

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 2 marca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Rzońca

**Protokolant:** Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **1 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum w składzie: Qumak-Sekom S.A., 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94** oraz **Zakład Systemów Komputerowych Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul Wadowicka 12** od czynności zamawiającego **Województwo Małopolskie – Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego, 31-156 Kraków, ul. Basztowa 22.**

przy udziale **Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum w składzie: Qumak-Sekom S.A., 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94 oraz Zakład Systemów Komputerowych Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul Wadowicka 12 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia jako **konsorcjum w składzie: Qumak-Sekom S.A., 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94** oraz **Zakład Systemów Komputerowych Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul Wadowicka 12;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **462 zł 00 gr** (słownie: czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum w składzie: Qumak-Sekom S.A., 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94** oraz **Zakład Systemów Komputerowych Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul Wadowicka** na rzecz **Województwa Małopolskiego – Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego, 31-156 Kraków, ul. Basztowa 22** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Województwo Małopolskie – Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego, ul. Basztowa 22, Kraków (dalej: „zamawiający”), działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na zakup i wdrożenie elementów systemu komunikacji video dla Urzędu Marszałkowego Województwa Małopolskiego i jednostek organizacyjnych Województwa Małopolskiego.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 13 sierpnia 2010 r., co ustalono na podstawie protokołu postępowania. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 sierpnia 2010 r. pod numerem 2010/S 159 – 245815.

W dniu 10 lutego 2011 r., w formie faksu, zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum w składzie: Qumak-Sekom S.A., 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94 oraz Zakład Systemów Komputerowych Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka (dalej: „odwołujący” lub „konsorcjum”) o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy Asseco System S.A, ul. 17 stycznia 74, 02 – 146 Warszawa (obecnie Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, dalej: „Asseco” lub „przystępujący”).

Dnia 18 lutego 2010 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), przekazując kopię odwołania zamawiającemu w tej samej dacie.

Odwołanie zostało złożone wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Asseco. Odwołujący zarzucał zamawiającemu:

1. błędne ustalenie stanu faktycznego,
2. nierówne traktowanie uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie złamanie fundamentalnej zasady określonej w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
3. naruszenie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał w sposób dostateczny spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu przetargowym;
4. niezastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp wobec Asseco i zaniechanie odrzucenia oferty niniejszej spółki, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” i „specyfikacja”);
5. naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp wobec Asseco, poprzez zaniechanie wezwania niniejszej Spółki do wyjaśnień odnośnie zakresu złożonych referencji, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania opierając się na wyroku Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-2007/06 odwołujący podnosił między innymi, że „Zamawiający jest zobowiązany w toku postępowania do rzetelnego ustalenia, czy zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada treści siwz oraz spełnia kryteria będące podstawą ustalenia, która z ofert jest najkorzystniejsza. Wskazywał, że poprzestanie jedynie na oświadczeniach wykonawcy oraz działanie w zaufaniu do przedkładanych dokumentów, które dodatkowo zostały zakwestionowane w toku postępowania przez odwołującego, prowadzić może do wyboru oferty, która w rzeczywistości nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy. Odwołujący wyjaśniał, że w analizowanej sprawie zamawiający nie dopełnił ciężącego nie nim obowiązku obiektywnej i rzetelnej oceny złożonych przez wykonawców ofert.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp wobec Asseco, poprzez zaniechanie wezwania niniejszej spółki do wyjaśnień odnośnie zakresu złożonych referencji, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wyjaśniał, że Asseco pismem z dnia 14 października 2010 r. zostało wezwane do złożenia referencji na potwierdzenie posiadania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, co było spowodowane wadliwością referencji z Banku DnB NORD Polska S.A. pierwotnie dołączonych do oferty nie odpowiadających zakresowi przedmiotowemu referencji wskazanemu w VI ust. 2.a. siwz. W wyniku wezwania Asseco uzupełnił w dniu 20 października 2010 r. dokumenty o referencje otrzymane od spółki Action S.A., które zdaniem odwołującego nie odpowiadają zakresowi referencji określonego w siwz.

Tym samym, w opinii odwołującego zamawiający powinien wykluczyć Asseco z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 odrzucić ofertę, na podstawie art. 24 ust. 4 lub wezwać do wyjaśnień w trybie 26 ust. 4 Pzp.

Kolejno odwołujący wskazywał, iż treść oferty Asseco nie odpowiada wymaganiom zamawiającego wskazanym w siwz, ponieważ brak w niej: opisu sposobu wykonywania backup'u danych celem zabezpieczenia ich przed utratą wskutek awarii sprzętu, schematu instalacji urządzeń, schemat instalacji komponentów oprogramowania. Odwołujący podnosił, m. in. że jedynym wskazaniem w powyższym zakresie jest zapis odnośnie komponentów oprogramowania, a mianowicie wskazanie na stronie 55 oferty Asseco funkcjonalności oprogramowania z zapisem, iż „Tandberg Movi to Aplikacja wideo-konferencyjna w postaci oprogramowania na komputer klasy PC lub notebook”, co w żadnym wypadku nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż jest to schemat instalacji. Tym samym w opinii odwołującego oferta Asseco winna być odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z siwz.

W dniu 18 lutego 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wpływie odwołania w przedmiotowym postępowaniu ze strony konsorcjum. Przesyłając kopię odwołania zamawiający jednocześnie wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 21 lutego 2011 r. w formie pisemnej (pismo opatrzone prezentatą Izby) zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca Asseco.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas posiedzenia, Izba ustaliła co następuje:**

W dniu 23 listopada 2010 r. zamawiający, w formie faksu, zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o odrzuceniu oferty Asseco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty założonej przez odwołującego się.

Dnia 3 grudnia 2010 r. Asseco wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując zamawiającemu tego samego dnia. Odwołanie zostało złożone wobec czynności bezzasadnego odrzucenia oferty Asseco z postępowania na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji także naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert przyjętych w specyfikacji.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów Asseco argumentował, iż zamawiający odrzucił jego ofertę bezzasadnie, ponieważ wskazane w uzasadnieniu odrzucenia podstawy faktyczne (sprzeczności oferty z siwz) nie występują. Podniósł, iż zamawiający postawił trzy zarzuty dotyczące niezgodności oferty odwołującego się z siwz:

1. niespełnienie wymagania opisanego w pkt. 2 lit. a załącznika nr 7 do siwz poprzez zaoferowanie trzech szaf ze zintegrowanymi telewizorami wielkoformatowymi, zamiast jednej takiej szafy,
2. niespełnienie wymagań opisanych w pkt. 1 lit. a., pkt. 2 lit. a oraz 2 lit. c załącznika nr 7 do siwz poprzez zaoferowanie dziewięciu telewizorów wielkoformatowych zamiast dwunastu oraz
3. niespełnienie wymagań opisanych w pkt. 1 lit. b i pkt. 2 lit. a załącznika nr 7 do siwz poprzez:
  - a. nie wskazanie w ofercie kompletnej sali telepresence, a jedynie niektórych elementów systemu telepresence,
  - b. brak możliwości obserwowania przez uczestników wideokonferencji panoramicznego obrazu sali, z którą są połączeni,
  - c. niedopuszczalną zmianę oferty poprzez wskazanie w składanych na żądanie zamawiającego wyjaśnieniach pozycji: „*stół wideokonferencyjny*” oraz „*szafa integrująca 3 telewizory wielkoformatowe*”,
  - d. brak wskazania w ofercie twierdzeń świadczących o tym, że oferowana sala telepresence będzie w jakikolwiek sposób zaadaptowana na potrzeby systemu telepresence,
  - e. brak przedstawienia wymaganej w siwz szczegółowej specyfikacji systemu telepresence,
  - f. złożenie oferty wariantowej poprzez wyjaśnienie, iż „*czwarty system wyświetlania może stanowić kolejny zabudowany w szafie wyświetlacz wielkoformatowy lub też może być to system projekcyjny poza szafą - do uszczegółowienia podczas realizacji zadania*”.

Pismem z dnia 9 grudnia 2010 r. konsorcjum skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2623/10 po stronie zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 15 grudnia 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 16 grudnia 2010 r. o sygn. akt KIO 2623/10 uwzględniła odwołanie Asseco i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej

przez konsorcjum, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Asseco oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Asseco.

W dniu 1 marca 2011 r. podczas posiedzenia z udziałem stron pełnomocnik odwołującego, odpowiadając na pytanie przewodniczącego składu orzekającego, potwierdził, że do dnia złożenia odwołania nie zaistniały żadne nowe okoliczności faktyczne sprawy, które były podstawą do sformułowania zarzutów zawartych w odwołaniu w odniesieniu do oferty złożonej przez Asseco.

### **Izba zważyła co następuje.**

Odwołanie podlega odrzuceniu w trybie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Bezspornym jest, że zamawiający informację o pierwotnym wyniku postępowania przesłał odwołującemu w dniu 23 listopada 2010 r. Z dokumentacji postępowania wynika, że w tym dniu zamawiający przesłał przedmiotową informację w formie faksu.

Należy zważyć, że zmiana ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 7 kwietnia 2006 r. (Dz. U. z 2006 r., Nr 79, poz. 551) wprowadziła zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, polegającą m.in. na konieczności zgłaszania, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących naruszających przepisy ustawy czynności zamawiającego lub zaniechań przez zamawiającego czynności do których dokonania jest zobowiązany, w ściśle określonych terminach, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania.

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne sprawy Izba wskazuje, że ponowne dokonanie przez zamawiającego określonych czynności w postępowaniu nie otwiera automatycznie możliwości wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej podlegających rozpoznaniu co do istoty. Izba wyjaśnia, że kwestionowanie przez wykonawców czynności ponownie dokonanych przez zamawiającego jest dopuszczalne, ale jedynie w sytuacji, gdy podstawę zarzutów stanowią okoliczności, które zaistniały w związku z powtarzaniem czynności w postępowaniu. Istotnym jest, że tylko w takim przypadku spełniona zostaje norma w zakresie rozpoczęcia biegu terminu zawarta w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, 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), albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest

równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu, co potwierdził również pełnomocnik odwołującego, nie zaistniały, żadne nowe okoliczności dotyczące oferty Asseco, które mogłyby stanowić podstawę do sformułowania zarzutów zawartych w odwołaniu. Tym samym Izba wskazuje, iż dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania, wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy należy liczyć od dnia przesłania informacji tj. dnia 24 listopada 2010 r. i przedmiotowy termin upłynął w dniu 3 grudnia 2010 r. W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 18 lutego 2011 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, że nadal aktualna pozostaje argumentacja Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażona w uzasadnieniu wyroku z 26 listopada 2007 r. (sygn. akt V Ca 2056/07 niepubl.), który wywiódł, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Bezspornie odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku i powinien przewidzieć, iż odrzucenie oferty Asseco przez zamawiającego nie daje gwarancji, iż jego oferta przez cały okres postępowania pozostanie ofertą najkorzystniejszą. Jasnym i niebudzącym wątpliwości jest, że w sytuacji odrzucenia oferty Asseco mogło skorzystać z przysługującego środka ochrony prawnej w postaci odwołania, które po rozpoznaniu przez Izbę może zostać uwzględnione a w konsekwencji oferta Asseco zostanie przywrócona do postępowania. Tym samym w celu właściwego zabezpieczenia własnego interesu nawet po czynności odrzucenia oferty Asseco przez zamawiającego odwołujący winien podnosić wszystkie zarzuty dotyczące prawidłowości oferty Asseco.

Na marginesie Izba wskazuje, że za błędne należy uznać wiązanie przesłanki formalnoprawnej – zachowania terminu na zgłaszanie zarzutów – z materialnoprawnymi, tj. przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz przesłanką szkody. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z poglądem ukształtowanym w orzecznictwie Izby oraz sądów okręgowych, interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienie szkody, stanowią przesłanki o charakterze materialnoprawnym, badane w postępowaniu odwoławczym na rozprawie. Stwierdzenie braku interesu czy też możliwości lub poniesionej szkody jest samoistną i wystarczającą przesłanką oddalenia odwołania bez konieczności merytorycznego odnoszenia się przez Izbę do zarzutów odwołania. Stwierdzić należy, że jeżeli odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu ustawowego, skutkuje jego odrzuceniem, bez



możliwości odniesienia się do podniesionych w nim zarzutów, natomiast przesłanki interesu oraz szkody są badane dopiero w razie stwierdzenia zachowania terminu. Wobec powyższego podkreślić należy, że o ile dla rozpoznania zarzutów niezbędne jest wniesienie środków ochrony prawnej w terminach ustawowych, przez wykonawcę posiadającego interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazanie że poniósł lub może ponieść szkodę, o tyle uchybienie terminom przewidzianym na wniesienie środków ochrony prawnej powoduje, że interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz przesłanka szkody wnoszącego je wykonawcy w ogóle nie są badane.

W konsekwencji stwierdzić należy, że odwołujący się mógł i powinien podnieść zarzuty wobec przystępującego w terminie liczonym od dnia otrzymania informacji przesłanej w dniu 23 listopada 2010 r., a nie w terminie liczonym od dnia przesłania informacji w dniu 10 lutego 2011 r., ponieważ czynności zamawiającego tj. ponowne badanie i ocena ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty, dokonane przez zamawiającego w celu wykonania wyroku KIO z dnia 16 grudnia 2010 r. o sygn. akt KIO 2623/10 nie spowodowały zaistnienia nowych okoliczności, które mogły stać się podstawą do sformułowania zarzutów zawartych w odwołaniu złożonym przez konsorcjum w dniu 18 lutego 2011 r. Izba zwraca uwagę, że zasady wnoszenia środków ochrony prawnej są wysoce sformalizowane, a przesłanki odrzucenia odwołania są przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Terminy do wnoszenia środków odwoławczych określone w ustawie Pzp mają charakter terminów zawitych, które nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku.

Podobne stanowisko Izba wyraziła w postanowieniu z dnia 21 grudnia 2010 r. o sygn. akt KIO 2659/10.

Konkludując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 18 lutego 2011 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba na końcu swoich rozważań odniosła się do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania konsorcjum w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, poprzez uznanie, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Izba uznała ww. wniosek za niezasadny, gdyż zarzuty odwołania konsorcjum nie są tożsame z zakresem zarzutów rozpatrywanych przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 2623/10. Izba w tej kwestii podzieliła stanowisko odwołującego, który podnosił, że poprzednio zarzuty odwołania w zakresie oferty Asseco co prawda posiadały tą samą podstawę prawną tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie mniej jednak miały inny charakter. Zarzuty odwołania w sprawie o

sygn. akt KIO 2623/10 dotyczyły niezgodności oferty Asseco z siwz w zakresie ilościowym natomiast zarzuty przedmiotowego odwołania mają charakter bardziej ogólny i nie zawierają się w zarzutach poprzedniego odwołania.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty Zamawiającego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie w kwocie 462 zł w oparciu o przedłożone bilety PKP.

**Przewodniczący:**

.....