

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika w dniu 4 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2015 r. przez Odwołującego: TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42 lok. 110, 02-372 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Narodowe Centrum Badań Jądrowych, ul. Andrzeja Sołtana 7, 05-400 Otwock (Świerk)

przy udziale wykonawcy IT.EXPERT Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 00-486 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42 lok. 110, 02-372 Warszawa i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42 lok. 110, 02-372 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego: TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42 lok. 110, 02-372 Warszawa na rzecz Zamawiającego: Narodowe Centrum Badań Jądrowych, ul. Andrzeja Sołtana 7, 05-400 Otwock (Świerk) kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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:.....**

**Sygn. akt: KIO 1804/15**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Narodowe Centrum Badań Jądrowych, ul. Andrzeja Sołtana 7, 05-400 Otwock (Świerk) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Rozbudowę systemu przechowywania danych w Centrum Informatycznym Świerk na terenie Narodowego Centrum Badań Jądrowych, nr sprawy: ZP/21/2015.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało dokonane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 085-151471.

Zamawiający pismem z dnia 30 lipca 2015 r. przekazał Odwoływającemu: TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42 lok. 110, 02-372 Warszawa informację o odrzuceniu jego oferty i o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy IT.EXPERT Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 00-486 Warszawa.

Oferta Odwoływającego została odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, z podaniem następującego uzasadnienia faktycznego: „Zamawiający, zgodnie z wymaganiami SIWZ – załącznik nr 3 „Wykaz oferowanego sprzętu”, wymagał podania opisu parametrów technicznych dostarczanego komponentu.

Wykonawca udzielając wyjaśnień do treści oferty odnośnie doprecyzowania parametrów technicznych odwołał się w szczególności do pkt. 11.3. „Szczegółowej Specyfikacji technicznej oferowanego rozwiązania”, o treści: „Po zamontowaniu w szafie montażowej serwer plików zajmuje powierzchnię nie większą niż 56U (jednostek rackowych). System plików po rozbudowie w ramach przewidzianej przez Zamawiającego opcji będzie zajmować przestrzeń w szafach montażowych nie większą niż 84U (jednostek rackowych)”. Pkt. 11.3. nie określa parametrów oferowanego kontrolera przez Wykonawcę i półki dyskowej wskazanych w „Wykazie oferowanego sprzętu”.

Pismem z dnia 31 lipca 2015r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu powyższego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 10 sierpnia 2015 r. przekazał Odwoływającemu identyczną informację o odrzuceniu jego oferty z takim samym cyt. wyżej uzasadnieniem faktycznym i prawnym oraz przekazał wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty

wykonawcy IT.EXPERT Sp. z o.o., A. Jerozolimskie 176, 00-486 Warszawa.

Nie zgadzając się z odrzuceniem jego oferty i ponownym wyborem najkorzystniejszej oferty konkurenta Odwołujący w dniu 20 sierpnia 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec – jego zdaniem - niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

1) naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jego oferta jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia(dalej: „SIWZ”), oraz wybór oferty Wykonawcy IT.EXPERT Sp. z o. o (dalej: „IT.EKPERT”) i nieodrzucenie oferty Wykonawcy KOMA NORD Sp. z o.o. (dalej: „KOMA NORD”), tj. ofert, które powinny podlegać odrzuceniu z tych samych okoliczności, co oferta Odwołującego;

2) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wadę podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego oraz innych przepisów wskazanych w treści odwołania.

W związku z podniesionymi zarzutami, wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny oferty Odwołującego i jej wybór.

W dniu 24 sierpnia 2015r.zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy IT.EXPERT Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 00-486 Warszawa, zwany dalej Przystępującym.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 3 września 2015r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 3 września 2015r. zawierającego stanowisko z wnioskiem o odrzucenie odwołania, jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika Izba doszła do przekonania, że zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba na posiedzeniu ustaliła, że Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania dotyczących odrzucenia jego oferty w dniu 30 lipca 2015r.

W powyższej dacie Odwołujący dowiedział się o czynności odrzucenia jego oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu nie określenia parametrów oferowanego kontrolera przez Wykonawcę i półki dyskowej wskazanych w „Wykazie oferowanego sprzętu”.

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie została później zmieniona przez Zamawiającego w jakikolwiek sposób, a zatem należy przyjąć, że Odwołujący miał pełne podstawy prawne do skorzystania ze środka ochrony prawnej na czynność odrzucenia jego oferty z dnia 30 lipca 2015r., jeżeli zagrażała ona jego udziałowi w przetargu.

Izba ustaliła również, że tytuł zawiadomienia z dnia 31 lipca 2015r. odnosił się do czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie do czynności unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy.

W kontekście powyższego wymaga wskazania, że w piśmie z dnia 30 lipca 2015r. Zamawiający dokonał redakcji tytułu zawiadomienia odnosząc go do wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykonawców, których oferty zostały odrzucone.

Z powyższego wynika, że czynność z dnia 31 lipca 2015r. dotyczyła tylko unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert nieodrzuconych, to jest Przystępującego i wykonawcy KAMA NORD sp. z o.o., a nie odnosiła się do odrzuconej już oferty Odwołującego.

Według zapatrywania Izby bieg terminu do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia oferty Odwołującego, w rozpoznawanej sprawie, rozpoczął się w dniu 31 lipca 2015r. i upłynął w dniu 9 sierpnia 2015r.

Natomiast, Izba stwierdziła, że Odwołujący wniósł odwołanie w dopiero w dniu 20 sierpnia 2015r., co potwierdza prezentata Izby znajdująca się na tym dokumencie.

Z powyższego wynika, że odwołanie zostało wniesione po terminie.

Zgodnie z art.182 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Jednocześnie, zdaniem Izby - w rozpoznawanej sprawie, dokonując nawet odmiennej kwalifikacji prawnej terminowości wniesienia środka ochrony prawnej należałoby uznać, że zastosowanie ma przepis art. 182 ust.3 pkt. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W tym przypadku również 10 dniowy termin od momentu uzyskania przez Odwołującego informacji o odrzuceniu jego oferty został przekroczony.

Izba stanęła na stanowisku, że skutek prawny wywołała czynność odrzucenia oferty Odwołującego dokonana w dniu 30 lipca 2015r., która po upływie 10 dniowego terminu stała się prawomocna i w międzyczasie nie podlegała jakiegokolwiek zmianie.

W ocenie Izby w piśmie Zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2015r. nie powtórzono czynności odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem decyzja ta była już podjęta wcześniej.

Nadto redakcja samego tytułu zawiadomienia z dnia 10 sierpnia 2015r. wskazuje na fakt, iż odnosi się ono jedynie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jeżeli zatem oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona przez Zamawiającego, utracił on przymiot wykonawcy, w warunkach określonych w przepisie art.179 ust.1 ustawy Pzp, który mógłby skutecznie ubiegać się o zamówienie i wybór jego oferty, jako najkorzystniejszej, a wobec tego nie jest on uprawniony do wniesienia środka ochrony prawnej na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....**