

POSTANOWIENIE

z dnia 22 września 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **22 września 2020 roku**

w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

11 września 2020 roku przez wykonawcę **Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Mazowiecki Szpital Wojewódzki**

im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach

przy udziale wykonawcy **ERBUD Operations Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

z siedzibą w Jasionce, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie odwołującego** postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**

2. **nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) kwotę uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy Odwołującego – Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa 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 Siedlcach**.

Przewodniczący:

.....

sygn. akt KIO 2272/20

UZASADNIENIE

Dnia 11 września 2020 roku do Prezesa krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zmianami) (dalej jako „Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy**, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Modernizację Budynku Głównego Szpitala w Rudce*” prowadzi **Zamawiający: Mazowiecki Szpital Wojewódzki im. św. Jana Pawła II w Siedlcach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach**.

Postępowanie ogłoszono w dniu 4 sierpnia 2020 roku w Dzienniku Urzędowym unii Europejskiej pod nr 2020/S 149-364360. Odwołanie jest wnoszone w postępowaniu

o wartości zamówienia równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie złożono na czynność Zamawiającego polegającą na ustaleniu treści SIWZ naruszeniem przepisów Pzp. Zamawiający poinformował o podjęciu oraz zaniechaniu zarzucanych mu czynności w dniu 01 września 2020r., tj. wraz z publikacją odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienia SIWZ. Odwołujący podnosił zarzuty zaniechania opisaną przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie okoliczności wymagane dla należytego sporządzenia oferty, a w szczególności umożliwiające złożenie ofert równoważnych, a także zaniechanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów PZP:

1.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę, a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ,

2.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ precyzyjnego i jednoznacznego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, poprzez brak wskazania parametrów równoważności dla wskazanych w wyjaśnieniach urządzeniach ARUBA i systemie operacyjnym LINUX, a które wykonawca jest zobowiązany zaoferować, co w konsekwencji nie tylko powoduje prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, lecz faktycznie uniemożliwia złożenie oferty równoważnej.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania modyfikacji treści SIWZ w zakresie faktycznego dopuszczenia możliwości składania oferty równoważnej wszędzie tam, gdzie Zamawiający udzielając odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ zażądał zaoferowania urządzeń marki ARUBA i systemu operacyjnego LINUX, z zaniechaniem wskazania w opisie przedmiotu zamówienia parametrów równoważności oraz funkcjonalności,

2. przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie określenie przedmiotu zamówienia oraz oszacowanie jego wartości, tj. o co najmniej 15 dni, zgodnie

z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp,
3. dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz treści SIWZ w zakresie terminu składania ofert.

Odwołujący podkreślił, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W tym celu Odwołujący przygotowuje się do złożenia oferty, na podstawie której będzie mógł realizować zamówienie.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to prawidłowo sformułowałby SIWZ, umożliwiając Odwołującemu złożenie oferty równoważnej, spełniającej wszystkie wymagania SIWZ. Oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez wskazane powyżej wadliwości SIWZ, Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości złożenia prawidłowej oferty, gdyż nie jest możliwe odpowiedzenie na potrzeby Zamawiającego, w sytuacji, w której potrzeby te nie są w należyty sposób wyartykułowane. W rezultacie, Odwołujący nie może uzyskać zamówienia i osiągnąć zysku, który planował osiągnąć (*lucrum cessans*).

Naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Efektem wskazanej wadliwości SIWZ jest bowiem uniemożliwienie Odwołującemu złożenia prawidłowej oferty, a tym samym uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że odwołanie wniesiono zostało w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych i mogło podlegać merytorycznemu rozpoznaniu.

Do postępowania odwoławczego zgłoszono przystąpienie po stronie Odwołującego. Zgłoszenie złożył wykonawca **ERBUD Operations Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce** Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia.

Z informacji przesłanej przez Zamawiającego wynika, że zawiadomił on wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 14 września 2020 roku zamieszczając kopię odwołania na platformie zakupowej, na której prowadzone jest postępowanie. Termin na przystąpienie upłynął w dniu 17 września 2020 roku. Do momentu wydania postanowienia przystąpienie po stronie Zamawiającego nie wpłynęło.

W dniu 16 września 2020 roku Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał w całości zarzuty Odwołującego. Wskazano, że uznając zasadność zarzutów odwołania Zamawiający zmodyfikował opis przedmiotu zamówienia w zakresie urządzeń sieciowych wprowadzając zmiany umożliwiające złożenie oferty równoważnej dla wyspecyfikowanych urządzeń marki ARUBA (dołączono specyfikację urządzeń). Ponadto Zamawiający zrezygnował z wymogu zastosowania systemu operacyjnego LINUX. Zamawiający oczekuje rozwiązania stabilnego i niezawodnego, nie narzucając rodzaju systemu operacyjnego. Zamawiający zmienił termin składania ofert, wydłużając go do 23 września 2020 roku.

Wobec uwzględnienia zarzutów Zamawiający wnosil o umorzenie postępowania.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 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 postulatowi postawionemu 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 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 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 uiszczanego 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:

.....