

WYROK
z dnia 2 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2013 r. przez odwołującego – **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Al. J. Ch. Szucha 23, 00-580 Warszawa**,

przy udziale **ATM Systemy Informatyczne S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Sygn. akt: KIO 620/13

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

Zamawiający – Ministerstwo Spraw Zagranicznych, al. J. Ch. Szucha 23; 00-580 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę, obsługę oraz rozwój Zintegrowanego Środowiska Hostingowego w architekturze chmury dla Ministerstwa Spraw Zagranicznych” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 października 2012 roku pod numerem 2012/S 207-340828.

Zamawiający dnia 7 marca 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 18 marca 2013 roku wykonawca Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., ul. Mszczonowska 4; 02-337 Warszawa (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że rozstrzygając postępowanie bezpodstawnie:

1. Zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanych w ofertach złożonych przez wykonawców:
 - 1) ATM Systemy Informatyczne S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa,
 - 2) Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., ul. Sanguszki 1, 00-222 Warszawa,
 - 3) TALEX S.A., ul. Karpia 27D, 61-619 Poznań,
 - 4) Konsorcjum firm: Comp S A. - Lider Konsorcjum ul. Jutrzenki 116, 02- 230 Warszawa oraz Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa,
 - 5) Konsorcjum firm: Nabino Sp. z o.o. ul. Wróblewskiego 18 lok. 1207, 93-578 Łódź oraz Infomex Sp. z o.o., ul. Wesola 19b, 34-300 Żywiec,
 - 6) Polcom Sp. z o.o., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina,
 - 7) Konsorcjum firm: Qumak-Sekom S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa oraz Grupa Onet.pl S.A., ul. Gabrieli Zapolskiej 44, 30-126 Kraków.
2. Zaniechał badania ofert złożonych przez wykonawców:
 - 1) Konsorcjum Nabino, z ceną 3.210.300,00 PLN,
 - 2) Polcom, z ceną 5 896 000,00 PLN,
 - 3) Konsorcjum Oumak-Sekom z ceną 5 586 320,52 PLN,czy oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. Za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Konsorcjum Nabino.

Sygn. akt: KIO 620/13

Odwołujący wskazał, że wskutek zaskarżonych powyżej czynności i zaniechań zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 3, art. 90 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący żądał nakazania zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej według ustaleń opisanych w zawiadomieniu zamawiającego z dnia 7 marca 2013 r.
2. Powtórzenia czynności badania ofert, w tym:
 - 1) uznanie za bezskuteczne zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanych w ofertach złożonych przez wskazanych 7 (siedmiu) wykonawców i umożliwienie dostępu do ich treści,
 - 2) wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przez wskazanych 3 (trzech) wykonawców,
3. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, mając za podstawę rzeczywistą treść złożonych ofert, wiarygodność zaoferowanych cen oraz pozostałe ustalenia zamawiającego dokonane w zawiadomieniu z dnia 7 marca 2013 r., niezaskarżone w niniejszym odwołaniu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem przedłożonym na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Wobec zaskarżonego w odwołaniu rozstrzygnięcia przez zamawiającego przedmiotowego postępowania, odwołujący może ponieść szkodę, polegającą na uniemożliwieniu uzyskania i wykonania tego zamówienia.

Zamawiający, dnia 20 marca 2013 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- 1) dnia 21 marca 2013 roku – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Nabino sp. z o.o., Infomex sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 18 lok. 1207; 93-578 Łódź – po stronie zamawiającego,
- 2) dnia 22 marca 2013 roku – wykonawca ATM Systemy Informatyczne S.A., ul. Grochowska 21a; 04-186 Warszawa – po stronie zamawiającego.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku ze stanowiskiem odwołującego, który na rozprawie oświadczył, iż podtrzymuje zarzuty w odniesieniu do wykonawców Konsorcjum Nabino, Konsorcjum Comp i wykonawcy ATM Systemy Informatyczne, a w odniesieniu do pozostałych wykonawców cofa zarzuty, Izba zakresem rozstrzygnięcia objęła jedynie zarzuty podtrzymane przez odwołującego. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania, Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący wskazał, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający udostępnił odwołującemu oferty złożone przez siedmiu wykonawców. Udostępniony przez zamawiającego tekst ofert ograniczył się do oświadczeń ofertowych złożonych na obowiązkowych formularzach wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zaświadczeń i wypisów, jawnych z mocy prawa. Z żadnej z ofert odwołujący nie uzyskał informacji o zaoferowanym przedmiocie zamówienia, na podstawie których możliwe jest ustalenie, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Według uzyskanych na tej podstawie informacji odwołujący uznał, że elementy ofert zostały zastrzeżone przez wykonawców, jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie powinien w sposób bezkrytyczny, uznać za wiarygodne i zasadne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez siedmiu wykonawców w odniesieniu do oświadczeń wynikających z pkt 8.10 s.i.w.z.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, zostały podniesione z uchybieniem terminów przewidzianych przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że odwołujący w dniu 31 grudnia 2012 roku otrzymał od zamawiającego kopie wszystkich dziewięciu (9) ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący na rozprawie potwierdził również, że otrzymane oferty zostały mu przekazane tylko w zakresie, w jakim informacje w nich zawarte nie zostały zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, przez tych wykonawców.

Izba zwraca uwagę, iż termin składania ofert upłynął w dniu 20 grudnia 2012 roku. Odwołujący w dniu 31 grudnia 2012 roku, powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, objawiającą się tym, iż zamawiający przesyłając odwołującemu kopie ofert, nie przesłał pełnych, kompletnych ofert, gdyż uznał za skuteczne zastrzeżenia tych wykonawców, co do objęcia części ofert tajemnicą przedsiębiorstwa i to od tego dnia należy liczyć 10 dniowy termin na wniesienie odwołania.

Odwołujący uchybiając temu terminowi, pozbawił się prawa do skutecznego podnoszenia zarzutów w zakresie naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając na względzie powyższe, Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzuty spóźnione, wniesione z uchybieniem terminu określonego w przepisie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzekając jw., Izba miała na względzie uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 roku, sygn. akt III CZP 107/12, w której sąd stwierdził, że *„W sytuacji, gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przesłania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).”*

Odnoszą się do zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 90 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie odwołującego, zamawiający w toku postępowania zaniechał analizy ceny oferty konsorcjum Nabino, która odbiega istotnie od wielkości zamówienia, przewidzianego przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego nie można zbagatelizować sytuacji, w której za niską oferowaną ceną może stać nierzetelny wykonawca, wcale niezamierzający należycie wykonać zamówienia. W związku z tym, obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie

Sygn. akt: KIO 620/13

wykonawcy, który zaoferował niską cenę w stosunku do zamówienia, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Obowiązku tego zamawiający jednak nie wypełnił.

Jako, że zarzutem podtrzymanym przez odwołującego w zakresie naruszenia przepisu art. 90 ustawy Pzp, jest tylko oferta konsorcjum Nabino, Izba wskazuje, że zamawiający skierował w dniu 1 lutego 2013 roku, do konsorcjum Nabino pismo, w którym na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zażądał złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny, czy nie nosi ona znamion ceny rażąco niskiej. Dnia 6 lutego 2013 roku konsorcjum Nabino złożyło stosowne wyjaśnienia, które zostały zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa.

Jak wynika z oświadczenia zamawiającego, jak i z akt postępowania, odwołujący po otrzymaniu informacji o wynikach postępowania, nie zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie akt postępowania, stąd odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut, nie dysponował informacją, że zamawiający procedurę opisaną przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do konsorcjum Nabino, przeprowadził.

Tym samym zarzut odwołującego, dotyczący zaniechania badania ceny oferty konsorcjum Nabino (w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), Izba uznała za bezpodstawny.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że odwołujący w odniesieniu do treści tych wyjaśnień, czy też zastrzeżenia ich treści tajemnicą przedsiębiorstwa, zarzutów nie stawił.

Konsekwencją powyższych ustaleń jest stwierdzenie, iż zamawiający nie naruszył również przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, że zamawiający przedmiotowe postępowanie przeprowadził prawidłowo, z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby zamawiający, zgodnie z kryteriami oceny ofert, ustalonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z ofert, które nie podlegały odrzuceniu, złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Sygn. akt: KIO 620/13

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: