

Sygn. akt: KIO 2838/12

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 14 stycznia 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, w Warszawie, w dniu 14 stycznia 2013 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2012 roku przez UNICOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Umińskiego 6, 03-984 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie Aleje Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa

przy udziale:

–J..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GALAXY J.....M... z siedzibą w Zielonej Górze przy ulicy Fabrycznej 13, 65-410 Zielona Góra,  
–AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Okrzei 1A, 03-715 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

oraz przy udziale DCS. PL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Puławskiej 303, 02-785 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**postanawia:**

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża UNICOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Umińskiego 6, 03-984 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

UNICOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Umińskiego 6, 03-984 Warszawa  
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 Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie Aleje Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. *zakup bibliotek taśmowych z oprogramowaniem Data Protector*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 kwietnia 2012 roku pod pozycją 2012/S 69-114181.

20 grudnia 2012 roku wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby odwołanie wykonawcy UNICOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Umińskiego 6, 03-984 Warszawa. Odwołujący na podstawie art. 180 złożył odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), przez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców: J..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GALAXY J..... M..... z siedzibą w Zielonej Górze przy ulicy Fabrycznej 13, 65-410 Zielona Góra (dalej: GALAXY J..... M.....) oraz AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Okrzei 1A, 03-715 Warszawa (dalej: AGN Polska Sp. z o.o.). Odwołujący argumentował, że naruszenia ustawy powodują naruszenie interesu prawnego Odwołującego. Nie odrzucenie ofert nie spełniających wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), narusza art. 7 ust. 1 ustawy oraz godzi w interes prawny Odwołującego przez ograniczenie jego możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert i odrzucenie ofert wykonawców GALAXY J..... M..... i AGN Polska Sp. z o.o.

Odwołujący w sposób następujący argumentował swoje stanowisko: przedmiotem zamówienia w postępowaniu przetargowym na zakup bibliotek taśmowych z oprogramowaniem Data Protector, znak postępowania: DZP-2610-10/2012 dla Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa jest dostawa czterech bibliotek taśmowych o określonych parametrach i funkcjonalnościach oraz dostawa licencji oprogramowania Data Protector firmy Hewlett-Packard (HP) wraz z 36-miesięczną usługą gwarancyjną. Definicja „Opieki gwarancyjnej” oprogramowania oraz zasady jej świadczenia zostały szczegółowo określone przez Zamawiającego we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ. Zgodnie z §1 ust. 7 wzoru umowy, Zamawiający wymagał, by Opieka gwarancyjna oprogramowania świadczona była przez producenta oprogramowania, tj. firmę Hewlett-Packard, a stosowne potwierdzenie objęcia oprogramowania serwisem producenta,

znajdowało się w dokumencie licencyjnym oprogramowania. Zamawiający w Rozdz. XVIII.III SIWZ, przewidział wybór oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Do udziału w aukcji elektronicznej, oprócz Odwołującego zostali zakwalifikowani następujący wykonawcy: GALAXY J..... M....., AGN Polska Sp. z o.o., DCS.PL Sp. z o.o. Aukcja elektroniczna rozpoczęła się o godz. 10:00 7 grudnia 2012 roku. W tym samym dniu, o godz. 07:30, Pani I..... T....., przedstawiciel firmy Hewlett-Packard, producenta oprogramowania Data Protector przesłała informację cenową wszystkim wykonawcom zakwalifikowanym do udziału w aukcji elektronicznej. Zgodnie z tą informacją, aktualna wartość licencji oprogramowania Data Protector oraz Opieki gwarancyjnej wynosi 3 706 183,00 PLN netto, a warunki zakupu są jednakowe dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym.

Wykonawcy GALAXY J..... M..... oraz AGN Polska Sp. z o.o. w toku aukcji elektronicznej nie dokonali żadnych postępień.

10 grudnia 2012 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy GALAXY J..... M..... jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Następnie 17 grudnia 2012 roku wykonawca ten przedłużył termin związania ofertą o kolejne 60 dni, również wykonawca AGN Polska Sp. z o.o. przedłużył termin związania ofertą o kolejne 30 dni w tym samym dniu. Tym samym obowiązująca jest kalkulacja cenowa zawarta w ofertach tych wykonawców.

Zgodnie z Formularzem ofertowym GALAXY J..... M....., wykonawca ten zaoferował dostawę licencji oprogramowania HP Data Protector wraz z Opieką gwarancyjną na łączną kwotę 1 252 200,00 PLN netto. Natomiast zgodnie z Formularzem ofertowym AGN Polska Sp. z o.o., wykonawca ten zaoferował dostawę licencji oprogramowania HP Data Protector wraz z Opieką gwarancyjną na łączną kwotę 1 270 000,00 PLN netto. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, oferty wykonawców GALAXY J..... M..... i AGN Polska Sp. z o.o. nie obejmują pełnego przedmiotu zamówienia (w szczególności usługi Opieki gwarancyjnej oprogramowania), a tym samym są rażąco niskie. W konsekwencji, istnieje uzasadniona obawa, narażenia Zamawiającego na szkody z tytułu nie wywiązania się przez tych Wykonawców z zobowiązań umownych i nienależytego wykonania zamówienia. W związku z tym, oferty te powinny zostać odrzucone w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy.

**Uwzględniając dokumentację postępowania, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.**

Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z 19 września 2012 roku stanowiącym o zaproszeniu do aukcji elektronicznej poinformował wykonawców o dokonanej ocenie złożonych w postępowaniu ofert. W wyniku przekazania tej informacji wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu prowadzone było, w wyniku wniesienia odwołań, postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawach sygn. akt KIO 2080/12 i KIO 2085/12.

Ceny zawarte w ofertach wykonawców GALAXY J..... M..... oraz AGN Polska Sp. z o.o. nie uległy zmianie od dnia 30 maja 2012 roku. Wykonawcy nie dokonali w toku aukcji elektronicznej żadnych postąpień.

Pismem z 16 listopada 2012 roku Zamawiający przekazał wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu wynik oceny ofert, który został dokonany przez Zamawiającego w wyniku wykonania orzeczenia z 22 października 2012 roku zapadłego po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt KIO 2080/12 i KIO 2085/12 i wskazał wykonawców zaproszonych do aukcji elektronicznej.

Izba zważyła:

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, iż *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.* Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, ponieważ zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną. W myśl art. 91a ust. 1 ustawy jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że Zamawiający obowiązany jest dokonać oceny ofert przed zaproszeniem wybranych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, w tym ustalić, czy złożone przez wykonawców oferty

nie podlegają odrzuceniu. Zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że Zamawiający ustalił, że oferty wybranych wykonawców nie podlegają odrzuceniu (art. 91b ust. 1 ustawy – *Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu*). Tym samym, skierowanie zaproszenia do aukcji elektronicznej jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert – w ocenie Izby od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający przekazał wykonawcom pismem z 19 września 2012 roku informację o ofertach odrzuconych z postępowania oraz zaproszeniu do aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu. Oferty wykonawców GALAXY J..... M..... oraz AGN Polska Sp. z o.o. nie były kwestionowane na tym etapie postępowania, nie został zgłoszony zarzut rażąco niskiej ceny w stosunku do złożonych ofertach. Reasumując, w rozpoznawanej sprawie cena ofert wykonawców GALAXY J..... M..... oraz AGN Polska Sp. z o.o. nie uległa zmianie (brak postępień w aukcji), cena zaoferowana przez tych wykonawców z złożonych ofertach nie była kwestionowana a przy uwzględnieniu faktu, że w wyniku aukcji cena mogła tylko zostać obniżona zasadnym jest uznanie, że odwołanie jest spóźnione. Nie znajduje również uzasadnienia argumentacja Odwołującego jaką przedstawił na posiedzeniu a wskazująca, iż za podstawę skutecznego wniesienia odwołania należy uznać informację zawartą w piśmie HP z 23 października 2012 roku i cenę zaoferowaną przez GALAXY J..... M.....

W ocenie Izby czynność zakwalifikowania wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 3 ustawy. W takim przypadku odwołanie – zgodnie ze wskazanym przepisem – wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Wykonawcy otrzymali informację 19 września 2012 roku, termin na wniesienie środka odwoławczego w zakresie zaniechania odrzucenia ofert wykonawców zaproszonych do udziału kończył się w dniu 29 września 2012 roku. Wniesienie odwołania w dniu 20 grudnia 2012 roku – jak to miało miejsce w rozpoznawanym przypadku – Izba uznała za dokonane z naruszeniem terminu do jego wniesienia. Stanowisk takie znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (postanowienie KIO sygn. akt KIO 299/12, postanowienie KIO sygn. akt KIO 271/12).

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....