

POSTANOWIENIE
z dnia 21 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Honorata Łopianowska**
Emil Kawa
Ewa Rzońca

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 21 maja 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2013 r. w Warszawie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S & T Services Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest: *„Projekt, budowa i wdrożenie informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenie usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu”*, prowadzonym przez Zamawiającego Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego SMT Software SA we Wrocławiu oraz Infracore International Luxembourg w Luxemburgu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. Asseco Poland SA w Rzeszowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Ericpol spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi oraz GIS Partner spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w we Wrocławiu, APN Promise SA w Warszawie - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S & T Services Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S & T Services Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Action SA w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

Zamawiający, Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn zm.) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Projekt, budowa i wdrożenie informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenie usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu”*.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 16 maja 2013 r. Odwołujący złożył odwołanie wobec oceny oferty Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, zarzucając naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Asseco Poland S.A.,
- 2) art. 7 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zróżnicowane traktowanie Odwołującego oraz innych wykonawców, którzy złożyli w przedmiotowym postępowaniu oferty zawierające takie same sformułowania jak te, które stały się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) ewentualnie - art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień oferty Asseco Poland S.A.

W uzasadnieniu zachowania terminu do wniesienia odwołania, Odwołujący podał, że dnia 15 marca zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ofert innych wykonawców, które zostały złożone w przedmiotowym postępowaniu. Wniosek został doręczony skutecznie (dowód - kopia wniosku do Zamawiającego z potwierdzeniem jego doręczenia - stanowi załącznik do niniejszego odwołania).

Zamawiający nie odpowiedział na przedmiotowy wniosek ani nie wyznaczył terminu, w którym Odwołujący mógłby zapoznać się z dokumentacją, prowadził natomiast postępowanie wyjaśniające.

Dnia 26 kwietnia 2013 r o godzinie 18:17 Zamawiający przekazał Wykonawcy informację o rozstrzygnięciu i dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. W dniu 2 maja 2013 r, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z ponownym zapytaniem, czy jego wniosek o udostępnienie dokumentacji został uwzględniony i kiedy będzie mógł zapoznać się z ofertami konkurencyjnych Wykonawców. Zamawiający w odpowiedzi wyznaczył Odwołującemu termin zapoznania się z dokumentami na dzień 6 maja 2013 r., czyli na

dzień, w którym upływało 10 dni od momentu przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (kopia pisma Zamawiającego w załączeniu).

Powyższe oznacza, że pierwszym dniem, w którym Odwołujący mógł zapoznać się z okolicznościami będącymi podstawą odwołania, czyli w którym mógł zweryfikować prawidłowość oceny oferty Asseco Poland S.A. był dzień, w którym Zamawiający po raz pierwszy udostępnił Odwołującemu treść tej oferty. Dniem tym był 6 maja 2013 roku. Równocześnie, Odwołujący nie mógł podnieść zarzutów co do prawidłowości tej oceny w ramach zakwestionowania prawidłowości czynności rozstrzygnięcia i wyboru najkorzystniejszej oferty, bowiem dostęp do wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu uzyskał dopiero w dniu, w którym upłynął termin do składania odwołań od wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podnosi, że przedmiotem odwołania jest czynność oceny oferty wykonawcy, którego oferta nie została wybrana (Asseco Poland S.A.). W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym stanie faktycznym, do obliczenia terminu wniesienia odwołania nie ma zastosowania art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem przepis ten dotyczy sytuacji, w której wszystkie informacje o danej czynności zostały przekazane wykonawcom. Tymczasem w omawianej sytuacji Odwołujący - nie ze swojej winy, lecz w wyniku działania Zamawiającego - uzyskał jedynie część wiedzy o treści i podstawach czynności dokonanych w toku oceny ofert. Zamawiający nie informuje w szczególności o wezwaniach do wyjaśnień czy uzupełnień oferty, a nie ulega wątpliwości, że czynności takie stanowią odrębne czynności, które mogą podlegać zaskarżeniu. Nie ulega też wątpliwości, że dopóki Zamawiający nie udostępni wykonawcy dokumentacji postępowania w zakresie wymaganym przepisami prawa, wykonawca ten nie ma żadnej, nawet teoretycznej możliwości realizacji uprawnień kontrolnych przewidzianych przepisami o środkach ochrony prawnej.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, w przedmiotowej sytuacji do ustalenia terminu wniesienia odwołania ma zastosowanie art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym termin rozpoczyna bieg od momentu, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Taka właśnie jest intencja i cel przepisów z art. 182 ust. 3, jakim jest wprowadzenie zasady, zgodnie z którą pomimo braku informacji ze strony Zamawiającego, wykonawca ma prawo do wniesienia odwołania, a termin jego wniesienia liczony jest od momentu, w którym Wykonawca powziął, lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o podstawach odwołania. Termin na wniesienie odwołania stanowi zaś gwarancję umożliwienia prawidłowo

działającemu Wykonawcy przygotowania merytorycznie i formalnie poprawnego dokumentu. W przedmiotowym stanie faktycznym, Odwołujący niewątpliwie dochował należytej staranności, bowiem w pierwszym możliwym terminie, to jest w dniu składania ofert, złożył wniosek o udostępnienie dokumentacji postępowania. Uniemożliwienie zapoznania się z tą dokumentacją miało miejsce wyłącznie wskutek okoliczności leżących po stronie Zamawiającego. Z ostrożności Odwołujący podnosi, że ewentualne przyjęcie, iż termin do wniesienia odwołania od czynności dokonanych w toku oceny oferty biegnie zawsze od dnia, w którym Zamawiający przesłał wykonawcom informację o wyborze oferty oraz o odrzuconych i wykluczonych wykonawcach, prowadziłoby do absurdalnych skutków. Zamawiający mógłby bowiem przy takiej wykładni art. 182 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w każdym przypadku odwlekać moment udostępnienia dokumentów do dnia upływu terminu składania odwołań, wyłączając tym samym możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej wobec czynności podjętych w toku oceny ofert. Warto przy tym zauważyć, że dokładnie identyczna sytuacja ma miejsce w wypadku, w którym Zamawiający bezzasadnie utajni część dokumentacji postępowania, np. ofert wykonawców. Jeżeli wykonawca wnieśnie odwołanie wobec utajnienia ofert konkurencyjnych po wyborze najkorzystniejszej oferty, gdyż dopiero po wyborze Zamawiający odmówi wglądu do pełnej treści dokumentacji, a następnie Izba nakaze ujawnienie całości lub części treści ofert wykonawców, nie nakazując równocześnie powtórzenia czynności oceny ofert (co jest w pełni dopuszczalne), to nie ulega żadnej wątpliwości, że termin do wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia ofert, opartego na informacjach uzyskanych z części dokumentacji ujawnionej wskutek orzeczenia Izby, biegnie od momentu, w którym wykonawcy mieli możliwość zapoznania się z tą właśnie częścią dokumentacji. Przypadek taki może mieć także miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Wybór został już bowiem dokonany, a równocześnie wniesione zostało odwołanie, którego przedmiotem jest zaniechanie ujawnienia części dokumentacji postępowania (części ofert Wykonawców). Jeżeli Izba nakaze Zamawiającemu ujawnienie ofert, to niewątpliwie dopiero od momentu, w którym wykonawcy będą mieli szansę zapoznać się z ujawnioną częścią dokumentacji, będą biegły terminy do wnoszenia kolejnych odwołań. Gdyby przepis art. 182 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych miał stać na przeszkodzie wniesieniu odwołań w takiej sytuacji, to oznaczałoby to zakwestionowanie zasad jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem każdy wykonawca w razie nawet bezzasadnego objęcia tajemnicą swojej oferty uniemożliwiłby przez to kontrolę prawidłowości tej oferty poprzez wnoszenie środków ochrony prawnej przez innych wykonawców. Kontrola taka jest zapewniona przepisami prawa zamówień publicznych i stanowi element oraz gwarancję wskazanych wyżej fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazuje także na fakt, iż - zgodnie z jednolitym w tym zakresie orzecznictwem Izby - wykonawca nie może ponosić negatywnych następstw czynności Zamawiającego dokonanych z naruszeniem ustawy. Niewątpliwie tak długie zwleknięcie z udostępnieniem dokumentów, które Zamawiający ma obowiązek udostępnić, stanowi właśnie takie naruszenie, którego skutki nie mogą obciążyć Wykonawcy. Odwołujący podniósł, że wady wskazane w uzasadnieniu odwołania, o których Odwołujący powziął wiadomość dopiero dnia 6 maja 2013 r., uzasadnią unieważnienie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia, jeżeli nie zostaną usunięte przez Zamawiającego. Należy do nich w szczególności rażący przykład nieuzasadnionego zróżnicowania traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu oraz pominięcie w ocenie wad oferty Asseco Poland S.A. Uchybienia te niewątpliwie mają wpływ na wynik postępowania i na tym etapie mogą jeszcze zostać usunięte poprzez unieważnienie i powtórzenie czynności w ramach oceny ofert. Jeżeli jednak nie zostaną usunięte, to będą stanowić podstawę unieważnienia umowy, o której mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Z treści odwołania wynika, że Odwołujący kwestionuje zaniechanie odrzucenia oferty Asseco Poland SA w Rzeszowie. Czynności rozstrzygnięcia postępowania Zamawiający dokonał w dniu 26 kwietnia 2013 r., w tej samej dacie powiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty. Tego samego dnia Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej decyzję o rozstrzygnięciu postępowania, obejmującą informacje o wykonawcach wykluczonych i odrzuconych ofertach (<http://www.kzgw.gov.pl/pl/Ogloszenia-o-wynikach-zamowien-publicznych.html>).

Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, nie ulega wątpliwości, że kwestionowaną w odwołaniu czynnością jest zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Asseco Poland SA w Rzeszowie. Odwołujący podał w odwołaniu, że przedmiotem odwołania jest *czynność oceny oferty wykonawcy, którego oferta nie została wybrana (Asseco Poland S.A.)*. Pozytywna ocena tej oferty, wyrażająca się w zaniechaniu jej odrzucenia została momentem rozstrzygnięcia postępowania, w tym uznania oferty Asseco Poland SA w Rzeszowie za niepodlegającą odrzuceniu, co miało miejsce 26 kwietnia 2013 r. Bezspornie, w tej dacie Zamawiający, na dwa sposoby (informacją kierowaną do Odwołującego a także za pośrednictwem strony internetowej) przekazał informację

o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o uznaniu oferty Asseco Poland SA w Rzeszowie za nie podlegającą odrzuceniu – w informacji podano bowiem:

4.	Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów	71.940.503,63	Oferta oceniana
-----------	---	---------------	-----------------

Zatem od daty należy liczyć termin na wniesienie odwołania.

Nie sposób zgodzić się z tezą prezentowaną przez Odwołującego, że w przedmiotowym stanie faktycznym do obliczenia terminu na wniesienie odwołania nie ma zastosowania art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, uzasadniona tym, że przepis ten dotyczy sytuacji, w której wszystkie informacje o danej czynności zostały przekazane wykonawcom. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, wskazany przepis odnosi się właśnie do sytuacji kwestionowania zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, nie różnicując terminu na wniesienie odwołania od tego, jakim zakresem informacji dla stawiania zarzutów dysponuje wykonawca i czy jest to od niego zależne czy też nie.

Przepis ten przewiduje, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy, tj. faksem lub drogą elektroniczną.

Zatem Odwołujący, który kwestionuje czynność zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy winien był dochować tego terminu. Nie uzasadnia złożenia odwołania od tej czynności w późniejszym czasie fakt uzyskania później informacji, które dały Odwołującemu podstawę do formułowania zarzutów. Rzeczą wykonawcy – profesjonalisty jest podjąć działania zmierzające do uzyskania informacji, w tym uzyskanie wglądu do konkurencyjnych ofert. Tymczasem Odwołujący wprost przyznał, że 15 marca 2013 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ofert innych wykonawców, które zostały złożone w przedmiotowym postępowaniu, zaś Zamawiający pozostawił ten wniosek bez odpowiedzi, aż Odwołujący - w dniu 2 maja 2013 r. zwrócił się do Zamawiającego z ponownym zapytaniem, czy jego wniosek o udostępnienie dokumentacji został uwzględniony i kiedy będzie mógł zapoznać się z ofertami konkurencyjnych Wykonawców. Oznacza to zatem tyle, że Odwołujący, mógł i powinien był wykazać uwagę zaniechaniem Zamawiającego w zakresie udostępnienia mu ofert innych wykonawców, podczas gdy przy biernej postawie Zamawiającego, nie wykazał przez ponad półtora miesiąca zainteresowania złożonym wnioskiem, a zapytał o jego losy dopiero kilka dni po wyborze najkorzystniejszej oferty. W okolicznościach analizowanej sprawy Odwołujący mógł – po pierwsze – kwestionować zaniechanie Zamawiającego udostępnienia mu ofert, po drugie zaś – zwrócić się w toku badania ofert ponownie o udostępnienie dokumentów, po trzecie – z dniem powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i przypisywanego Zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty Asseco Poland SA w Rzeszowie – podjąć starania

o uzyskanie wglądu do tej oferty, celem postawienia zarzutów. Odwołujący nie kwestionuje natomiast zaniechania Zamawiającego udostępnienia wnioskowanych dokumentów, ale odrzucenia oferty Asseco Poland SA w Warszawie. Odwołanie wnosi się w określonym terminie od danej czynności lub jej zaniechania: tutaj jest to zaniechanie odrzucenia oferty Asseco Poland SA w Warszawie. Odwołujący, kwestionując zaniechanie odrzucenia oferty Asseco Poland SA w Warszawie powinien był zachować termin na wniesienie odwołania liczony od daty powiadomienia o czynności rozstrzygnięcia postępowania. Bez znaczenia są okoliczności, jakimi Odwołujący tłumaczy złożenie odwołania później. Staranność wymagana w postępowaniu, uwzględniająca jego profesjonalny charakter, wymaga złożenia odwołania w terminie zakreślonym przez przepisy, zaś w zakresie uzyskania informacji mogących stanowić podstawę formułowanych zarzutów - wykazywania zainteresowania złożonym wnioskiem o udostępnienie dokumentów, lub kwestionowania zaniechania przez Zamawiającego ich udostępnienia. Odwołujący zaniechaniem w zakresie uzyskania dostępu do oferty wykonawcy, którą kwestionuje, zdaje się usprawiedliwiać złożenie odwołania w terminie późniejszym, liczonym od uzyskania dostępu do tej oferty. Tymczasem odwołanie skierowane jest wobec oceny oferty Asseco Poland SA w Rzeszowie (zaniechania jej odrzucenia), nie zaś wobec uzyskania dostępu do dokumentów w określonym terminie. Odwołanie od tej czynności winno być złożone w dziesięciodniowym terminie, który upływał 6 maja 2013 r.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 16 maja 2013 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Skład orzekający:

