

POSTANOWIENIE

z dnia 27 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 27 czerwca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2012 r. przez **wykonawcę - Konsorcjum firm: Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. ul. Raławicka 56; 30-017 Kraków – lider, Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. ul. Mszczonowska 4; 02-337 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II Nr 70, 00-175 Warszawa**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę - Konsorcjum firm: Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. ul. Raławicka 56; 30-017 Kraków – lider, Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. ul. Mszczonowska 4; 02-337 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez 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:

Uzasadnienie

Zamawiający: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II Nr 70, 00-175 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem był: „zakup usług wsparcia technicznego Microsoft Software Assurance i oprogramowania Microsoft w ramach umowy Microsoft Enterprise Editio przez okres 36 miesięcy”.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2012/S 40-065031.

W dniu 18 maja 2012r. Odwołujący - Konsorcjum firm: Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o., ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków – lider, Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., ul. Mszczonowska 4; 02-337 Warszawa wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Comparex Poland sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art.7 ust.1 i 2, art.8 ust.1, 2, 3, art.24 ust.2 pkt 4, art.26 ust.2b, 3, 4, art.87, art.89 ust.1 pkt 2, 3, 4 i 5, art.90 ust.1 oraz art.91 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W swoim odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu między innymi zaniechanie dołożenia należytej staranności dla zbadania i ustalenia skuteczności dokonanego przez wykonawcę: Comparex Poland sp. z o.o. zastrzeżenia wykazu dostaw wraz z referencjami oraz zobowiązania podmiotu trzeciego do udzielenia swych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Na posiedzeniu w dniu 6 czerwca 2012r. pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że cofa zarzut dotyczący niewykazania przez Przystępującego - wykonawcę: Comparex Poland sp. z o.o. spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co ma odzwierciedlenie w protokole posiedzenia i rozprawy. Wobec tak złożonego oświadczenia Izba nie rozpatrzyła w tamtej sprawie merytorycznie zarzutu dotyczącego niewykazania przez Przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt, że Odwołujący podczas posiedzenia oświadczył, że nie podtrzymuje tego zarzutu.

Jednocześnie na tym samym posiedzeniu pełnomocnik Zamawiającego złożył kopie pisma z dnia 4 czerwca 2012r., w którym poinformował Odwołującego o odtajnieniu

zawartych w ofercie Przystępującego pisemnych zobowiązań podmiotu do oddania zasobów oraz pozycji jeden i dwa wykazu wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw wymienionych w tych pozycjach.

Przedmiotowa sprawa została prawomocnie rozstrzygnięta wyrokiem z dnia 6 czerwca 2012r., sygn.. akt KIO 1014/12, w którym skład orzekający orzekł o uwzględnieniu odwołania i nakazał Zamawiającemu odtajnienie złożonego przez wykonawcę: Comparex Poland sp. z o.o. wykazu zamówień oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie.

W dniu 18 czerwca 2012r. Odwołujący wniósł ponownie odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych – jego zdaniem - z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu całej oferty z uwzględnieniem dokumentów podlegających odtajnieniu, a tym samym powodującym nieważność wyboru najkorzystniejszej oferty w myśl wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.06.2012 r. sygn. akt KIO 1014/12.

W dniu 08 czerwca 2012 r., Odwołujący zwrócił się faksem do Zamawiającego o umożliwienie zapoznania się z ofertą konkurenta i w dacie 18.06.2012 r. został powiadomiony o udostępnieniu mu do wglądu dokumentów w dacie 19.06.2012 r.

Odwołujący twierdził, że wobec braku działania Zamawiającego w przedmiocie udostępnienia dokumentacji nabrał wątpliwość i domniemanie o podjęciu przez Zamawiającego działań mających na celu niezrealizowanie powyższego wyroku, a przy tym zawarciu umowy z wybranym uprzednio oferentem lub też unieważnieniu postępowania w celu uniemożliwienia uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego.

Na tej podstawie Odwołujący stwierdził, iż doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, których naruszenie ma i będzie miało wpływ na wynik postępowania, a mianowicie: art. 7 ust. 1, 2 i 3; art. 8 ust. 1, 2 i 3; art. 24 ust.2 pkt 4; art. 26 ust. 3 oraz 4; art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp.

Według Odwołującego naruszenia przywołanych przepisów wyniknęły z czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu właściwego i obiektywnego badania dokumentów firmy Comparex Poland sp. z o.o. mających potwierdzić spełnienie przez tę firmę warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w rozdziale VI ust. 1 pkt 1 a) SIWZ, czym naruszono w szczególności postanowienia art. 87, art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy

Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

2. zaniechaniu wezwania firmy Comparex Poland sp. z o.o. do przedstawienia dokumentu potwierdzającego, iż firma ta spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których stanowią postanowienia rozdz. VI ust.1 pkt.1 SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia czym naruszono w szczególności postanowienia art. 7 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 3, a w konsekwencji art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

3. zaniechaniu wezwania firmy Comparex Poland sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. czym naruszono w szczególności postanowienia art. 7 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ustawy Pzp;

4. zaniechaniu czynności wykluczenia firmy Comparex Poland sp. z o.o. z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu czym naruszono postanowienia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp;

5. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez firmę Comparex Poland sp. z o.o. ze względu na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w przetargu, czym naruszono postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

6. niezachowaniu obiektywizmu wobec treści oferty firmy Comparex Poland sp. z o.o. i przeprowadzenie postępowania z niezachowaniem warunków zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji wykonawców, czym naruszono postanowienia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;

7. błędnym uznaniu, że najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu, złożyła firma Comparex Poland sp. z o.o., wobec bezspornego faktu, iż po uwzględnieniu treści załączonych do oferty dokumentów i oświadczeń, firma ta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono w szczególności postanowienia art. 7 ust. 1 i 2, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, iż w wyniku potwierdzenia przez Zamawiającego posłużenia się - przedłożenia wraz z ofertą - przez firmę Comparex referencjami wystawionymi przez DVZ Datenverarbeitungszentrum (Schwerin) oraz Bundesagentur für Arbeit (Nürnberg) doszło do uznania za najkorzystniejszą ofertę - oferty złożonej przez wykonawcę (Comparex Poland sp. z o.o.) podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. pkt 4 ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, iż:

1. w referencji wystawionej przez DVZ Datenverarbeitungszentrum zawarto informacje, iż w ramach umowy w okresie 01.06.2007 - 31.05.2011 była realizowana dostawa licencji o wartości przekraczającej 1 mln euro. Referencja ta nie potwierdza – zdaniem Odwołującego - spełnienia warunku Zamawiającego - zamówienia z ostatnich

trzech lat przed wszczęciem postępowania, a więc dotyczy zamówień zrealizowanych, a nierealizowanych, dla których bieg okresu 3 letniego rozpoczął się najpóźniej 05.04.2009 r. Ponadto wskazał, że referencja obejmuje okres sprzed 05.04.2009 r. i z tego powodu należy przyjąć, iż wskazywana w referencji wartość - powyżej 1 mln. Euro - obejmuje głównie okres sprzed tej daty. Powyższe oznacza zdaniem Odwołującego - brak wypełnienia warunku Zamawiającego, albowiem Zamawiający nie podjął żadnych działań w zakresie rzetelnego wyjaśnienia przekazanych mu informacji i sprawdzenia spełnienia warunków udziału.

2. w referencji wystawionej przez Bundesagentur für Arbeit zawarto informację, iż w ramach umowy w okresie 1.12.2008 - 30.11.2013 była realizowana dostawa licencji Microsoft o nieokreślonej referencją wartości. Z powyższego wywodził, że nie zakończono realizacji tego zamówienia, a tym samym brakiem możliwości uzyskania referencji dla zamówienia zakończonego - zrealizowanego. Ponadto zwrócił uwagę na brak możliwości potwierdzenia spełnienia warunku wartości 1,5 mln zł zrealizowanego zamówienia;

3. we wszystkich referencjach potwierdzone zostało wyłącznie realizowanie lub zrealizowanie dostaw licencji, co wskazuje na niespełnienie przez wykonawcę warunku Zamawiającego w zakresie potwierdzenia realizacji - świadczenia usługi Software Assurance. Zwrócił uwagę, że rozróżniane są dostawy od usług, a wykonania usług nie zawiera żadna z przekazywanych przez niego referencji. Wszystkie referencje załączone przez Comparex Poland Sp. z o.o. do oferty dotyczą wyłącznie przedmiotu dostawy, które to przedmioty nie zostały - do dnia składania ofert - zrealizowane - w wymaganej wielkości i zakresie przez Zamawiającego (dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu).

Ostatecznie stwierdził, iż oferent nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Przystawiając powyższe wnosił o:

1. Wykluczenie firmy Comparex Poland Sp. z o.o. z postępowania, jako wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu wraz z powtórny dokonaniami oceny złożonych ofert;
2. Unieważnienie wyboru oferty złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o.;
3. Powtórne dokonanie oceny złożonych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej z wyłączeniem oferty firmy Comparex Poland Sp. z o.o.;
4. Przeprowadzenie dowodów z akt postępowania wraz z uwzględnieniem postępowania odwoławczego wskazanego w odwołaniu.

W dniu 22 czerwca 2012r. zgłosił skutecznie swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Comparex Poland Sp. z o.o.

W tym stanie rzeczy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba na posiedzeniu niejawnym bez obecności Izba doszła do przekonania, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby Odwołujący w rozpoznawanym odwołaniu powołał się wyłącznie na te same okoliczności, co przedstawione w odwołaniu z dnia 18 maja 2012r., które były przedmiotem powołanego wyżej rozstrzygnięcia zawartego w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 6.06.2012r.o sygn. akt KIO 1014/12.

Zgodnie z art. 189 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Izba uznała, że zarówno podstawy prawne, na których oparte były zarzuty poprzedniego odwołania oraz okoliczności dotyczące zarzutu niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia powołane w tamtym odwołaniu były takie same jak w obecnie rozpoznawanym odwołaniu.

Izba reprezentuje zapatrywanie, iż zgłaszanie przez Odwołującego takich samych zarzutów w trakcie przedmiotowego postępowania odwoławczego dla wykazania wcześniej zgłaszanych zarzutów z powołaniem się na te same okoliczności, które były podnoszone w innym odwołaniu, nie może być traktowane, jako powoływanie się na inne, nowe okoliczności faktyczno - prawne związane z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i nie może uzasadniać otwarcia drogi do rozpoznania odwołania po raz kolejny.

Izba oceniając przesłankę z art.189 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp, uznała, że ten sam Odwołujący w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wniósł odwołanie przytaczając te same zarzuty z art. 7 ust. 1, 2 i 3; art. 8 ust. 1, 2 i 3; art. 24 ust.2 pkt 4; art. 26 ust. 3 oraz 4; art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp ze wskazaniem tych samych okoliczności dotyczących tych samych referencji na które powoływał się w odwołaniu z dnia 18 maja 2012r.(strona 5), które zostały również przytoczone na stronie 4 w punktach 1 i 2 uzasadnienia wyroku KIO z dnia 6 czerwca 2012r.

W takim przypadku – w ocenie Izby - na gruncie obowiązującej ustawy Pzp wcześniej wydany wyrok KIO korzysta z powagi rzeczy osądzonej.

Jednocześnie Izba zauważa, że ustawa Pzp nie zna instytucji wznowienia postępowania odwoławczego odpowiadającej tej opisanej w art.399 i nast. kodeksu postępowania cywilnego.

Dodatkowo Izba ustaliła, że najpóźniej na posiedzeniu w dniu 6 czerwca 2012r.Odwołujący powziął lub mógł powziąć przy zachowaniu należytej staranności wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, co wynika z dokonanego na stronie 2 protokołu posiedzenia zapisku o odtajnieniu przez Zamawiającego w dniu 4 czerwca 2012r.dwóch pozycji wykazu i referencji. Treść odwołania z dnia 18 maja 2012r.wskazuje, iż taką wiedzę posiadał już w chwili wniesienia tamtego odwołania, jednak z niewiadomych przyczyn wycofał wcześniej zgłoszony zarzut dotyczący niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W myśl przepisu art. 182 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust.1 i 2 w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

W rozpoznawanym wypadku wniesienie odwołania w dniu 18 czerwca 2012r. nastąpiło z uchybieniem terminu do jego wniesienia.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

Przewodniczący:

.....