

Sygn. akt: KIO/UZP 159/08

**POSTANOWIENIE
z dnia 7 marca 2008r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Barbara Bettman**

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 7 marca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SYGNITY S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski, Departament Informatyki i Telekomunikacji, 00-919 Warszawa** protestu z dnia 8 lutego 2008r.

przy udziale **Datacom System S.A., 02-699 Warszawa, ul. Taborowa 10** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

1. 2. Kosztami postępowania obciąża **SYGNITY S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2032 zł 0gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **SYGNITY S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 17 968 zł 0 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SYGNITY S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180.**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Narodowy Bank Polski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę serwerów, instalacje i serwis”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 15 września 2007 r. pod numerem 2007/S 178-217584.

W niniejszym postępowaniu złożono trzynaście ofert. Dnia 30 listopada 2007 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez wspólnie ubiegających się o zamówienie: Makronet Sp. z o.o., Asseco Systems S.A. i ZETO Rzeszów Sp. z o.o. Czynność ta została oprotestowana w dniu 7 grudnia 2007 roku przez innego uczestnika postępowania, tj. Datacom System S. A. ul. Taborowa 10, 02-699 Warszawa.

Wyrokiem z dnia 18 stycznia 2008 roku Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrująca odwołanie wniesione przez Datacom System S. A. uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzyć czynność oceny ofert (Syg. akt KIO/UZP84/07).

Zamawiający pismem z dnia 1 lutego 2008 roku, przekazany Wykonawcom tego samego dnia poinformował o powtórzeniu czynności oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Datacom System S. A.

Pismem z dnia 8 lutego 2008 roku, przekazany Zamawiającemu tego samego dnia, czynność ta została oprotestowana przez Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 180.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Datacom S.A. z postępowania, mimo, że nie spełnia on warunku w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez nie odrzucenie oferty Wykonawcy, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
3. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

Protestujący wskazał na istnienie interesu prawnego we wniesieniu środków ochrony prawnej, bowiem jego oferta po ponownej ocenie ofert, dokonanej przez Zamawiającego znajduje się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert.

W uzasadnieniu wskazał, że Wykonawca Datacom S.A. winien zostać wykluczony z postępowania, bowiem nie spełnia wymaganego przez Zamawiającego w rozdz. V pkt 1.2 SIWZ warunku w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia. W ocenie Odwołującego przedstawiona w ofercie najkorzystniejszej realizacja w zakresie dostaw dla TVN S.A. „w okresie od 2.01.2006 do 29.06.2007 roku sprzętu serwerowego wraz z instalacją (tj. 37 serwery z akcesoriami) o wartości powyżej 890 000 zł brutto” nie spełnia wymagań SIWZ, bowiem wskazanie czasookresu realizacji zamówienia świadczy o tym, że dostawy nie były realizowane w ramach jednej umowy. Zdaniem Odwołującego Wykonawcy zobowiązani byli przedstawić jedną dostawę, która obejmowała co najmniej 10 serwerów o wartości nie mniejszej niż 200 000 zł brutto. Wskazana w ofercie Odwołującego dostawa była zaś realizowana na podstawie paru umów, a więc w więcej niż jednej dostawie, w określonym okresie czasu tj. od 2.01.2006 do 29.06.2007 roku.

Ponadto Odwołujący podniósł, że w ofercie firmy Datacom S.A brak wskazania numerów katalogowych lub numerów seryjnych producenta dla poszczególnych elementów składowych danego produktu, czego Zamawiający wymagał w wyjaśnieniach z dnia 18 października 2007 roku. Zamawiający wymagał bowiem podania nie tylko nazwy, modelu

danego produktu, ale również należało wymienić poszczególne elementy techniczne, wchodzące w skład danego produktu i podać dla każdego elementu składowego danego produktu numer katalogowy lub numer seryjny producenta. Brak wskazania w ofercie Datacom S.A. numerów katalogowych lub numerów seryjnych producenta dla poszczególnych elementów składowych danego produktu winien skutkować odrzuceniem jego oferty, jako niezgodnej z SIWZ.

Odwołujący podniósł także, iż Wykonawca - Datacom S.A. złożył o ofercie nieprawdziwe informacje dotyczące oświadczenia, iż posiada on autoryzację producentów sprzętu i oprogramowania do sprzedaży oferowanych produktów na rynku polskim (pkt 7 formularza oferty cenowej). Z wiedzy zaś Odwołującego i informacji ogólnie dostępnych, wynika, że firma Dell Sp.z o.o., której produkty zaoferował Wykonawca, nie posiada autoryzowanych partnerów serwisowych, gdyż sama świadczy serwis gwarancyjny swojego sprzętu. Wykonawca Datacom nie jest uprawniony do samodzielnego świadczenia serwisu gwarancyjnego sprzętu Dell, a zatem nie posiada autoryzacji producenta wymaganej przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że firma Datacom złożyła w ofercie oświadczenie, że wykona przedmiot zamówienia samodzielnie, bez udziału podwykonawców. Wobec powyższego oferta Datacom S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Sygnity S.A., pismem z dnia 13 lutego 2008 roku, zgłosiło przystąpienie po stronie protestującego Konsorcjum Makronet Sp. z o.o., Asseco Systems S.A. i ZETO Rzeszów Sp. z o.o.

Zamawiający pismem z dnia 18 lutego 2008 roku, przekazany tego samego dnia protest odrzucił, powołując się na przepis art. 181 ust. 6 ustawy uznając, że Wykonawca Sygnity S.A. został wezwany zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu i teraz nie może korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Zamawiający wskazał również, że protest został wniesiony po upływie 7 - dniowego terminu na jego wniesienie, zatem z uwagi na przepis art. 180 ust. 7 ustawy Zamawiający zobowiązany jest go odrzucić. Zamawiający uzasadnił, że w dniu 30 listopada 2007 roku przekazał informację o pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, zatem w jego ocenie termin na wniesienie protestu zawierającego zarzuty odnoszące się do treści ofert winien się liczyć od tego dnia. Dokonanie ponownej oceny ofert nie przywraca terminu do wniesienia protestu, który jest terminem zawitym.

Sygnity S.A, nie zgadzając się z odrzuceniem protestu wniosło w dniu 22 lutego 2008 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ bezpośredni).

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, zawartego w rozstrzygnięciu protestu Odwołujący podniósł, że termin na wniesienie protestu winien być liczony od dnia otrzymania informacji o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej tj. od dnia 1 lutego. Kwestii terminu nie można rozpatrywać w oderwaniu od interesu prawnego, który jest konieczną przesłanką do wniesienia środków ochrony prawnej. Odwołujący nie posiadał interesu prawnego w chwili wnoszenia protestu przez Datacom S.A., tj. w dniu 7 grudnia 2007 roku, bowiem jego oferta była ofertą z najmniejszą ilością punktów. Dopiero po ponownej ocenie ofert, w sytuacji gdy jego oferta jest ofertą drugą w rankingu ofert posiada on interes prawny we wniesieniu protestu i kwestionowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nie zgadzając się z twierdzeniem Zamawiającego dotyczącym odrzucenia protestu na podstawie art. 181 ust. 3 ustawy Odwołujący wskazał, że wniósł protest na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie na czynność odrzucenia oferty Konsorcjum Makronet, która była czynnością dokonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Ponadto Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście i dotyczące oferty firmy Datacom S.A. i wniósł o:

1. unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Datacom S.A.;
2. wykluczenie Wykonawcy Datacom S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, ze względu na niespełnienie warunku w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,
3. odrzucenie oferty Wykonawcy Datacom S.A. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy, że względu na fakt, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ,
4. powtórzenie czynności oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie, oraz po wysłuchaniu wyjaśnień pełnomocników stron złożonych na posiedzeniu ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 w związku z art. 180 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, bowiem protest został wniesiony z uchybieniem siedmiodniowego terminu przysługującego na wniesienie tego środka ochrony prawnej.

Jak wynika z akt sprawy i wyjaśnień stron, Zamawiający w dniu 30 listopada 2007 roku, zgodnie z art. 92 ustawy poinformował wszystkich uczestniczących w postępowaniu Wykonawców o dokonanej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej dzień ten był dniem, od którego należy liczyć termin na wniesienie protestu dotyczącego nie tylko wyboru oferty najkorzystniejszej, ale także zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności, do której był zobowiązany przepisami ustawy, tj. np. zaniechania odrzucenia innych ofert. Od tego zatem dnia Wykonawcy winni zgłaszać zarzuty dotyczące ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

Skład orzekający Izby nie podziela przy tym stanowiska Odwołującego, zawartego w odwołaniu, że nie posiadał on interesu prawnego w podnoszeniu zarzutów dotyczących oferty, która nie była podczas pierwszego wyboru uznana za najkorzystniejszą. Pogląd taki prowadziłby do wniosku, że Wykonawca może zgłaszać zarzuty wyłącznie w stosunku do oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. W ocenie składu orzekającego, środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdy taki podmiot dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów. Interes prawny posiada każdy podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu i choćby tylko może doznać uszczerbku w naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Zgodnie z postanowieniami art. 1 ust 3 dyrektywy 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG) „odwołanie może wnieść co najmniej każdy podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego”. Przesłanką do wniesienia odwołania może być naruszenie w trakcie postępowania przez Zamawiającego uregulowań prawa. Za takim szerokim rozumieniem interesu prawnego opowiedział się również Sąd Okręgowy w Krośnie w wyroku z dnia 25 kwietnia 2006 roku (Sygn. akt I Ca, 134/ 06), gdzie stwierdził, że odmienna interpretacja „interesu prawnego” na tle dyrektywy Rady 89/665/EWG nie znajduje uzasadnienia”. Również ETS w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywał, aby wszelkie wątpliwości pojawiające się na tle rozumienia interesu prawnego rozstrzygać zgodnie z przepisami krajowymi, zachowując jednocześnie ducha dyrektywy.

Protest jest rodzajem sprzeciwu o funkcjach sygnalizacyjno-reklamacyjnych, prowadzi bowiem na bieżąco do korygowania ewentualnych uchybień popełnionych w toku postępowania przez Zamawiającego. Należy zgodzić się z tezą zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 roku (Sygn. akt V Ca 2056/07), że „Wykonawca ma bowiem ponadto obowiązek działania z należytą starannością jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana w art. 183 Pzp a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym”.

Nowelizacja ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 roku (Dz. U. z dnia 10 maja, nr 79, poz. 551) wprowadziła koncentrację środków ochrony prawnej polegającą m.in. na jednoczesnym rozpatrywaniu przez Zamawiającego wszystkich złożonych protestów dotyczących treści SIWZ, wykluczenia Wykonawców, odrzucenia ofert lub zaniechania tych czynności oraz 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.

Termin na wniesienie protestu, określony w art. 180 ust. 2 ustawy jest terminem zawitym i jego upływ powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia środka ochrony prawnej.

Ponowna ocena ofert dokonana przez Zamawiającego w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, jakim jest w niniejszej sprawie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, nie powoduje przywrócenia terminu do wniesienia środków ochrony prawnej na zaniechanie Zamawiającego, o którym Wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej.

Za przyjęciem tej interpretacji przemawia również zasada szybkości i efektywności procedur odwoławczych ustanowiona w art. 1 dyrektywy Rady WE z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane 89/665/EWG oraz dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, co wprost wynika z punktu 34 preambuły i art. 1 aktu zmieniającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*