

POSTANOWENIE
z dnia 23 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek - Bujak
Członkowie: Aneta Młacka
Marzena Teresa Ordysińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 11 lutego 2011 r. wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – konsorcjum firm: WebTradeCenter Sp. z o.o., 05-077 Warszawa, ul. Trakt Brzeski 89, Zakręt oraz Consortia Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 78** na czynność zamawiającego **Województwa Mazowieckiego w Warszawie, ul. Jagiellońska 26**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Maxto Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. J., 31-421 Kraków, ul. Reduta 5 oraz Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – konsorcjum firm: WebTradeCenter Sp. z o.o., 05-077 Warszawa, ul. Trakt Brzeski 89, Zakręt oraz Consortia Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 78** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – konsorcjum firm: WebTradeCenter Sp. z o.o., 05-077 Warszawa, ul. Trakt Brzeski 89, Zakręt oraz Consortia Sp. z o.o., 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 78,**

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

2

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez zamawiającego – Samorząd Województwa Mazowieckiego na *dostawę sprzętu komputerowego i systemów operacyjnych na potrzeby realizacji projektów EA i BW* (znak sprawy: GW1/335-9/10), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 81-121349 w dniu 27 kwietnia 2011 r., wobec czynności oceny oferty złożonej przez konsorcjum firm: MAXTO

Marcin Staniewski Tomasz Wojewoda Sp. j. i Asseco Systems S.A. (dalej zwani konsorcjum MAXTO) oraz oferty konsorcjum: Kolporter Info S.A. i MAKRONET Sp. z o.o. (dalej zwani konsorcjum KOLPORTER), w dniu 11 lutego 2011 r. wniesione zostało do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie uczestnika postępowania konsorcjum firm: WebTradeCenter Sp. z o.o. i Consortia Sp. z o.o. (sygn. akt KIO/295/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 11 lutego 2011 r. Informację o podstawie do wniesienia odwołania, odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wyborze oferty konsorcjum: Kolporter Info S.A. i MAKRONET Sp. z o.o. przekazanego wykonawcom w dniu 1 lutego 2011 r.

W odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu dokonanie czynności z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynikające z zaniechanie uznania konsorcjum MAXTO za wykluczone z postępowania i niezaproszone do złożenia oferty, prowadzące do naruszenia art. 51 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy. Odwołujący uznał za naruszające art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów przez konsorcjum KOLPORTER dotyczących pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swojego potencjału oraz dokumentów podmiotowych tego podmiotu. Z ostrożności procesowej, w razie uznania, że konsorcjum MAXTO nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w takim zakresie, aby otrzymać ocenę ich spełniania skutkującą zaproszeniem do składania ofert, odwołujący podniósł zarzut zaniechania wezwania konsorcjum MAXTO do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie, prowadzące do naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, uznania konsorcjum MAXTO za wykluczone z postępowania i niezaproszone do składania ofert lub ewentualnie wezwanie do uzupełnienia dokumentów, odrzucenie oferty konsorcjum MAXTO, wezwanie do uzupełnienia dokumentów przez konsorcjum KOLPORTER i dokonanie ponownego badania ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

3

Odwołujący wskazując na czynność zamawiającego, z której powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, powołał się na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 1 lutego 2011 r. Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą oceny wniosków złożonych przez dwóch wykonawców, tj. konsorcjum MAXTO oraz konsorcjum KOLPORTER. Odwołujący wskazywał na okoliczność dotyczącą późniejszego, tj. dokonanego po zakończonej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, cofnięcia zobowiązania podmiotu trzeciego firmy NTT SYSTEM do udostępnienia potencjału, które stanowiło podstawę potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przez konsorcjum MAXTO. Zdaniem odwołującego, zamawiający był zobowiązany na całym etapie postępowania badać czy podmiot spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wystąpienie po zakończonym etapie postępowania związanego z oceną wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu okoliczności, które powodują, że dany wykonawca przestał spełniać warunki udziału w postępowaniu, zobowiązuje zamawiającego do jego wykluczenia z postępowania. Ponieważ konsorcjum MAXTO bez doświadczenia podmiotu trzeciego nie spełniałoby warunku w takim zakresie, aby otrzymać ocenę ich spełniania, miało ono znaczenie dla zaproszenia do złożenia oferty. Dopiero na podstawie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołujący uzyskał informację, iż zamawiający nie podjął żadnych kroków i nie wykluczył z postępowania konsorcjum MAXTO.

Odwołujący wskazując na nieprawidłowości dotyczące oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum KOLPORTER, podniósł, iż pisemne zobowiązania podmiotów trzecich, tj. firmy LUMENA S.A i FUJITSU Technology Solutions Sp. z o.o. zostały załączone w kserokopiach potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez przedstawiciela konsorcjum KOLPORTER, podobnie jak dokumenty podmiotowe. Zgodnie z art. 26 ust 2b wykonawca winien przedłożyć oryginał pisemnego zobowiązania, a nie jego kserokopie, dotyczy to również dokumentów podmiotowych podmiotów udostępniających potencjał. W ofercie, jak i we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie ma pełnomocnictwa dla osoby potwierdzającej zgodność kopii z oryginałami, co zdaniem powinno skutkować wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów o oryginał zobowiązania oraz dokumentów podmiotowych potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez osobę upoważnioną lub do złożenia pełnomocnictwa w tym zakresie.

W dniu 16 lutego 2011 r. wniesione zostało do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum MAXTO.

Na posiedzeniu niejawnym, Izba stwierdziła, iż zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl).

4

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania złożonej w postępowaniu odwoławczym wszczętym odwołaniem oznaczonym sygnaturą akt KIO/294/11, Izba ustaliła, iż zamawiający przekazał wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu pismem z dnia 24 czerwca 2010 r., przekazany wykonawcom faksem w dniu 25 czerwca 2010 r. oraz listami poleconymi nadanymi tego samego dnia. Informacja ta wskazywała na pięciu wykonawców, którzy wykazali się dostawami o najwyższej wartości i zostali zaproszeni do złożenia ofert oraz na 17 wykluczonych z postępowania na podstawie art. 51 ust. 2 oraz art. 23 ust. 2 pkt 4 ustawy. W protokole postępowania zamawiający odnotował fakt skierowania w dniu 10 sierpnia 2010 r. zaproszenia do składania ofert i specyfikacji istotnych warunków zamówienia do pięciu wykonawców wskazanych w informacji z dnia 25 czerwca 2010 r. Wobec czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wniesione zostały w dniu 5 lipca 2010 r. dwa odwołania wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu i nie zaproszonych do złożenia ofert. Postępowania odwoławcze zostały zwieńczone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2010 r. oddalającym oba odwołania (sygn. akt KIO/1400/10 i KIO/1401/10). W odwołaniach skierowanych do łącznego rozpoznania, zgłoszono między innymi zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania konsorcjum KOLPORTER oraz konsorcjum MAXTO. W obu odwołaniach wskazywano między innymi na okoliczność korzystania przez wszystkich wykonawców zaproszonych do złożenia ofert z potencjału technicznego i doświadczenia tego samego podmiotu trzeciego, prowadzące do naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy w brzmieniu obowiązującym.

Przy ustaleniu terminu do wniesienia odwołania zastosowanie winien znajdować przepis art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w brzmieniu obowiązującym po wejściu w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778). Zgodnie z przywołanym artykułem, termin do wniesienia odwołania w postępowaniu o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określonej w przepisie wykonawczym, wynosi 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przekazane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób. Ponieważ korespondencja zamawiającego z wykonawcami odbywała się w jednej z form określonych przepisem art. 27 ust. 2, tj. faksem, termin na wniesienia odwołania wynosił 10 dni, liczonych od dnia następnego po dniu, w którym odwołujący otrzymał informację stanowiącą podstawę

5

do wniesienia odwołania. W ocenie Izby, informację o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, odwołujący powziął z zawiadomienia zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przekazane faksem w dniu 25 czerwca 2010 r.

Izba uznała, iż zarzuty dotyczące oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być skutecznie podnoszone w ustawowym terminie liczonym od dnia przekazania wyników tej oceny wykonawcom. W przypadku przetargu ograniczonego, zakończenie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi pierwszy etap tego postępowania. Zakończenie oceny oznacza, iż nawet późniejsze zdarzenia, czy też okoliczności dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu nie mogą zmieniać

wyniku pierwszego etapu postępowania (wątpliwości mogłaby budzić jedynie taka sytuacja, gdyby okazało się, że uprzednia ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu obarczona byłaby błędem, ujawnionym dopiero po zakończonej ocenie, a wynikającym przykładowo z podania nieprawdziwych informacji). Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do zachwiania pewności procedury, gdyż wykonawcy, którzy pozytywnie przeszli weryfikację podmiotową i zostali zaproszeni do złożenia oferty, nie mieliby gwarancji trwałości decyzji zamawiającego. Izba podkreśla, iż procedura dwuetapowa, ze swojej istoty sprowadza się do badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, a jej wyniki, decydują o dalszym biegu postępowania. Ewentualne późniejsze zmiany w sytuacji podmiotowej wykonawców zaproszonych do złożenia oferty nie mają wpływu na prawidłowość wcześniejszej czynności zamawiającego. Przyjęcie przez ustawodawcę takiej formuły postępowania oznacza, iż zakończenie danego etapu postępowania stanowi niejako częściowe postępowanie, od którego wyników wykonawcy mogą się odwoływać w ustawowym terminie. W związku z powyższym, okoliczność wskazywana przez odwołującego i dotycząca późniejszego uchylecia się przez podmiot trzeci od zobowiązania do udostępnienia potencjału konsorcjum MAXTO, nie mogło przywrócić terminu na wniesienie odwołania dotyczącego oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zakończonego oceną zamawiającego uzewnętrznioną w piśmie z dnia 24.06.2010 r. W przypadku zarzutów dotyczących oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum MAXTO i konsorcjum KOLPORTER, termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 5 lipca 2010r. Odwołujący wnosząc odwołanie w dniu 11 lutego 2011 r. uchybił terminowi ustawowemu. W tych okolicznościach również kopia odwołania została przekazana zamawiającemu po upływie terminu do wniesienia odwołania, co wypełnia przesłankę odrzucenia odwołania wskazaną w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy PrZamPubl.

6

W związku z powyższymi ustaleniami, odwołanie podlegało odrzuceniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień Publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis, na podstawie § 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. 3544), mającego zastosowanie do przedmiotowego odwołania, jako wniesionego po wejściu w życie rozporządzenia i dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. (zgodnie z § 7 rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

7