

Sygn. akt: KIO 2306/12

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 5 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 5 listopada 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2012 r. przez **wykonawcę TRADEX SYSTEMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 110** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie, Al. Mickiewicza 30**

przy udziale **wykonawcy MEGATEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, ul. Balicka 75** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2306/12 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy TRADEX SYSTEMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 110** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Krakowie**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, montaż, konfigurację i uruchomienie serwera obliczeniowego dla Akademickiego Centrum Materiałów i Nanotechnologii (ACMiN) AGH – ZP/0226/2012 zostało wszczęte przez zamawiającego Akademię Górniczo-Hutniczą w Krakowie, Al. Mickiewicza 30 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w dniu 2 czerwca 2012r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2012/S 104-173706.

W dniu 11 października 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym o wyborze oferty MEGATEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, ul. Balicka 75 oraz o odrzuceniu oferty ATM Systemy Informatyczne SA z siedzibą w Warszawie, ul. Grochowska 21a na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na zaoferowanie 16 kart akceleratorów zamiast wymaganych 32 i o odrzuceniu oferty Tradex Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42 lok. 110 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż zamawiający wymagał zaoferowania bibliotek BLAS i LAPACK dla kart akceleratorów, a zaproponowane przez wykonawcę karty nie posiadają takich bibliotek.

W dniu 22 października 2012r. wykonawca Tradex Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42 lok. 110 – zwany dalej odwołującym wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 96 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm – dalej ustawy), § 5 ust. 1 i ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2010.10.26 w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej "Rozporządzenie") poprzez naruszenie jawności postępowania i nie udostępnienie załącznika do protokołu postępowania przetargów oraz naruszenie art. 89 oraz art. 7 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty, zawierająca przedmiot zamówienia, którego część nie istnieje, a w konsekwencji taka oferta nie spełnia wymagań SIWZ. Wskazał, że działania zamawiającego naruszają jego interes, bo nie udostępnienie dokumentacji postępowania potwierdza dążenie zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta podlega odrzuceniu z postępowania przetargowego. W konsekwencji, naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy godzi w interes odwołującego poprzez ograniczenie jego możliwości uzyskania zamówienia.

Wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu udostępnienia odwołującemu pełnej dokumentacji przetargowej, w przypadku stwierdzenia dokonania wyboru oferty z naruszeniem przepisów prawa, nakazanie zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty firmy MEGATEL Sp. z o.o. Sp. k. W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający pismem z dnia

2012.10.12, wysłanym i otrzymanym pocztą elektroniczną w tym samym dniu, poinformował o dokonaniu oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej w powyższym postępowaniu.

W dniu 2012.10.15 odwołujący złożył wniosek o udostępnienie dokumentacji przetargowej. Do dnia wniesienia odwołania, zamawiający zaniechał udostępnienia wnioskowanych dokumentów, pozostawiając wniosek odwołującego bez rozpatrzenia. Takie działanie zamawiającego, w sposób oczywisty narusza art. 8 ust. 1 ustawy pzp w związku z § 5 ust. 1 i ust. 5 Rozporządzenia oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Nie udostępnienie przez zamawiającego wnioskowanych informacji, wskazuje na fakt, że ocena oferty wykonawcy MEGATEL Sp. z o.o. Sp. k. i czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zostały dokonane z naruszeniem prawa. W rzeczywistości, w ocenie odwołującego wykonawca MEGATEL Sp. z o.o. Sp. k. powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Zarzuty wobec oferty wykonawcy MEGATEL Sp. z o.o. Sp. k. zostały podniesione w odwołaniu z dnia 2012.08.27 (sygn. akt KIO 1812/12, 1824/12). Z uwagi na brak interesu we wniesieniu odwołania, Izba pozostawiła podniesione zarzuty bez rozpatrzenia. Nie zmienia to faktu, że w toku rozprawy, zamawiający potwierdził, że część przedmiotu zamówienia zaoferowanego przez wykonawcę MEGATEL Sp. z o.o. Sp. k. nie istnieje, a w konsekwencji nie mogą zostać spełnione wszystkie warunki techniczne wymagane przez zamawiającego. W związku z tym, taka wada oferty, zdaniem odwołującego, jest nieusuwalna i powinna skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy. Uzasadnioną wątpliwość budzi fakt, że zamawiający dokonał wyboru takiej oferty, z równoczesnym zaniechaniem udostępnienia dokumentacji postępowania przetargowego. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji odwołującego, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 października 2012r. faksem.

W dniu 29 października 2012r. odwołujący wniósł pismo uzupełniając informacje zawarte w odwołaniu i podniósł, że skutecznie zaskarżył decyzję o odrzuceniu swojej oferty poprzez wniesienie skargi na orzeczenie Izby, zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta w przypadku uwzględnienia skargi jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Z pisma zgłaszające przystąpienie MEGATEL odwołujący powziął wiadomość, że zamawiający dokonał poprawy omyłek w ofercie MEGATEL, które nie mogły być w ocenie odwołującego dokonane, bo stanowią zmianę przedmiotu oferty. Zamawiający z akt postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1812/12 i KIO 1814/12 miał wiedzę o zasadności zarzutów odwołującego wobec oferty wybranej, zatem nie mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem tych oczywistych niezgodności treści oferty MEGATEL z wymaganiami siwz.

W dniu 23 października 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 26 października 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca MEGATEL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, ul. Balicka 75 wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W wyniku prawidłowego wykonania przez zamawiającego wcześniejszego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2012 roku (KIO 1812/12, KIO 1824/12) oferta przystępującego została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, a oferta odwołującego została odrzucona. Odnośnie tej decyzji zamawiającego odwołujący złożył odwołanie (sygnatura postępowania KIO 2306/12), w którym wniósł między innymi o odrzucenie oferty przystępującego. W razie wydania korzystnego dla odwołującego rozstrzygnięcia Izby tej w sprawie, ponowna ocena ofert będzie skutkować tym razem odrzuceniem oferty przystępującego. W interesie przystępującego leży wobec tego przyłączenie się do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wykazanie, że odwołanie to nie spełnia przesłanek formalnych i powinno być odrzucone, ewentualnie - w drugiej kolejności - że zarzuty podniesione w odwołaniu nie znajdują uzasadnienia. W przypadku uwzględnienia odwołania przystępujący może bowiem ponieść szkodę polegającą na utracie zysków w związku z niezrealizowaniem przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący zarzucił odwołującemu brak interesu w uzyskaniu zamówienia, bowiem nie zakwestionował w nim odrzucenia swojej oferty. Jedynymi zarzutami zgłoszonymi przez odwołującego są: zarzut formalny odnoszący się do rzekomego nieudostępnienia dokumentacji przetargowej odwołującego oraz zarzut odnoszący się do rzekomej wadliwości oferty przystępującego. Nawet gdyby zarzuty te zasługiwały na uwzględnienie (co nie ma miejsca), i tak nie będzie mogło już dojść do wyboru oferty odwołującego w niniejszym postępowaniu. Wówczas bowiem wszystkie oferty powinno zostać odrzucone, a postępowanie unieważnione. Wskazał na w wyroku Izby z dnia 30 marca 2012 roku, sygn. akt KIO 482/12, wyrok Izby z dnia 5 sierpnia 2011 roku, sygn. akt KIO 1557/11 oraz wyrok Izby z dnia 24 maja 2012 roku, sygn. akt KIO 956/12. Odwołujący, zdaniem przystępującego, nie wykazał też, że w wyniku rzekomego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub mógł ponieść szkodę. Szkody takiej odwołujący nie mógł ponieść, bowiem nie ma on możliwości uzyskania niniejszego zamówienia z uwagi na odrzucenie jego oferty, co nie zostało zakwestionowane w odwołaniu. Nawet jeśli zostanie ono uwzględnione w zakresie zgłoszonych

zarzutów, odwołujący nie uzyska na skutek tego szansy na udzielenie mu zamówienia. Przystępujący wskazał na wyrok Izby z dnia 12 kwietnia 2012 roku, sygn. akt KIO 631/12).

Przystępujący odniósł się także merytorycznie do zarzutów odwołania wskazując, że wszelkie zarzuty odwołującego podniesione w odwołaniu są całkowicie bezzasadne.

W zakresie zarzutu naruszenia jawności postępowania przez nieudostępnienie odwołującemu załącznika do protokołu postępowania przetargowego, wskazał, że wniosek odwołującego o udostępnienie dokumentacji został rozpoznany przez zamawiającego w dniu 22 października 2012 roku i odwołującemu przesłana została zawnioskowana kopia dokumentacji przetargowej. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Co do zarzutu, że zamawiający dokonał wyboru oferty (tj. Oferty przystępującego) zawierającej przedmiot zamówienia, którego część nie istnieje, również przystępujący uznał zarzut za niezasadny. W zakresie tego zarzutu odwołujący powołał się na treść swojego wcześniejszego odwołania z dnia 27 sierpnia 2012 roku (sygn. KIO 1812/12, KIO 1824/12), które zostało oddalone przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 7 września 2012 roku. Zarzut ten odnosi się do zaoferowanego przez przystępującego oprogramowania „Scientific Linux”, które pierwotnie omyłkowo było oznaczone w ofercie Przystępującego jako „Scientific HPC Linux”.

W związku z zaistniałą omyłką zamawiający w dniu 28 września 2012 roku zawiadomił przystępującego o sprostowaniu tej oczywistej omyłki w ofercie wykonawcy (zmiana z „Scientific HPC Linux” na „Scientific Linux”), na co przystępujący wyraził zgodę. Przystępujący wyjaśnił powody zaistnienia tej omyłki wskazując, że przymiotnik HPC jest powszechnie stosowany, choć rzeczywiście zgodnie ze spostrzeżeniem zamawiającego oprogramowanie dokładnie odpowiadające litera po literze nazwie zaoferowanej przez wykonawcę nie istnieje. Jednak z pozostałych cech zaoferowanego oprogramowania opisanych w ofercie (tj. pozostałe części nazwy, kodowa nazwa jądra, wersja oprogramowania, wersja jądra, wielkość bitów obsługiwanego systemu, producent) jednoznacznie wynika, że oferowane przez przystępującego oprogramowanie to Scientific Linux. W tej sytuacji przystępujący uważa, że jego oferta spełniała wymagania zamawiającego i nie powinna podlegać odrzuceniu. Przystąpienie zostało podpisane przez członka zarządu komplementariusza przystępującego upoważnionego do samodzielnej reprezentacji komplementariusza, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Przystępującego, zgodnie z odpisem z KRS reprezentuje komplementariusz. Kopie zgłoszenia zostały przekazane zamawiającemu i odwołującemu w dniu 25 października 2012r. drogą elektroniczną i listem poleconym.

W dniu 5 listopada 2012r. odwołujący złożył przed otwarciem posiedzenia oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało podpisane tak jak odwołanie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie Odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

**Przewodniczący:** .....