

Sygn. akt: KIO 1425/13

POSTANOWIENIE

z dnia 24 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Renata Tubisz

Bogdan Artymowicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 24 czerwca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2013 r. przez **wykonawcę MERATRONIK Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Barska 28/30** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową 4226 z siedzibą w Warszawie, ul. Marsa 110**

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę MERATRONIK Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Barska 28/30** 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 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 **dla Warszawy - Pragi**.

Przewodniczący:

Członkowie :

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu meteorologicznego zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową 4226 z siedzibą w Warszawie, ul. Marsa 110 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 kwietnia 2013r. za numerem 2013/S 069-114684.

W dniu 7 czerwca 2013r. faksem zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o wykluczeniu wykonawcy MERATRONIK Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Barska 28/30 – dalej odwołującego z postępowania w zakresie części 7 i 11 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) i o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy oraz o unieważnieniu postępowania w tych częściach na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z uwagi na brak ofert nie podlegających odrzuceniu.

W dniu 14 czerwca 2013r. wobec tych czynności odwołujący wniósł pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu odwołującego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 czerwca 2013r. na biuro podawcze jednostki.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu :

1. Rażąco naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1a), art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego;
2. Rażąco naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez bezpodstawne zastosowanie i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadań nr 7 i nr 11, pomimo złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu

Wniósł o:

- I. Uwzględnienie odwołania;
- II. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą;
- III. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 7 i nr 11.

IV. Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 7 i nr 11,

V. Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 7 i nr 11

VI. Zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wg. norm przepisanych.

Wskazał, że legitymuje się interesem prawnym i faktycznym do wniesienia przedmiotowego środka ochrony prawnej, albowiem kwestionowane czynności zamawiającego naruszają słuszny interes Odwołującego w ubieganiu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący bowiem nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy, tym samym jego oferta nie podlega odrzuceniu w zakresie zadania nr 7 i zadania nr 11. Odwołujący jako jedyny wykonawca złożył ofertę w zadaniach nr 7 i nr 11.

Naruszenie przywołanych na wstępie przepisów ustawy — Prawo zamówień publicznych ma istotny wpływ w rozumieniu art. 192 ust. 2 na wynik postępowania, ponieważ nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadań nr 7 i nr 11.

W uzasadnieniu wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym na dostawę sprzętu metrologicznego:

1) w zakresie zadania nr 7 na dostawę Rezystora dekadowego typ IET HRRS-Q-4-IG-10 kv (1 kpi) wpłynęła jedna oferta odwołującego z ceną: 81 549,00 zł;

2) w zakresie zadania nr 11 na dostawę Testera transpondera Aeroflex typ ATC-1400A z przystawką MODE 4 i MODE S Aeroflex typ SI-1404 (2 kpi) lub innego równoważnego wpłynęła jedna oferta odwołującego z ceną: 528 900,00 zł.

Zamawiający pismem z dnia 07.06.2013r. poinformował odwołującego o wykluczeniu z przetargu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a) i art. 24 ust. 4 ustawy i uznaniu tym samym jego oferty w zakresie ww. zadań za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W uzasadnieniu wykluczenia zamawiający wskazał, że odwołujący w wyniku rozstrzygnięcia uprzedniego przetargu publicznego zawarł z zamawiającym w dniu 08.10.2012r. umowę nr 563/07/2012, którą to zamawiający na podstawie § 8 ust. 4 przywołanej umowy rozwiązał przez odstąpienie od tej umowy z powodu ziszczenia się warunku rozwiązującego umowę, to jest nadejścia terminu 31.12.2012r. i z tym dniem zwrotu środków finansowych przez zamawiającego do budżetu Skarbu Państwa przeznaczonych na sfinansowanie tego zamówienia. Zamawiający podał, że wartość niezrealizowanego zadania z ww. umowy przewyższała 5% wartości zamówienia. Zamawiający wskazał, że odwołującemu z tytułu odstąpienia od umowy naliczył karę umowną, której odwołujący nie zapłacił.

Zdaniem zamawiającego powyższe okoliczności stanowią podstawę wykluczenia odwołującego z przetargu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy, tym samym uznaniu jego oferty za odrzuconą. Zamawiający poinformował również o unieważnieniu przetargu w

zakresie zadań nr 7 i nr 11 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy wobec nie złożenia w ww. zadaniach oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący nie podzielił tego stanowiska zamawiającego i wskazał, że zamawiający nie wykazał zaistnienia wszystkich kumulatywnych przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy, w szczególności przesłanki, że rozwiązanie umowy nastąpiło z powodu okoliczności za które odwołujący ponosi odpowiedzialność. W ocenie odwołującego rozwiązanie umowy nastąpiło z uwagi na upływ terminu oraz brak środków finansowych po stronie zamawiającego na jego sfinansowanie, z uwagi na konieczność zwrotu przyznaných środków do budżetu państwa. Odwołujący opisał szczegółowo przebieg realizacji rozwiązywanej umowy i powołał następujące dowody :

umowę nr 563/07/2012 z załącznikiem, zamówienie z dnia 25.09.2012r. Wykonawcy MERATRONIK S.A. na dostawę dwóch sztuk testera transpondera typ ATC-1400A z przystawkami wysłane do producenta Aeroflex, potwierdzenie przyjęcia zamówienia Wykonawcy MERATRONIKA przez firmę Aeroflex na dostawę testerów transponderów typ ATC-1400A z przystawkami, - wyjaśnienie oraz modyfikacja treści SIWZ przez Zamawiającego z dnia 22.06.2012 r. numer postępowania D/113/05/2012 . (str. 5 i str. 14), Deklaracja End User Statement (Oświadczenie Końcowego Użytkownika) wypełniona w dniu 24.10.2012 r. przez końcowego użytkownika testera transpondera - Centralny Wojskowy Ośrodek Metrologii w Warszawie, podpisana przez Dyrektora Centralnego Wojskowego Ośrodka Metrologii kmdr mgr. inż. Z..... A....., korespondencja e-mail: powiadomienie przez Meratronik firmy Aeroflex, że końcowy użytkownik testera transponderów jednostka wojskowa COMW dostarczyła w dniu 25.09.2013 r. do Meratronika deklarację końcowego użytkownika załącznik nr 5b - dokument „Nadanie Przesyłki do USA” (wypełnionej przez końcowego użytkownika deklaracji końcowego użytkownika)—zlecone przez MERATRONIK S.A. w dniu 26.10.2012r. firmie wysyłkowej UPS, korespondencja e-mail otrzymana przez MERATRONIK S.A. od firmy Aeroflex w dniu 19.11.2012r., korespondencja e-maile pomiędzy Meratronik i Aeroflex w sprawie terminu uzyskania licencji eksportowej i terminu dostaw testerów transpoderów do Polski, Zezwolenie na eksport jawnych artykułów obronnych oraz związanych z nimi jawnych danych technicznych (License for permanent export of unclassified defense articles) z dnia 27.12.2012r, korespondencja e-mail z dnia 03.01.2012 z Aeroflex do Meratronik w sprawie licencji, pismo Aeroflex Wichita, Inc. Export Compliance Officer z dnia 12.01.2013r. do Meratronik, pismo z dnia 12.12.2012r., pismo z dnia 28.12.2012r., pismo z dnia 03.01.2013r., pismo z dnia 14.01.2013r., pismo z dnia 21.01.2013r., pismo z dnia 22.02.2013r. Wskazał, że przy realizacji zamówienia dochował szczególnej staranności i nie może ponosić odpowiedzialności za czas trwania procedury wydawania licencji eksportowej przez Departament Stanu USA, zwłaszcza, że

rozpoczęcie takiej procedury było możliwe dopiero po zawarciu umowy o sporne zamówienie publiczne.

W dniu 19 czerwca 2013r. zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, a w niej oświadczenie o uwzględnieniu w całości odwołania. Oświadczył także na postanawia dokonać unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 7 i 11 oraz unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy i uznania jego oferty za odrzuconą. Wskazał, że dokona powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 7 i 11 jak również powtórzy czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym zakresie. Wskazał, że konieczność ponownej analizy jest wynikiem rozstrzygnięcia pytania prejudycjalnego zadanego przez Krajową Izbę Odwoławczą TSUE i zwrócenia przez Trybunał uwagi na okoliczność jaką jest automatyzm nakazu wykluczania wykonawców wynikający z samego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy. W świetle tego orzeczenia, uznał, że ocena zaistnienia przesłanek wykluczenia powinna być przez niego dokonana ponownie. Wskazał także na wyrok Izby sygn. akt KIO 1629/11 i 1643/11 i wskazał, że działania wykonawcy powinny być odnoszone także do podstaw odstąpienia. Odpowiedź na odwołanie podpisał dowódca jednostki, zgodnie z decyzją nr 1059 Ministra Obrony Narodowej i rozkazem dziennym nr Z-113/13 z dnia 13 czerwca 2013r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

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, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie części 7 i 11 złożono tylko jedną ofertę, była to oferta odwołującego, stąd nie było możliwe dokonanie skutecznych przystąpień po stronie zamawiającego i takowe nie nastąpiły.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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

Członkowie:

.....