

POSTANOWIENIE
z dnia 22 lutego 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Monika Szymanowska

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 22 lutego 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: European Dynamics Luxembourg SA z siedzibą w Luksemburgu, Rue Jan Engling 12 oraz European Dynamics SA z siedzibą w Grecji, 209 Kifissias Ave.&10 Arkadiou Str, 15124 Maroussi w postępowaniu prowadzonym przez Ministra Cyfryzacji, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa (Polska)

przy udziale wykonawców:

A. Enterprise Services Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (Polska),

B. Asseco Poland SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (Polska),

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

1.1. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: European Dynamics Luxembourg SA z siedzibą w Luksemburgu, Rue Jan Engling 12 oraz European Dynamics SA z siedzibą w Grecji, 209 Kifissias Ave.&10 Arkadiou Str, 15124 Maroussi i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

European Dynamics Luxembourg SA z siedzibą w Luksemburgu, Rue Jan

Engling 12 oraz European Dynamics SA z siedzibą w Grecji, 209 Kifissias Ave.&10 Arkadiou Str, 15124 Maroussi tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Ministra Cyfryzacji, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn: Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Platformy

e-Zamówienia wraz z usługą hostingu, oznaczonego nr 11/MC/PN/17 wykonawcy wspólnie ubiegający się o to zamówienie: European Dynamics Luxembourg SA z siedzibą w Luksemburgu, Rue Jan Engling 12 oraz European Dynamics SA z siedzibą w Grecji, 209 Kifissias Ave.&10 Arkadiou Str, 15124 Maroussi (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie wobec czynności odrzucenia ich oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp] w zw. z art. 196 Dyrektywy

Rady 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej zmienionej Dyrektywą Rady 2008/9/WE z dnia 12 lutego 2008 określającą szczegółowe zasady zwrotu podatku od wartości dodanej, przewidzianego w dyrektywie 2006/112/WE, podatnikom niemającym siedziby w państwie członkowskim zwrotu, lecz mającym siedzibę w innym państwie członkowskim oraz art. 17 ust. 4 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, poprzez bezpodstawne uznanie, iż złożona przez odwołującego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego,

2. art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 91 ust 3a zd.1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, iż odwołujący dla zachowania uczciwej konkurencji i porównywalności jego oferty z ofertami innych wykonawców winien był doliczyć do ceny oferty podatek Vat podczas gdy obowiązek ten spoczywa na zamawiającym.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. nieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. dokonania powtórnej oceny ofert,
3. wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Na posiedzeniu zamawiający oraz przystępujący po stronie zamawiającego wykonawcy wnieśli o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7) ustawy Pzp.

Odwołujący twierdził, że prawidłowo wskazał w odwołaniu zamawiającego (tj. Ministerstwo Cyfryzacji, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa), natomiast zamawiający

i przystępujący twierdzili, że zamawiającym jest Minister Cyfryzacji, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa.

Odwołujący z jednej strony oraz zamawiający wraz z przystępującymi z drugiej strony powoływali się na postanowienia SIWZ.

Odwołujący wskazał na Rozdział XII „Opis sposobu przygotowania ofert” pkt 9 SIWZ, zgodnie z którym „Ofertę wraz ze wszystkimi załącznikami należy umieścić w kopercie w sposób zabezpieczający nienaruszalność do terminu otwarcia ofert. Kopertę należy zaadresować oraz opisać według poniższego wzoru: Ministerstwo Cyfryzacji ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa, Wydział do Spraw Zamówień Publicznych z adnotacją: „zamówienia publiczne” Oferta na: Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą hostingu (postępowanie nr 11/MC/PN/17)”.

Zamawiający i przystępujący wskazywali na Rozdział III „Nazwa oraz adres zamawiającego”, zgodnie z którym: „Zamawiający: Minister Cyfryzacji. Adres: Ministerstwo Cyfryzacji, ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa.”

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nadesłanej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” przy piśmie z dnia 20 lutego 2018 roku skład orzekający Izby ustalił dodatkowo, że:

- W „Protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego” w pkt. 1 „Zamawiający” podano: „Minister Cyfryzacji ul. Królewska 27 00-060 Warszawa”,
- na stronie tytułowej SIWZ jako zamawiającego wskazano Ministra Cyfryzacji,
- na str. 2 SIWZ zdefiniowano („Ilekroć w dalszej części Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest mowa o (...)”, iż przez zamawiającego należy rozumieć Ministra Cyfryzacji,
- we wzorze formularza „Oferta” (Załącznik nr 1 do SIWZ) pkt 1 nadano brzmienie:
„Przystępując do prowadzonego przez Ministra Cyfryzacji postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą hostingu, oznaczonego nr 11/MC/PN/17, zgodnie z wymogami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia (.)”
- we wzorze formularza „Wykaz usług” (Załącznik nr 2 do SIWZ) ujęto treść:
„przystępując do prowadzonego przez Ministra Cyfryzacji postępowania (.)”
- we wzorze formularza „Wykaz osób” (Załącznik nr 3 do SIWZ) ujęto treść:
„przystępując do prowadzonego przez Ministra Cyfryzacji postępowania (.)”
- W Istotnych postanowieniach umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ) w odniesieniu do strony umowy podano, że jest zawarta: „(...) pomiędzy Skarbem Państwa - Ministrem Cyfryzacji mającym siedzibę w Warszawie, 00-060, ul. Królewska 27 (...)”,
- korespondencja kierowana do wykonawców, w tym odwołującego była przesyłana każdorazowo z oznaczeniem „Rzeczpospolita Polska Minister Cyfryzacji” i opatrzona pieczęcią „Minister Cyfryzacji z up. Szymon Nowak Zastępca Dyrektora Departamentu Budżetu i Finansów”; tytułem przykładu:
 1. pismo do wykonawców z dnia 7 listopada 2018 roku - zmiana treści SIWZ,
 2. pismo do wykonawców z dnia 17 listopada 2017 roku - wyjaśnienia treści SIWZ,
 3. pismo do odwołującego z dnia 7 grudnia 2017 roku - wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,

4. pismo do odwołującego z dnia 20 grudnia 2017 roku - wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
5. pismo do odwołującego z dnia 21 grudnia 2017 roku - przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień (na wniosek odwołującego),
6. pismo z dnia 2 stycznia 2018 roku - wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
7. pismo z dnia 22 stycznia 2018 roku - prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,
8. pismo do wykonawców z dnia 1 lutego 2018 roku (wg rozdzielnika) - zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego.

Skład orzekający Izby uznał, że wniosek zamawiającego i przystępujących o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7) ustawy Pzp jest zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby ww. postanowienia SIWZ i korespondencja nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że zamawiającym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie, budowę i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą hostingu” jest Minister Cyfryzacji z siedzibą przy ulicy Królewskiej 27, 00-060 Warszawa.

Wskazanemu przez odwołującego postanowieniu Rozdziału XII pkt 9 SIWZ przypisać można wyłącznie charakter techniczny, który nie może wpływać na jednoznaczne i wielokrotne zidentyfikowanie jako podmiotu zamawiającego Ministra Cyfryzacji.

Art. 189 ust. 2 pkt 7) ustawy Pzp brzmi: „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) 7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5.”, zaś art. 180 ust. 5 ustawy Pzp brzmi: „Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się

z jego treścią przed upływem tego terminu. (...)”

W ocenie składu orzekającego Izby, aby można było mówić o wywiązaniu się odwołującego z obowiązku przesłania zamawiającemu kopii odwołania odwołanie musi być

przede wszystkim skierowane do prawidłowo oznaczonego zamawiającego; nie jest wystarczającym prawidłowe podanie adresu w sytuacji, gdy adres (ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa) jest „wspólny” dla dwóch zamawiających (Minister Cyfryzacji (1) oraz Ministerstwo Cyfryzacji (2)).

Podkreślić przy tym należy, że odwołujący nie kwestionował, że odrębne („własne”) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone są zarówno przez Ministra Cyfryzacji, jak i Ministerstwo Cyfryzacji - zarówno Minister Cyfryzacji, jak i Ministerstwo Cyfryzacji do zamawiający w rozumieniu ustawy Pzp.

Uznać zatem należało, że odwołanie zostało skierowane do innego zamawiającego - Ministerstwa Cyfryzacji na jego adres.

Jak podnosił na posiedzeniu przystępujący Enterprise Services Polska Sp. z o.o. z Warszawy postępowanie odwoławcze jest postępowaniem sformalizowanym.

Niezbędnym elementem odwołania [§ 4 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.)] jest wskazanie zamawiającego - odwołanie zawierać ma bowiem „imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz miejsce zamieszkania lub siedzibę zamawiającego, oraz numer telefonu oraz faksu oraz adres poczty elektronicznej zamawiającego”.

Poza wskazaniem zamawiającego, odrębnym elementem formalnym odwołania jest

„określenie przedmiotu zamówienia”, co w praktyce sprowadza się do podania nazwy zamówienia nadanej przez zamawiającego i wskazanej w SIWZ.

Bezspornie odwołujący jako zamawiającego, wobec którego niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wnosi odwołanie (i któremu zarzuca naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp) wskazał Ministerstwo Cyfryzacji i podał

prawidłowy adres - siedzibę (ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa) tegoż ministerstwa, określił także przedmiot zamówienia (Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą hostingu).

Dostrzeżenia wymaga, że brak wskazania w odwołaniu podmiotu zamawiającego nie stanowi braku formalnego odwołania, który może zostać, na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, usunięty (§ 9 ww. rozporządzenia).

W ocenie składu orzekającego Izby obowiązek wskazania w odwołaniu zarówno zamawiającego, jak i przedmiotu zamówienia oznacza, że oba te elementy muszą być prawidłowo zidentyfikowane/oznaczone. Brak jest domniemania, że w przypadku wątpliwości co do oznaczenia zamawiającego (odwołujący wskazał i zamawiającego, i jego siedzibę, wobec czego nie sposób o takich wątpliwościach w niniejszej sprawie mówić) należałoby przyjąć, że zamawiającym jest podmiot wskazany w SIWZ wskazanego przez odwołującego postępowania (np. w zakresie składania kopert z ofertami), tym bardziej że w przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z dwoma odrębnymi zamawiającymi w rozumieniu ustawy Pzp, prowadzącymi odrębne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że przesłanie przez odwołującego kopii odwołania do Ministerstwa Cyfryzacji na jego adres (do jego siedziby) w sytuacji, gdy zamawiającym i prowadzącym postępowanie na „Zaprojektowanie, budowę i wdrożenie Platformy e-Zamówienia wraz z usługą hostingu” jest Minister Cyfryzacji (co w świetle postanowień SIWZ i kierowanej do wykonawców przez Ministra Cyfryzacji korespondencji nie budzi wątpliwości) nie może zostać uznane za przesłanie kopii odwołania do zamawiającego - Ministra Cyfryzacji, gdyż de facto przesłano kopię do zupełnie innego podmiotu, tj. zamawiającego, który nie był organizatorem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Inaczej mówiąc w ogóle nie był stroną postępowania.

Skład orzekający Izby uznał zatem, że odwołanie należy odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7) ustawy Pzp.

Dodatkowo skład orzekający Izby zauważył, że kwestia, kto jest zamawiającym była kluczowa dla prezentowanej przez strony argumentacji, co do podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

Członkowie: