

POSTANOWIENIE
z dnia 6 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2013 r. przez **Outcom Sp. z o.o., ul. Górnośląska 4a lok. 41, 00-444 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., ul. Wadowicka 12, 30-415 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Outcom Sp. z o.o., ul. Górnośląska 4a lok. 41, 00-444 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Outcom Sp. z o.o., ul. Górnośląska 4a lok. 41, 00-444 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 – Miasto Stołeczne Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wyłonienie Wykonawcy Projektu „Nowoczesne technologie szansą rozwoju zawodowego i aktywizacji społecznej osób niepełnosprawnych”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) – zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą”.

W dniu 22 kwietnia 2013 roku wykonawca Outcom Sp. z o.o. w Warszawie, ul. Górnośląska 4a/41 (dalej: „Outcom” lub „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „ZSK”) oraz wobec dokonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego w zakresie odwołujący zarzucił naruszenie:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZSK, pomimo iż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz” lub „specyfikacja”),

a w konsekwencji

2. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo iż w niniejszym postępowaniu nie została złożona żadna oferta nie podlegająca odrzuceniu,
3. naruszenie art. 91 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz w związku z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty ZSK jako najkorzystniejszej, pomimo zaistnienia podstawy do odrzucenia tej oferty oraz unieważnienia postępowania,
4. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu oraz naruszenie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który złożył ofertę niezgodną z siwz.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty ZSK,
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Na wezwanie zamawiającego przesłane drogą elektroniczną w dniu 23 kwietnia 2013 r. w dniu 25 kwietnia 2013 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił ZSK. Z ustaleń Izby wynika, że strony otrzymały kopię pisma zawierającego przystąpienie do postępowania odwoławczego ze strony ZSK.

29 kwietnia 2013 r. do Izby w formie pisemnej wpłynęła odpowiedź na odwołanie.

30 kwietnia 2013 r. do Izby w formie elektronicznej wpłynęło pismo procesowe ZSK. W formie pisemnej pismo zostało złożone w toku posiedzenia niejawnego Izby z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że do dnia składania ofert wyznaczonego na dzień 8 lutego 2013 r. (str. 5 - druk protokołu ZP-PN) do zamawiającego wpłynęły 4 oferty.

Zamawiający w toku posiedzenia przed Izbą oświadczył, że odwołujący uczestniczył w czynności otwarcia ofert, czemu odwołujący nie zaprzeczył.

W dniu 27 lutego 2013 roku w formie elektronicznej zamawiający przesyłał wykonawcom zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Termin aukcji wyznaczono na 4 marca 2013 r. godz. 12.00. W zaproszeniu przesłanym do Outcom zamawiający poinformował m.in., że oferta odwołującego została sklasyfikowana na 4 pozycji.

Z ustaleń Izby wynika również, że zamawiający wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) DECISOFT S.A. w Warszawie, (2) ITERUM Sp. z o.o. w Lublinie, (3) ORTI B..... Sp.k. w Lublinie. Natomiast oferty wykonawców: BIATEL BIT S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Outcom zostały skutecznie odrzucone w wyniku wykonania wyroku Izby z dnia 25 marca 2013 r. o sygn. akt KIO 542/13.

Wobec tego zamawiający, bez przeprowadzania aukcji elektronicznej, dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej za którą uznała ofertę ZSK, o czym poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym odwołującego, pismem z dnia 12 kwietnia 2013 r.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Art. 91a ust. 1 Pzp stanowi, że 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.

Treść powyższego przepisu ustawy wprost obliguje zamawiającego do przeprowadzenia oceny złożonych ofert przed zaproszeniem wybranych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej. Tym samym zamawiający winien ustalić, czy złożone przez wykonawców oferty nie podlegają odrzuceniu. Zatem zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej przesądza o tym, że zamawiający ustalił, że oferty wykonawców zaproszonych do aukcji nie podlegają odrzuceniu. Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że przesłanie zaproszenia do udziału w aukcji jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert złożonych w prowadzonym postępowaniu. Tym samym od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty.

Izba potwierdza, że zamawiający zapraszając wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej nie informuje ich o innych zaproszonych wykonawcach. Przepis art. 91b ust. 2 ustawy Pzp, określający dane, które powinny znaleźć się w zaproszeniu, nie wskazuje na konieczność informowania o tym, którzy wykonawcy zostali również zaproszeni do udziału w aukcji. Jednak wskazać należy, że fakt wystosowania do wykonawcy zaproszenia jest jednocześnie informacją dla niego o tym, że zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert i że pozytywnie zweryfikował co najmniej trzy oferty. Istotnym jest, że informacja o tym, którzy wykonawcy zostali zakwalifikowani do wzięcia udziału w aukcji zawarta jest w dokumentacji postępowania, która jest jawna dla wykonawców i każdy z nich uprawniony jest do względu do niej w celu uzyskania wiedzy na temat pozostałych zaproszonych wykonawców.

W dokumentacji dostarczonej Krajowej Izbie Odwoławczej przez zamawiającego znajduje się jawny protokół postępowania ZP-PN. W toku posiedzenia Izby z udziałem stron przedłożono Izbie zaproszenia wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, do udziału w aukcji. Zatem wykonawcy mogli – przy zachowaniu należytej staranności – powziąć wiadomość o tym, którzy wykonawcy zostali zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej.

W rozpoznawanej sprawie należy również zwrócić uwagę na fakt, że zaproszeniu do aukcji przesłanym odwołującemu znajduje się informacja, że jego oferta została sklasyfikowana na 4 pozycji. Zestawiając powyższy fakt z informacją, że w omawianym postępowaniu złożono 4 ofert z łatwością można stwierdzić, że wszystkie oferty wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zostały uznane przez zamawiającego za prawidłowe.

W ocenie Izby czynność zakwalifikowania wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp. 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. Ponieważ zaproszenie do udziału w aukcji wykonawcy otrzymali w dniu 27 lutego 2013 roku, termin na wniesienie środka odwoławczego w zakresie zaniechania odrzucenia ofert wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji upływał się w dniu 9 marca 2013 roku. Wniesienie odwołania w dniu 22 kwietnia 2013 roku – jak to miało miejsce w rozpoznawanym przypadku – należy uznać za dokonane z naruszeniem terminu do jego wniesienia.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: