

Sygn. akt: KIO 124/13

**WYROK**  
z dnia 5 lutego 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**                                 **Emil Kawa**  
                                                                                     **Marek Koleśnikow**  
                                                                                     **Piotr Kozłowski**

**Protokolant:**                                         **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 lutego 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2013 r. przez "Qumak-Sekom" S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa,

przy udziale Wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

-po stronie Zamawiającego:

a) Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa;

-po stronie Odwołującego:

b) SYGNITY sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa;

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwolującego** - "Qumak-Sekom" S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego** - "Qumak-Sekom" S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwolującego** - "Qumak-Sekom" S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, na rzecz **Zamawiającego** - Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa, kwotę **1.800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset 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. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący: .....

.....

.....

**UZASADNIENIE**

Komenda Główna Policji w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Modernizację Krajowego Rejestru Informatycznego”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 sierpnia 2012 r., nr 2012/S 151-252825.

W wyniku drugiego postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą zakończonego wyrokami z dnia 21 grudnia 2012 roku o sygn. akt KIO 2612/12 i 2633/12 w sprawach odwołań wykonawców Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz

Qumak-Sekom" S.A., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa Izba uwzględniła oba odwołania i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie i ocenę ofert.

W wyniku ponownej oceny ofert zamawiający uznał za najkorzystniejszą w postępowaniu ofertę złożoną przez wykonawcę Comparex Poland Sp. z o.o..

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca Qumak Secom SA w dniu 21 stycznia 2013 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu podjęcie czynności:

- 1.zaniechania wykonania przez Zamawiającego czynności, do których był zobowiązany na podstawie wyroku KIO o sygn. KIO 2612/12 oraz KIO 2633/12;
- 2.dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o.,
- 3.zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o. jako oferty niezgodnej z oczekiwaniami zamawiającego wskazanymi w SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę, jak również jako oferty złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 Ustawy Pzp;

Zarzucił równocześnie zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp.

1. **art. 192 ust. 3 pkt. 1 PZP** polegające na zaniechaniu wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2012r. (sygn. akt: KIO 2612/12 i KIO 2633/12), tj. powtórzenia oceny ofert pod kątem wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

2. **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp** poprzez zaniechanie jego zastosowania względem wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o.,

3. **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** poprzez zaniechanie jego zastosowania względem oferty złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o.,
4. **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp** poprzez zaniechanie jego zastosowania względem oferty złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o.,
5. **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp** poprzez zaniechanie ich zastosowania względem oferty złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o.,
6. **art. 7 ust.1 i ust.3 PZP**, poprzez nierówne traktowanie wykonawców, polegające na celowym zaniechaniu podjęcia czynności zmierzających do zawarcia umowy z Odwołującym, tj. wykonawcą którego oferta, zgodnie z przepisami PZP winna zostać wybrana do realizacji Zamówienia.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu

1. wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2012r. (sygn. akt: KIO 2612/12 oraz KIO 2633/12):
2. unieważnienia czynności oceny oferty złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o. i unieważnienia czynności wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej,
3. dokonania ponownej oceny oferty złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o. i:
  - wykluczenie wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na brak oświadczenia tego wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą
  - odrzucenia oferty Comparex Poland Sp. z o.o. jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,
  - odrzucenia oferty Comparex Poland Sp. z o.o. jako oferty nie spełniającej wymogów zamawiającego z SIWZ, wskazanych we wzorze umowy, stanowiącym integralną częśći SIWZ jako załącznik nr 4;
  - odrzucenia oferty Comparex Poland Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, treść protokołu rozprawy z poprzednich postępowań odwoławczych, złożoną ofertę, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:**

Na wstępie stwierdzić należy, że Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania gdyż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego o których mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Również

przystępujący wykazali posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której przystąpili.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż wniesione odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zarzuty nie znalazły potwierdzenia w treści dowodów wskazanych przez odwołującego.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Na wstępie rozprawy Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o wyłączenie jej jawności. Wniosek wynikał z faktu, że odwołujący wraz z odwołaniem złożył dokument zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, a ponadto twierdził, że mogą być ujawnione informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Qumak Secom. Za oddaleniem wniosku przez Izbę, przesądził fakt iż dokument o niemalże identycznej treści został złożony przez odwołującego w trakcie rozprawy w poprzednim postępowaniu i wtedy Qumak Secom nie widział potrzeby zastrzegania go jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania wskazać należy, że przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest zarzut, iż zamawiający nie wykonał wyroków KIO wydanych w dniu 21 grudnia 2012 roku o sygn akt KIO 2612/12 i 2633/12, a ponadto zaistniała nowa sytuacja w sprawie, spowodowana brakiem przedłużenia przez wykonawcę Comparex okresu związania ofertą.

W zakresie zarzutu niewykonania przez zamawiającego ww. wyroków KIO odwołujący podniósł, że w dniu 17 stycznia 2013 r. w trakcie zapoznawania się z dokumentacją postępowania, celem zweryfikowania czy zamawiający zastosował się do nakazu wyroku KIO 2612/12 i 2633/12 i poddał rzetelnej ocenie wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Comparex Poland Spółka z o.o., dotyczącej elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Stwierdził iż w trakcie zapoznawania się z dokumentacją postępowania nie znalazł żadnych dowodów potwierdzających że zamawiający powtórzył czynność oceny oferty spółki Comparex Poland Sp. z o.o. i zweryfikował złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. W aktach sprawy nie było żadnych protokołów z czynności podjętych przez zamawiającego po dniu 20 grudnia 2012 r. a jedynym pismem w sprawie była decyzja zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11 stycznia 2013 r. Tym samym zdaniem Qumak- Sekom S.A. zamawiający swoim postępowaniem nie wypełnił czynności, do których zobowiązała go KIO w sentencji wyroku o sygn. KIO 2612/12 i 2633/12.

Odnosząc się do tego zarzutu zamawiający stwierdził, że wykonał wyrok KIO gdyż unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonał oceny złożonych przez wykonawcę Comparex wyjaśnień co do ceny oferty, oraz dokonał ponownie wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto podniósł, że z postawionego zarzutu w tym zakresie jego

uzasadnienia trudno wywieźć jakiego dokumentu odwołujący oczekuje z którego miałyby wynikać wykonanie wyroku KIO. Podniósł, że ani obecnie obowiązujące przepisy dotyczące protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ani uregulowania wewnętrzne zamawiającego nie zobowiązują go do dokumentowania tego faktu w postaci osobnego dokumentu. Dlatego też uznał, że twierdzenia Odwołującego nie znajdują odzwierciedlenia w obowiązujących przepisach ustawy Pzp. Podniósł iż nie jest prawdą, aby w dokumentacji postępowania brak było zapisów dotyczących przebiegu dokonanych ustaleń, gdyż znajduje to odzwierciedlenie w punkcie 17 protokołu jak również w piśmie z dnia 11 stycznia 2013 r., którym to pismem zamawiający poinformował wykonawców o wykonanych czynnościach w wykonaniu wyroku KIO.

Izba oceniając ten zarzut przychyliła się do stanowiska zamawiającego, że dokonał wykonania wyroku KIO w zakresie wskazanym w sentencji orzeczenia, gdyż niewątpliwym jest, że zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i w wyniku dokonanej oceny złożonych wyjaśnień wykonawcy Comparex dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej. Brak odpowiedniego udokumentowania czynności Komisji Przetargowej nie może być oceniany w świetle obowiązujących przepisów Pzp jako brak ich wykonania w rzeczywistości

Tym samym zarzut ten jako nie udowodniony przez odwołującego nie mógł zostać uwzględniony przez Izbę.

Jednakże, zdaniem Izby należy stwierdzić na marginesie tego zarzutu i stanowiska odwołującego, że inna kwestią jest wykonanie *stricte* nakazu Izby wskazanego w wyroku, a inną kwestią jest dokumentowanie czynności zamawiającego w wyniku których zostaje podjęta określona decyzja, znajdująca swoje odzwierciedlenie w protokole postępowania.

Przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia którego wartość jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Tym samym zgodnie z przepisem art. 19 ust.1 Pzp kierownik zamawiającego, dla przeprowadzenia takiego postępowania powołuje komisję przetargową. Komisja przetargowa jest powoływana w szczególności do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert

Ustalając organizację oraz zakres obowiązków poszczególnych członków komisji przetargowej, kierownik zamawiającego musi mieć na celu zapewnienie sprawności działania komisji, przejrzystości jej prac oraz indywidualizację odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności (art. 21 ust. 3 Pzp).

Biorąc pod uwagę przepis zasady z art. 9 ust.1 zgodnie z którym „*postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie prowadzi się w formie pisemnej*”, trudno uznać za prawidłowe postępowanie zamawiającego w tej sprawie iż nie dokumentuje on wykonywanych czynności Komisji przetargowej w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego w zakresie określonym w ustawie, jak chociażby wyników głosowania poszczególnych członków Komisji, udostępniania dokumentacji postępowania wykonawcom itp.

W zakresie podniesionego zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez brak wykluczenia wykonawcy Comparex, odwołujący podniósł, że wykonawca ten nie przedłużył okresu związania ofertą. Wskazał, że w związku z dwoma postępowaniami odwoławczymi przez KIO i tym samym czasowego zawieszenia biegu terminu związania ofertą, ważność oferty Comparex Poland Sp. z o.o. kończyła się z dniem 27 grudnia 2012 r. Odwołujący po zapoznaniu się z dokumentacją w sprawie w dniu 17 stycznia 2013 r. wykazał, że Comparex przedłużył tylko okres zabezpieczenia oferty wadium w dniu 10.12.2012r., do 31.01.2013 r. jednak w aktach postępowania nie ma żadnego pisma potwierdzającego, że Comparex przedłużył ważność swojej oferty po dniu 27.12.2012 r.

Odwołujący dla poparcia zasadności swojego zarzutu w tej sprawie wskazał, że termin związania ofertą jest niezbędny dla obu stron postępowania, gdyż z jednej strony chroni wykonawcę przed możliwością ustalania przez zamawiającego nieograniczonego terminu związania ofertą, a z drugiej zabezpiecza zamawiającego iż wykonawca, który złoży ofertę w razie jej nie podpisania naraża się na utratę wadium, a także ewentualne odszkodowanie w myśl przepisów prawa cywilnego. W tym zakresie przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 1900/11, z którego wynika, że nie można domniemywać przedłużenia okresu związania ofertą, poprzez przedłużenie okresu ważności wadium. Uznaje, że są to dwa odrębne działania zamawiającego i wykonanie jednego nie może potwierdzać spełnienia drugiego warunku. Ponadto przywołał tezy z wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie o sygn. akt. VI Ga 240/10 z 21 grudnia 2010 r., gdzie wskazano, że wykonawca, aby mógł uzyskać zamówienie winien być związany ofertą. Wskazał iż podobnie postanowiła KIO w uchwale KIO/KU 89/12 oraz KIO/KD/46/10.

Stwierdził, że jego zdaniem kwestia związania ofertą jest elementem samej oferty i brak bycia przez wykonawcę związanym tą ofertą powoduje jej niebycie i tym samym stoi na stanowisku, że oferta firmy Comparex Poland S.A. wygasła w dniu 27 grudnia 2012 r. i tym samym wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta zostać uznaną za odrzuconą. Ponadto podniósł, że gdyby założyć, że oferta Comparex Poland S.A. została wybrana w tym postępowaniu, to stanowiłoby to naruszenie zasady z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dotyczącej uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż następowałby wybór oferty, co do której wykonawca nie czuje się nią związany, a tym samym nie ponosi jak inni wykonawcy ryzyka związanego z ewentualną utratą wadium czy rozszczeniem odszkodowawczym zamawiającego.

Zamawiający odnosząc się do przedstawionego zarzutu stwierdził, że oferta złożona przez wykonawcę Comparex była i jest ofertą ważną. Kwestia oceny, bycia związanym ofertą, to nie tylko kwestia złożenia samego oświadczenia o odpowiedniej treści, z którym ustawa wiąże skutki prawne, ale również ten fakt można i należy oceniać poprzez pryzmat samego zachowania się wykonawcy. Wskazał, że w tej sprawie uznał, że wykonawca czuje się związany treścią oferty na co wskazywało między innymi przedłużenie okresu wadium oraz fakt, że wykonawca ten przystąpił do postępowania odwoławczego. Tym samym pomimo nie złożenia formalnego oświadczenia należało uznać, że czuje się on związany złożoną ofertą. Dlatego też zamawiający wybrał ofertę tego wykonawcy jak najkorzystniejszą z pośród ofert złożonych w tym postępowaniu. Nadmieniał również, że prezentowana przez Odwołującego linia orzecznicza w tej kwestii nie jest jednolita.

Na wstępie ustaleń Izby w tym zakresie wskazać należy, że zgodnie z dokumentacją postępowania i oświadczeniami stron złożonych na rozprawie, okres związania ofertą zgodnie z treścią postanowień SIWZ, rozpoczynał się od terminu składania ofert, czyli od 12 września 2012 r. i wynosił 60 dni. Następnie w związku z wniesionymi dwoma odrębnymi postępowaniami odwoławczymi przed KIO nastąpiło zawieszenie biegu terminu związania ofertą o dalsze 46 dni. Tym samym termin związania ofertą wykonawcy Comparex Poland S.A. upływał w dniu 27 grudnia 2012 r.

Ponadto zamawiający oświadczył, że nie korzystał z możliwości przewidzianej w przepisie art. 85 ust. 2 i nie występował do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Pomimo szerokiego omawiania przez odwołującego konsekwencji dla wykonawców, braku związania ofertą, to jednak biorąc pod uwagę sposób postawienia podniesionego zarzutu, stwierdzić należy, że Izba jest związana zakresem wskazanym w odwołaniu. Treść tego zarzutu, a tym samym zakres jego badania został zawężony przez odwołującego do sytuacji naruszenia treści przepisu art 24 ust. 2 pkt 2 ustawy tj. do braku wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu nie wyrażenia zgody na „*przedłużenie okresu związania ofertą*”. Granice rozpoznania sprawy przez KIO są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do decyzji zamawiającego opartej na konkretnej precyzyjnej podstawie faktycznej. W toku postępowania przed KIO odwołujący nie można modyfikować rozszerzająco wskazanych w odwołaniu zarzutów, wpływając tym samym na zakres zaskarżenia.

Odnosząc się do problematyki objętej zarzutem wskazać należy, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie z wybranym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne. Za wyrokiem KIO 2856/12 stwierdzić należy, że w interesie zamawiającego powinno leżeć sprawne wyłonienie wykonawcy który złożył najkorzystniejszą ofertę i udzielenie mu zamówienia.



Sama instytucja „związania ofertą” służy temu, aby wykonawca, który złoży ofertę, nie mógł się z niej wycofać. W innej sytuacji działania zamawiającego są obdarzone dużą dozą ryzyka, że wybrany wykonawca nie tylko uchyli się od zawarcia umowy, ale także z tego tytułu nie poniesie żadnych materialnych konsekwencji. Taka sytuacja może doprowadzić u zamawiającego do np. niewykonania zamówienia, możliwości utraty uzyskanych na realizację przedmiotu zamówienia środków finansowych, bądź potrzebę wyboru droższej oferty, a nie tej wybranej pierwotnie jako najkorzystniejszej. To zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego. To on w istocie decyduje o dacie wyboru oferty, stąd posiada możliwość kontroli czy termin wynikający z art. 85 ustęp 1 Pzp upłynie przed, czy po terminie wyboru oferty. Tym samym przedłużenie tego terminu związania ofertą wykonawców leży przede wszystkim w interesie zamawiającego, gdyż zabezpiecza jego interesy. To on bowiem dzięki temu ma pewność co do stabilności i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu.

Odnosząc się do ewentualnych skutków prawnych braku związania oferta przez wykonawcę stwierdzić należy, że ustawa Pzp nie zawiera przepisu, który wprost by stanowił o tym, że wybranie oferty co do której wykonawca nie posiada aktualnego oświadczenia o związaniu jej treścią jest nieważne, a umowa zawarta z takim wykonawcą jest nieważna lub podlega unieważnieniu. Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o ważności i skuteczności złożonej oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty i w związku z tym winna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu.

Jedyną przesłanką, na podstawie której można by odrzucić ofertę wykonawcy z powodu upływu terminu związania ofertą, jest art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten mówi, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania m.in. jeśli nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a w konsekwencji w oparciu o przepis art. 24 ust. 4 ofertę takiego wykonawcy uznaje się za odrzuconą.

W niniejszej sprawie nie można jednak mówić o braku zgody odwołującego na przedłużenie związania ofertą, która mogłaby skutkować jego wykluczeniem, albowiem zamawiający z takim wnioskiem do wykonawców w ogóle nie wystąpił i tym samym wykonawców o taką zgodę nikt nie pytał.

W tym zakresie zasadne jest przywołanie stanowiska Sądu Okręgowego w Rzeszowie który w postanowieniu z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10), dokonał wykładni treści art. 24 ust.2 pkt 2 w zakresie możliwości wykluczenia wykonawców którzy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, z którą to interpretacją Izba w tym składzie się utożsamia. Sąd w uzasadnieniu stwierdził, że „*Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy*

wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody- nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą. Za powyższym przemawia również dokonana przez Sąd Okręgowy wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp w świetle powoływanego zresztą przez skarżącego art. 85 ustęp 2 Pzp. Zgodnie z tą normą wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na trzy dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Norma ta wskazuje więc na dwie możliwości. Pierwsza to kiedy wykonawca samodzielnie przedłuża termin związania ofertą, druga kiedy to zamawiający zwróci się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu. W korelacji właśnie z drugą z tych możliwości, posługując się zresztą dokładnie tym samym określeniem (odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu) pozostaje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego. Gdyby bowiem ustawodawca chciał, aby podstaw wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ustęp 2 Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 24 ustęp 2 pkt 2 nie zastosowałby z pewnością odnośnika do wyrażenia zgody, a to określenia nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, ale określenia typu nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą, nie przedłużyli okresu związania ofertą i tym podobne. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia „nie zgodzili się: odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ustęp 2 Pzp.

Tym samym biorąc pod uwagę zakres zaskarżenia czynności zamawiającego, wskazany w podniesionym zarzucie o wykluczenie wykonawcy Comparex w oparciu o przepis art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp., Izba stwierdza iż brak jest podstaw w tym zakresie gdyż wykluczenie wykonawcy z postępowania jest możliwe tylko w przypadku kiedy wykonawca zostanie wezwany do wyrażenia zgody na propozycję zamawiającego na przedłużenie okresu związania ofertą i takiej zgody nie wyrazi, co jak wykazano powyżej nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie.

Tym samym podniesiony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż działanie zamawiającego nie naruszyło normy prawnej, wskazanego przez odwołującego przepisu ustawy Pzp. Podobnie jak wyżej orzekła również KIO w wyrokach: z dnia 2 sierpnia 2010 r. (KIO 1469/10); z dnia 19 marca 2012 r. KIO 459/12; uchwałach ; KIO/KD 85/12 ; z dnia 24

maja 2011 r. o sygn. akt KIO/KD 44/11 oraz z dnia 10 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2856/12.

Ponadto wskazać należy, że powoływane przez odwołującego tezy z wyroków czy uchwał KIO dotyczą w zasadzie stanu faktycznego, gdzie to zamawiający stwierdzając brak związania ofertą danego wykonawcy, odrzucał jego ofertę bądź wykluczał takiego wykonawcę, a ofertę uznawał za odrzuconą, bądź też uznawał że taki wykonawca nie legitymuje się spełnianiem przesłanek w uzyskania zamówienia, o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

W przedmiotowej sprawie stan faktyczny jest diametralnie odmienny, to zamawiający pomimo iż nie posiadał aktualnego oświadczenia wykonawcy Comparex co do przedłużenia terminu związania ofertą, dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, natomiast fakt braku związaniu kwestionuje inny wykonawca.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego tego, że oferta Comparex Poland Sp. z o.o. jest niezgodna z SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucana na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy Pzp. wskazać należy, że odwołujący w tym zakresie podniósł iż zgodnie z postanowieniem § 8 wzoru umowy, zamawiający zawarł szczegółowe wymogi dotyczące dostarczanego przez wykonawcę oprogramowania w ramach przedmiotu zamówienia, a mianowicie:

- w § 8 ust 2: postawił wymóg aby „wykazał, że uzyskał zgodę producenta na korzystanie z Oprogramowania oraz jego aktualizacji, w tym na przekazywanie dokumentów zawierających warunki licencji, a

- w § 8 ust 5: stwierdził, że „Zamawiający ma prawo do udzielania sublicencji na korzystanie z Oprogramowania i jego aktualizacji na rzecz innych podmiotów administracji państwowej.”

Wskazać należy, że odwołujący uzasadnienie podniesionego zarzutu dotyczącego ww. kwestii połączył z zarzutem\_zaniechania odrzucenia oferty Comparex Poland Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę ( rozdział IV i V uzasadnienia odwołania jest tak samo zatytułowany).

Odnosząc się do powyższych wymogów zamawiającego odwołujący stwierdził, że dla profesjonalnego podmiotu w danej branży, której dotyczy omawiane zamówienia publiczne oczywistym jest, że wskazane powyżej wymogi może spełnić jedynie autoryzowany partner danego producenta oprogramowania. W przeciwnym razie nie jest możliwe uzyskanie prawa do sublicencjonowania oprogramowania na dalsze podmioty. Natomiast z powziętych przez odwołującego wiadomości wynika, że Comparex nie ma i nie będzie miał możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia z legalnego kanału sprzedaży, gdyż nie jest Certyfikowanym Autoryzowanym Partnerem HP (Certified Athorized Reseller/HP Preferred

Partner).

Na tą okoliczność przestawił szereg pism, które miały uzasadniać stanowiska iż wykonawca Comparex nie będzie miał możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia w oparciu o legalny kanał dystrybucji oprogramowania, a ponadto w ocenie odwołującego oferta Comparex Poland Sp. z o.o. powinna zostać również odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. Świadczyć o tym miały następujące okoliczności- wykonawca Comparex Poland Sp. z o.o. złożył w toku aukcji elektronicznej ofertę na kwotę zaledwie 6.990.000 zł brutto. Natomiast według wiedzy odwołującego. którą uzyskał od producenta oprogramowania oferowanego przez Comparex Poland Sp. z o.o. jednoznacznie wynikało, że już minimalny koszt zakupu legalnych licencji zgodnych z SIWZ, z autoryzowanego kanału sprzedaży wraz ze wsparciem zgodnym z wymaganiami zamawiającego z SIWZ przekroczy całą wartość oferty Comparex Poland Sp. z o.o., gdyż wynosi 7 596 627,00 zł.

Zamawiający odnosząc się do twierdzeń odwołującego stwierdził iż w zakresie zarzutu dotyczącego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zarzut należy uznać za spóźniony, gdyż w postępowaniu pierwszym, tj. o sygn. akt KIO 2163/12, 2164/12 odwołujący kwestionował prawidłowość w tym zakresie oferty Comparex Poland S.A. zarzucając brak zgodności treści oferty z SIWZ. Zarzut dotyczył między innymi niezgodności zaoferowanych bibliotek taśmowych, których elementem jest oprogramowanie DATA-PROTECTOR, o czym również wspomina odwołujący w tym postępowaniu.

Izba w tym zakresie w oparciu o dokumentację z poprzednich postępowań stwierdza, że w treści orzeczenia o sygn. akt KIO 2164/12 gdzie odwołującym był Qumak Secom na stronie 9 i 10 wykazano, że odwołujący podniósł wobec wykonawcy Comparex zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 w zakresie 9 wymagań SIWZ, w tym również dotyczącym bibliotek taśmowych. Tym samym zdaniem Izby za zasadne należy w tym zakresie uznać stanowisko zamawiającego i przystępującego Comparex, że podnoszenie tego zarzutu na obecnym etapie postępowania jest spóźnione i niedopuszczalne.

Wracając do rozpatrywania zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Comparex wskazać należy również, że sprawa ta była przedmiotem rozpoznania przez Izbę w poprzednim postępowaniu. Izba w tamtym postępowaniu rozpatrywała sprawę z odwołania wykonawcy Comparex. W oparciu o oświadczenie zamawiającego stwierdziła, że nie dokonał on w sposób właściwy oceny złożonych wyjaśnień co do zaoferowania w ofercie Comparex rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. W wyniku przeprowadzenia ponownej oceny złożonych wyjaśnień zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Comparex jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o złożone na rozprawie pisma wskazywał, że aby wykonawca Comparex Poland S.A. mógł złożyć ważną ofertę to musi nabyć licencję od firmy HP na oferowane oprogramowanie wraz z prawem do sublicencji.

Natomiast wskazywane przez Comparex Poland. kwoty w ofercie za ww. nabycie praw autorskich mogą świadczyć ewentualnie o nabyciu tylko prawa licencji lecz bez możliwości udzielenia sublicencji zamawiającemu. Wskazał ponadto, że nie jest prawdziwe stanowisko wykonawcy Comparex iż prawo do licencji oprogramowania HP można nabyć w każdym kraju i od każdego dostawcy posiadającego stosowne upoważnienie firmy HP.

Taka możliwość istnieje według odwołującego, tylko od właściwych terytorialnie autoryzowanych przedstawicieli HP. Tym samym zdaniem Odwołującego Comparex Poland może nabyć licencję tylko od przedstawiciela HP Polska. Ponadto Comparex Poland . nie jest już autoryzowanym przedstawicielem firmy HP gdyż umowa partnerska, na którą się powołuje została mu dniem 16 stycznia 2013 r. wypowiedziana.

Ponadto stwierdził, że w wyniku zaistniałej sytuacji wykonawca Comparex Poland nie może już w sposób legalny przekazywać licencji HP innym wykonawcom bez pisemnej zgody HP, a jak wynika z oświadczenia przedstawiciel HP Polska z dnia 22. Stycznia 2013 roku Comparex Poland sp. z o.o. takiej zgody nie uzyska.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu dotyczącego art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Comparex Poland z powodu rażąco niskiej ceny tej oferty, podał, że po wyroku KIO dokonał szczegółowej analizy wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie, odnosząc je zarówno do argumentów wykonawcy jak i co do cen innych ofert złożonych w tym postępowaniu i uznał, że złożona oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego dotyczącego przedłożonej informacji producenta oprogramowania firmy HP zamawiający podniósł iż jego zdaniem brak jest podstaw, aby dawać wiarę prawdziwości zawartych tam twierdzeń, gdyż odwołujący również oparł swoją ofertę na sprzeczne i oprogramowaniu firmy HP i tym samym należy uznać, że firma HP jest zainteresowana, aby to zamówienie powierzyć wykonawcy Qumak Secom.

Na wstępie oceny zasadności podniesionego zarzutu zdaniem Izby poddać należy rozważeniu możliwość przyznania mocy dowodowej pismom złożonym przez odwołującego, a dotyczącym w szczególności tego iż odwołujący z powodu wypowiedzenia mu umowy przez firmę HP Europe B.V z Amserdamu nie będzie mógł za oferowaną cenę wykonać zamówienia.

W tym zakresie wskazania wymaga, że przedłożone dokumenty i oświadczenia odwołującego budzą wątpliwości Izby co zgodności zawartej w nich treści z rzeczywistym stanem faktycznym. Otóż wskazać należy, że wszystkie pisma w imieniu HP Polska zostały podpisane przez pana K..... S....., który to równocześnie jest pełnomocnikiem odwołującego i np. reprezentował go w trakcie poprzedniego postępowania odwoławczego. Trudno w takiej sytuacji nie zauważyć kolizji interesów pomiędzy firmą HP Polska, a odwołującym. Jako przykład należy przywołać pismo HP Polska sp. z o.o. z dnia 22.01.2013

roku gdzie HP Polska bez jakiegokolwiek wniosku w tej sprawie ze strony KIO kieruje do Krajowej Izby Odwoławczej pismo- informację ( bez nadania temu pismu jakiegokolwiek numeru ewidencyjnego) iż firma Comparex nie będzie mogła w sposób legalny nabyć licencji dla oprogramowania które wskazała w ofercie. Czyli jeszcze przed ustaleniem szczegółów handlowych w tym zakresie, firma HP Polska odmawia sprzedaży swojego produktu wykonawcy Comparex.

Inną kwestią wskazującą na takie wątpliwości jest również podnoszony przez odwołującego na rozprawie zarzut, iż podmiot - wykonawca z terenu Polski, może zakupić oprogramowanie firmy HP tylko od dystrybutora krajowego, czyli w tym wypadku firmy HP Polska sp. z o.o.. Tym samym zdaniem odwołującego brak jest możliwości nabycia przez Comparex, legalnego oprogramowania od innych podmiotów za cenę przez niego wskazaną w ofercie, ale tylko od HP Polska i za cenę przez tą firmę wskazaną. Co innego zdaje się wynikać z pisma, złożonego przez HP Polska na rozprawie w poprzednim postępowaniu odwoławczym, w sprawie o sygn. KIO 2612/12 gdzie w informacji z dnia 19 grudnia 2012 roku HP Polska stwierdza, że *„Licencję wraz z subskrypcją opisane w pkt 1 mogą być nabyte u dowolnego Autoryzowanego Dystrybutora HP na terenie Unii Europejskiej”*. W dalszej części tego pisma HP Polska podaje, że *„Wsparcie niestandardowe opisane w pkt 2 może być nabyte w HP Polska, bądź u jednego z Autoryzowanych Dystrybutorów Hewlett-Packard Polska”*. Jak widać z powyższego stanowiska w tej sprawie HP Polska w przeciągu 1 miesiąca uległy radykalnym zmianom. Wydaje się iż wynika to z faktu, że w poprzednim odwołaniu oferta Comparex była ofertą odrzuconą przez zamawiającego, a w tym postępowaniu oferta wybrana.

Również złożone do akt sprawy pismo o wypowiedzeniu umowy partnerskiej HP z wykonawcą Comparex nie ma zdaniem istotnego znaczenia dla przedmiotowej sprawy, gdyż nie potwierdza braku bycia wykonawcy Comparex partnerem firmy HP. Z przedmiotowego wypowiedzenia wynika, że termin rozwiązania umowy partnerskiej nastąpi w dniu 22 marca 2013 roku, a więc nastąpi już po terminie w jakim dane zamówienie winno zostać wykonane.

W sprawie ponadto wskazać należy, że odwołujący uzasadniał fakt zaoferowania w ofercie wykonawcy Comparex rażąco niskiej ceny tylko ceną jaką jego zdaniem wykonawca będzie musiał zapłacić dystrybutorowi HP za uzyskanie praw licencji do wskazanego w ofercie oprogramowania.

Jednakże biorąc pod uwagę zastrzeżenia co do mocy dowodowej złożonych przez odwołującego ww. pism stwierdzić należy, że przedłożone dokumenty w sposób bezsprzeczny nie udowadniają, że wykonawca Comparex nie będzie mógł nabyć oferowanego w tym zamówieniu oprogramowania firmy HP za cenę wskazaną w wyjaśnieniach, a całość zamówienia wykonać za cenę podaną w ofercie.

Tym samym zarzut ten jako nie udowodniony, zostaje przez Izbę oddalony.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.b) 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. Izba dokonując miarkowania kwoty zwrotu kosztów dla pełnomocnika strony wygrywającej przy uwzględnieniu faktów, że maksymalna kwota wynagrodzenia pełnomocnika nie może być wyższa niż 3600,00 zł oraz to, że pełnomocnik nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, uznała iż zasądzona kwota 1 800,00 złotych (50%) jest zasadna.

Przewodniczący .....

Członkowie .....

.....