

Sygn. akt: KIO 687/13

## WYROK

z dnia 8 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**  
**Anna Packo**  
**Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2013 r. przez wykonawcę **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12,**

przy udziale wykonawcy **Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-460 Warszawa, ul. Gottlieba Daimlera 2** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 687/13 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180** i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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:** .....

.....

.....

## **U z a s a d n i e n i e**

Ministerstwo Finansów w Warszawie, zwane 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 „Zakup wyspecjalizowanych usług oraz produktów informatycznych dla potrzeb związanych z wytworzeniem, rozwojem i utrzymaniem Systemów AES i AIS”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 listopada 2012 r., nr 2012/S 213-352407.

W dniu 15 marca 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Infovide”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 25 marca 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 25 marca 2013 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań zamawiającego podjętych w toku postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 192 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykonania wyroku KIO z dnia 13 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13), w związku z dokonaniem ponownej oceny ofert i wyborem oferty wykonawcy Infovide jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona w świetle ustaleń zawartych podczas rozprawy i wyroku w odniesieniu do oferty Infovide i jednoczesnym nakazanie w wyroku dokonania powtórnej oceny ofert;
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy czynności ponownej oceny ofert, tj. dokonanie ponownej oceny ofert z rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Infovide, pomimo że w oferta nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie zaproponowanego rozwiązania;
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy czynności oceny ofert, poprzez dokonanie ponownej oceny ofert przy wybiórczym zastosowaniu przez zamawiającego wskazanej ww. wyroku KIO podstawy odrzucenia ofert w niniejszym postępowaniu, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Infovide, pomimo że w oferta nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie zaproponowanego rozwiązania;

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie żądania od wykonawcy Infovide wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w świetle ustaleń poczynionych podczas rozprawy i ww. wyroku KIO;
5. art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo, że wykonawca Infovide podlega wykluczeniu wobec faktu nie ustanowienia wadium w wymaganym ustawowo terminie zapewniającym pełne i ciągłe zabezpieczenie oferty wybranej w wyniku powtórnej oceny jako najkorzystniejszej;
6. art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Infovide z naruszeniem przepisów ustawy wskazanych w punktach poprzedzających.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. wykluczenie lub odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Infovide;
4. dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu 1), 2) i 3), iż zamawiający dokonując ponownej oceny ofert zobowiązany był uwzględnić powołany wyżej wyrok KIO, a w szczególności związany był sentencją wyroku, która nakazywała dokonanie ponownej oceny ofert. Zamawiający zaniechał dokonania tego rodzaju czynności w odniesieniu do oferty wykonawcy Infovide, czym dopuścił się zaniechania wykonania tego wyroku. Zamawiający wykonując wyrok powinien był bowiem dokonać powtórnej oceny wszystkich ofert, w szczególności czy nowe fakty, które pojawiły się w trakcie rozprawy nie są podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy Infovide. Wykonawca Infovide zastosował bowiem bazę typu open-Source niezgodnie z wymaganiami SIWZ. Pełnomocnicy wykonawcy Infovide na uprzedniej rozprawie przed Izłą, broniąc zarzutu rażąco niskiej ceny oferty oraz niskiej ceny za szkolenia stwierdzili, że wykorzystają bazę typu open-source stąd taka niska wartość oferty i samych szkoleń. Tymczasem zastosowanie bazy typu open-source jest niezgodne z warunkami i wymaganiami SIWZ, co powinien zamawiający co najmniej zweryfikować i co powinno stanowić podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odnosnie zarzutu 4) odwołujący podniósł, iż zamawiający zaniechał wyjaśnień dotyczących złożonej oferty przez wykonawcę Infovide wobec wątpliwości powstałych na rozprawie przed KIO. Zamawiający badając oferty pozostałych wykonawców, w tym wykonawcy Infovide, nie dokonał bowiem szczegółowej oceny ofert w zakresie

proponowanego przez nich rozwiązania, być może z uwagi na fakt, że oferent z najniższą ceną potwierdził przy okazji innego pisma (dotyczącego składników ceny), że rozwiązanie proponowane przez niego spełnia wymogi SIWZ. Wobec powyższego przy powtórnej ocenie ofert nakazanej wyrokiem KIO z dnia 13 lutego 2013 r. zamawiający powinien dokonać większej staranności przy ocenie pozostałych w postępowaniu ofert w zakresie spełnienia warunków SIWZ (m.in. w odniesieniu do takich aspektów jak zaoferowana technologia bazodanowa oraz ilość licencji, ilość szkoleń autoryzowanych z poszczególnych komponentów z których powstanie nowy system). Tymczasem zamawiający zaniechał dokonania wyjaśnień naruszając tym przepis 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu 5) odwołujący wskazał na brak ponownego ustanowienia wadium przez wykonawcę Infovide po rozstrzygnięciu odwołania i ponownym wyborze oferty wykonawcy Infovide jako najkorzystniejszej w sposób ciągle zabezpieczający ofertę najkorzystniejszą. Po wyborze w dniu 15.03.2013 najkorzystniejszej oferty złożonej przez tego wykonawcę, zamawiający dodatkowo pismem z dnia 15.03.2013 wezwał wykonawcę Infovide, w trybie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, do ponownego wniesienia wadium w terminie 7 dni od daty wezwania, tj. do dnia 22.03.2013. W związku z faktem, że w dniu 22.03.2013 wpłynęło ponownie wadium (w formie pieniężnej) wykonawca Infovide powinien zostać wykluczony z postępowania, albowiem wadium zostało wniesione, jak i ustanowione w tymże dniu, tym samym ustanowione wadium nie obejmowało i nie zabezpieczało okresu od 15.03.2013 r. do dnia jego ustanowienia (22.03.2013).

W dniu 26 marca 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 27 marca 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Infovide przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż 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 w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż **zarzuty 1), 2), 3) i 4) odwołania podlegają odrzuceniu**. Zarzuty te dotyczą bowiem niezgodności treści oferty wykonawcy Infovide z treścią SIWZ, a więc okoliczności, które – jak wynika z akt postępowania – odwołujący mógł już podnieść przy pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc w terminie 10 dni od dnia przesłania mu informacji o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. European Dynamics Luxembourg S.A. z siedzibą w Luksemburgu i European Dynamics S.A. z siedzibą w Grecji. A ponadto podnoszony obecnie zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy Infovide z treścią SIWZ dotyczący zaoferowania przez wykonawcę Infovide bazy danych typu open-source był już przedmiotem odwołania innego wykonawcy (Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie). I w tamtym postępowaniu odwołujący był uczestnikiem postępowania. Informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesionego obecnie odwołania odwołujący powziął więc już na wcześniejszym etapie postępowania.

Nie znalazły potwierdzenia w aktach przedmiotowej sprawy również argumenty wskazujące na pojawienie się w toku rozprawy przed Izbą w sprawie o sygn. akt KIO 166/13, KIO 167/13 i KIO 169/13 nowych okoliczności dotyczących treści oferty wykonawcy Infovide. Niewątpliwym jest, iż w powołanym wyroku Izba oddaliła zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Infovide. Jednocześnie nie wskazała w uzasadnieniu tego wyroku żadnych nowych okoliczności, które mogłyby uzasadniać odrzucenie oferty tego wykonawcy. Okoliczności takie nie wynikają także z treści protokołu postępowania, co zresztą przyznał i sam odwołujący, mimo iż to właśnie na treść protokołu wcześniej się powoływał. W toku poprzedniej rozprawy nie pojawiły się więc nowe okoliczności, które mogłyby uzasadniać podnoszenie tego zarzutu obecnie. Wniesione odwołanie jest więc w istocie odwołaniem dotyczącym niezgodności treści oferty wykonawcy Infovide z treścią SIWZ w zakresie dotyczącym bazy danych typu open-source, a którą to informację odwołujący mógł powziąć wcześniej zatem winna być ona przedmiotem wcześniejszego odwołania.

Natomiast czynności wykonane przez zamawiającego w ramach ponownego badania i oceny ofert były zgodne z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 166/13, 167/13 i 169/13.

**Zarzut 5) dotyczący braku ponownego ustanowienia wadium nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej (oferty wykonawcy Infovide, która przy pierwotnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej za taką nie została uznana) w dniu 15 marca 2013 r.

W dniu 15 marca 2013 r. zamawiający działając na podstawie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Infovide do ponownego wniesienia wadium w terminie 7 dni od daty otrzymania wezwania.

Wykonawca Infovide, pismem z dnia 22 marca 2013 r. – wpływ do zamawiającego w tej samej dacie), poinformował zamawiającego o wniesieniu wadium, załączając jednocześnie potwierdzenie dokonania przelewu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż wykonawca, który złożył ofertę uznaną w wyniku badania i oceny ofert za najkorzystniejszą, zwrot wadium uzyska niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile było ono przez zamawiającego wymagane. Natomiast pozostali wykonawcy, a więc ci, którzy złożyli oferty, mają prawo dochodzić zwrotu wadium od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający bowiem niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej na mocy art. 46 ust. 1 ustawy Pzp ma taki obowiązek. Z obowiązku tego (zwrotu wadium) zamawiający jest zwolniony w stosunku do wykonawców, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze, jeżeli zachodzą przesłanki do zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Natomiast art. 46 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje możliwość wystosowania przez zamawiającego ponownego żądania wniesienia wadium do wykonawcy, któremu zostało ono zwrócone, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania doszło do zmiany decyzji zamawiającego dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej i oferta wykonawcy, któremu zwrócono wadium (w sytuacji, gdy jego oferta nie została pierwotnie uznana za najkorzystniejszą i nie zachodzą przesłanki z art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp) została uznana za najkorzystniejszą. Wówczas zamawiający powinien zażądać od tego właśnie wykonawcy ponownego wniesienia wadium. W takim wypadku wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w terminie wskazanym w żądaniu zamawiającego. Tak więc zamawiający, w niniejszym stanie faktycznym, prawidłowo uczynił wzywając wykonawcę Infovide do wniesienia wadium we wskazanym terminie, któremu to żądaniu uczynił zadość wykonawca Infovide.

Na marginesie należy dodać, że sytuacja przewidziana w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp zawiera jedyny dopuszczony prawem przypadek, gdy zamawiający może żądać ponownego wniesienia wadium od wykonawcy, któremu na mocy przepisów ustawy (a więc zgodnie z prawem) zostało ono zwrócone.

Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....