

POSTANOWIENIE

z dnia 10 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek

Magdalena Grabarczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2015 r. przez **Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych-Centrała w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Medenit S.A. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Odrzuca odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego 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 2013 r., poz. 907 z późn. 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych-Centrała – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Zakup drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych wraz z 45-miesięcznym serwisem.*

W dniu 31 marca 2015 r. spółka Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24b ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Medenit S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie, mimo że wskazane podmioty należąc do tej samej grupy kapitałowej złożyły ofertę w niniejszym postępowaniu, a złożone przez nich wyjaśnienia nie dowodzą, że nie doszło do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 46 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Medenit z postępowania, mimo że z udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej wynika, że wykonawca ten nie wniósł wadium w terminie określonym przez Zamawiającego;
3. art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wskazał, że informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 27 marca 2015 r., kiedy to Zamawiający udostępnił Odwołującemu wyjaśnienia złożone przez Medenit i Decsoft w zakresie wzajemnych powiązań (tzw. unii personalnej) oraz opinii biegłych – M. T. z Kancelarii Adwokackiej Prawa Konkurencji oraz C. B. z Instytutu Prawa Konkurencji. Odwołujący wskazał również, że jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu oraz że zaniechanie wykluczenia wykonawców Medenit i Decsoft z postępowania uniemożliwia uznanie oferty Galaxy za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wykluczenia z postępowania Medenit oraz Decsoft oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 14 sierpnia 2014 r., odrzucając jednocześnie ofertę Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ww. spółka wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała czynność odrzucenia jej oferty oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1748/14, KIO 1752/14) uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia oferty wykonawcy Arcus S.A. oraz wezwanie wykonawców Decsoft S.A. i Teneo Systems sp. z o.o. do uzupełniania listy podmiotów należącej do tej samej grupy kapitałowej. Jednocześnie Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów prawa w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nie nakazała unieważnienia tej czynności. Odwołujący wniósł na powyższy wyrok Izby skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie, która to skarga została odrzucona postanowieniem z dnia 10 grudnia 2015 r. (sygn. akt V Ca 3384/14).

Wykonując prawomocne orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 5 marca 2015 r. o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 14 sierpnia 2014 r. oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, w wyniku czego jako najkorzystniejsza wybrana została oferta wykonawcy Medenit S.A. (dawniej: Teneo Systems Sp. z o.o.). W odniesieniu do oferty wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. Zamawiający poinformował, że oferta ta została odrzucona w dniu 14 sierpnia 2014 r., a zasadność jej odrzucenia została potwierdzona wyrokiem KIO z dnia 4 września 2014 r. Na czynność z dnia 5 marca 2014 r. wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. wniósł odwołanie, które zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy Pzp (postanowienie z dnia 31 marca 2015 r., sygn. akt KIO 524/15).

W dniu 31 marca 2015 r. wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. wniósł kolejne odwołanie, w którym zakwestionował czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Medenit S.A. oraz Decsoft S.A.

W ocenie Izby odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, które zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu powyższego przepisu jest m.in. podmiot, który albo w ogóle nie posiadał przymiotu wykonawcy, albo przymiot ten nieodwracalnie utracił na wcześniejszych etapach postępowaniach, na skutek czynności, które nie podlegają już zaskarżeniu. Powyższe wynika już z definicji zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, w świetle której wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się

o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby, Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania. Dokonana w dniu 14 sierpnia 2014 r. czynność odrzucenia oferty Odwołującego stała się bowiem ostateczna w związku z uprawomocnieniem się wyroku Izby z dnia 4 września 2014 r. Na mocy tego wyroku Zamawiający nie był zobowiązany do unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i do ponownego jej zbadania. Ponowne poinformowanie w dniu 5 marca 2015 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego nie świadczy o tym, że czynność z 14 sierpnia 2014 r. została unieważniona, a odrzucenie oferty Odwołującego było nową czynnością w postępowaniu. Przeciwnie, Zamawiający poinformował, że oferta Odwołującego została odrzucona w dniu 14 sierpnia 2015 r., a zamieszczenie informacji o tym fakcie w zawiadomieniu z 5 marca 2015 r. należy traktować jako mające charakter jedynie porządkowy i dokonane w celu kompleksowego poinformowania o decyzjach podjętych w stosunku do każdego z wykonawców, którzy brali udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym, odrzucenie oferty Odwołującego stało się ostateczne, nie może już bowiem zostać skutecznie zakwestionowane. Tym samym Odwołujący nie bierze udziału w postępowaniu, nie jest więc wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i nie może korzystać ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy Pzp. Wprawdzie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako podmioty mogące korzystać ze środków ochrony prawnej wymienia obok wykonawców i uczestników konkursu, także „inne podmioty”, to jednak nie sposób z tak oznaczonego kręgu potencjalnych odwołujących wywodzić uprawnienia do wniesienia odwołania dla wszystkich podmiotów, w szczególności dla takich, które na danym etapie postępowania w ogóle nie biorą w nim udziału.

W kontekście powyższych ustaleń (i niezależnie od podstawy odrzucenia odwołania) zauważyć należy, że nie do podzielenia jest przedstawiona w odwołaniu teza, jakoby zaniechanie wykluczenia wykonawców Medenit i Decsoft (którego to zaniechania dotyczą podniesione w odwołaniu zarzuty) uniemożliwiło uznanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Teza ta stoi w sprzeczności ze stanem faktycznym sprawy, oferta Odwołującego została bowiem ostatecznie wyeliminowana z postępowania i nie bierze w nim udziału, co – jak wyżej wspomniano – nie może zostać zmienione w drodze skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Wobec powyższego odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....