

POSTANOWENIE
z dnia 24 czerwca 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka
Agata Mikołajczyk
Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 24 czerwca 2011r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2011r. przez wykonawcę **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00-175 Warszawa, al. Jana Pawła II 70**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Alternative Technology Sp. z o.o., 04-087 Warszawa, ul. Igańska 24** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **Anny Zagrodzkiej – Maliszewskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą HENWAR Anna Zagrodzka – Maliszewska, 00-312 Warszawa, ul. Dobra 53** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- C. wykonawcy **Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- D. wykonawcy **IT.expert Sp. z o.o., 02-486 Warszawa, al. Jerozolimskie 176** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

1

-
- E. wykonawcy **AGN Polska Sp. z o.o., 04-802 Warszawa, ul. Zbójnogórska 36a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
 - F. wykonawcy **"Hewlett – Packard Polska" Sp. z o.o., 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4** 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:

.....

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na budowę, serwis i rozwój centralnego systemu pamięci masowej, backupu i replikacji danych dla SI ARiMR wraz z usługami serwisu i administrowania w okresie 5 lat. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18.05.2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 95-143780.

Odwołujący 13 czerwca 2011 roku wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu zaniechanie przeprowadzenia czynności wezwania wykonawców do złożenia (uzupełnienia) dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, względnie pełnomocnictw, dokonanie przedwczesnych czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i przeprowadzenia w tym zakresie oceny punktowej, nie uwzględniając w nich skutków czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, zaproszenie wykonawców do dialogu konkurencyjnego na podstawie wyników oceny punktowej, nie uwzględniając skutków wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 14, art. 26 ust. 2b i ust. 3 oraz 60d ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, iż:

Zamawiający w dniu 4 stycznia 2011 roku na podstawie art. 60d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także o podstawach wykluczenia niektórych wykonawców z postępowania, a także o punktacji przyznanej wykonawcom niepodlegającym wykluczeniu.

W dniu 14 stycznia 2011 roku wykonawcy Asseco Poland S.A., AGN Polska sp. z o.o. Betacom S.A., Qumak-Sekom S.A., IT.expert sp. z o.o., Hewlett-Packard Polska sp. z o.o., Consortia sp. z o.o., Comparex Poland S.A. wnieśli odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykluczenia tych wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień

3

publicznych. Wykonawca Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 lutego 2011 roku o sygn. akt KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11 uwzględniła odwołania ww. wykonawców.

W dniu 03 czerwca 2011 roku zamawiający poinformował wykonawców o ponownej czynności badania i oceny ofert.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie posiedzenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwolanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z powyższym artykułem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Termin do wniesienia odwołania został określony w art. 180 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i jest to 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności stanowiącej postawę do jego wniesienia, jeśli wiadomość ta została przekazana faksem lub drogą elektroniczną w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie zachodzą wątpliwości, co do faktu, iż już w dniu 4 stycznia 2011 r. (pismo zamawiającego z datą 3 stycznia 2011 r.) odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość, o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania na

zaniechanie przeprowadzenia czynności wezwania wykonawców do złożenia (uzupełnienia) dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, będące przedmiotem niniejszego odwołania. Już wówczas odwołujący zapoznał się lub mógł zapoznać się z treścią wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym. W tym dniu dotarło także do niego pismo zamawiającego, w którym zamawiający na podstawie art. 60d ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przez wszystkich Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. W tym piśmie zamawiający ocenił sytuację każdego z wykonawców, określając w odniesieniu do każdego z nich, czy spełniają warunki udziału w postępowaniu, czy podlegają wykluczeniu, a także o ilości punktów przyznanych wykonawcom niepodlegającym wykluczeniu. Powyższe niezbiecie świadczy o tym, iż już w dniu 03 stycznia 2011 r. zamawiający dokonał czynności oceny spełnienia warunków

4

udziału w postępowaniu w odniesieniu do każdego z wykonawców. Zatem z chwilą otrzymania ww. pisma (tj. w dniu 04 stycznia 2011 r.) odwołujący winien wieść odwołanie na czynność oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba w szczególności zwraca uwagę na fakt, iż od dnia 4 stycznia 2011 r. rozpoczął bieg termin do wniesienia odwołania wobec wszelkich okoliczności, dotyczących wniosków wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, pod sankcją utraty możliwości podnoszenia tego typu zarzutów na dalszym etapie postępowania. Z chwilą otrzymania przez Odwołującego pisma zamawiającego z dnia 3 stycznia 2011 r., w odniesieniu do odwołującego rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania również w zakresie okoliczności dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie wskazanych przez zamawiającego, ale co do których odwołujący posiadał lub mógł posiadać wiedzę. Odwołujący powinien był podnieść wszelkie okoliczności w zakresie ewentualnych uchybień zamawiającego dotyczących oceny wniosków, w szczególności na wypadek, gdyby ewentualnie w toku postępowania odwoławczego okazało się, iż wskazana przez Zamawiającego w piśmie z dnia 3 stycznia 2011 r. podstawa wykluczenia okazała się bezzasadna. Należy więc zwrócić uwagę na fakt, iż w sytuacji, gdyby okazało się, że podstawa wykluczenia wykonawców wskazana w piśmie z dnia 3 stycznia 2011 r. (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) okazała się bezzasadna, wykonawcy staliby się ponownie pełnoprawnymi uczestnikami postępowania.

Na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż okoliczności, które są podstawą wniesienia odwołania w niniejszym postępowaniu, dotyczące uchybień zamawiającego w zakresie czynności oceny wniosków wykonawców pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, także w zakresie dokumentów znajdujących się we wnioskach wykonawców konkurencyjnych, znane były odwołującemu (i mogły stać się podstawą do wniesienia odwołania) już w chwili otrzymania pierwszej informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przez wszystkich Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. W związku z powyższym dzień 4 stycznia 2011 r. należy uznać jako początkowy przy obliczaniu terminu na wniesienie środka ochrony prawnej. Fakt powtórzenia przez zamawiającego czynności oceny wniosków jest w niniejszym przypadku bez znaczenia, ponieważ okoliczności dotyczące dokumentów zawartych we wnioskach wykonawców i ewentualne podstawy wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia tych dokumentów (będące podstawą niniejszego odwołania) pozostają niezmienione, a informację o nich można było uzyskać po dniu pierwszej informacji w zakresie wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przez wykonawców. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku *Sądu Okręgowego w Warszawie*

5

z 24.04.2006 r., sygn. V Ca 56/06, dotyczący zasady koncentracji środków odwoławczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którym Wykonawca obowiązany jest wskazać w ustawowym terminie na wniesienie protestu wszystkie uchybienia wybranej oferty – skutkujące jej odrzuceniem – pod rygorem utraty prawa do tego w dalszym toku postępowania - art. 180ust. 2 Pzp. Powyższy pogląd został wyrażony przed zmianą przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących środków ochrony prawnej (przed likwidacją środka ochrony prawnej w postaci protestu), jednakże z uwagi na swój uniwersalny wymiar

zachowuje doniosłość także po zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych i może zostać zastosowany również w niniejszej sprawie.

Dla zapewnienia sprawności postępowania – w świetle art. 180 ust. 2 pzp – wykonawca obowiązany jest wskazać w określonym przepisem terminie wszystkie uchybienia wybranej oferty – skutkujące jej odrzuceniem – pod rygorem utraty prawa do tego w dalszym toku postępowania albowiem (...) wskazanie na te uchybienia dopiero po ponownym wyborze tej samej oferty – w świetle art. 180 ust. 2 Pzp należy uznać za spóźnione, przy tym możliwość taka prowadziłaby do nieuzasadnionej przewlekłości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby niezasadne jest twierdzenie odwołującego, jakoby informację o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania powziął w dniu 3 czerwca 2011 r., tj. w dacie otrzymania ponownej informacji o ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W szczególności Izba wzięła pod uwagę fakt, iż odwołujący podstawą swojego odwołania czyni naruszenie przez zamawiającego artykułu 26 ust. 3, art. 26 ust. 2b i 60d ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie przeprowadzenia czynności wezwania wykonawców do złożenia (uzupełnienia) dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, oraz nie uwzględnienie skutków czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów i tym samym dokonanie przedwczesnych czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i przeprowadzenia w tym zakresie oceny punktowej, zaproszenie wykonawców do dialogu konkurencyjnego na podstawie wyników oceny punktowej, nie uwzględniając skutków wezwania do uzupełnienia dokumentów. Powyżej wskazane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności art. 26 ust. 3, dotyczą etapu postępowania związanego z badaniem i oceną ofert/wniosek pod kątem spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Zatem, odwołujący powołuje się na okoliczności w zakresie czynności zamawiającego dotyczącej badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców. Odwołanie dotyczy więc czynności

6

zamawiającego w zakresie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie – jak twierdzi odwołujący – kwestii punktów przyznanych wykonawcom przez zamawiającego. Jak wykazano powyżej, zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu powyższej czynności w dniu 4 stycznia 2011 roku. Odwołujący zatem miał możliwość wniesienia odwołania na czynność zamawiającego w zakresie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu 14 stycznia 2011 roku, tj. w terminie 10 dni zgodnie z artykułem 182 ust. 1 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych. Odwołania wniesione w dniu 3 czerwca 2011 roku należy uznać za spóźnione i jako takie podlega odrzuceniu w trybie art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy odwołanie podlega odrzuceniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

7