

Sygn. akt: KIO 479/12

POSTANOWIENIE
z dnia 23 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 23 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2012 r. przez wykonawcę: **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (35-322), ul. Olchowa 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Inspektorat Transportu Drogowego, ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa**

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Qumak – Sekom S.A. w Warszawie (00-807), Al. Jerozolimskie 94, Infovide – Matrix S.A. w Warszawie (00-838), ul. Prosta 51 oraz Centrum Informatyki ZETO S.A. w Białymstoku (15-048) ul. Skorupska 9,**
- wykonawcy: **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie (00-222), ul. Sanguszkii 1** oraz
- wykonawcy: **Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie (02-678), ul. Szturmowa 2a,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (35-322), ul. Olchowa 14** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (35-322), ul. Olchowa 14** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy: **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (35-322), ul. Olchowa 14**:
- na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Qumak – Sekom S.A. w Warszawie (00-807), Al.Jerozolimskie 94, Infovide – Matrix S.A. w Warszawie (00-838), ul. Prosta 51 oraz Centrum Informatyki ZETO S.A. w Białymstoku (15-048) ul. Skorupska 9** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - na rzecz wykonawcy: **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie (00-222), ul. Sanguszki 1** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - na rzecz wykonawcy: **Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie (02-678), ul. Szturmowa 2a** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „Wytworzenie i wdrożenie centralnego systemu przetwarzania dla Centrum Automatycznego Nadzoru Nad Ruchem Drogowym wraz ze świadczeniem usług gwarancyjnych oraz utrzymania i rozwoju systemu” zostało wszczęte przez Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 208-338889) w dniu 28 października 2011 r.

W dniu 9 marca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej przez wykonawcę: Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, zwanego dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 i 3, 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia dwóch wykonawców, tj. Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych S.A. oraz Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwołującego dwaj powołani wykonawcy nie wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.
- art. 96 i art. 8 ustawy Pzp poprzez nieudostępnienie Odwołującemu jawnych dokumentów stanowiących integralną część wniosków złożonych w postępowaniu przez innych wykonawców. Odwołujący podnosił, iż analiza udostępnionej mu przez Zamawiającego dokumentacji postępowania pozwala uznać, iż Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Qumak – Sekom S.A., Infovide – Matrix S.A. oraz Centrum Informatyki ZETO S.A. wskazali w wykazie wykonanych zamówień prace wykonane na rzecz podmiotów publicznych, a tym samym nie mieli oni prawa objąć tegoż wykazu w tym zakresie zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uwzględniając tak postawione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia złożonych przez wykonawców dokumentów, które nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, powtórzenia czynności badania i oceny wniosków, wykluczenia z postępowania wykonawców: Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych S. A. oraz Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., powtórzenie czynności, w której Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 15 marca 2012 r. swoje zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Qumak – Sekom S.A. w Warszawie, Infovide – Matrix S.A. w Warszawie oraz Centrum Informatyki ZETO S.A. w Białymstoku,
- wykonawca: Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie oraz
- wykonawca: Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie.

W dniu 21 marca 2012 r., tj. przed rozpoczęciem posiedzenia Izby z udziałem stron, Zamawiający doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron każdy z trzech Przystępujących wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba uznała rozpoznawane odwołanie za spóźnione.

Nie było przedmiotem sporu pomiędzy stronami, iż Zamawiający, mając na celu wypełnienie ciążącego na nim, zgodnie z art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, obowiązku, w dniu 20 lutego 2012 r. za pośrednictwem faksu doręczył wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Od tego też dnia był zobowiązany na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp udostępniać wykonawcom wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Analiza stanowiska Odwołującego pozwala, w ocenie Izby, stwierdzić, iż zarzuty zaniechania wykluczenia dwóch wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia podnoszone były wobec czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak to zostało już wskazane, informację o dokonaniu tejże czynności Zamawiający przesłał wykonawcom faksem w dniu 20 lutego 2012 r. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp

odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania faksem informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Tym samym termin na wniesienie odwołania wobec powołanych czynności upływał w dniu 1 marca 2012 r. Dlatego odwołanie wniesione w dniu 9 marca 2012 r. wobec tej właśnie czynności uznać należy za wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zdaniem składu orzekającego, Odwołujący powoływał się na fakt zapoznania się po dniu 28 lutego 2012 r. z ujawnionymi mu dokumentami złożonymi przez wykonawców: Polską Wytwórnię Papierów Wartościowych S.A. oraz Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. usiłując zapewnić sobie przywrócenie terminu na wniesienie odwołania wobec czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o której to dokonaniu został poinformowany faksem w dniu 20 lutego 2012 r. Brak podstaw, aby uznać, iż w sprawie pojawiły się nowe okoliczności, pozwalające przyjąć, iż odwołanie zostało wniesione w terminie. Sam fakt uzyskania przez Odwołującego dostępu do odtajnionych dokumentów złożonych wraz z wnioskami powołanych wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być traktowany jako przesłanka do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania. W interesie Odwołującego było dążenie do zapoznania się z pełną treścią każdego z konkurencyjnych w tym postępowaniu dla niego wniosków w jak najkrótszym okresie czasu po terminie przesłania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tak, aby mógł on w pełnym zakresie kwestionować ich prawidłowość celem zabezpieczenia własnych interesów. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej (wywodzona z art. 189 ust. 2 pkt 4) i 5) ustawy Pzp) wymaga od wykonawców przedstawienia wszystkich zarzutów podnoszonych w odniesieniu do tych samych dokumentów lub oświadczeń przed upływem terminu na wniesienie odwołania wobec konkretnej czynności Zamawiającego. Pominięcie jakiegokolwiek zarzutu przez Wykonawcę, a następnie próba wniesienia odwołania w terminie późniejszym, aniżeli określony przepisami art. 182, uznać należy za spóźnione. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się od czynności Zamawiającego, albo też od zaniechania wykonania tej czynności. Data przesłania informacji o podjęciu przez Zamawiającego kwestionowanych w obecnie rozpoznawanym odwołaniu czynności nie budzi wątpliwości. Sam fakt ujawnienia w terminie późniejszym informacji objętych pierwotnie zastrzeżeniem tajemnicy nie może, w ocenie Izby, oddziaływać na ustalenie terminu przesłania informacji o czynnościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, czy też, co równie istotne, na ustalenie terminu na wniesienie odwołania wobec czynności, które nie były, po poinformowaniu wykonawców o ich dokonaniu, modyfikowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Zaznaczyć w tym miejscu jedynie należy, iż przepis art. 182 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie stanowi, iż określa on zasady

liczenia terminu na wniesienie odwołania dla czynności innych, niż wymienione w ust. 1 i 2 tegoż artykułu. Tym samym nie można uznać, iż art. 182 ust. 3 ustawy Pzp może mieć zastosowanie do ustalenia terminu na wniesienie odwołania wobec czynności, o których informacja została przesłana wykonawcom, a – co ważne – przesłanie tej informacji stanowiło wypełnienie obowiązku nałożonego na Zamawiającego na mocy art. 51 ust. 1a ustawy Pzp). Dlatego też w tym przypadku nie sposób wykluczyć zastosowania art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, jest on bowiem jedynym właściwym dla ustalenia terminu na wniesienie odwołania opartego na zarzutach wyżej opisanych. W ocenie Izby, ustanowiony przez ustawodawcę podział na czynności, o których mowa w art. 182 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, oraz na inne, do których odnosi się ustęp trzeci tegoż artykułu, ma charakter dychotomiczny. Stąd też nie można przyjmować, że odwołanie odnoszące się do czynności, o której informację Zamawiający przysłała wykonawcom (do czego jest zobowiązany na mocy ustawy), można, po upływie terminu ustanowionego w art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, następnie wnosić w terminie ustalonym na podstawie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na celu rozstrzygnięcie o zachowaniu przez Odwołującego terminu na wniesienie odwołania opartego za zarzutach naruszenia art. 96 i art. 8 ustawy Pzp, Izba uznała za istotną okoliczność, że Zamawiający, przed przesłaniem informacji o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest zobowiązany dokonać ostatecznej oceny faktu potwierdzenia przez wszystkich wykonawców spełnienia tych warunków. W tym celu powinien on dokonać pogłębionej analizy każdego z wniosków mu złożonych. W ocenie składu orzekającego w terminie tym Zamawiający, w toku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie dwuetapowym, jakim jest m.in. tryb przetargu ograniczonego, jest zobowiązany rozstrzygnąć również o zasadności zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych dokumentów złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym w chwili gdy komunikuje on wykonawcom swoją decyzję o ostatecznej ocenie wykazania przez nich spełnienia warunków, jest też zobowiązany mieć również sprecyzowane stanowisko w sprawie oceny zasadności zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych dokumentów złożonych wraz z wnioskiem przez każdego wykonawcę. Dlatego też należy przyjąć, iż przekazanie informacji o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu jest zdarzeniem, od którego począwszy wykonawcy, przy zachowaniu należytej staranności, mogą powziąć wiadomości o respektowaniu przez Zamawiającego lub też uznaniu przez niego za niezasadne zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych mu dokumentów. Każdy z wykonawców, któremu zamawiający odmówi na tym etapie postępowania udostępnienia jakiegokolwiek dokumentu z uwagi na objęcie go

takim zastrzeżeniem, musi się liczyć z tym, iż termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania odtajnienia poszczególnych dokumentów biegnie od dnia przekazania informacji, do której odnosi się art. 51 ust. 1a ustawy Pzp. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia wymóg pewności procedury. Tak zamawiający, jak i wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni bowiem mieć pewność, iż po upływie terminów na wniesienie odwołania wobec dokonanej przez Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czynność ta staje się ostateczna, a tym samym możliwe jest przeprowadzenie drugiego etapu postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej. Temu celowi bowiem służą przepisy określające terminy na wniesienie odwołania. Dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia oczywistym powinno być, iż konsekwencją niedochowania tych terminów będzie odrzucenie odwołania przez Izbę. Przyjęcie stanowiska odmiennego, o co postulował Odwołujący, doprowadziłoby do sytuacji, w której decyzje Zamawiającego zawsze mogłyby być skutecznie kwestionowane, o ile tylko wykonawca powziąłby informację o podstawach dla stawianych przez siebie zarzutów w terminie późniejszym, niż termin ustalony od dnia przesłania wykonawcom informacji o dokonaniu oceny spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego stanowisko takie nie zasługuje na uznanie. Tym samym nie może znaleźć zrozumienia Izby argumentacja Odwołującego podnoszona na uzasadnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 96 i art. 8 ustawy Pzp. Twierdził on, iż dopiero w dniu 28 lutego 2012 r. dowiedział się, iż Zamawiający nie udostępni mu wszystkich dokumentów złożonych przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. W świetle powyższego uznać należało, że już od dnia 20 lutego 2012 r. Odwołujący, przy zachowaniu należytej staranności, mógł powziąć wiadomość o respektowaniu zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poczynionego przez każdego z wykonawców. W rozpoznawanej sprawie najpóźniej w dniu 22 lutego 2012 r., z uwagi na fakt udostępnienia przez Zamawiającego jedynie dokumentów nieobjętych takim zastrzeżeniem, oczywistym dla Odwołującego powinno być, iż Zamawiający respektuje w pełni poczynione przez innych wykonawców zastrzeżenia. W tej sytuacji pismo z dnia 28 lutego 2012 r. mogło być traktowane jedynie jako swego rodzaju zmiana stanowiska wypracowanego przez Zamawiającego na dzień 20 lutego 2012 r. i to zmiana na korzyść Odwołującego. W ocenie Izby nie ma bowiem wątpliwości, iż Zamawiający pierwotnie ocenił oświadczenia wykonawców o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych dokumentów złożonych wraz z wnioskami w sposób inny, aniżeli zakomunikował to wykonawcom za pomocą pisma z dnia 28 lutego 2012 r. Nie zmienia to jednak faktu, iż stanowisko Zamawiającego w sprawie uznania zasadności zastrzeżenia przez Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Qumak – Sekom S.A., Infovide – Matrix S.A. oraz Centrum

Informatyki ZETO S.A. objęcia tajemnicą wykazu wykonanych zamówień nie zmieniło się od dnia 20 lutego 2012 r., kiedy to Zamawiający był zobowiązany ostatecznie rozstrzygnąć tę kwestię, czy też nawet od dnia 22 lutego 2012 r., kiedy to Zamawiający przez nieudostępnienie Odwołującemu wszystkich dokumentów złożonych wraz z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pośrednio potwierdził, iż respektuje zastrzeżenie poczynione przez tych wykonawców.

Zamawiający, w świetle przepisów ustawy Pzp, nie ma obowiązku przekazywania wykonawcom informacji o ocenie zasadności zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów złożonych wraz z wnioskiem. Dlatego też termin na wniesienie odwołania wobec respektowania przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia, a tym samym wobec odmowy ujawnienia takich dokumentów, należy liczyć, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp, od dnia przesłania informacji o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Od tego to bowiem dnia Odwołujący, przy zachowaniu należytej staranności, mógł poznać stanowisko Zamawiającego w sprawie oceny skuteczności zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych dokumentów. W rozpoznawanej sprawie był to dzień 20 lutego 2012 r. Tym samym dziesięciodniowy termin, tak jak w przypadku wyżej omówionych zarzutów zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia dwóch wykonawców z udziału w postępowaniu, upłynął w dniu 1 marca 2012 r. A zatem wniesienie odwołania wobec tej czynności w dniu 9 marca 2012 r. było wniesieniem odwołania po upływie terminu określonego w ustawie.

Mając na uwadze fakt, iż termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 1 marca 2012 r., zaś kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu faksem w dniu 9 marca 2012 r., Izba uznała, iż Odwołujący nie wypełnił obowiązku nałożonego na niego na podstawie art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) i 7) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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), a w szczególności § 5 ust. 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia. Zgodnie z powołanym przepisem, w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

Izba zasądza od odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw m.in. koszty wynagrodzenia pełnomocników, jednak nie więcej niż kwota 3 600 zł na rzecz każdego z wnoszących sprzeciw.

Przewodniczący: