

POSTANOWIENIE
z dnia 7 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 listopada 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pidikom sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (02-981), przy ul. Augustówka 11G/5, Kapsch sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-822), przy ul. Poleczki 35 w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów reprezentowane przez Dyrektora Izby Celnej we Wrocławiu, ul. Hercena 11, 50-950 Wrocław,

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pidikom sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (02-981), przy ul. Augustówka 11G/5, Kapsch sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-822), przy ul. Poleczki 35 i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pidikom sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (02-981), przy ul. Augustówka 11G/5, Kapsch sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-822), przy ul. Poleczki 35 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów reprezentowane przez Dyrektora Izby Celnej we Wrocławiu, ul. Hercena 11, 50-950 Wrocław prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa wraz z wdrożeniem systemu wirtualizacji, backupu i platformy sprzętowej dla systemów realizowanych w ramach programu e-Cło” (nr postępowania: 450000-ILGW-253-34/14), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2014 r., pod nr 2014/S 134-240315.

W dniu 15 października 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu m.in. o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę Matic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-486), przy ul. Puławskiej 300A oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pidikom sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (02-981), przy ul. Augustówka 11G/5, Kapsch sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-822), przy ul. Poleczki 35 (dalej: „Konsorcjum Pidikom” lub „Odwołujący”).

Wskazana powyżej czynność zaskarżona została odwołaniem wniesionymi do Prezesa Izby w dniu 25 października 2014 r., w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne uznanie, że oferta Konsorcjum Pidikom podlega odrzuceniu,
2. art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego pomimo tego, że jest ona najkorzystniejsza,
3. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty Matic sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
4. ewentualnie – art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Pidikom do wyjaśnienia treści oferty,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Pidikom,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz badania i oceny ofert,
3. dokonania powtórnego badania i oceny ofert,

4. ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący stwierdził, że jego interes w uzyskaniu zamówienia jest oczywisty. W sytuacji w której Zamawiający zachowałby się prawidłowo, tzn. nie odrzuciłby oferty Konsorcjum Pidikom, uzyskałoby ono zamówienie, jako że zaoferowało najniższą cenę wśród ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podkreślił, że Odwołujący został poinformowany o odrzuceniu jego oferty w dniu 16 września 2014 r., wobec czego termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 26 września 2014 r. Zamawiający zaznaczył, że na podjętą wówczas czynność wpłynęło aż pięć odwołań, z których żadne nie zostało wniesione przez Konsorcjum Pidikom. Zarzuty części odwołań zostały przez Zamawiającego uwzględnione w całości, natomiast w odniesieniu do pozostałych dwóch środków ochrony prawnej Izba, w dniu 15 października 2014 r., wydała wyrok (sygn. akt KIO 1981/14 i KIO 2008/14). Zamawiający podkreślił, że rozstrzygnięcie KIO w żaden sposób nie dotyczyło Konsorcjum Pidikom, a ponadto na skutek wykonania wyroku nie zmieniły się podstawy odrzucenia jego oferty. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 października 2014 r., w którego treści Zamawiający stwierdził „[...]W odniesieniu do pozostałych wykonawców (tj. wszystkich z wyjątkiem wykonawcy Innergo Systems sp., z o.o. oraz Solidex S.A. – przyp. Izby), których oferty zostały odrzucone podstawy odrzucenia oraz uzasadnienie nie zmieniło się w stosunku do poprzedniej czynności oceny ofert.[...]”.

Zamawiający zaznaczył, że Konsorcjum Pidikom – wykazując interes w uzyskaniu zamówienia – wskazało, że „[...]odwołujący uzyskałby zamówienia, jako że zaoferował najniższą cenę wśród ofert, które nie podlegają odrzuceniu[...]” (str. 3 odwołania). Wobec tego zauważył, że w dniu 16 września 2014 r. sytuacja Odwołującego była dokładnie taka sama, ponieważ także wówczas jego oferta była tańsza od ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający ocenił, że jedyną drogą przewidzianą w takiej sytuacji było zastosowanie środków ochrony prawnej, tj. złożenie odwołania, tak jak uczynili to inni wykonawcy, w terminie do dnia 26 września 2014 r., czego Odwołujący zaniechał. Obecnie nieprawidłowo liczy on termin na wniesienie odwołania od dnia 15 października 2014 r. (ponowne ogłoszenie wyboru oferty najkorzystniejszej po wyroku Izby).

Na posiedzeniu z udziałem stron postępowania odwoławczego Zamawiający podtrzymał argumentację faktyczną i prawną zawartą we wniosku o odrzucenie odwołania.

Konsorcjum Pidikom wniosło o oddalenie wniosku na uzasadnienie wskazując, że zaskarżonej czynności Zamawiający niewątpliwie dokonał w dniu 15 października 2014 r. Podkreśliło, że wykonawca może chronić swoje interesy nie tylko przez wniesienie

odwołania, ale także w drodze skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego (co miało miejsce w sprawie o sygn. akt KIO 1981/14 i KIO 2008/14) i do decyzji wykonawcy pozostaje, z którego z tych środków chce skorzystać. Odwołujący zaznaczył ponadto, że ponowna ocena ofert przeprowadzona przez Zamawiającego odnosi się do wszystkich ofert, wobec czego Zamawiający zobligowany był powtórzyć wspomnianą czynność także w odniesieniu do oferty Konsorcjum Pidikom.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

W dniu 16 września 2014 r. Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum Pidikom na uzasadnienie podając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, w zakresie w jakim nie wskazano w niej wersji zaoferowanego oprogramowania VMware oraz CommVault Simpana oraz zaoferowano macierz EMC VNX 5200, która – zdaniem Zamawiającego – nie spełnia wymagań zawartych w SIWZ.

W wyniku uwzględnienia w całości części odwołań, którymi uczestnicy Postępowania zaskarżyli ww. czynność, Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert, w konsekwencji czego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 października 2014 r. znalazła się m.in. informacja o odrzuceniu oferty Konsorcjum Pidikom w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z jednoczesnym wskazaniem, że podstawy tej czynności oraz jej uzasadnienie nie uległo zmianie w stosunku do poprzedniej oceny ofert.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołanie podlegało odrzuceniu w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako że wniesione zostało po upływie ustawowego terminu.

Terminy na skorzystanie ze środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie określone zostały przez ustawodawcę w przepisie art. 182 Pzp. Nie ulega wątpliwości, że mają one charakter terminów zawitych co oznacza, że ich bezskuteczny upływ powoduje wygaśnięcie uprawnienia do dokonania czynności, dla której termin taki ustanowiono.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący winien skorzystać ze środka ochrony prawnej w odniesieniu do wyników pierwszej czynności badania i oceny ofert, o której Zamawiający poinformował wykonawców w korespondencji z dnia 16 września 2014 r. Trzeba mieć bowiem na względzie, że tak wówczas, jak i po powtórnym badaniu i ocenie ofert sytuacja Konsorcjum Pidikom w Postępowaniu (zarówno w zakresie korzystności jego oferty w relacji do ofert innych wykonawców, jak i podstawy jej odrzucenia wraz z przyczynami podjęcia takiej decyzji przez Zamawiającego) nie uległy żadnej zmianie. Wykonawca, będący wszak profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, który otrzymuje informację o odrzuceniu jego oferty powinien co do zasady poszukiwać

ochrony swoich interesów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na drodze środka ochrony prawnej, którym – zgodnie z przepisami Działu VI Pzp (art. 179 Pzp i nast.) – jest odwołanie i skarga do sądu okręgowego. Można wprowadzić zgodzić się z Odwołującym, że wybór sposobu ochrony interesu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi jego suwerenną decyzję oraz że wspomniana ochrona może być realizowana także w drodze przystąpienia do postępowania odwoławczego, jednakże z tym zastrzeżeniem, że wyłącznie odwołanie, nie zaś interwencja po stronie innego wykonawcy, jest środkiem ukierunkowanym bezpośrednio na zachowanie szans na uzyskanie zamówienia publicznego. Wynika to z porównania pojęcia „interesu” zawartego w przepisach art. 179 ust. 1 i art. 185 ust. 2 zd. pierwsze *in fine* Pzp oraz celu uregulowanych w nich instytucji – pierwsza z nich dotyczy wprost uzyskania zamówienia publicznego (interes w uzyskaniu zamówienia), druga – jedynie uzyskania rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystąpił.

Izba nie podzieliła również zapatrywania Konsorcjum Pidikom, zgodnie z którym czynność ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu miałyby bezwzględnie dotyczyć także jego oferty, w sytuacji w której nie skorzystało ono ze środka ochrony prawnej w stosunku do pierwotnej czynności Zamawiającego. Zauważyć należy, że oczekiwany przez Odwołującego skutek mógłby nastąpić jedynie w przypadku, w którym przynajmniej jedno z uwzględnionych przez Zamawiającego odwołań dotyczyłoby identycznych okoliczności, które legły u podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum Pidikom, co nie zostało przez nie wykazane. Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę, że zarzuty zawarte we wniesionym przez nie odwołaniu pokrywają się z zarzutami, o których oddaleniu Izba orzekła w wyroku z dnia 15 października 2014 r., sygn. akt KIO 1981/14 i KIO 2008/14.

Reasumując, zdaniem Izby, Zamawiający w okolicznościach niniejszej sprawy nie miał podstaw do dokonywania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego. W konsekwencji Izba uznała, że treść zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 października 2014 r., w zakresie odnoszącym się do oferty Konsorcjum Pidikom, odczytywać należy jako podtrzymanie wyników poprzedniego, niezaskarżonego przez nie, audytu złożonej Zamawiającemu oferty. *Ergo*, odwołanie winno być wniesione, zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1 *in principio* Pzp, w terminie 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty datowanego na 16 września 2014 r., który to termin upłynął bezskutecznie w dniu 26 września 2014 r. Przeciwnie zapatrywanie spowodowałoby nieuzasadnione uprzywilejowanie Odwołującego względem pozostałych uczestników Postępowania w zakresie długości terminu na wniesienie odwołania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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.2010.41.238). Nie uwzględniono przy tym wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie wynagrodzenia, bowiem – co wynika z protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 7 listopada 2014 r. – dokument mogący stanowić podstawę takiego rozstrzygnięcia złożony został do akt już po ogłoszeniu niniejszego postanowienia, a zatem omawiany wniosek należało uznać za spóźniony.

Przewodniczący: