

POSTANOWIENIE
z dnia 1 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 1 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Advatech Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz VOL Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji w Warszawie**

przy udziale:

- wykonawcy: **Andra Sp. z o.o. w Warszawie** oraz
- wykonawcy: **Qumak – Sekom S.A. w Warszawie**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Advatech Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz VOL Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Advatech Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz VOL Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu** 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. Nr 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Zaprojektowanie, dostawa, konfiguracja oraz wdrożenie infrastruktury teleinformatycznej centrum zapasowego oraz podstawowego dla wybranych systemów teleinformatycznych*” zostało wszczęte przez Komendę Główną Policji w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 141-234110) w dniu 26 lipca 2011 r.

W dniu 17 listopada 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w formie pisemnej w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Advatech Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz VOL Sp. z o.o. Sp. k. w Poznaniu, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

W dniu 21 listopada 2011 r. wykonawca: Andra Sp. z o.o. w Warszawie oraz wykonawca Qumak – Sekom S.A. w Warszawie doręczyli Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Rozpoznawane przez Izbę w niniejszej sprawie odwołanie oparte zostało w głównej mierze na zarzucie zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Andra Sp. z o.o. oraz Qumak – Sekom S.A., z uwagi na niezgodność ich treści z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), co stanowić miało naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Niejako rezultatem tegoż naruszenia, było w ocenie Odwołującego, zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty powinny zostać odrzucone (naruszenie art. 91b ust. 1 ustawy Pzp), przeprowadzenie tejże aukcji bez prawidłowej oceny ofert (naruszenie art. 91a ust. 1 ustawy Pzp), wreszcie dokonanie wyboru oferty, która podlega odrzuceniu (naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp), a tym samym nie wyczerpującej ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej (naruszenie art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp).

Jak ustalił skład orzekający na tak samo sformułowanych zarzutach oparte było odwołanie wniesione w dniu 14 października 2011 r. przez tego samego Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2218/11. Co istotne oba odwołania, tak obecnie rozpoznawane, jak i tu przywoływane, zostały wniesione wobec tych samych czynności Zamawiającego, tj. zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców Andra Sp. z o.o. oraz Qumak

– Sekom S.A. (zaproszenia przesłano wykonawcom w dniu 5 października 2011 r) oraz wobec wyboru oferty złożonej przez Andra Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej (informację o tym fakcie przesłano wykonawcom w dniu 13 października 2011 r.). Analiza zarzutów podnoszonych w każdym z tych dwóch odwołań, pozwala stwierdzić, iż w przywołanym powyżej zakresie, Odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 2218/11. Fakt, iż w obecnie rozpoznawanym odwołaniu, powołuje się on na informacje, które uzyskał po odtajnieniu dwóch stron z każdej z dwóch ofert, nie może wpłynąć na tę ocenę. Analiza uzasadnień obu odwołań i przytoczonej w nich argumentacji, pozwala stwierdzić, w ocenie Izby, iż zarzuty, podnoszone w powołanym wyżej zakresie, są tożsame i oparte *de facto* na tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych. Tytułem przykładu wskazać należy, iż nie może być uznany za oparcie zarzutu na innych okolicznościach fakt przywołania w uzasadnieniu zaczerpniętego z ujawnionych stron oferty pełnego symbolu modelu biblioteki taśmowej (zarzut odnoszący się do wymagania W-56), podczas gdy w pierwszym odwołaniu został przywołany ten sam symbol w okrojonym zakresie (HP ESL G3 100 Base Module Tape Library w obecnie rozpoznawanym odwołaniu, przy przywołaniu jedynie HP ESL G3 w odwołaniu z dnia 14 października 2011 r.). Szczególnie wobec faktu, iż okoliczność ta, zdaniem Izby, nie wpływa na treść uzasadnienia sformułowania tak postawionego zarzutu, które w obu przypadkach oparte zostało na tych samych danych wyjściowych i tych samych wyliczeniach. Podkreślić należy, iż w orzeczeniu wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2218/11 Izba stwierdziła, iż nie potwierdziły się zarzuty niezgodności ofert złożonych przez wykonawców Andra Sp. z o.o. oraz Qumak – Sekom S.A. z treścią SIWZ. Tak z uzasadnienia tegoż orzeczenia, jak i akt sprawy, a w szczególności protokołu rozprawy, wynika, iż były przedmiotem rozpoznania przez Izbę wszystkie te okoliczności, które obecnie podnosi Odwołujący. Nie można uznać w tym miejscu za zasadne twierdzenia Odwołującego, iż skoro Izba nie ustosunkowała się w orzeczeniu wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2206/11, KIO 2217/11, KIO 2218/11 w sposób wyraźny do wszystkich okoliczności faktycznych przez niego podnoszonych, to nie rozpoznała ona tym samym odwołania w tym zakresie, a zatem okoliczności podnoszone w związku z tymi zarzutami nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę przy wydawaniu wyroku z dnia 27 października 2011 r. Skoro Izba orzeka w granicach zarzutów podnoszonych w odwołaniu, oczywistym zatem jest, że jeśli uznała, iż oferty złożone przez wykonawców Andra Sp. z o.o. oraz Qumak – Sekom S.A. nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nawet jeśli nie wyartykułowała tego wprost, uznać należy, że uwzględniła przy wydawaniu tegoż orzeczenia wszystkie okoliczności podnoszone przez Odwołującego. Co istotne Odwołujący podniósł takie zastrzeżenia co do sposobu rozstrzygnięcia przez Izbę dopiero w toku posiedzenia Izby

z udziałem stron w niniejszej sprawie. Nie skorzystał on wcześniej z przysługującego mu prawa skargi do sądu okręgowego wobec orzeczenia, które uważał za niewyczerpująco odnoszące się do podnoszonych przez niego w odwołaniu zarzutów. W świetle przepisów ustawy Pzp właśnie złożenie skargi do sądu jest właściwą drogą do uchylecia orzeczenia, z którym strona się nie zgadza. Izba zaś nie jest władna, na obecnym etapie postępowania, rozstrzygać o słuszności orzeczenia wydanego przez Izbę w innym składzie w tym samym postępowaniu. Skład orzekający był zobowiązany przyjąć, iż wszystkie zarzuty podnoszone w odwołaniu z dnia 14 października 2011 r. zostały przez Izbę rozstrzygnięte na mocy wyroku z dnia 27 października 2011 r. W uzasadnieniu powołanego orzeczenia Izba jednoznacznie stwierdza, iż oddaliła zarzut dotyczący niezgodności ofert złożonych przez wykonawców Andra Sp. z o.o. oraz Qumak – Sekom S.A. z treścią SIWZ. Wobec powyższego, skład orzekający w niniejszej sprawie był zobowiązany uznać, iż Izba orzekając w sprawie odwołania KIO 2218/11 rozstrzygnęła przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności podnoszonych przez Odwołującego, a także na podstawie ustaleń dokonanych w oparciu o pełną dokumentację postępowania, w tym dokumenty, które nie zostały pierwotnie udostępnione Odwołującemu.

Analogicznie, jako będący przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania KIO 2218/11, Izba uznała zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Andra Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę. Co istotne w obecnie rozpoznawanym odwołaniu Odwołujący ograniczył się zakresie tegoż zarzutu jedynie do samego stwierdzenia, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez powołanego wykonawcę. Jednocześnie w toku posiedzenia Izby z udziałem stron oświadczył, iż całe odwołanie odnosi się do czynności, o których przesłano mu informację w dniach 5 i 13 października 2011 r. W ocenie Izby zarzut ten został oparty zatem na tych samych okolicznościach, na których oparte było odwołanie wniesione w dniu 14 października 2011 r. Przyjęcie takiego stanowiska jest możliwe mimo braku wyraźnego przywołania w treści uzasadnienia pierwszego z wniesionych przez Odwołującego odwołań art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Stwierdza on na stronie 13 uzasadnienia tegoż odwołania, że oferta wykonawcy Andra Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona, zaś teza ta została sformułowana w kontekście zarzucanej tejże ofercie ceny rażąco niskiej. Nie jest bowiem konieczne przywołanie przez Wykonawcę w sposób wyraźny przepisu ustawy Pzp – odwołanie się do konkretnej jednostki redakcyjnej, aby można było uznać, iż podnosi on zarzut jego naruszenia. Wystarczającym jest, że odwoła się on w sposób wystarczająco precyzyjny do treści takiego przepisu, aby przyjąć, że zarzuca on jego naruszenie Zamawiającemu. Tak też Izba oceniła powołany w tym miejscu zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Andra Sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż zawiera ona cenę rażąco niską.

Szczególnie wobec lakonicznego stanowiska w tej sprawie zawartego w odwołaniu z dnia 17 listopada 2011 r., pozwala to uznać Izbie tożsamość okoliczności, na które powoływał się Odwołujący w każdym z dwóch odwołań.

Odwołanie, które byłoby oparte wyłącznie na powyżej omówionych podstawach podlegałoby odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga fakt, iż odwołanie w pełnym, powyżej omówionym, zakresie, jak też w odniesieniu do ostatniego z zarzutów podniesionych w odwołaniu, tj. zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawców Andra Sp. z o.o. oraz Qumak – Sekom S.A. z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (z uwagi na fakt, iż podali oni w treści swej oferty informacje nieprawdziwe mogące mieć wpływ na wynik postępowania) uznać należy za spóźnione. Wszystkie przywołane tu zarzuty zostały podniesione, jak to już wskazano, wobec czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców Andra Sp. z o.o. oraz Qumak – Sekom S.A. oraz wobec wyboru oferty złożonej przez Andra Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej. Przyznał to sam Odwołujący w toku posiedzenia Izby z udziałem stron. Informację o dokonaniu powołanych czynności przesłane zostały za pośrednictwem faksu odpowiednio w dniu 5 października 2011 r. oraz 13 października 2011 r. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1) odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Tym samym ostatni termin na wniesienie odwołania wobec powołanych czynności upływał w dniu 24 października 2011 r. (23 października to niedziela). Dlatego odwołanie wniesione w dniu 17 listopada 2011 r. wobec tych właśnie czynności uznać należy za wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, a tym samym odwołanie oparte na takich właśnie podstawach podlegało odrzuceniu zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. W ocenie Izby, z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia, w którym odwołanie zostało wniesione, Odwołujący, zarzuty sformułowane w powyższym zakresie, byłby w stanie podnieść także bez dostępu do odtajnionych stron obu ofert, jedynie w oparciu o treść załącznika nr 1 do SIWZ. Zdaje się to potwierdzać ustalona przez Izbę tożsamość zarzutów, jak i okoliczności przytoczonych w każdym z odwołań wniesionych przez Odwołującego na potwierdzenie ich zasadności. Także zarzut podania nieprawdziwych informacji oparty został na twierdzeniach zawartych w pierwszym z odwołań (wyliczona przez Odwołującego wielkość nacisku na metr kwadratowy biblioteki) – w tym przypadku Odwołujący podnosił jedynie, iż informacje zawarte w pkt W-56 nie dość, że nie potwierdzają spełniania wymagań Zamawiającego, to jeszcze są informacjami nieprawdziwymi.

Zdaniem składu orzekającego, Odwołujący powoływał się na fakt zapoznania się z ujawnionymi mu dokumentami złożonymi przez wykonawców Andra Sp. z o.o. oraz Qumak – Sekom S.A. jedynie celem usiłowania zapewnienia sobie przywrócenia terminu na wniesienie odwołania wobec raz już skarżonych czynności. Izba ustaliła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający nie podejmował nowych czynności po wydaniu przez Izbę wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2218/11, za wyjątkiem ujawnienia dwóch stron z każdej z ofert złożonych przez wykonawców: Andra Sp. z o.o. oraz Qumak – Sekom S.A. Tym samym brak podstaw, aby uznać, iż w sprawie pojawiły się nowe okoliczności, pozwalające przyjąć, iż odwołanie zostało wniesione w terminie. Sam fakt uzyskania przez Odwołującego dostępu do odtajnionych wyrokiem Izby stron z ofert złożonych przez obu powołanych wykonawców nie może być traktowany jako przesłanka do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania. W interesie Odwołującego było dążenie do zapoznania się z pełną treścią każdej z konkurencyjnych w tym postępowaniu dla niego ofert w jak najkrótszym okresie czasu po terminie otwarcia ofert, tak aby mógł on w pełnym zakresie kwestionować ich prawidłowość celem zabezpieczenia własnych interesów. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej (wywodzona z art. 189 ust. 2 pkt 4) i 5) ustawy Pzp) wymaga od wykonawców przedstawienia wszystkich zarzutów podnoszonych w odniesieniu do tych samych dokumentów lub oświadczeń przed upływem terminu na wniesienie odwołania wobec konkretnej czynności Zamawiającego. Pominięcie jakiegokolwiek zarzutu przez Wykonawcę, a następnie próba wniesienia kolejnego odwołania w terminie późniejszym, aniżeli określony przepisami art. 182, uznać należy za spóźnione. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się od czynności Zamawiającego, albo też od zaniechania wykonania tej czynności. Data przesłania informacji o podjęciu przez Zamawiającego kwestionowanych w obecnie rozpoznawanym odwołaniu czynności nie budzi wątpliwości. Sam fakt ujawnienia w terminie późniejszym informacji objętych pierwotnie zastrzeżeniem tajemnicy nie może, w ocenie Izby, oddziaływać na ustalenie terminu przesłania informacji o czynnościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, czy też, co równie istotne, na ustalenie terminu na wniesienie odwołania wobec czynności, które nie były, po poinformowaniu wykonawców o ich dokonaniu, modyfikowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Zaznaczyć w tym miejscu jedynie należy, iż przepis art. 182 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie stanowi, iż określa on zasady liczenia terminu na wniesienie odwołania dla czynności innych, niż wymienione w ust. 1 i 2 tegoż artykułu. Tym samym nie można uznać, iż może on mieć zastosowanie do ustalenia terminu na wniesienie odwołania wobec czynności, o których informacja została przesłana wykonawcom (zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej czy też informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej), dlatego też nie można wobec nich wykluczyć zastosowania art. 182 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, zastosowany

przez ustawodawcę podział na czynności, o których mowa w art. 182 ust. 1 i 2, oraz na inne, do których odnosi się ustęp trzeci tegoż artykułu, ma charakter dychotomiczny. Stąd też nie można przyjmować, że odwołanie odnoszące się do czynności, o której informację Zamawiający przysłała wykonawcom, można, po upływie terminu ustanowionego w art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, następnie wnieść w terminie ustalonym na podstawie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

W ocenie Izby odwołanie nie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, iż zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Wniosek taki zgłaszali obaj Przystępujący, przy czym nie poparł go Zamawiający. Skład orzekający nie rozstrzygał, czy wnioski Przystępujących uznać należało na czynność sprzeczną z czynnościami i oświadczeniami Zamawiającego zgodnie z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp, o co wnosili Odwołujący. Z uwagi na fakt, iż przesłanki odrzucenia odwołania rozpoznawane są przez Izbę z urzędu, Izba uznała tę okoliczność za nieistotną dla rozstrzygnięcia i pozostawiła wniosek Odwołującego bez rozpoznania. W ocenie Izby nie było podstaw, aby uznać, że osoba, która podpisała odwołanie, nie była uprawniona do dokonania tego w imieniu konsorcjum dwóch Wykonawców. Do odwołania zostało załączone pełnomocnictwo z dnia 20 sierpnia 2011 r. upoważniające lidera (Advatech Sp. z o.o.) do udzielania dalszych pełnomocnictw, oraz kolejne udzielone w dniu 24 października 2011r. przez lidera osobie, która podpisała odwołanie. W ocenie Izby pozwala to stwierdzić, iż odwołanie zostało wniesione w imieniu Odwołującego, a tym samym przez podmiot uprawniony. Nie było zatem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

W oparciu o § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 oraz § 5 ust. 3 i 4 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: