

Sygn. akt: KIO 1140/16

POSTANOWIENIE
z dnia 11 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **Promega GmbH w Mannheim, Niemcy**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy **Alab-Gen sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15.000,00 zł** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Promega GmbH w Mannheim, Niemcy**, stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem są „sukcesywne dostawy materiałów i odczynników dla laboratoriów kryminalistycznych jednostek Policji do wykonywania badań DNA”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2016 r., nr 2016/S 074-128965.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na poprawieniu w ofercie odwołującego oczywistych omyłek rachunkowych w zakresie części 1, 2, 4, 14, 16, 44, 48, 49 zamówienia, w sposób wskazany w piśmie zamawiającego nr 36 L.dz. ZZ-2380-42/2016 z dnia 16 czerwca 2016 r.,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na poprawieniu w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w tym postępowaniu, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty odwołującego, w sposób wskazany w treści odwołania,
- 3) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wezwaniu odwołującego do złożenia przez niego wyjaśnień dotyczących treści oferty, w sposób wskazany w treści odwołania,

wykonawca Promega GmbH w Mannheim, Niemcy, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 27 czerwca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie i w związku z tym błędne przyjęcie, że odwołujący popełnił oczywiste omyłki rachunkowe w podaniu łącznych cen ofertowych, cen za zamówienie podstawowe, cen za prawo opcji w punkcie I oferty cenowej oraz cen łącznych w formularzach, jak i formularzach opcji, i w konsekwencji tego bezzasadne i niewłaściwe poprawienie oferty odwołującego, tj. w sposób wskazany w piśmie zamawiającego nr 36 L.dz. ZZ-2380-42/2016 z dnia 16 czerwca 2016 r., co skutkowało istotną i bezzasadną zmianą oferty odwołującego;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji tego zaniechanie czynności poprawienia innych omyłek w ofercie odwołującego w sposób

wskazany w odwołaniu, pomimo tego, iż omyłki odwołującego w zakresie uwzględnienia i podania cen jednostkowych w formularzach oraz formularzach opcji stanowiły inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze siwz, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty odwołującego;

- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wyjaśnienia oferty odwołującego w odniesieniu do łącznych cen, cen jednostkowych, cen za zamówienie podstawowe, cen za prawo opcji i łącznych cen ofertowych wskazanych w punkcie I oferty cenowej, w formularzach (odpowiednio rubryki pionowe 5: „Cena jednost. brutto”, rubryki pionowe 6: „Wartość brutto zł” oraz rubryki "Razem") oraz formularzach opcji (odpowiednio rubryki pionowe 5: "Cena jednost. brutto", rubryki pionowe 6: "Wartość brutto zł" oraz rubryki "Razem"),
- 4) art. 5 Kodeksu cywilnego w z w. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i w konsekwencji tego wykorzystanie instytucji prawa zamówień publicznych poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp do faktycznego wyłączenia w okolicznościach tej sprawy odwołującego z postępowania, uniemożliwienia mu konkurencji z innymi wykonawcami w postępowaniu oraz unieważnienia postępowania w częściach, w których brał udział wyłącznie odwołujący, poprzez dokonanie poprawienia jego oferty zgodnie z pismem zamawiającego nr 36 L.dz. ZZ-2380-42/2016 z dnia 16 czerwca 2016 r., co stanowiło nadużycie prawa przez zamawiającego.

W oparciu o przywołane zarzuty i przedstawioną w uzasadnieniu odwołania argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie odwołującego o której mowa w piśmie nr 36 L.dz. ZZ-2380-42/2016 z dnia 16 czerwca 2016 r.,
- 2) wyjaśnienia oferty odwołującego w odniesieniu do cen jednostkowych, cen za zamówienie podstawowe, cen za prawo opcji, łącznych cen ofertowych i cen łącznych wskazanych, w zakresie wskazanym w treści odwołania,
- 3) poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sposób wskazany w treści odwołania,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem usuniętych w myśl art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez zamawiającego ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 28 czerwca 2015 r. drogą elektroniczną.

1 lipca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Alab-Gen sp. z o.o. w Warszawie. W uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia wykonawca wskazał, że ma interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, gdyż w przypadku oddalenia wniesionego odwołania, oferta przystępującego będzie najkorzystniejsza cenowo w części 1 postępowania, co umożliwi przystępującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Ustalono także, że 7 lipca 2016 r., zamawiający przesłał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 8 lipca 2016 r. odwołujący przesłał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej opozycję wobec przystąpienia wykonawcy Alab-Gen sp. z o.o. w Warszawie w zakresie części 2, 4, 14, 16, 44, 48, 49, 50. W uzasadnieniu opozycji odwołujący argumentował, że przystępujący wykazał swój interes w przystąpieniu po stronie zamawiającego wyłącznie w zakresie części 1 zamówienia. Wskazał, że przystępujący nie złożył własnej oferty na pozostałe części, których dotyczyło wniesione odwołanie. Nie ma on zatem interesu, aby odwołanie dotyczące części 2, 4, 14, 16, 44, 48, 49, 50 zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego. W trakcie posiedzenia w dniu 11 lipca 2016 r. Izby zamawiający i zgłaszający przystąpienie nie odnieśli się do wniesionej opozycji.

11 lipca 2016 r. wykonawca Alab-Gen sp. z o.o. w Warszawie przesłał Prezesowi Izby oświadczenie, w którym wskazał, że nie korzysta z uprawnienia do wniesienia sprzeciwu, przyznanego mu na mocy art. 186 ust. 4 ustawy Pzp. Oświadczenie to podtrzymał w trakcie posiedzenia Izby w dniu 11 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, działając na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, postanowiła uwzględnić opozycję odwołującego wobec przystąpienia wykonawcy Alab-Gen sp. z o.o. w Warszawie w zakresie części 2, 4, 14, 16, 44, 48, 49, 50 zamówienia. Izba uznała, że w zakresie ww. części wykonawca Alab-Gen sp. z o.o. w Warszawie nie wykazał posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Wzięto pod uwagę, że wykonawca nie złożył własnej oferty na ww. części. Nie ma on zatem jakiegokolwiek interesu, aby odwołanie dotyczące części 2, 4, 14, 16, 44, 48, 49, 50 zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego. Co do braku interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego w zakresie tych części zamówienia, w których zgłaszający przystąpienie nie złożył własnej oferty podzielono stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 10 czerwca 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1083/15. Wskutek uwzględnienia opozycji stwierdzono, że wykonawca ALAB-Gen sp. z o.o. w Warszawie nie uzyskał statusu uczestnika postępowania

w zakresie postępowania odwoławczego odnoszącego się do części 2, 4, 14, 16, 44, 48, 49, 50 zamówienia.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. W zakresie części 2, 4, 14, 16, 44, 48, 49, 50 zamówienia, do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. Z kolei, w zakresie części 1 zamówienia, uczestnik postępowania, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

W tej sytuacji Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze w zakresie części 1 zamówienia podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Postępowanie odwoławcze w zakresie części 2, 4, 14, 16, 44, 48, 49, 50 zamówienia podlegało umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *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.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2, 186 ust. 3 i art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, orzekła w drodze postanowienia, jak w pkt 1 sentencji.

Ponieważ zamawiający uwzględnił zarzuty przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego, na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 i art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Stosownie bowiem do art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, *koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp znosi się wzajemnie, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy.* Ponadto zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp *koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 2, znosi się wzajemnie.*

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia 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: