

POSTANOWIENIE
z dnia 16 maja 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **16 maja 2016 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2016 roku przez wykonawcę Odwołującego **TBM Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie**

przy udziale wykonawcy **Red Clover Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – TBM Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – TBM Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – **Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie** – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, ze zm.; zwanej dalej również „ustawą Pzp” lub „Pzp”), w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług dostępu do internetu w ramach projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Województwie Lubelskim”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 lutego 2016 r. pod nr 2016/S 023-037065. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 - poprzez naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
2. Art. 89 ust. 1 pkt. 4 - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego i nieprawidłowe zastosowanie przepisu, gdyż brak było podstawy do jego zastosowania i mimo, iż Wykonawca prawidłowo zgodnie z wezwaniem przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia co do zarzutu, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę.
3. Art. 90 ust. 3 - poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego
4. Art. 91 ust. 1 - poprzez wybór nie najkorzystniejszej oferty firmy Red Clover Sp. z o.o. o wyższej cenie, przy jedynym kryterium oceny ofert „CENA”
5. Art. 94 ust. 1 pkt. 1 poprzez poinformowanie o zawarciu umowy w terminie krótszym niż 10 dni od dnia oceny oferty i wyboru ofert -naruszającym ten przepis.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wnosil o :

1. Unieważnienie czynności Zamawiającego dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego
2. Unieważnienie czynności wyboru oferty firmy Red Clever Sp. z o.o.
3. Dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu wskazano, że w dniu 28 kwietnia 2016r. Odwołujący otrzymał pismo pn. „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny do wniesienia odwołania, gdyż jego oferta jako najtańsza przy jedynym kryterium oceny ofert „CENA” winna być wybrana jako najkorzystniejsza i winien uzyskać przedmiotowe zamówienia publiczne do realizacji.

Zamawiający faktycznie przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego kwotę 4 017 125, 88 zł. Po złożeniu ofert przez 6 Wykonawców okazało się, iż Zamawiający rażąco przeszacował znacznie środki na realizację przedmiotu zamówienia, gdyż oferty złożone miały rozpiętość od 1843 553 ,52 zł.(oferta Odwołującego) do 2 685 670,56 zł (oferta Nordisk Polska Sp. z o.o.)

Wartość oferty w stosunku do pozostałych Wykonawców wynosi:

Do oferty nr 2 - CMS- Solutions R. B. - 76 %

Do oferty nr 3 Red Clover Sp. zo.o. - 75 %

Do oferty nr 6 Nordisk Polska Sp. z o.o. - 70 %

Wartości ofert złożonych w postępowaniu w stosunku do środków jakie przeznaczył Zamawiający na realizację przedmiotu zamówienia to :

1. Oferta nr 1. (Odwołujący) 54 %
2. Oferta nr2-CMS-60%
3. Oferta nr 3 - Red Clover 61%
4. Oferta nr 4 Integration Partners - 65 %
5. Oferta nr 5 TOYA Systemy Komputerowe - 65,7 %
6. Oferta nr 6 Nordisk Polska - 66%.

Uzyskując takie wartości należy przyjąć, iż to po stronie Zamawiającego nastąpił wyraźny błąd, którego skutkiem było wystąpienie do wszystkich Wykonawców o złożenie wyjaśnień w zakresie art. 90 ust. 1 ustawy pzp .

Dokonując odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, iż podstawą tego odrzucenia jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust.3 ustawy co w obliczu powyższych wyliczeń nie może mieć miejsca.

Gdyby przyjąć dedukcję Zamawiającego to wszystkie oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 gdyż ich wartości w sposób znaczący odbiegają od wyszacowania wartości zamówienia tj. co najmniej 34 % . W tym przypadku Zamawiający powinien unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 - co Odwołujący daje pod rozwagę przy ocenie materiału przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Dla Odwołującego uzasadnienie odrzucenia w piśmie z dnia 28 kwietnia 2016r. oparte na suchym stwierdzeniu podstawy bez faktycznej podstawy prawnej i faktyczne odrzucenie oferty daje możliwość złożenia odwołania bez względu na czynności umorzenia postępowania z dnia 20 kwietnia 2016 r. Złożenie lub brak złożenia opozycji (sprzeciwu) nie ma wpływu na wadliwość prowadzenia postępowania przez Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 772/16

Mimo iż ustawodawca przewidział, iż Przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu to Izba umarza postępowanie, to dał Zamawiającemu możliwość naprawienia swoich czynności dając mu wybór powtórzenia czynności, której powtórzenia żądano w odwołaniu to nie zwalnia Zamawiającego do stosowania się do zasady wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o zapisy ustawy i nienaruszania prawa poprzez nieprawidłowe dokonywanie oceny ofert.

Z tych powodów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający poinformował Izbę, że 10 maja 2016 r. przekazał faksem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania.

13 maja 2016 roku zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Red Clover Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp, Izba uznała zgłoszenie za skuteczne

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz dokumentacji postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 514, 517/16 Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

8 kwietnia 2016 roku wykonawca Red Clover Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę - TBM Telekom Sp. z o.o., mimo że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- b) zaniechania odrzucenia oferty TBM Telekom Sp. z o.o.

Wykonawca wnosił odwołanie, wobec niezgodnych z prawem czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TBM Telekom Sp. z o.o., pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

b) art. 90 ust 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TBM Telekom Sp. z o.o., w sytuacji gdy dostarczone wyjaśnienia przez tego wykonawcę wskazują, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

c) art. 90 ust 1. ustawy PZP w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TBM Telekom Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten, na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny podanej w formularzu ofertowym, w tym do złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływa na wysokość ceny, ograniczył się jedynie do złożenia wyjaśnień, nie załączając do nich jakichkolwiek dowodów.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy PZP wnoszono o:

I. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty TBM Telekom Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej;

b) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w szczególności dokonania czynności odrzucenia oferty TBM Telekom Sp. z o.o.;

c) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

II. zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego wg norm przepisanych.

Zamawiający w dniu 11 kwietnia 2016 roku powiadomił wykonawców o wpłynięciu odwołania przesyłając tą informację drogą elektroniczną do wykonawców.

TBM Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 12 kwietnia 2016 roku (prezentata na pismach) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Za pismem z dnia 18 kwietnia 2016 roku Zamawiający faksem, w dniu 19 kwietnia 2016 roku przesłał do Prezesa Krajowej Izby *Odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie* składając oświadczenie, że po zapoznaniu się z treścią odwołania, w tym zarzutami sformułowanymi przez Odwołującego, uzasadnieniem tych zarzutów uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Oryginał ww. pisma wpłynął do Izby w dniu 20 kwietnia 2016 roku przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

W trakcie posiedzenia z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 20 kwietnia 2016 roku wykonawca TBM Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

poinformowany w trakcie posiedzenia przez Izbę o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania przez Zamawiającego, oświadczył, że nie składa na posiedzeniu żadnych wniosków. Wobec powyższego, działając zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp Izba umorzyła postępowanie

28 kwietnia 2016 roku Zamawiający poinformował wykonawców o ponowionych czynnościach wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty wykonawcy TBM Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu.

Art. 189 ust. 2 ustawy Pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z art. 189 ust. 4 Pzp.

Zgodnie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy ono czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Ponadto art. 185 ust. 6 Pzp wynika, że odwołujący oraz wykonawca wezwany do udziału w postępowaniu odwoławczym nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zarzuty zamawiający uznał w całości.

Odwołanie wniesione w tej sprawie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy odrzucenia oferty Odwołującego TBM, czyli czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu wykonawcy Red Clover w poprzedniej sprawie odwoławczej, w której TBM uczestniczył w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Hipoteza normy art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp obejmuje czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby, aby uniemożliwić wystąpienia w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym, a w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości i umorzenia postępowania odwoławczego przy braku sprzeciwu ze strony Przystępującego, odpowiadających żądaniu zawartemu w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu. Jeżeli czynność stanowi wykonanie orzeczenia Izby, wykonawca nie może jej już zakwestionować przed Izbą. Art. 189 ust. 2 pkt 5 stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która ma zapobiegać ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie.

Przepisy ustawy Pzp przewidują korzystanie przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej w trybie instancyjnym. Jeżeli czynność zamawiającego stanowi wykonanie orzeczenia Izby, prawidłowość tej czynności może zostać podważona wyłącznie w drodze wniesienia skargi na to orzeczenie do sądu przez któregokolwiek z uczestników postępowania odwoławczego {co wynika z art. 198a ust. 1 Pzp}. Wyłącznie sądowi działającemu jako instancja odwoławcza przysługuje kognicja do orzekania co do istoty sprawy dotyczącej kwestionowania czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z orzeczeniem Izby. Z art. 198f ust. 2 Pzp wynika, że w razie uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie Izby i orzeka co istoty sprawy.

Z tego względu Odwołujący TBM nie jest podmiotem uprawnionym do kwestionowania w drodze wniesienia nowego odwołania dalszych czynności, które Zamawiający podjął w postępowaniu w związku z uwzględnieniem odwołania wykonawcy Red Clover. Odwołujący był uczestnikiem poprzedniego postępowania odwoławczego, miał możliwość złożenia skutecznego sprzeciwu w reakcji na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego i obronę własnej oferty w zakresie, czy jest ona ofertą z rażąco niską ceną. Nie można pominąć okoliczności, że wykonawca Red Clover w poprzednim odwołaniu wprost żądał odrzucenia oferty TBM i powtórzenia oceny ofert bez tej oferty. Tym samym więc Zamawiający wykonując uwzględnione odwołanie, postąpił zgodnie z jego żądaniami.

Uznając, że powyższe odwołanie TBM dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie oferty Odwołującego prowadzącej zgodnie z żądaniem do jej odrzucenia, która to czynność została wykonana zgodnie z treścią postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej i zgodnie z żądaniami poprzedniego odwołania, Izba doszła do przekonania, że zachodzi przesłanka z art.189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp

Wobec stwierdzenia zajścia przesłanek odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obowiąznemu odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 w zw. z pkt 2 ustawy Pzp. Z tego względu, Izba – działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczzonego przez niego wpisu.

Przewodniczący: