

POSTANOWIENIE

z dnia 7 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki
Izabela Niedziałek

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 7 marca 2008 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o.

ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

**Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Czerniakowska 16,
00-701 Warszawa**

protestu z dnia 11 lutego 2008 r.

przy udziale **ATM S.A. ul. Grochowska 21a, 04-18 Warszawa** zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się

oraz **Qumak – Sekom S.A. ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa**

po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

KIO/UZP 162/08 1 z 10

2. kosztami postępowania obciąża Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości
4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero
groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Biuro Informatyczno-
Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset
złotych zero groszy) przez Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT
Sp. z o.o. ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków na rzecz Zakładu
Ubezpieczeń Społecznych ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów
zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: zero złotych zero groszy)
przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek
dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy
dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów
własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Biura
Informatyczno-Wdrożeniowego KONCEPT Sp. z o.o. ul. Raclawicka 56,
30-017 Kraków.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę
serwerów aplikacyjno-bazodanowych w Oddziałach i Centrali ZUS wraz
z systemami pamięci masowych i oprogramowaniem systemowo-
narzędziowym (numer referencyjny TZ/370/09/07), którego dotyczy złożone

odwołanie, 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). Postępowanie to jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 6 kwietnia 2007 r. pod numerem 2007/S 68-083115. Wartość

KIO/UZP 162/08 2 z 10

zamówienia wynosi 42.273.370,00 zł, tj. 9.636.054,25 euro. Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił 21 grudnia 2007 r.

5 lutego 2008 r. odbyło się posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO/UZP 29/08, KIO/UZP 34/08, KIO/UZP 41/08, KIO/UZP 48/08, KIO/UZP 51/08) w sprawie odwołań wniesionych przez „ATM” S.A., WASKO S.A., ComArch S.A., Biuro Informatyczno –Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o., ABG SPIN S.A. przy udziale m.in. Qumak-Sekom S.A. jako przystępującego po stronie Zamawiającego.

11 lutego 2008 r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego protest na czynności Zamawiającego polegające na: zaniechaniu niezwłoczności i jednoczesności przekazania wszystkim wykonawcom wezwania do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, ograniczeniu dostępu wykonawców do informacji związanych z postępowaniem, podjęciu czynności zbędnej po dokonaniu wyborze najkorzystniejszej oferty (powołanie biegłego), prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu, a w konsekwencji obarczenia postępowania wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy – zaniechaniu unieważnienia postępowania przetargowego. Zdaniem Odwołującego narusza to przepisy art. 181 ust. 3, art. 8 ust. 1 i 2, art. 21 ust. 4, art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł, iż 5 lutego 2008 r., na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą powziął następujące informacje:

1. Zamawiający w trakcie postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z 28 grudnia 2007 r. nie wykonał tożsamyh czynności wobec wszystkich wykonawców jednocześnie, czym nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku, o którym mowa w art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. część wykonawców zawiadomił 31 grudnia 2007 r., a część 4 stycznia 2008 r., co spowodowało, iż wykonawcy mieli różne terminy na przystąpienie do protestu,

KIO/UZP 162/08 3 z 10

2. Zamawiający nie udostępnił wykonawcom pełnej opinii biegłego z 26 listopada 2007 r., ponieważ nie udostępnił im jej uzupełnienia 4 lutego 2008 r., tzn. przekazał je na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2008 r. Informację taką natomiast otrzymał Qumak – Sekom S.A. Tym samym Zamawiający ograniczył wykonawcom dostęp do informacji związanych z postępowaniem, czym naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 2 i art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym już po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej podejmował działania i czynności związane w sposób bezpośredni z wyborem tej oferty, w tym dla uzasadnienia i usprawiedliwienia błędnego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie udostępnił opinii z 1 i 4 lutego 2008 r. wraz z protokołem postępowania sporządzonym po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż taka czynność była niemożliwa wobec faktu ich sporządzenia po dacie wyboru oferty i sporządzeniu protokołu – tym samym Zamawiający naruszył art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ograniczając w sposób niedozwolony prawa wykonawców wynikające z art. 179 i 180 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Zamawiający powołał biegłego po 21 grudnia 2007 r., czyli po rozstrzygnięciu postępowania. Opinia ta, z 1 lutego 2008 r., została udostępniona odwołującym na posiedzeniu 5 lutego 2008 r., w związku z czym Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 21 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – ponieważ dokonał tej czynności już po uznaniu oferty Qumak – Sekom S.A. za najkorzystniejszą, a więc po rozstrzygnięciu postępowania na tym etapie. Takim działaniem Zamawiający naruszył art. 21 ust. 4, w myśl którego Zamawiający może powołać biegłego dla dokonania czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania. Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż opinia ta obejmuje swoim zakresem uwagi i zastrzeżenia co do ustaleń zapisów zawartych w opinii z 26 listopada 2007 r., która wskazywała, iż oferta Qumak – Sekom S.A. podlega odrzuceniu. Tak samo uzupełnienie (modyfikacja) opinii z 26 listopada 2007 r. dokonane 4 lutego 2008 r. nastąpiło na żądanie Zamawiającego, będącego płatnikiem i zleceniodawcą tej opinii, co może wskazywać na naruszenie art. 7 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

KIO/UZP 162/08 4 z 10

4. Zamawiający przed datą posiedzenia z 5 lutego 2008 r. udostępnił opinie z 1 i 4 lutego 2008 r. wyłącznie Qumak – Sekom S.A., co utwierdza Odwołującego w domniemaniu naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym odwołujący zażądał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako czynności zaniechanej przez Zamawiającego wobec faktu, iż postępowanie obciążone jest wadą, a wybór oferty nastąpił z rażącym naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, 15 lutego 2008 r., odrzucił protest na podstawie art. 183 ust. 2 w związku z art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony, który nie posiada interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, bowiem jego oferta została prawomocnie odrzucona.

20 lutego 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując w nim zarzuty zawarte w proteście i żądając unieważnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu protestu oraz unieważnienia z urzędu postępowania, na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdza też, iż wobec niewykonania czynności lub wykonania ich po określonym ustawą terminie, niemożliwe stało się powtórzenie tych czynności, przez co postępowanie obciążone jest wadą, która nie może zostać usunięta, co potwierdza konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wyniku naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych mających na celu wybór oferty Qumak – Sekom S.A. Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, a Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. Odwołujący uważa też, iż, wbrew rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego, jest nadal wykonawcą, a więc podmiotem uprawnionym do składania protestów.

KIO/UZP 162/08 5 z 10

29 lutego 2008 r. po stronie Odwołującego przyłączyła się ATM S.A. w zakresie żądania unieważnienia postępowania lub ewentualnie, ze względu na zarzut naruszenia art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonania ponownej oceny ofert.

5 marca 2008 r. po stronie Zamawiającego przyłączył się Qumak –

Sekom S.A. stwierdzając, iż wniesione odwołanie nie ma na celu ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a jedynie uniemożliwienie Zamawiającemu zawarcia umowy.

Skład orzekający lzby ustalił i zważył co następuje. Odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 96 ust. 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, do którego załącza się oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowę. Protokół wraz z załącznikami jest jawny, a załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po upływie terminu ich składania. Ten obowiązek został nałożony na Zamawiającego także, a nawet głównie po to, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli dostęp do informacji o czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego w trakcie tego postępowania. Natomiast wyłączenie od wykonawców zależy, czy będą oni z tego uprawnienia korzystali.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający taki protokół prowadził załączając do niego dokumenty wymagane ustawą Prawo zamówień publicznych. Jak Strony zgodnie przyznały w trakcie rozprawy, Zamawiający

KIO/UZP 162/08 6 z 10

nie odmawiał wykonawcom dostępu do informacji zawartych w tym protokole a dotyczących swoich czynności i posiadanych dokumentów.

W stosunku do zarzutu, zaniechania niezwłoczności i jednoczesności przekazania wszystkim wykonawcom wezwania do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu – skład orzekający lzby stwierdza, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako wniesione po terminie. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Z kolei art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi o tym, że wpłynięcie protestu jest zdarzeniem objętym jawnością rozszerzoną, tzn. zamawiający jest zobowiązany poinformować o nim wykonawców „z urzędu”. Natomiast czynność wezwania wykonawców do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu jest objęta jawnością zwykłą, tj. informację tę udostępnia się wykonawcom (lub innym podmiotom) na ich wniosek – wymagana jest tu więc inicjatywa wykonawcy (podmiotu zainteresowanego).

Czynność Zamawiającego przekazania wykonawcom wezwania do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu została dokonana, według Odwołującego, 31 grudnia 2007 r. i 4 stycznia 2008 r., a wezwania te zostały dołączone do protokołu postępowania. W związku z powyższym od tej chwili biegnie termin, w którym Odwołujący mógł powziąć o tej czynności wiadomość.

Za stwierdzeniem, iż Odwołujący mógł podjąć taka wiadomość przemawia także fakt, iż czynność wezwania wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu nie jest czynnością dokonaną przez Zamawiającego niespodziewanie i z własnej inicjatywy, której Odwołujący nie mógł przewidzieć, lecz czynnością, do której zobowiązują go przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych

(art. 181 ust. 3), więc czynnością, której Odwołujący mógł się domyślać ze względu na zwykły tok działań zamawiających w takich wypadkach.

KIO/UZP 162/08 7 z 10

Można nawet stwierdzić, iż de facto został on o tej czynności poinformowany - otrzymując od Zamawiającego wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, wiedział lub powinien był wiedzieć, że Zamawiający dokonał lub powinien był dokonać tego wezwania również w stosunku do innych wykonawców.

Stwierdzenie Odwołującego, iż nie był zainteresowany przeglądaniem protokołu postępowania, nie stanowi podstawy stwierdzenia, iż nie mógł się z tą czynnością Zamawiającego zapoznać, zwłaszcza wobec przyznania przez Odwołującego, iż Zamawiający nie utrudniał mu zapoznania się z dokumentacją postępowania.

W stosunku do zarzutu ograniczenia dostępu wykonawcom do informacji związanych z postępowaniem przez to, iż Zamawiający nie udostępnił wykonawcom wymienionych powyżej opinii, a informację udostępnił Qumak – Sekom S.A. oraz powołał biegłego do sporządzenia opinii już po wyborze oferty najkorzystniejszej – skład orzekający łbzy stwierdza, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ w tej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. sprawa ta nie może być przedmiotem protestu opisanego w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych protest wnosi się wobec czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy.

Czynność wystąpienia przez Zamawiającego o opinię nie jest czynnością objętą przez ustawę Prawo zamówień publicznych jawnością rozszerzoną, więc Zamawiający nie miał obowiązku o niej informować wykonawców „z urzędu”. Nie można więc zarzucić Zamawiającemu zaniechania do był Natomiast, jak czynności, której zobowiązany. stwierdzono powyżej, informacja o czynności lub fakcie objętym jawnością zwykłą wymaga wyrażenia chęci jej uzyskania przez zainteresowanego. Odwołujący nie zwracał się do Zamawiającego o udzielenie mu informacji

KIO/UZP 162/08 8 z 10

w tym zakresie, więc nie można również zarzucić Zamawiającemu zaniechania jakiegokolwiek czynności.

Trudno tym bardziej zarzucać Zamawiającemu, że inny wykonawca uzyskał jawną informację, skoro Zamawiający nie ma prawa mu takiej informacji odmówić.

Kolejną okolicznością, wynikającą z przepisu art. 180 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych powodującą niedopuszczalność protestu jest to, iż protest nie przysługuje na treść opinii biegłego, która jest przedstawionym zamawiającemu poglądem lub wyrazem stanu wiedzy osoby trzeciej, a nie czynnością ani zaniechaniem zamawiającego.

Poza tym, jak wynika z okoliczności sprawy i twierdzenia Zamawiającego, przedmiotowe opinie zostały sporządzone 1 i 4 lutego 2008 r. na użytek postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, które miało się odbyć 5 lutego 2008 r. – jako dowód na poparcie stwierdzeń strony „zamawiającej”, w którym Odwołujący był stroną odwołującą się, a Qumak – Sekom S.A. przystępującym po stronie Zamawiającego.

Nie była to więc okoliczność, która została dokonana „w toku postępowania” (o udzielenie zamówienia publicznego), o którym mowa w art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz czynność w trakcie postępowania

odwoławczego (a więc de facto procesową), o której mowa w art. 188 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tymi przepisami strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, a dowodami tymi mogą być m.in. opinie biegłych. Dowody te są oceniane przez Krajową Izbę Odwoławczą (i ewentualnie sąd), które nie działają w interesie żadnej ze stron.

Ze sposobu prowadzenia sporów przed Krajową Izbą Odwoławczą wynika też naturalny fakt, że strony mające wspólny interes w rozstrzygnięciu odwołania na swoją korzyść mogą uzgadniać i informować się o swoich stanowiskach, dowodach itd., a oponenti dowiadują się o nich na posiedzeniu lub rozprawie. Poza tym Odwołujący, jak sam przyznał, nie wie, kiedy Qumak – Sekom S.A. uzyskał przedmiotowe opinie od Zamawiającego, a sam je uzyskał na posiedzeniu 5 lutego 2008 r.

KIO/UZP 162/08 9 z 10

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

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

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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

KIO/UZP 162/08 10 z 10