

POSTANOWIENIE
z dnia 6 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 6 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2014 r. przez wykonawcę **Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Straży Granicznej w Warszawie, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa**

przy udziale:

1. wykonawcy **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42/100, 02-372 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1044/14 po stronie odwołującego
2. wykonawcy **Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1044/14 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), 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

Komenda Główna Straży Granicznej w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostosowanie Centralnej Bazy Danych SG wraz z infrastrukturą do współpracy z SIS II, podprojekt „Dostawa przestrzeni dyskowej oraz backupowej na potrzeby CBD SG – ZSE 6 wraz z modernizacją sieci SAN”

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 marca 2014 r., nr 2014/S 045-075116.

W dniu 23 maja 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 23 maja 2014 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Matic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Matic”, pomimo jej niezgodności z ustawą i specyfikacją istotnych warunków zamówienia
2. zaniechaniu unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Matic pomimo jej niezgodności z ustawą i specyfikacją istotnych warunków zamówienia
3. zaniechaniu ponownej oceny i badania ofert w sytuacji, gdy wybór oferty najkorzystniejszej powinien zostać unieważniony, a wybrana oferta najkorzystniejsza odrzucona

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy Matic, która jest niezgodna z ustawą na skutek nieuprawnionej zmiany jej treści przez tego wykonawcę;
2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do oferty wykonawcy Matic zmiany w jej treści, która nie odpowiada żadnej z kategorii poprawek określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Matic pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia
4. art. 84 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie przez zamawiającego do zmiany oferty przez wykonawcę Matic po upływie terminu do składania ofert

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uchybienie zasadom wskazanym w tym przepisie i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Matic
3. ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż w dniu 19 maja 2014 r. zamawiający udostępnił mu korespondencję mailową prowadzoną pomiędzy IBM oraz wykonawcą Matic, a także formularz oferty wykonawcy Matic, w którym wykonawca Matic odtajnił informacje, które uprzednio zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa tego wykonawcy. Wówczas odwołujący stwierdził, iż zaoferowane przez wykonawcę Matic urządzenie do wirtualizacji pamięci masowej, tj. „2076, 525, IBM Storwize V7000” nie istniało na dzień składania ofert, ani nie istnieje także w chwili obecnej. Z otrzymanej korespondencji mailowej załączonej przez zamawiającego do faksu wysłanego do odwołującego, a wymienionej pomiędzy przedstawicielem IBM, a wykonawcą Matic, wynika iż zamawiającemu dostarczone zostanie urządzenie „2076, 524, IBM Storwize V7000” a więc inne niż to, które wskazane zostało w ofercie. Zamawiający wymagał podania w ofercie typu, modelu oraz nazwy producenta oferowanego rozwiązania. Zgodnie z konwencją nazewniczą stosowanym przez firmę IBM numer „2076” oznacza typ (rodzinę macierzy v7000), a drugi numer (w przypadku oferty Matic jest to „525”) oznacza model (czyli specyficzną konfigurację kontrolerów, dysków i portów macierzy oferowanego rozwiązania). Zgodnie z informacjami dostępnymi na stronach IBM nie istnieje model 2076, 525 macierzy IBM Storwize V7000. W dniu składania ofert dostępne były m. in. następujące modele: 2076, 112; 2076, 124; 2076,312 i 2076,324. Brak jest natomiast informacji na temat modelu 2076, 525. Ponieważ firma IBM nie produkuje takiego modelu macierzy, model ten nie mógł być przedmiotem oferty. Jednocześnie w dniu 6 maja 2014r. (czyli już po złożeniu ofert w przedmiotowym postępowaniu) firma IBM udostępniła informację o nowym modelu macierzy IBM Storwize V7000: 2076, 524. Zmiana istotnej treści oferty dokonana przez Matic już po upływie terminu do składania ofert kwalifikuję tę ofertę jako niezgodną z ustawą, a zatem podlegającą odrzuceniu.

Nadto podniósł, iż oferta wykonawcy Matic i tak winna zostać odrzucona z uwagi na to, iż zaproponowany nowy model 2076, 524 nie spełnia wymagań zamawiającego określonych w SIWZ. Zgodnie z informacją ze strony producenta tego urządzenia „Model 524 zawiera sześć portów w standardzie 1 Gb Ethernet dla połączeń iSCSI oraz może być skonfigurowany z dwoma adapterami I/O w celu uzyskania do szesnastu portów 8 Gb FC tub

ośmiu portów 10 Gb Ethernet (iSCSI/FCoE)". Zamawiający wymagał aby urządzenie posiadało „co najmniej 30 portów Fibre Channel 8 Gbps”. Macierz IBM Storwize V7000 ma co prawda możliwość połączenia dwóch macierzy w jedno rozwiązanie (wtedy mogłoby udostępniać łącznie 32 porty FC 8 Gbps), ale funkcjonalność takiego „systemu” znacząco odbiega od wymagań zamawiającego, w szczególności określonych w pytaniach i odpowiedziach do SIWZ z dn. 31 marca 2014 r. (odpowiedź na pytanie nr 6 i nr 7). Tymczasem dwie połączone macierze IBM Storwize V7000 posiadają dwie niezależne grupy 10, a wolumeny dyskowe są przypisane tylko do jednej z dwóch grup 10. Nie spełnione jest więc następujące wymaganie zamawiającego: „wykonywane operacje I/O powinny mieć możliwość wykorzystywania każdej z niezależnych grup IO”. Zamawiający nie dopuścił bowiem użycia zewnętrznej, samodzielnej macierzy dyskowej jako niezależnych zasobów dyskowych, a taka sytuacja wystąpiłaby w przypadku zaoferowania przez wykonawcę Matic dwóch macierzy IBM Storwize V7000 jako jednego „systemu”.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesionego po terminie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba ustaliła, iż zamawiający informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy Matic przekazał wykonawcom w dniu 30 kwietnia 2014 r.

W dniu 30 kwietnia 2014 r. odwołujący dokonał w siedzibie zamawiającego wglądu do oferty wykonawcy Matic (str. 91 akt przekazanych Izbie przez zamawiającego) w części nie objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołującemu nie udostępniono strony 24 oferty.

W dniu 8 maja 2014 r. odwołujący dokonał w siedzibie zamawiającego wglądu do oferty wykonawcy Matic (str.106 akt przekazanych Izbie przez zamawiającego), w tym także strony 24 oferty z wyłączeniem części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. nazwy oferowanego urządzenia (typu, modelu, nazwy producenta).

W dniu 9 maja 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu zaniechanie udostępnienia utajnionej części oferty wykonawcy Matic, które to odwołanie wyrokiem Odwoławczej Krajowej z dnia 21 maja 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 920/14 zostało oddalone.

W dniu 19 maja 2014 r. wykonawca Matic poinformował zamawiającego, iż „w związku z otrzymaną korespondencją od przedstawiciela producenta zaoferowanego urządzenia do wirtualizacji pamięci masowej, niniejszym ujawniamy w całości treść złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu”. W tej samej dacie informacja ta została przekazana odwołującemu.

W dniu 23 maja 2014 r. odwołujący wniósł odwoalnie na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Matic pomimo jej niezgodności z ustawą i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zaniechanie unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Matic pomimo jej niezgodności z ustawą i specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz zaniechanie ponownej oceny i badania ofert w sytuacji, gdy wybór oferty najkorzystniejszej powinien zostać unieważniony, a wybrana oferta najkorzystniejsza odrzucona

Zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały one przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp (faksem lub drogą elektroniczną), albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa kwotom określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 lub je przekracza. Czynnością, o której mowa w ww. przepisie, jest niewątpliwie czynność poinformowania wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Taką informację, informację o wyborze oferty wykonawcy Matic jako najkorzystniejszej, odwołujący otrzymał w dniu 30 kwietnia 2014 r. Termin na wniesienie odwołania mijał więc w dniu 10 maja 2014 r. W dacie tej odwołujący posiadał wiedzę o spełnianiu wymagań postawionych przez zamawiającego w SIWZ przez urządzenie zaoferowane przez wykonawcę Matic, gdyż wymagany specyfikacją zakres informacji podany przez tego wykonawcę został przez zamawiającego odtajniony. A ponieważ czynnością zaniechaną przez zamawiającego, na którą wskazuje odwołujący, jest nieodrzczenie oferty wykonawcy Matic, to czynność ta winna być zakwestionowana już na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nie znajduje zastosowania także art. 182 ust. 3 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp liczy się bowiem od daty powzięcia lub - przy zachowaniu należytej staranności - możliwości powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Tak więc termin ten zaczyna swój bieg w dniu, w którym wykonawca uzyskał lub przy zachowaniu należytej staranności mógł uzyskać wiedzę o podjętych przez zamawiającego czynnościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, w stosunku do których wcześniej zamawiający nie przesłał informacji. Artykuł ten ma zatem zastosowanie wobec zaniechania tych czynności, co do których zamawiający miał obowiązek informacyjny w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym konkretnym stanie faktycznym zamawiający nie ujawnił odwołującemu informacji objętych przez wykonawcę Matic tajemnicą przedsiębiorstwa. Takie działanie zamawiającego za prawidłowe uznała Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 21 maja 2014 r., sygn. akt KIO 920/14. To dopiero wykonawca Matic poinformował zamawiającego o ujawnieniu nazwy oferowanego urządzenia i informację tę zamawiający w dniu 19 maja 2014 r. jedynie przesłał odwołującemu. Termin na wniesienie tego odwołania nie może być liczony

na podstawie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż odwołujący kwestionuje w istocie zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy, a więc czynności która winna być kwestionowana już po uzyskaniu informacji o wyborze kwestionowanej oferty.

Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 23 maja 2014 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, a tym samym skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują bowiem wykonawcom wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stanowiącego, że strony postępowania ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku oraz treść § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący