

Sygn. akt: KIO 584/14

POSTANOWIENIE
z dnia 7 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Emil Kuriata
Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 7 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Sii Sp. z o.o.” (pełnomocnik wykonawców) i Cohesiva Sp. z o.o., Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców) i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie II etapu projektu „Budowa systemu usług elektronicznych MS, w tym uruchomienie usług dla przedsiębiorców i osób fizycznych, poprzez dostęp elektroniczny do wydziałów Krajowego Rejestru Sądowego, Krajowego Rejestru Karnego, Biura Monitora Sądowego i Gospodarczego”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 lipca 2013 r., nr 2013/S 143-249304.

W dniu 24 marca 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (dalej: „odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności podjętych i zaniechanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sii Sp. z o.o. i Cohesiva Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum Sii”), pomimo iż Konsorcjum Sii nie posiada doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia,

- art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Sii, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

- art. 7 ust 3 ustawy Pzp przez dokonanie badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,

z ostrożności:

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Sii do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum Sii w załączonym do oferty wykazie wykonanych usług wykazało wykonanie zamówień na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości przez spółkę MIS S.A., która z kolei zleciła prace na rzecz jednego z konsorcjantów Konsorcjum Sii - Cohesiva Sp. z o.o. Odwołujący stwierdził, iż z pisma Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 20 marca 2014 r., wynika, że zamówienia, na których wykonanie powołuje się Konsorcjum Sii, nie zostały przez MIS S.A. wykonane. Odwołujący wywiódł, iż skoro zamówienia na rzecz końcowego odbiorcy nie zostały wykonane, nie można uznać, aby mogły być uznane za potwierdzające posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamówienia wykonane przez Cohesiva Sp. z o.o. na rzecz MIS S.A.

Odwołujący wskazał również, iż w wykazie wykonanych usług Konsorcjum Sii oświadczyło, że usługi wykonane przez Cohesiva Sp. Z o.o. zostały wdrożone w trybie produkcyjnym u Klienta Docelowego - w Ministerstwie Sprawiedliwości, co jest oświadczeniem nieprawdziwym, ponieważ - jak wynika z pisma Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 20 marca 2014 r. - zamówienia te nie zostały wykonane w zakresie wskazanym w wykazie wykonanych usług zgodnie z wiążącą MIS S.A. i Ministerstwo Sprawiedliwości umową. Wobec powyższego, w ocenie odwołującego, Konsorcjum Sii powinno podlegać wykluczeniu z postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający ma obowiązek badać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na każdym etapie postępowania, a odwołującemu przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania z powołaniem się na okoliczności, o których powziął wiadomość już po upływie terminu na wniesienie odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wyjaśnił, iż zwrócił się z wnioskiem o udzielenie informacji w trybie dostępu do informacji publicznej jeszcze przed terminem rozpoznania pierwszego odwołania, wniesionego wobec wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak Ministerstwo Sprawiedliwości przedłużyło termin udzielenia tej informacji do 2 miesięcy. Informacja ta została przekazana odwołującemu dopiero w dniu 20 marca 2014 r., tym samym odwołującemu przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania wobec innych czynności, niż określone w art. 182 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołujący twierdził, że z uwagi na to, że odwołanie dotyczy zaniechania wykluczenia Konsorcjum Sii z postępowania, zostało wniesione z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, iż wykluczenie z postępowania wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu jest obowiązkiem zamawiającego, który jest aktualny

w toku całej procedury o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji w przypadku, gdy okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia z postępowania ujawnią się dopiero po upływie terminu wobec wniesienia odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający powinien dokonać czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania z własnej inicjatywy, a zaniechanie wykonania tych czynności może być objęte odwołaniem wniesionym w terminie określonym w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto odwołujący wskazał, że z pisma Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 20 marca 2014 r. wynika też, że zamówienia wykazane przez Konsorcjum Sii nie mogą być uznane za potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu również dlatego, że wykonawca tych systemów wdrażał oprogramowanie, które nie jest równoważne do opisanego w warunku udziału w postępowaniu, w rozumieniu rozdziału III ust. 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co za tym idzie, Konsorcjum Sii winno być wykluczone z postępowania także za niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, to jest na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ze względu na konieczność wykluczenia Konsorcjum Sii z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ocenie odwołującego nie ma podstaw do wzywania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zarzut naruszenia tego przepisu odwołujący podnosi zatem wyłącznie z ostrożności procesowej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum Sii, a w jej toku - wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp i art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W dniu 7 lutego 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Sii. Z działaniem zamawiającego nie zgodził się odwołujący wnosząc w dniu 17 lutego 2014 r. odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Sii, mimo iż Konsorcjum Sii nie posiada doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia,
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
- z ostrożności procesowej także: art. 26 ust. 2a ustawy Pzp przez zaniechanie badania czy Konsorcjum Sii spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, mimo iż na etapie dotychczas podjętych przez zamawiającego czynności Konsorcjum Sii nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Sii do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w celu wykazania, że wykonawca spełnia warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ww. odwołanie z dnia 17 lutego 2014 r. zostało rozstrzygnięte przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 11 marca 2014 r., w którym Izba oddaliła odwołanie uznając, iż nie zasługuje ono na uwzględnienie. Tym samym utrzymana w mocy została decyzja zamawiającego z dnia 7 lutego 2014 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Sii.

Izba zważyła, iż art. 182 ust. 1 ustawy Pzp wyznacza terminy na wniesienie odwołania wobec czynności stanowiących podstawę do jego wniesienia, o których zamawiający zobowiązany jest poinformować wykonawców w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynności takie stanowią m.in. wybór oferty najkorzystniejszej, odrzucenie ofert, wykluczenie wykonawców z postępowania (art. 92 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp), unieważnienie postępowania (art. 93 ust. 3 ustawy Pzp), ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym (art. 51 ust. 1a ustawy Pzp), negocjacjach z ogłoszeniem (art. 57 ust. 1 ustawy Pzp) czy dialogu konkurencyjnym (art. 60d ust. 1 ustawy Pzp). Odpowiednio, terminy wskazane w tym przepisie obowiązują również w stosunku do niektórych zaniechań zamawiającego, jak np. zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, dla którego początek biegu terminu na wniesienie odwołania stanowi informacja zamawiającego o wyborze oferty

najkorzystniejszej. W art. 182 ust. 2 ustawy Pzp wskazano terminy na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Art. 182 ust. 3 ustawy Pzp reguluje natomiast sytuacje nie objęte ust. 1 i 2 art. 182 ustawy Pzp. Przepisem tym objęte zostały czynności lub zaniechania zamawiającego, o których zamawiający nie poinformował wykonawców, oraz te, które nie dotyczą treści ogłoszenia o zamówieniu bądź specyfikacji.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia Konsorcjum Sii z postępowania oraz czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Informację stanowiącą podstawę do kwestionowania działań zamawiającego w tym zakresie zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 7 lutego 2014 r., zatem termin na wniesienie odwołania minął w dniu 17 lutego 2014 r. Uzyskanie przez odwołującego dodatkowych informacji w trybie dostępu do informacji publicznej (pismo Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 20 marca 2014 r.) nie może prowadzić do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania – termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym. Ww. informacja uzyskana przez odwołującego nie stanowi też innych czynności czy zaniechania zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołanie zostało wniesione wobec czynności i zaniechań, o których zamawiający przekazał odwołującemu informację, zatem termin na wniesienie takiego odwołania należy liczyć zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 ustawy Pzp. Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż zamawiający może na każdym etapie postępowania do momentu podpisania umowy badać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jednak uprawnienie wykonawcy w tym zakresie zostało ograniczone ustanowionymi terminami na wniesienie odwołania.

Wobec wpływu odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. Izba stwierdziła, że zostało ono wniesione z uchybieniem terminu, co skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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:

Członkowie:

.....