Sygn. akt: KIO 2721/20

POSTANOWIENIE

z dnia 3 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **3 listopada 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 października 2020 roku** przez wykonawcę Odwołującego – **NMG Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego**: Zarząd Morskiego Portu Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) kwotę uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy **Odwołującego – NMG Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku.**

Przewodniczący:

……

sygn. akt KIO 2721/20

UZASADNIENIE

Dnia 22 października 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1843 ze zm., dalej „Pzp") odwołanie złożył Wykonawca NMGS.A. z siedzibą w Bydgoszczy, dalej jako „Odwołujący".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie systemu rozliczania mediów wraz z systemem monitoringu ciepłomierzy w Zarządzie Morskiego Portu Gdańsk S.A." prowadzi Zamawiający: Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, dalej jako „Zamawiający". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 110-268217 w dniu 9 czerwca 2020 roku.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Control Sp. z o.o. z siedzibą w Krapkowicach oraz błędnego przyznania punktów w ramach kryterium *Ocena funkcjonalności systemu* wykonawcy Control Sp. z o.o. oraz wykonawcy Askom Sp. z o.o. oraz Odwołującemu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Control Sp. z o.o., pomimo tego, że w trakcie trwania postępowania Wykonawca ten nie zaprezentował faktycznie działającego systemu a jedynie formatki/ekrany, wygenerowane w sposób sztuczny, jedynie na potrzeby demonstracji, co jest niezgodnie z punktem XIII ppkt 1.2.1.1. SIWZ, w brzmieniu:*„Dostarczony film musi dokumentować faktyczne użycie systemu informatycznego oferowanego przez Wykonawcę."*

2.art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez niewłaściwą ocenę ofert i przyznanie punktów wykonawcy Control, Askom oraz Odwołującego w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert *Ocena funkcjonalności systemu*, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu, w efekcie czego, Zamawiający nie wybrał najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, zgodnie z jej postanowieniami.

Odwołujący wnosił o:

1.unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Control;

2.ponowne dokonanie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym:

2.1.odrzucenie oferty Control jako niezgodnej z treścią SIWZ, a gdyby nie było to zasadne, prawidłowe przyznanie punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert (ocena funkcjonalności systemu) wykonawcy Control, zgodnie z argumentacją zawartą w odwołaniu,

2.2.prawidłowego przyznania punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert (ocena funkcjonalności systemu) wykonawcy Askom oraz Odwołującemu, zgodnie z argumentacją zawartą w odwołaniu,

3.wykonanie dalszych czynności zgodnie z ustawą Pzp, w tym wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał; że posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, gdyż oferta złożona przez Odwołującego, przy prawidłowym zastosowaniu kryteriów, określonych w SIWZ, uzyskałaby największą ilość punktów, a co za tym idzie, byłaby ofertą najkorzystniejszą, niezależnie od odrzucenia oferty wykonawcy Control. Uwzględnienie odwołania spowoduje, że Odwołujący będzie miał realną szansę uzyskania zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że odwołanie wniesiono zostało w ustawowym terminie. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w została przesłana Odwołującemu w dniu 12 października 2020 roku. Wpis od odwołania został wniesiony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych i mogło podlegać merytorycznemu rozpoznaniu.

Z akt sprawy wynika, że Zamawiający w dniu 23 października 2020 roku zawiadomił pozostałych wykonawców o

wniesieniu odwołania za pomocą drogi mailowej (dowód
w aktach sprawy).

W dniu 29 października 2020 roku do Prezesa KIO wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przesłane przez wykonawcę **Control Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**
z siedzibą w Krapkowicach. Zgłoszenie przystąpienia złożono po stronie Zamawiającego. Do zgłoszenia nie dołączono dowodów doręczenia kopii zgłoszenia stronie odwołującej
i zamawiającej.

Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przystąpienia i nie dopuściła Wykonawcy zgłaszającego przystąpienie jako Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznie opatrzonej bezpiecznym popisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Dostrzeżenia zatem wymaga,
iż w przedmiotowej sprawie zgłoszenie przystąpienia do Prezesa KIO nastąpiło
z przekroczeniem ustawowego terminu 3 dni, który upływał w dniu 26 października 2020 roku. Za dotrzymanie terminu na zgłoszenie, a tym samym za skuteczne nie może być uznane zgłoszenie, które w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania zostało nadane w placówce pocztowej.

W dniu 3 listopada 2020 roku Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał w całości zarzuty Odwołującego po zapoznaniu się z treścią odwołania.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp – należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności,
w taki sposób, który uczyni zadość postulatom postawionym w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał w całości słuszność argumentacji Odwołującego
i uwzględnił odwołanie, natomiast do postępowania po stronie Zamawiającego nie przystąpił skutecznie podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1.Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,

2.do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpili skutecznie wykonawcy, którzy mogliby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu

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 i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego 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 ze zmianami), odmawiając przyznania kosztów zastępstwa procesowego z uwagi na niezłożenie rachunków potwierdzających ich wysokość .

Przewodniczący:

……..