

POSTANOWIENIE
z dnia 23 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Luiza Łamejko
Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 23 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Emerson Polska sp. z o.o., ul. Belzacka 176/178; 97-300 Piotrków Trybunalski** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego, ul. Postępu 21; 02-676 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Poczta Polska S.A., PTK Centertel sp. z o.o. oraz Itella Information sp. z o.o., ul. Świętokrzyska 31/33; 00-941 Warszawa,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Emerson Polska sp. z o.o., ul. Belzacka 176/178; 97-300 Piotrków Trybunalski** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Emerson Polska sp. z o.o., ul. Belzacka 176/178; 97-300 Piotrków Trybunalski,** 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**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

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

Zamawiający – Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Świadczenie usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania i doręczania korespondencji*” 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 23 listopada 2011 roku pod numerem 2011/S 225-365558.

Zamawiający pismem z dnia 29 czerwca 2012 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania wskazując, iż za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S.A., PTK Centertel sp. z o.o. oraz Itella Information sp. z o.o. (zwane dalej „konsorcjum PP”).

Dnia 9 lipca 2012 roku wykonawca Emerson Polska sp. z o.o., ul. Belzacka 176/178; 97-300 Piotrków Trybunalski (zwany dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

- 1) niezgodnych z prawem tj. przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego:
 - a) dokonania wyboru oferty złożonej przez konsorcjum PP, jako najkorzystniejszej,
 - b) oceny ofert odwołującego i konsorcjum PP, skutkujących wyborem oferty konsorcjum PP,
- 2) Niezgodnego z ustawą Pzp zaniechania przez zamawiającego następujących czynności:
 - a) wykluczenia konsorcjum PP z udziału w postępowaniu wobec:
 - braku oświadczenia konsorcjum PP o wyrażeniu zgody na związanie ofertą po dacie 4 czerwca 2012 r. oraz
 - złożenia przez konsorcjum PP nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania,
 - b) odrzucenia oferty konsorcjum PP jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - c) zaniechania zwrócenia się do konsorcjum PP o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny,
 - d) zaniechania wyboru oferty Emerson jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty konsorcjum PP jako najkorzystniejszej, pomimo braku podstaw do takiego wyboru,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum PP z udziału w postępowaniu pomimo upływu terminu związania ofertą przez konsorcjum PP w dniu 4 czerwca 2012 r.,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum PP z udziału w postępowaniu pomimo udzielenia przez konsorcjum PP nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum PP jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum PP pomimo, że złożenie przez konsorcjum PP oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 UZNK w zw. z art. 9 UOKK;
- 6) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum PP o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez konsorcjum PP oferty

mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta ta w zakresie wskazania wysokości kosztu opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50g na terenie RP zawiera rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia,

- 7) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty konsorcjum PP z uwzględnieniem nominalnej wydajności procesu personalizacji i kopertowania na urządzeniach wymienionych w pkt. 3 f w zw. z załącznikiem DP 4 do oferty konsorcjum PP, znajdujących się w lokalizacjach, w których konsorcjum PP nie wdrożyło wymaganego przez s.i.w.z. certyfikowanego systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji zgodnie z certyfikatem ISO 27001, oraz - w konsekwencji takiej oceny - dokonanie wyboru oferty konsorcjum PP jako najkorzystniejszej,
- 8) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 110 TFUE, poprzez dokonanie oceny ofert konsorcjum PP oraz odwołującego z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT w odniesieniu do poz. 12 w formularzu OF1, oraz - w konsekwencji takiej oceny - dokonanie wyboru oferty konsorcjum PP jako najkorzystniejszej,
- 9) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 56 TFUE oraz w zw. z art. 63 TFUE, poprzez dokonanie oceny ofert konsorcjum PP oraz odwołującego z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT w odniesieniu do poz. 12 w formularzu OF1, oraz - w konsekwencji takiej oceny - dokonanie wyboru oferty konsorcjum PP jako najkorzystniejszej,
- 10) art. 27, art. 31 ust. 1 i 3 oraz art. 36-39a UODO w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty konsorcjum PP, co powoduje naruszenie przepisów UODO przy wykonywaniu zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty konsorcjum PP jako najkorzystniejszej oraz
- 2) wykluczenia konsorcjum PP z udziału w postępowaniu,

ewentualnie

3) Odrzucenia oferty konsorcjum PP,

ewentualnie

- 4) W przypadku uwzględnienia jedynie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o nakazanie zamawiającemu zwrócenia się do konsorcjum PP o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez konsorcjum PP oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta ta w zakresie wskazania wysokości kosztu opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50g na terenie RP zawiera rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed KIO.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 9 lipca 2012 roku.

Zamawiający, dnia 10 lipca 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 12 lipca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego - zgłosiło przystąpienie konsorcjum PP.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone przepisami art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z powołanymi wyżej przepisami Izba odrzuca odwołanie jeżeli:

pkt 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;

pkt 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W zakresie podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu wyrokiem z dnia 28 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO 1278/12 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnić czynność wezwania do złożenia wyjaśnień pismem z dnia 8 czerwca 2012 r. konsorcjum PP.

Istotną w sprawie okolicznością jest fakt, że w powyższej sprawie odwołanie wniosło konsorcjum PP, którego słuszność zarzutów potwierdził zamawiający – uwzględniając odwołanie. Zgłaszający przystąpienie wykonawca Emerson Polska sp. z o.o. wniósł sprzeciw, co do uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów odwołania. Izba

wydając rzeczony wyrok stwierdziła, że zamawiający nie miał podstaw do żądania wyjaśnień co do wdrożenia certyfikatu bezpieczeństwa ISO 27001 oraz realizacji zamówienia zgodnie z certyfikatem w lokalizacjach, w których mają być świadczone usługi objęte zamówieniem i ewentualnego uzupełnienia certyfikatu.

Zgodnie z przepisem art. 186 ust. 4. ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba rozpoznaje odwołanie. W odniesieniu do kosztów postępowania odwoławczego, w przypadku wniesienia sprzeciwu, przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie – po stronie zamawiającego - w okolicznościach, o których mowa w ust. 4, ponosi wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum PP z udziału w postępowaniu pomimo udzielenia przez konsorcjum PP nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, podnosząc kwestie związane z Certyfikatem ISO 27001 – złożonym w ofercie konsorcjum PP oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty konsorcjum PP z uwzględnieniem nominalnej wydajności procesu personalizacji i kopertowania na urządzeniach wymienionych w pkt. 3 f w zw. z załącznikiem DP 4 do oferty konsorcjum PP, znajdujących się w lokalizacjach, w których konsorcjum PP nie wdrożyło wymaganego przez s.i.w.z. certyfikowanego systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji zgodnie z certyfikatem ISO 27001, oraz - w konsekwencji takiej oceny - dokonanie wyboru oferty konsorcjum PP jako najkorzystniejszej.

Wskazać należy, że przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt KIO 1278/12 były okoliczności dotyczące rzeczowego certyfikatu. Tym samym należało uznać, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z przepisem art. 185 ust. 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 (art. 185) nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 110 TFUE, poprzez dokonanie oceny ofert konsorcjum PP oraz odwołującego z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT w odniesieniu do poz. 12 w formularzu OF1, oraz - w konsekwencji takiej oceny - dokonanie wyboru oferty konsorcjum PP jako najkorzystniejszej,

- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 56 TFUE oraz w zw. z art. 63 TFUE, poprzez dokonanie oceny ofert konsorcjum PP oraz odwołującego z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT w odniesieniu do poz. 12 w formularzu OF1, oraz - w konsekwencji takiej oceny - dokonanie wyboru oferty konsorcjum PP jako najkorzystniejszej,
- 3) art. 27, art. 31 ust. 1 i 3 oraz art. 36-39a UODO w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty konsorcjum PP, co powoduje naruszenie przepisów UODO przy wykonywaniu zamówienia,

Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, który nakazuje odrzucić odwołanie, jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wskazać należy, że Izba w wyroku z dnia 1 czerwca 2012 roku w sprawie o sygn. akt KIO 930/12, KIO 938/12 (sprawa połączona) orzekła w zakresie wskazanych wyżej zarzutów (w sprawie KIO 930/12) i uwzględniła odwołanie wniesione przez konsorcjum PP, nakazała: unieważnić czynności odrzucenia oferty konsorcjum PP oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty konsorcjum PP.

W postępowaniu o sygn. akt KIO 930/12 konsorcjum PP zarzucało zamawiającemu bezprawne odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp, jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Powyższe oznacza, że przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

Nadto wskazać należy, że powyższe zarzuty łącznie z zarzutami dotyczącymi naruszenia przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum PP z udziału w postępowaniu pomimo upływu terminu związania ofertą przez konsorcjum PP w dniu 4 czerwca 2012 r. oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum PP o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez konsorcjum PP oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta ta w zakresie wskazania wysokości kosztu opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50g na terenie RP zawiera rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia są zarzutami stawianymi po terminie.

Tym samym odwołanie w powyższym zakresie wnoszone jest po upływie terminu określonego w ustawie.

Wskazać bowiem należy, że okoliczności stanowiące podstawę do stawiania zarzutów odwołujący powziął odpowiednio – przy czynności zamawiającego dotyczącej zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26 kwietnia 2012 roku – zaniechanie odwołującego, który nie stawiał zarzutów zamawiającemu, będąc w posiadaniu informacji,

które obecnie stanowią podstawę do stawiania zarzutów, przy czynności wezwania konsorcjum PP z dnia 8 czerwca 2012 roku, w wyniku której w dacie odwołania i rozstrzygnięcia przez Izbę orzeczeniem z dnia 28 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO 1278/12 odwołujący był w stanie powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. Powyższe zaniechania odwołującego nie mogą następnie niezasadnie przedłużać przedmiotowego postępowania, gdyż charakterystyka postępowania odwoławczego obejmuje swoim zakresem wszystkie elementy mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, w tym czynności zamawiającego, jak i jego zaniechania. Jest to tzw. kumulacja środków ochrony prawnej, która ma na celu ochronę zamawiającego przed wydłużaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przez wykonawców „wynajdujących” nowe okoliczności w zależności od sytuacji prawnej i faktycznej w postępowaniu.

Rekapitulując Izba stwierdziła, że odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie powoływał się na okoliczności będące już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, nadto zamawiający wykonał czynności zgodnie z wyrokiem Izby, a zaniechanie stawiania zarzutów w odpowiednim terminie również nie może być sanowane.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....