika jednoznacznie, że przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłaszane jest przez trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Comp” S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. oraz eO Networks S.A. Tych trzech wykonawców zostało trzykrotnie określonych – jako uczestnik zgłaszający przystąpienie – a nie tylko w oznaczeniu na wstępie pisma. W szczególności jednoznaczna jest treść oświadczenia: *...Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego tj. COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i eO Networks S.A. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej „Uczestnikiem postępowania”) zgłaszają przystąpienie do postępowania odwoławczego...* Wreszcie w pkt 1 załączników wskazano: *odpisy z KRS Uczestnika postępowania: COMP S.A., Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., eO Networks S.A.* – i rzeczywiście tylko dla tych trzech spółek takie dokumenty załączono. W ocenie Izby oświadczenie o takiej treści złożone przez podmiot profesjonalny nie sposób interpretować jako wyrażenie woli zgłoszenia przystąpienia w również w imieniu spółki z o.o. Tomorrow oraz przedsiębiorcy A..... D..... MEGA SPORTS. O ile nie ulega wątpliwości, że „Comp” S.A. w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu miał umocowanie do zgłaszania przystąpień również w imieniu tych wykonawców, o tyle nie skorzystał z niego lub je utracił, gdyż przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego zostało zgłoszone tylko w imieniu trzech pozostałych wykonawców. Na możliwość odmiennej interpretacji nie wskazuje również, zbędne dla samego przystąpienia podpisane przez tych samych dwóch członków zarządu „Comp” S.A., załączone do niego dodatkowo pełnomocnictwo z 10 października 2012 r., w którym udzielili oni dalszemu pełnomocnikowi umocowania do reprezentowania tej spółki jako *Mocodawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego* prowadzonego przez

## Sygn. akt KIO 2226/12

Zamawiającego, w tym złożenia oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby odmienna sytuacja miała miejsce w przypadku drugiego zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego oczywiste było, że nie zostało ono zgłoszone przez osobę fizyczną, nie tylko z tego powodu, że podpisała się ona jako *Dyrektor Programu*. Przede wszystkim do pisma załączono trzy pełnomocnictwa, w tym pełnomocnictwo udzielone 13 kwietnia 2012 r. temu pracownikowi Telekomunikacji Polskiej S.A. do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, w tym do wnoszenia w imieniu tych wykonawców pism w postępowaniach przed Prezesem Izby i Krajową Izbą Odwoławczą. Ponadto 22 października 2012 r. zostało przesłane pismo, w którym wskazano, że w skład *Konsorcjum firm* reprezentowanych przez Telekomunikację Polską S.A. jako lidera, wchodzi także: „Polska Telefonía Komórkowa – Centertel” sp. z o.o., WASKO S.A., Comarch S.A., Integrated Solutions sp. z o.o., TP Edukacja i Wypoczynek sp. z o.o. i Centrum Badań Marketingowych INDICATOR sp. z o.o. W ocenie Izby nie stanowiło to zmiany podmiotowej uprzednio zgłoszonego przystąpienia przez Telekomunikację Polską S.A. w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ani nowego zgłoszenia przystąpienia, lecz uzupełnienie brakujących informacji identyfikujących pozostałych uczestników konsorcjum. W przeciwieństwie do powyżej opisanej sytuacji, zgłoszenie nie zawężyło przystąpienia tylko do niektórych spośród wykonawców, którzy złożyli razem wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu.

30 października 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający wniósł do Prezesa Izby odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że na podstawie art. 186 ust. 1 i 2 ustawy pzp uznaje w całości zarzuty podniesione przez Odwołującego jako zasadne. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził ponadto, że czyniąc zadość wnioskowi Odwołującego zobowiązuje się do dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z 31 sierpnia 2012 r.;
- 2) ponownego przeprowadzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem treści złożonego przez Odwołującego wykazu wykonanych dostaw lub usług oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;
- 3) zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu.

Odpowiedź na odwołanie podpisał osobiście kierownik Zamawiającego – Dyrektor Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich.

W toku posiedzenia 31 października 2012 r. Przystępujący Konsorcjum TP oświadczył do protokołu, że nie wnosi sprzeciwu odnośnie uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

**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 zadeklarował uczynienie zadość żądaniom odwołania. Izba zważyła, że dla wywarcia skutku dla postępowania odwoławczego w postaci jego umorzenia konieczne jest uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a przystępujące skutecznie po jego stronie Konsorcjum TP nie sprzeciwiło się temu – 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: .....**