

Sygn. akt: KIO 1617/18

POSTANOWIENIE
z dnia 21 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **Esri Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Inspektorat Ochrony Środowiska w Warszawie**,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Esri Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Główny Inspektorat Ochrony Środowiska w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zakup niezbędnych składników dla infrastruktury informacji przestrzennej GIOŚ Inspire* (znak postępowania: ZP/220-5/18/JK).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 lipca 2018 r. pod numerem 585649-N-2018.

W dniu 13 sierpnia 2018 r. wykonawca Esri Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Bezpieczne.it sp. z o.o. (dalej: „Bezpieczne.it”) z postępowania o zamówienie w sytuacji gdy wykonawca ten w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia a mianowicie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji objętych treścią oferty, że spełnia on wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pochodzenia oprogramowania z oficjalnego kanału dystrybucyjnego poprzez złożenie oświadczenia w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że zaoferowane przez niego oprogramowanie stanowiące przedmiot zamówienia pochodzi z oficjalnego kanału dystrybucji, podczas gdy jedynym oficjalnym kanałem dystrybucji oprogramowania na terenie Polski jest zakup oprogramowania za pośrednictwem Odwołującego, który do chwili złożenia przedmiotowych wyjaśnień przez Bezpieczne.it nie prowadził z Bezpieczne.it żadnych negocjacji w zakresie sprzedaży oprogramowania ani świadczonych w ramach niego usługi asysty technicznej;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 – 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Bezpieczne.it, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na:
 - a) zaoferowanie przez Bezpieczne.it licencji pochodzących z nieoficjalnego kanału dystrybucji tj. licencji na 4 rdzenie dla oprogramowania do zwiększania wydajności posiadanego przez Zamawiającego serwera ArcGIS Enterprise Advanced: ARCGIS ENTERPRISE ADVANCED ArcGIS Server Advanced 4 CPU cores oraz licencji dla oprogramowania umożliwiającego zarządzanie i konfigurację usług, kompatybilnego z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem ArcGIS Desktop Standard (licencja sieciowa): ARCGIS DESKTOP STANDARD, podczas gdy jedynym oficjalnym

- kanalem dystrybucji oprogramowania na terenie Polski jest Odwołujący, który do chwili złożenia przedmiotowych wyjaśnień przez Bezpieczne.it nie prowadził z Bezpieczne.it żadnych negocjacji w zakresie sprzedaży oprogramowania;
- b) zaoferowanie w ramach oprogramowania samodzielnego świadczenia przez Bezpieczne.it usługi asysty technicznej, w sytuacji gdy usługa asysty technicznej musi być świadczona przy współudziale Odwołującego jako wyłącznego dystrybutora polskich aktualizacji licencji, który nie został jednak wskazany przez Bezpieczne.it jako jego podwykonawca i który do chwili złożenia przedmiotowych wyjaśnień nie prowadził z Bezpieczne.it żadnych negocjacji w zakresie zapewnienia asysty technicznej objętej przedmiotowym zamówieniem;
 - c) zaoferowanie przez Bezpieczne.it nowej licencji ArcGIS Desktop Standard (licencja sieciowa) - licencja nr 2, podczas gdy Zamawiający wymagał wyłącznie wznowienia posiadanej licencji i świadczenia na tej podstawie usługi asysty technicznej w ramach posiadanej przez Zamawiającego takiej licencji, co wyraźnie wskazał w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 19 lipca 2018 r. (stanowiącej część zmienionej SIWZ) i co nie zostało uwzględnione przez Bezpieczne.it w treści jego oferty;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1) u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Bezpieczne.it, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1963 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm.; dalej: „u.z.n.k.”) z uwagi na fakt, że zaoferowana cena za przedmiot zamówienia przez Bezpieczne.it jest niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego będącego jedynym legalnym na terenie Polski autoryzowanym przedstawicielem producenta licencji, a zatem Bezpieczne.it zaoferowało Zamawiającemu sprzedaż towarów i świadczenie usług (oprogramowanie wraz z usługą asysty technicznej) poniżej kosztów ich zakupu w celu eliminacji Odwołującego z przedmiotowego postępowania;
4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 - 3 ustawy Pzp poprzez:
- a) wybór oferty Bezpieczne.it jako najkorzystniejszej, mimo że to oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;
 - b) zaniechanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1. uwzględnienie odwołania;
- 2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Bezpieczne.it z postępowania;
- 4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego, odrzucenia oferty Bezpieczne.it oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Izba stwierdziła, że wykonawca bezpieczne.it Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z uwagi na niezachowanie – określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp – 3 - dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia. Zgodnie z treścią ww. przepisu, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. W przedmiotowej sprawie ustalono, że Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 13 sierpnia 2018 r. (pocztą elektroniczną), co oznacza, że termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 16 sierpnia 2018 r. Z kolei zgłoszenie przystąpienia wykonawcy bezpieczne.it Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w formie elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2018 r., zatem z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba wskazuje, iż wykonawca bezpieczne.it Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w treści zgłoszonego przystąpienia nie wskazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, przez co nie wypełnił wymogu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 20 sierpnia 2018 r. Zamawiający wobec wniesienia w dniu 13 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę Esri Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie odwołania do Prezesa KIO wniósł pismo, w którym oświadczył, że uwzględnia w całości odwołanie. Jednocześnie Zamawiający wniósł o wydanie przez Izbę postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym z powodów wskazanych w piśmie z dnia 17 sierpnia 2018 r.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, 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 do postępowania 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.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 i § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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. z 2018 r. poz. 972 t.j.).

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: