

POSTANOWIENIE

z dnia 22 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki

 Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 22 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Lumena S.A. ul. Reja 6, 02-053 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu sp. z o.o.

ul. Głogowska 131/133, 60-244 Poznań

protestu z dnia 18 marca 2010 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sygnity S.A. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa oraz IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o. ul. M. Flisa 4, 02-247 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Lumena S.A. ul. Reja 6, 02-053

Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Lumena S.A. ul. Reja 6, 02-053 Warszawa,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Lumena S.A. ul. Reja 6, 02-053 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę licencji, wdrożenie systemu klasy ERP wraz z odpowiednią strukturą informatyczną dla MPK Poznań sp. z o.o. MZ/24/2009” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 kwietnia 2009 r. pod numerem 2009/S 82-118666. Wartość zamówienia wynosi 7.950.000 zł, tj. 2.050.501,66 euro, jest więc większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

4 grudnia 2009 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, którą to czynność 14 grudnia 2009 r. oprotowali wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sygnity S.A. oraz IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o. (zwani dalej „konsorcjum Sygnity”) stwierdzając, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wyniku tego protestu 19 lutego 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok (sygn. akt KIO/UZP 8/10 i KIO/UZP 19/10 – wyrok łączny), w którym uwzględniła odwołanie konsorcjum Sygnity

i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty LUMENA S.A. i dokonanie czynności oceny złożonych ofert.

8 marca 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o ponownym dokonaniu czynności oceny ofert zgodnie z wyrokiem z 19 lutego 2010 r., a w jego wyniku – wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Sygnity i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, że zapisy w ofercie, w rozdziale „metodyka wdrożenia” zawierają postanowienia niezgodne z załącznikiem nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 10 str. 70) oraz zapisami załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdzającego, że całość wykonania zamówienia leży po stronie wykonawcy.

18 marca 2010 r. Odwołujący wniósł protest, a po jego odrzuceniu przez Zamawiającego 26 marca 2010 r., 6 kwietnia 2010 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Sygnity,
2. zaniechania odtajnienia oferty złożonej przez konsorcjum Sygnity i uznania, że taki wniosek Odwołującego powinien być zgłoszony po otwarciu ofert, gdy tymczasem to Zamawiający bez wniosku któregośkolwiek z wykonawców miał obowiązek po otwarciu ofert rozstrzygnąć, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest skuteczne,
3. zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, „art. 26 ust. 2 pkt 3” względnie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z bezpodstawną odmową odtajnienia części oferty, która nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, a przez to niespełnienie warunków udziału w postępowaniu i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu: uchylenia rozstrzygnięcia protestu, usunięcie klauzuli tajności z oferty złożonej przez

konsorcjum Sygnity w zakresie, w jakim zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest niezgodne z prawem i udostępnienie Odwołującemu jej treści, dokonanie czynności ponownej oceny ofert, wybór oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i najkorzystniejszej w świetle jej postanowień.

Odwołujący podniósł, iż na skutek wymienionych działań i zaniechań jego interes prawny doznał uszczerbku, gdyż odrzucenie oferty uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia publicznego, a czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają ocenę oferty złożonej przez konsorcjum Sygnity i naruszają tym samym zasadę uczciwej konkurencji.

Rozstrzygając protest Zamawiający stwierdził, iż w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego podlega on odrzuceniu na mocy przepisu art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym wykonawca wezwany do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Odwołujący został wezwany do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia 14 grudnia 2009 r. przez konsorcjum Sygnity protestu dotyczącego w szczególności niezgodności oferty Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, tj. wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 19 lutego 2010 r., który nakazał Zamawiającemu odrzucenie tejże oferty.

W zakresie zaś nieujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa protest został odrzucony na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako wniesiony po terminie. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej

staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Wiadomość o zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie konsorcjum Sygnity S.A. Odwołujący powziął już 9 listopada 2009 r., w którym zapoznał się z tą ofertą w części nie objętej tajemnicą przedsiębiorstwa oraz został przez Zamawiającego poinformowany o zastrzeżeniu pozostałej jej części

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpień, a także na podstawie oświadczeń Stron złożonych podczas posiedzenia Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.

W informacji o wyniku postępowania z 8 marca 2010 r. Zamawiający powołał się na wyrok Izby z 19 lutego 2010 r. nakazujący mu powtórzenie czynności oceny ofert i odrzucenie oferty Odwołującego. Po porównaniu zarzutów z protestu z 14 grudnia 2009 r. będącego podstawą wydania wyroku Izby z 19 lutego 2010 r. z przyczynami odrzucenia oferty Odwołującego wskazanymi w informacji z 8 marca 2010 r. i zarzutami dotyczącymi nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego podniesionymi w proteście z 18 marca 2010 r. Izba stwierdziła, iż Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego zgodnie z wyrokiem Izby z 19 lutego 2010 r. Tym samym zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego, zgodnie z art. 181 ust. 3, do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (faktowi otrzymania takiego wezwania Odwołujący nie przeczy) i dotyczy czynności, której Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Izba zwraca też uwagę, iż wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający po wydaniu wyroku Izby nakazującego odrzucenie oferty, nie ma obowiązku ani prawa badać tej oferty pod kątem przesłanek jej odrzucenia wskazanych

w wyroku. Takie postępowanie przeczyłoby samej instytucji rozstrzygania sporów opisanej w ustawie Prawo zamówień publicznych, w tym związaniu Zamawiającego wyrokiem. Kwestionując wyrok Zamawiający może jedynie złożyć skargę do sądu, zgodnie z art. 194 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia oferty złożonej przez konsorcjum Sygnity Izba uznała, że w tym zakresie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako złożone po terminie. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, protest należy wniesć w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Niniejszy zarzut dotyczy zaniechania czynności, do której Zamawiający jest obowiązany na podstawie przepisów ustawy, czyli zbadania, czy zastrzeżenie przez wykonawcę pewnych informacji w ofercie stanowi rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem konieczne jest na wstępie ustalenie, w którym momencie brak czynności w tym zakresie nie jest jeszcze uprawniony i należy uznać go już za zaniechanie.

Ponieważ zastrzeżone informacje zostały zawarte w ofercie, zdaniem Izby nastąpiło to w chwili ogłoszenia informacji o wyniku postępowania. Do tego momentu Zamawiający prowadził badanie ofert, zatem mógł dokonywać różnego rodzaju czynności sprawdzających, w tym również kwalifikacji zastrzeżonych danych pod względem tajemnicy przedsiębiorstwa. Dlatego, zdaniem Izby, stwierdzenie, że już 9 listopada 2009 r. (podczas gdy otwarcie ofert nastąpiło 28 października 2009 r., a wynik postępowania został ogłoszony 4 grudnia 2009 r.), zatem Zamawiający był w trakcie badania ofert, byłoby w tej sytuacji przedwczesne (inaczej, gdyby w tym terminie wykonawcy złożyli wniosek o odtajnienie lub protest w tym zakresie,

ustosunkowując się do których Zamawiający musiałby zająć stanowisko w tej kwestii już w tamtym momencie).

Natomiast w chwili ogłoszenia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, rankingu ofert, ofertach odrzuconych itd. oczywiste jest, że Zamawiający badanie to zakończył, a tym samym podjął w stosunku do tych ofert wszystkie czynności, których zamierzał dokonać – zatem albo uznał zastrzeżone informacje za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, albo też zaniechał ich odtajnienia. Dlatego od tej chwili jednoznacznie można mówić o zaniechaniu. Podobnie np. przy ocenie wniosków, do zakończenia etapu kwalifikacji wykonawców.

W niniejszym postępowaniu etap badania ofert w tym zakresie zakończył się 4 grudnia 2009 r., kiedy to Zamawiający ogłosił informację o wyniku postępowania, zatem zdaniem Izby, od tego momentu można uznać, że Zamawiający dokonał zaniechania odtajnienia oferty lub też – że dokonał czynności negatywnej w tym sensie, iż uznał sporne informacje za stanowiące rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa. A zatem od tego dnia należy zaczynać biec termin na wniesienie protestu. Późniejsze zdarzenia w postępowaniu, tj. wniesione protesty i powtórzenie czynności badania oferty Odwołującego nie dotyczyły tego zakresu i nie miały wpływu na kwestię odtajnienia lub nieodtajnienia oferty konsorcjum Sygnity.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. *w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....