Sygn. akt: KIO 79/19

POSTANOWIENIE

z dnia 4 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dnia 4 lutego 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2019r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intaris spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. A. Mickiewicza 57 i Intaris spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. A. Mickiewicza 57** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Skarb Państwa – Komendę Stołeczną Policji z siedzibą w Warszawie, ul. Nowolipie 2**

przy udziale **wykonawcy allclouds.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 139** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 79/19 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Galaxy Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 13/1 i MBA System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Odlewnicza 7** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 79/19 po stronie zamawiającego

postanawia:

1.Umorzyć postępowanie,

1.1.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intaris spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. A. Mickiewicza 57 i Intaris spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. A. Mickiewicza 57** 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 2018 r., poz.1986) 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: ……...

1.

Sygn. akt KIO 79/19

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę komputerów przenośnych zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 października 2018r. za numerem 2018/S 189-426550.

W dniu 8 stycznia 2019r. zamawiający poinformował o wyborze jako jednej z trzech najkorzystniejszych ofert do umowy ramowej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Galaxy Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 13/1 i MBA System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Odlewnicza 7 w zakresie zadania 3.

W dniu 18 stycznia 2019r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Intaris spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. A. Mickiewicza 57 i Intaris spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. A. Mickiewicza 57 – dalej odwołujący wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu Intaris spółka z ograniczoną odpowiedzialnością działającego w imieniu tej spółki oraz w imieniu partnera jako komplementariusz upoważniony do reprezentacji spółki komandytowej. W dniu 18 stycznia 2019r. odwołujący przekazał kopię odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zaskarżył następujące czynności zamawiającego polegające na:

a) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra, MBA Systemy Sp. z o.o., ul. Odlewnicza 7, 03-231 Warszawa (konsorcjum Galaxy) mimo, iż wykonawca ten winien zostać wykluczony a jego oferta zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy winna być uznana za odrzuconą lub jego oferta winna zostać odrzucona z powodów wskazanych w dalszej części odwołania;

b) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy konsorcjum Galaxy.

c) zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Galaxy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 5, w związku z art. 24 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Galaxy mimo, że wykonawca ten winien zostać wykluczony a jego oferta winna być uznana za odrzuconą;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Galaxy pomimo, iż wykonawca w wyniku niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Galaxy, mimo, że treść oferty Konsorcjum Galaxy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujący sposób:
a. oferowany komputer przenośny nie posiada deklaracji CE potwierdzającej zgodności z Rozporządzeniem Komisji (UE) NR 617/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla komputerów i serwerów.
Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. wykluczenie wykonawcy konsorcjum Galaxy;
4. odrzucenie oferty konsorcjum Galaxy.
Ponadto o:
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie;
6. zasadzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajowa Izbą Odwoławczą.
Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ oferta złożona przez konsorcjum Galaxy powinna zostać odrzucona przez zamawiającego jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków postępowania, a sam wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania. Ponieważ złożenie oferty w ramach postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej jest jedynie etapem niezbędnym do uzyskania zamówienia, to w interesie odwołującego jest to, by jego oferta konkurowała z jak najmniejszą ilością ofert innych wykonawców. Zauważył również, iż postępowanie prowadzone jest na podstawie art. 24aa ust. 1, w związku z powyższym zamawiający nie zbadał, czy wykonawcy, których oferty nie zostały ocenione jako najkorzystniejsze, nie podlegają wykluczeniu, tym samym poprawność ofert na dalszych miejscach nie została jeszcze oceniona. Zaniechanie wykluczenia konsorcjum Galaxy, a co za tym idzie odrzucenia jego oferty naraża odwołującego nasz poniesienie szkody ponieważ został on wybrany jako wykonawca, z którym zamawiający zawrze umowę ramową a tym samym zmuszony będzie na dalszym etapie do konkurowania na nierównych warunkach z wykonawcą oferującym sprzęt niespełniający dodatkowo punktowanych wymagań zamawiającego. Dodatkowo może zdarzyć się sytuacja, iż odwołujący, pomimo poniesionych kosztów złożenia oferty "przegra" na późniejszym etapie z wykonawcą, który winien zostać wykluczony, a jego oferta winna zostać odrzucona.
Zamawiający w rozdziale XIII SIWZ - "OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZI KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERT" lit C: "Komisja dokona oceny ofert na podstawie nw. kryteriów oceny ofe Zadanie nr 3. W pkt 5 wskazano, iż punkty w kryterium matryca WQFID zostaną przyznane według następującej zasady:
1. W przypadku zaoferowania asortymentu wyposażonego w matrycę o rozdzielczości niższej niż WQFID (2560X1440) Wykonawca nie otrzyma punktów.
2. W przypadku zaoferowania asortymentu wyposażonego w matryce o rozdzielczości WQFID (2560X14401 lub wyższej Wykonawca otrzyma 10 punktów.
Konsorcjum Galaxy zaoferowało dla Zadania nr 3 komputer przenośny Fujitsu Celsius FI980, oświadczając w pkt III ppkt. 3.3, iż zaoferowany komputer przenośny „Posiada Matrycą WQFID (2560x1440)".
Zgodnie z informacjami udostępnionymi przez producenta komputera firmę Fujitsu oraz dokumentacją techniczną komputera, komputer przenośny Fujitsu Celsius H980 może być wyposażony wyłącznie w matryce FHD (1920x1080). Na marginesie odwołujący zauważył, iż żaden z konkurentów oferujący ten model komputera przenośnego nie oświadczyć, iż jest on wyposażony w matrycą WQFID (2560x1440).
Tym samym w ocenie odwołującego konsorcjum Galaxy złożyło oświadczenie wprowadzające w błąd zamawiającego. Informacja będąca podstawą do przyznania dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert ma istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Konsorcjum Galaxy w momencie składania oferty zawierającej ww. oświadczenie nie mogło posiadać wiedzy o cenach i parametrach zaoferowanych przez innych wykonawców, a co za tym idzie nie znało swojej pozycji w rankingu ofert. Tym samym mogła zaistnieć sytuacja, iż punkty przyznane w wyniku oświadczenia wprowadzającego w błąd zamawiającego mogły przesądzać o wyborze oferty konsorcjum Galaxy. W związku z powyższym zamawiający nie może uznać ww. oświadczenia za omyłkę i ograniczyć się wyłącznie do nieprzyznania punktów w tym kryterium.
Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku

lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nie ogranicza błędnych informacji do konkretnego zakresu. Z tej przyczyny należy przyjąć, że chodzi o jakiekolwiek informacje, pod warunkiem że mają wpływ na decyzje zamawiającego. Informacjami tymi będą przede wszystkim dane (paramenty) podawane w ramach kryteriów oceny ofert.
Odwołujący zauważył, iż powyższe stanowisko zostało utrwalone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: w wyroku z 18 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 576/17), w wyroku z 10 lipca 2017 r. (sygn. akt KIO 1232/17), w wyroku z 15 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 380/18), w wyroku z 10 lipca 2017 r. (sygn. akt KIO 1232/17), w wyroku z 18 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 576/17), w wyroku z 13 lutego 2018 r. (sygn. akt KIO 185/18), w wyroku KIO z 14 czerwca 2017 r. (sygn. akt KIO 1085/17).
W Załączniku nr 2c do SIWZ zamawiający wymagał m.in. "Deklaracji zgodności CE" dla oferowanego komputera przenośnego. Uzupełniona przez Konsorcjum deklaracja zgodności nie odzwierciedla w swojej treści zgodności z rozporządzeniem Komisji (UE) nr 617/2013, tym samym nie spełnia wymogów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE z dnia 21 października 2009 r. ustanawiającej ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią.
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE z dnia 21 października 2009 r. ustanawiająca ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią (dyrektywa ErP) jest prawodawstwem europejskim i dotyczy oznakowania CE produktów wpływających na zużycie energii przez cały ich cykl życia. Producenci i importerzy odpowiadają za swoje produkty pod kątem zgodności z wymogami dyrektywy ErP. Ogólne zasady i ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią zawarto m.in. w Rozporządzeniu Komisji (UE) NR 617/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla komputerów i serwerów. Zgodnie z powyższymi regulacjami producenci sprzętu muszą zapewnić, że produkty są zgodne z zawartymi w nich wymaganiami. Zanim dany produkt objęty środkami wykonawczymi zostanie wprowadzony do obrotu lub użytkowania, zostaje na nim umieszczone oznakowanie CE i wydana deklaracja zgodności WE, jeżeli producent lub jego autoryzowany przedstawiciel zapewnia i oświadcza, że produkt jest zgodny z wszystkimi odpowiednimi przepisami obowiązującego środka wykonawczego.
Uzupełniona przez Konsorcjum deklaracja zgodności nie odzwierciedla w swojej treści zgodności z rozporządzeniem Komisji (UE) nr 617/2013, tym samym nie spełnia wymogów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE z dnia 21 października 2009 r. ustanawiającej ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią.
Oferta konsorcjum Galaxy zatem nie spełnia wymagań SIWZ i zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy powinna zostać odrzucona.
W dniu 18 stycznia 2019r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 21 stycznia 2019r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego zgłosił wykonawca allclouds.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż oferta wykonawców Galaxy i MBA powinna być wykluczona, a w przypadku zawarcia umowy ramowej w interesie zgłaszającego jest, aby ilość wykonawców zakwalifikowanych do realizacji umowy ramowej była jak najkrótsza, gdyż to zwiększa szansę na uzyskanie zamówienia wykonawczego. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 21 stycznia 2019r.
W dniu 21 stycznia 2019r. swój udział w postepowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Galaxy Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 13/1 i MBA System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Odlewnicza 7, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż odwołanie zmierza do pozbawienia ich możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu Galaxy upoważnionego do samodzielnego działania w imieniu tej spółki. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 21 stycznia 2019r.
W dniu 31 stycznia 2019r. zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.
Na wniosek przystępującego Galaxy – MBA pierwotnie wyznaczony na dzień 4 lutego 2019r. godz. 10:00 termin posiedzenia z udziałem stron został zmieniony na dzień 4 lutego 2019r. godz. 13:00 w celu likwidacji kolizji ze sprawą sygn. akt KIO 100/19. Strona została prawidłowo powiadomiona tak o pierwotnym terminie jaki i o jego zmianie – dowód w aktach sprawy.
Na termin posiedzenia za przystępujących nikt się nie stawił. Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 100/19 zostało zakończone, przed otwarciem posiedzenia w sprawie sygn. akt KIO 79/19.

Żaden z przystępujących nie stawił się na wyznaczonym terminie posiedzenia będąc prawidłowo powiadomiony, co należało uznać za rezygnację z możliwości wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 186 ust. 3 ustawy stanowi, że 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 w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zaistniał stan faktyczny podpadający pod wyżej wskazaną normę prawną, to jest zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, a przystępujący Galaxy-MBA będąc prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia nie stawił się na nie, rezygnując z prawa do wniesienia sprzeciwu.

W tej sytuacji Izba umorzyła postępowania, a zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołania.

Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt. 1 koszty postępowania Izba wzajemnie zniosła. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 ze zm. z 2016r. pod. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: ……