

POSTANOWIENIE
z dnia 4 kwietnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, w Warszawie, w dniu 4 kwietnia 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2016 roku przez wykonawcę RED CLOVER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Komendę Główną Policji w Warszawie

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę RED CLOVER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę RED CLOVER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 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 Komenda Główna Policji w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Zakup usługi Asysty Technicznej dla produktów typu Oracle użytkowanych w systemach teleinformatycznych Policji.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 011- 015513

21 marca 2016 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na uznanie, że oferta Odwołującego jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów wskutek nieudzielenia przez Odwołującego wyjaśnień treści oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym ust. 4 „Oświadczamy, że wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego ...” w i konsekwencji nałożenia na Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 r. (Dz. U. z dnia 4 maja 2015 r. poz. 605) o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług, w podczas gdy pierwsze wezwanie do wyjaśnień treści oferty nie zostało skutecznie doręczone Odwołującemu, a wskutek ponownego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego - Odwołujący złożył wymagane wyjaśnienia,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) wskutek nieudzielenia przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących potwierdzenia czy usługa będzie świadczona na zasadach obowiązujących od dnia 18.12.2015 r., podczas gdy pierwsze wezwanie do wyjaśnień treści oferty nie zostało skutecznie doręczone Odwołującemu, a wskutek ponownego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego - Odwołujący złożył wymagane wyjaśnienia;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, przez wykluczenie Odwołującego z

postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskutek przyjęcia, że Odwołujący nie uzupełnił zobowiązania firmy SERVIT Sp. z o.o., podczas gdy pierwsze wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie zostało skutecznie doręczone Odwołującemu, a wskutek ponownego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego - Odwołujący złożył wymagany dokument,

- art. 7 ust. 1 Pzp, przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy, tj. Odwołującemu,
- ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, powtórzenie aukcji elektronicznej i dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty z postępowania z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego oraz wykluczył Odwołującego z postępowania wskutek braku złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień treści oferty i uzupełnień dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy wezwanie do wyjaśnień i uzupełnień nie zostało skutecznie doręczone Odwołującemu. Odwołujący w wyniku ponownego wezwania ze strony Zamawiającego złożył żądane wyjaśnienia i dokonał wymaganych uzupełnień, jednakże nie zostały one przez Zamawiającego uwzględnione. Gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty Odwołującego, z uwzględnieniem wyjaśnień i uzupełnionych dokumentów na wezwanie dostarczone później - Odwołujący miałby szansę uzyskać zamówienie.

Uwzględniając dokumentację postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone na posiedzeniu z udziałem Stron, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje, że:

art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną w dniu 10 marca 2016 roku. W myśl art. 91a ust. 1 Pzp 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 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. Wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert.

Informacje stanowiące podstawę do wniesienia odwołania znane były Odwołującemu od dnia 3 marca 2016 roku tj. o dnia, w którym Zamawiający przesłał Odwołującemu pismo z dnia 3 marca 2016 roku (L.dz. FZ 1349/16), w którym w sposób jednoznaczny poinformował Odwołującego o tym, że zaprosił innych wykonawców do aukcji elektronicznej oraz podał podstawy prawne i faktyczne (uzasadnienie) przyczyn jakie legły u podstaw niezaproszenia wykonawcy do aukcji elektronicznej a skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego. Odwołujący potwierdził w trakcie posiedzenia z udziałem stron fakt otrzymania w dniu 3 marca 2016 roku ww. pisma, jak również potwierdził, że odwołujący uzyskał wiedzę o niezaproszeniu go do aukcji elektronicznej również w dniu 3 marca 2016 roku. Zamawiający powiadomił w dniu 3 marca 2016 roku innych wykonawców o wykonawcach niezaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej oraz o terminie przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Zamawiający przeprowadził aukcje elektroniczną z udziałem zaproszonych

wykonawców w dniu 9 marca 2016 roku oraz w dniu 10 marca 2016 roku powiadomił wykonawców o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Informacja przekazana Odwołującemu przez Zamawiającego z dnia 3 marca 2016 roku jest jednocześnie informacją dla wykonawcy o tym, że Zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert i że nie zweryfikował pozytywnie oferty Odwołującego, czego wyraz dał Zamawiający w uzasadnieniu pisma. Tym samym to z dniem 3 marca 2016 roku Odwołujący powziął wiadomość o tym, że nie został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej oraz o podstawach tego działania Zamawiającego.

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. Izba wskazuje, że Zamawiający powiadomił Odwołującego o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, tj. o niezaproszeniu do aukcji elektronicznej z jednoczesnym podaniem przyczyn tego niezaproszenia przez wskazanie podstaw odrzucenia oferty wraz z uzasadnieniem w dniu 3 marca 2016 roku tak więc termin na wniesienie odwołania upłynął 14 marca 2016 roku (poniedziałek). Tym samym nie może być uznane za skuteczne wniesienie odwołania w dniu 21 marca 2016 roku, które nastąpiło z uchybieniem terminu.

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

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....