

**Sygn. akt KIO/UZP 880/10**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 27 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Marek Szafraniec**  
**Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 26 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Betacom S.A., ul. Połczyńska 31A, 01-377 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-672 Warszawa, adres do korespondencji: Komenda Główna Policji, Biuro Finansów, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa** protestu z dnia 12 kwietnia 2010 r.

przy udziale **ASSECO Systems S.A., ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Betacom S.A., ul. Połczyńska 31A, 01-377 Warszawa**  
**i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Betacom S.A., ul. Połczyńska 31A, 01-377 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Betacom S.A., ul. Połczyńska 31A, 01-377 Warszawa** na rzecz **Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150, 02-672 Warszawa, adres do korespondencji: Komenda Główna Policji, Biuro Finansów, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Betacom S.A., ul. Połczyńska 31A, 01-377 Warszawa.**

### **Uzasadnienie**

Skład orzekający Izby rozpatrując na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołanie złożone przez Betacom S.A., ul. Połczyńska 31A, 01-171 Warszawa (dalej „*Betacom S.A.*” albo „*Odwołujący*”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zakup usługi wsparcia pogwarancyjnego dla systemów CW PK SIS1+ oraz KSI (nr ref. postępowania: 170/BłiL/09/MSz/FZ), wszczętym przez Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-672 Warszawa adres do korespondencji: Komenda Główna Policji, Biuro Finansów, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 246-352739 w dniu 22.12.2009 r. postanowił odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*Pzp*”.

Ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), stosuje się do niego ustawę w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie nowelizacji.

W ogłoszeniu o zamówieniu, jak również Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 18.12.2009 r. zwanej dalej: „*SIWZ*” Zamawiający zastrzegł przeprowadzenie aukcji elektronicznej do udziału w której zaprosi wszystkich Wykonawców,

którzy złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu. Przywołał także jako podstawę prawną art. 91 a do 91 c Pzp. Poza tym Zamawiający zmodyfikował udostępnioną na swojej stronie internetowej SIWZ z dnia 18.12.2009 r. w dniu 11.01.2010 r., jak również udzielił odpowiedzi na pytania, które przekazał i upublicznił 27.01.2010 r.

Termin składania i otwarcia ofert, po przedłużeniu, upłynął w dniu 26.02.2010 r., o godz. 9:30. Wpłynęło 6 ofert. Zgodnie z protokołem „Druk ZP-12. Zbiorcze zestawienie ofert”, uwzględniając kryterium „cena oferty brutto” – cenowo najkorzystniejsza była oferta Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa - oferta nr 1 zwana dalej: „*Comparex Poland Sp. z o.o.*”, druga w kolejności: Konsorcjum: Lider Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa, Konsorcjant WEB Inn S.A., Al. Jana Pawła II 41c, 31- 864 Kraków - oferta nr 5 zwana dalej: „Konsorcjum Fujitsu”; trzecia: Odwołującego; czwarta: S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa – oferta nr 4 zwana dalej: „*S&T Services Polska Sp. z o.o.*”, piąta: Asseco Systems S.A., ul. 17 stycznia 74, 02-146 Warszawa – oferta nr 2 zwana dalej: „*Asseco Systems S.A.*” albo „*Przystępującym*”, zaś szóstą: Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne SA, ul. Lektykarska 29, 01-687 Warszawa, Konsorcjant General Systems & Software (Poland) Ltd. Sp. z o.o., ul. Hryniewieckiego 10/61,81-340 Gdynia zwana dalej: „*Konsorcjum Pentacomp*”.

Dnia 11.03.2010 r. Odwołujący zapoznał się w siedzibie Zamawiającego z ofertami złożonymi przez pięciu konkurencyjnych Wykonawców w postępowaniu (stosowne oświadczenie Odwołującego o wglądzie w oferty – w dokumentacji postępowania).

W dniu 29.03.2010 r. Zamawiający zgodnie z art. 91 b Pzp przekazał faxem zaproszenie do aukcji elektronicznej Odwołującemu wskazując pozycje, jaką zajęła jego oferta przed aukcją i ilość punktów otrzymaną w kryterium „cena oferty brutto” – 35, 56 pkt.

W dniu 2.04.2010 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej , tj. oferty złożonej przez Przystępującego oraz przedstawił ranking złożonych ofert, z których żadna nie została odrzucona, zaś Odwołujący zajął piątą pozycje w niniejszym rankingu.

W dniu 12.04.2010 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp, firma Betacom S.A. złożyła protest na zaniechanie przez Zamawiającego podjęcia czynności, polegającej na wykluczeniu z postępowania oraz odrzuceniu ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu przez następujących Wykonawców: 1) Comparex Poland Sp. z o.o., 2) Asseco Systems S.A., 3) S&T Services Polska Sp. z o. o., 4) Konsorcjum Fujitsu oraz na wybór jako najkorzystniejszej oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, złożonej przez Asseco Systems S.A. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, a także art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Wnosił o:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez Asseco Systems S.A.
- ponowną ocenę ofert złożonych w postępowaniu i w jej wyniku odrzucenie ofert złożonych przez w/w Wykonawców;
- wybór jako najkorzystniejszej jego oferty.

W dniu 15.04.2010 r. (faxem) na wezwanie przekazane w dniu 12.04.2010 r. (faxem) do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiło Asseco Systems S.A. po stronie Zamawiającego. Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 22.04.2010 r. faxem, poprzez jego oddalenie. W dniu 04.05.2010 r. (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Kopię treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni).

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania na wezwanie przekazane w dniu 05.05.2010 r. (faxem) przystąpiło dnia 26.05.2010 r. (wpływ bezpośredni) Asseco Systems S.A. po stronie Zamawiającego. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki z art. 187 ust. 4 Pzp skutkujące odrzuceniem odwołania, ponieważ protest został wniesiony z uchybieniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 2 zd. 1 Pzp. Z tego względu Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie na podstawie przywołanego wyżej przepisu.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 180 ust. 2 zd. 1 Pzp protest 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, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 7 dni.

Stosownie do art. 91a ust. 1 Pzp Zamawiający po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zaś zgodnie z art. 91b ust. 1 Pzp, Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

W ocenie Izby należy mieć na uwadze, że skoro postępowanie toczy się w trybie przetargu nieograniczonego to mają do niego zastosowanie przepisy dotyczące tego trybu, z uwzględnieniem jednakże specyfiki wyboru oferty w drodze aukcji elektronicznej (art. 91 a – 91 c Pzp). Biorąc pod uwagę przepis art. 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 Pzp Izba uznaje, że

wynika z nich *a contrario*, że w przypadku postępowania z zastosowaniem aukcji elektronicznej, zaproszenie do aukcji, poprzedza badanie ofert oraz ich ewentualne odrzucenie. Zaproszenie do aukcji elektronicznej obejmuje jedynie Wykonawców nie wykluczonych z udziału w postępowaniu, których oferty nie podlegały odrzuceniu, po ostatecznym rozpatrzeniu ewentualnych protestów. Podobnie stanowisko zajęła KIO w postanowieniu z dnia 14.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1052/08. Potwierdzają je także przedstawiciele doktryny: *„Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu ważne, tj. niepodlegające odrzuceniu oferty. Zaproszenie do aukcji bezwzględnie musi więc poprzedzać ocena ofert pod kątem przesłanek odrzucenia zawartych w art. 89 ust. 1. Poprzedzać ją musi również ocena ofert pod kątem sposobu spełniania przez nie kryteriów ustalonych dla całego postępowania. Mimo, iż ustawodawca nie wskazał wprost na taki obowiązek, to wynika on z szeregu przepisów ustawy. Po pierwsze, w składanych w postępowaniu ofertach wykonawcy są obowiązani podać w odpowiedzi na żądanie zawarte w SIWZ cenę oraz inne wielkości, będące przedmiotem oceny. Po wtóre, ustawodawca na obowiązek dokonania oceny spełniania tych kryteriów wskazał pośrednio w ust. 2 komentowanego artykułu, stanowiąc, iż ocena ta ma być uwzględniana w trakcie aukcji”*. (M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz”, wyd. 3, W-wa 2007, teza 1 do art. 91 b Pzp, str. 346). Z przedstawionej powyżej argumentacji wynika, że: *„Zamawiający przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej odrzuca oferty podlegające odrzuceniu”* (G. Wicik, P. Wiśniewski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny”, C. H. Beck, W-wa 2007, s.481).

Izba wskazuje, że także z czynności Zamawiającego, tj. zaproszenia do aukcji elektronicznej otrzymanego przez Odwołującego w dniu 29.03.2010 r. wynikało, że uprzednio nastąpiło określone przepisami badanie złożonych ofert (określenie pozycji oraz punktacji oferty Odwołującego pozwalające ustalić dystans dzielący jego ofertę od oferty będącej na najwyższej pozycji po pierwotnej ocenie ofert – tzw. „lista rankingowa”). Nadto Odwołujący znał treść złożonych ofert z uwagi na ich udostępnienie na swój wniosek, zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp w dniu 11.03.2010 r.

W konsekwencji Izba uznała, że zaproszenie do aukcji elektronicznej stanowiło wystarczającą podstawę do wniesienia protestu na ewentualne zaniechania Zamawiającego.

Izba uznaje, że Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu (art. 180 ust. 2 zd. 1 Pzp) w dniu 29.03.2010 r., co w powiązaniu z wiedzą, jaką uzyskał 11.03.2010 r. było wystarczające do złożenia protestu. W wyniku niniejszych ustaleń Izba uznaje, że 10-dniowy termin na złożenie protestu na zaniechania wskazane w proteście z dnia 12.04.2010 r. oraz odwołaniu z dnia 04.05.2010 r., które w rezultacie doprowadziły do wyboru oferty Przystępującego, upłynął 08.04.2010 r.

Jednocześnie Izba przypomina, że terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej mają charakter zawity i nie mogą być konwalidowane w żadnym przypadku, zaś upływ terminu powoduje utratę prawa.

W tym zakresie Izba także w odpowiedzi na stanowisko Odwołującego przedstawione na posiedzeniu o braku interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej na zaproszenie do aukcji elektronicznej, wskazuje za orzecznictwem. Po pierwsze, w ocenie Izby na tym etapie postępowania wykonawca jest w podobnej sytuacji, jak wykonawca oprotestowujący zaniechanie wykluczenia wykonawców w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, jeszcze przed złożeniem ofert. Po drugie, wobec zastrzeżenia o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w wypadku złożenia co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu Odwołujący miał interes prawny w podnoszeniu zarzutów nie tylko wobec Wykonawców, którzy złożyli oferty z cenami wyższymi, niż w jego ofercie, co jest oczywiste, lecz również wobec pozostałych tak, aby w konsekwencji uzyskać zamówienie bez konieczności prowadzenia aukcji elektronicznej. Powyższe stanowisko wynika m.in. z wyroku KIO z dnia 03.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1069/09 oraz wyroku KIO z dnia 02.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1341/09, sygn. akt: KIO/UZP 1342/09, Podobnie w wyroku KIO z dnia 04.05.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 664/10.

Zasadność przedstawionego stanowiska potwierdza także argumentacja przedstawiona na posiedzeniu przez Przystępującego. Zarzuty zawarte w proteście z dnia 12.04.2010 r. oraz odwołaniu z dnia 4.05.2010 r. w wypadku ich uwzględnienia doprowadziłyby bowiem do takiego stanu, że z 6 złożonych ofert, przy skutecznym zakwestionowaniu 4 z nich, tylko 2 oferty byłyby ofertami ważnymi, co uniemożliwiłoby przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Zastrzeżona aukcja elektroniczna nie mogłaby być zatem przeprowadzona z uwagi na ilość ważnych ofert (art. 91 a ust. 1 Pzp). Wobec bezspornej okoliczności, że oferta Odwołującego złożona w postępowaniu była korzystniejsza cenowo od Konsorcjum Pentacomp tak przed, jak i po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, doprowadziłoby to wyboru ofert Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Z tych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania i zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp odrzuciła odwołanie. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w orzecznictwie KIO (postanowienie z dnia 22.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 620/09 oraz postanowienie z dnia 05.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1382/09). Jednocześnie Izba wskazuje na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej polegającą m.in. na konieczności zgłaszania przez wszystkich wykonawców, biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących niezgodnych z przepisami działań lub zaniechań Zamawiającego, pod rygorem utraty terminu na wniesienie środka ochrony prawnej (postanowienie KIO z dnia 07.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 159/08).

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego Izba orzekła na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym na posiedzeniu rachunkiem.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....