

POSTANOWIENIE

z dnia 11maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

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

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika w dniu **11 maja 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 kwietnia 2016 r.** przez wykonawcę: **Polcom Sp. z o.o., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**, wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego:

A. **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa** - po stronie odwołującego,

- wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.

3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz odwołującego: **Polcom Sp. z o.o., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina**, kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy 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 2015 r. poz. 2164) 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 sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dz. Urz. UE 2015/S 242-440304 z 15.12.2015 r. pn. „Modernizacja systemu kopii zapasowej”, zostało wniesione w dniu 29 kwietnia 2016 r. odwołanie przez wykonawcę Polcom Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie określonym w art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podstawą wniesienia odwołania było powiadomienie przez zamawiającego w dniu 19 kwietnia 2016 r. pocztą elektroniczną o ustaleniu wyniku przetargu.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2016 r., zgłoszenie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom złożył dnia 2 maja 2016 r. wykonawca Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - po stronie odwołującego. Izba uznała, że ww. przystąpienie spełnia przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i wykonawca Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Na posiedzeniu Izby w łącznie rozpoznawanych sprawach odwoławczych o sygn. akt: KIO 684/16; KIO 701/16; KIO 705/16 wykonawca - konsorcjum: Advatech Sp. z o.o. i Cloudware Polska Sp. z o.o. powołując się na „pismo procesowe”, które złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2016 r. postulował, aby Izba uznała ww. pismo za przystąpienie do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Izba nie znalazła podstaw, aby uwzględnić ww. wnioski. Należało zważyć, że konsorcjum Advatech Sp. z o.o. (lider), ul. Klecińska 123, 54 - 413 Wrocław oraz Cloudware Polska Sp. z o.o., ul. Pory 59, 02 - 757 Warszawa zostało prawidłowo pouczone i wezwane przez zamawiającego na podstawie art. 185 ustawy Pzp w dniu 29 kwietnia 2016 r. do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Przepis art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, 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 jego uczestnikami, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze strony.

„Pismo procesowe” konsorcjum Advatech ww. warunków nie spełniało i nie stanowiło przystąpienia w rozumieniu postanowień art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, przytoczonych wyżej. Zostało złożone do sprawy, w której wykonawca nie uczestniczył, zawierało polemikę z odwołującym Polcom Sp. z o.o. w zakresie spełnienia przez odwołującego przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nie wskazywało strony, do której wykonawca przystępuje, ani nie uzasadniało interesu w rozstrzygnięciu na korzyść danej strony. Zostało podpisane przez pełnomocnika, bez przedstawienia pełnomocnictw. Nie można też było pominąć, iż konsorcjum Advatech do sprawy odwoławczej o sygn. akt: KIO 701/16 r. - na wezwanie zamawiającego z dnia 2 maja 2016 r. - złożyło w dniu 5 maja 2016 r. prawidłowe w swej formie i treści przystąpienie do danego postępowania odwoławczego. Z tych względów „Pisma procesowego” konsorcjum Advatech nie można było tłumaczyć nieporadnością strony w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, i nie wywołało ono żadnych skutków prawnych, które ustawa Prawo zamówień publicznych wiąże z prawidłowym zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołujący Polcom Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców: Advatech Sp. z o.o. i Cloudware Polska Sp. z o.o., mimo że jej treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie serwerów, które nie spełniają wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Perceptron Sp. z o.o., mimo że jej treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie serwerów, które nie spełniają wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) niezasadnego przyznania konsorcjum Advatech oraz wykonawcy Perceptron punktów w ramach kryterium „Funkcjonalność” w ramach podkryterium opisanego w rozdziale XVIII pkt 3 SIWZ w ppkt 7 tabeli, mimo że zaoferowane przez tych wykonawców urządzenie dyskowe typu A nie pozwala na zwiększenie wymaganej użytecznej przestrzeni dyskowej w sposób zgodny z SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Operatorowi Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), dalej „ustawy Pzp”, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Advatech, mimo że jej treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na

zaoferowanie serwerów, które nie spełniają wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Perceptron, mimo że jej treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie serwerów, które nie spełniają wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 91 ust. 1 Pzp przez niezasadne przyznanie konsorcjum Advatech oraz wykonawcy Perceptron punktów w ramach kryterium „Funkcjonalność” w ramach podkryterium opisanego w rozdziale XVIII pkt 3 SIWZ w ppkt 7 tabeli, mimo że zaoferowane przez tych wykonawców urządzenie dyskowe typu A nie pozwala na zwiększenie wymaganej użytecznej przestrzeni dyskowej w sposób zgodny z SIWZ.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert w zakresie oferty konsorcjum Advatech i oferty Perceptron,
- 2) nakazanie odrzucenia oferty konsorcjum Advatech i oferty Perceptron,
- 3) ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutów prowadzących do odrzucenia ofert tych wykonawców, nakazanie nieprzyznawania konsorcjum Advatech i wykonawcy Perceptron punktów w ramach kryterium „Funkcjonalność” za opcję dodatkową wskazaną w rozdziale XVIII pkt 3 SIWZ w ppkt 7 tabeli.

W dniu 10 maja 2016 r. w odpowiedzi na odwołanie zamawiający działając przez umocowanego pełnomocnika powiadomił, że: „uwzględnia w całości zarzuty przedstawione we wniesionym przez odwołującego odwołaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja Systemu kopii zapasowej.” Oświadczenie powyższe pełnomocnicy zamawiającego potwierdzili na posiedzeniu Izby.

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 oraz 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.

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. W takiej sytuacji rozpatrzenie sprawy przez Izbę ogranicza się do zbadania przesłanek formalnych umorzenia postępowania, bez możliwości oceny motywów, którymi kierowały się strony podejmując tego rodzaju czynności w zainicjowanym postępowaniu odwoławczym.

Wykazanie natomiast legitymacji do wniesienia odwołania, o której traktuje art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiąc że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeśli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - przynależy do przesłanek materialnych, podlegających rozpoznaniu na rozprawie. W przypadku uwzględnienia całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przed otwarciem wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron, postępowanie odwoławcze podlega obligatoryjnemu umorzeniu na etapie posiedzenia Izby, jeżeli po stronie zamawiającego brak było prawidłowo zgłoszonych przystąpień - w trybie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający ze skutkiem prawnym uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po stronie zamawiającego nie przystąpił 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, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp koszty znosi 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 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:

.....

