

Sygn. akt KIO/UZP 1340/10

POSTANOWIENIE
z dnia 8 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzalff

Członkowie: Justyna Tomkowska
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 8 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1) SYGNITY S.A. (Pełnomocnik); 2) "Projekty Bankowe Polsoft" Sp. z o.o. ; 3) Sygnity Technology Sp. z o.o.; 4) Comparex Poland Sp. z o.o. z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** protestu z dnia 7 czerwca 2010 r.,

przy udziale wykonawcy **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: 1) SYGNITY S.A. (Pełnomocnik); 2) "Projekty Bankowe Polsoft" Sp. z o.o. ; 3) Sygnity Technology Sp. z o.o.; 4) Comparex Poland Sp. z o.o. z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: 1) SYGNITY S.A. (Pełnomocnik); 2) "Projekty Bankowe Polsoft" Sp. z o.o. ; 3) Sygnity Technology Sp. z o.o.; 4) Comparex Poland Sp. z o.o. z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: 1) SYGNITY S.A. (Pełnomocnik); 2) "Projekty Bankowe Polsoft" Sp. z o.o. ; 3) Sygnity Technology Sp. z o.o.; 4) Comparex Poland Sp. z o.o. z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa.**

UZASADNIENIE

Skład orzekający Izby rozpatrując na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołanie złożone przez Konsorcjum firm: 1) SYGNITY S.A. (Pełnomocnik); 2) "Projekty Bankowe Polsoft" Sp. z o.o. ; 3) Sygnity Technology Sp. z o.o.; 4) Comparex Poland Sp. z o.o. z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum SYGNITY*” albo „*Odwołującym*” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na: „*zakup usług Informatycznych w zakresie serwisu, naprawy oraz wsparcia technicznego dla elementów infrastruktury IT wykorzystywanej przez ARiMR oraz usług Informatycznych wsparcia technicznego dla oprogramowania systemowego i narzędziowego wykorzystywanego przez ARiMR*” (nr referencyjny DZP-2611-12/2009), wszczętym ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 200-288201 w dniu 16.10.2009 r. postanowił odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*Pzp*”. Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa zwaną dalej: „*Zamawiającym*” w dniu 26.05.2010 r. skutecznie przekazała Odwołującemu zaproszenie do składania ofert wraz z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „*SIWZ*”.

W ramach ogłoszenia o zamówieniu z dnia 16.10.2009 r. Sekcja II.1.9 Podział na części, Zamawiający zamieścił stwierdzenie: „NIE”. W ramach SIWZ Rozdz. II. Opis części zamówienia Zamawiający wskazał, że dopuszcza składanie ofert częściowych. W ramach

pisma z dnia 27.05.2010 r. dokonał zmiany SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 Pzp korygując treść przywołanego Rozdz. II na następującą: „Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych”.

W dniu 20.11.2009 r. Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu, umieszczając w Sekcji II.1. 5 informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, w zakresie którego zaistnieje konieczność zapewnienia usługi serwisu, naprawy infrastruktury, wsparcia technicznego i aktualizacji oprogramowania systemowego i narzędziowego, wyjaśnił również, że celem usługi serwisu, naprawy oraz technicznego utrzymania sprzętu i urządzeń informatycznych jest zapewnienie sprawnego, bezawaryjnego działania posiadanych i wykorzystywanych elementów infrastruktury IT ARMiR, w tym m.in.: serwerów z oprogramowaniem systemowym, macierzy dyskowych, routerów, przełączników i innych urządzeń sieciowych oraz bibliotek taśmowych, a w konsekwencji zapewnienia ciągłości działania systemu informatycznego ARMiR. Zawarł także listę sprzętu i oprogramowania wymieniając oprogramowanie systemowe, narzędziowe wyprodukowane przez firmę Hewlett-Packard (od poz. 7 i następne – str. 8 do 9 ogłoszenia). W ramach załącznika nr 1 B do SIWZ Zamawiający powtórzył niniejszą listę.

Pismem z dnia 25.02.2010 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, którzy Wykonawcy spełnili warunki udziału w postępowaniu i zostaną zaproszeni osobnym pismem do złożenia ofert. Wśród wymienionych widnieje Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa zwana dalej: „HP Polska Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”.

W dniu 25.05.2010 r. Zamawiający przekazał uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zaproszenie do złożenia ofert wraz z SIWZ. Odwołujący otrzymał zaproszenie wraz z SIWZ w dniu 26.05.2010 r. W dniu 27.05.2010 r. przekazał informacje o zmianie SIWZ.

W dniu 07.06.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 4 Pzp Konsorcjum firm: 1) SYGNITY S.A. (Pełnomocnik); 2) "Projekty Bankowe Polsoft" Sp. z o.o. ; 3) Sygnity Technology Sp. z o.o.; 4) Comparex Poland Sp. z o.o. z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum SYGNITY” złożyło protest na postanowienia SIWZ. Wnosił o zmianę treści SIWZ i dostosowanie jego treści do przepisów Pzp. Wskazał m.in., że Zamawiający specyfikuje we wzorze umowy będącym integralną częścią SIWZ, w załączniku nr 2 pkt II ppkt 6, iż w ramach świadczenia przez Wykonawcę usługi UWT wymaga dostarczania mu aktualizacji posiadanego oprogramowania. Ponadto w pkt I ppkt 18 Zamawiający specyfikuje, iż oczekuje raz na pół roku instalacji najnowszych

rekomendowanych przez producenta sprzętu wersji wbudowanego oprogramowania i sterowników. Producentem i jedynym właścicielem praw autorskich zarówno do aktualnych wersji oprogramowania jak i wbudowanego oprogramowania oraz sterowników jest firma Hewlett Packard Polska, która jest jednocześnie uczestnikiem przedmiotowego postępowania. Nadrzędną zasadą Pzp jest zasada przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawco (art. 7 ust. 1 Pzp). W przedmiotowym postępowaniu zasada ta została drastycznie ograniczona. Zamawiający nie zapewnił zapisu w SIWZ, który zezwalałby wykonawcom na zaoferowanie rozwiązań równoważnych, co stanowi naruszenie Pzp. Ponadto wydaje się, że naruszeniem przez Zamawiającego jest również zaproszenie do udziału w postępowaniu (składania oferty) wykonawcy Hewlett Packard, podczas gdy wykonawcy są zobowiązani do wykupienia w firmie Hewlett Packard licencji wsparcia dla oprogramowania oraz sprzętu w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

W dniu 09.06.2010 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 11.06.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) do postępowania protestacyjnego przystąpił HP Polska Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie protestu w całości. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 17.06.2010 r. faxem, poprzez jego oddalenie w części wskazanej powyżej.

W dniu 28.06.2009 r. (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący na oddalenie protestu w części wniósł odwołanie do UZP podtrzymując zarzuty i wnioski wraz z argumentacją z protestu w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego, tj. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). W ramach argumentacji wskazał wprost na zapisy załącznika nr 1B do SIWZ i rolę jako producenta części zawartego tam przedmiotu zamówienia Przystępującego. Wniósł także o wyodrębnienie części zamówienia w związku, jak wskazał dopuszczeniem takiej możliwości w SIWZ.

W dniu 29.06.2010 r. Zamawiający faxem przekazał HP Polska Sp. z o.o. (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 07.07.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) HP Polska Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania i podtrzymując swoją wcześniejszą argumentację. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu faxem.

Art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki z art. 187 ust. 4 Pzp skutkujące odrzuceniem odwołania, a konkretnie protest został wniesiony z uchybieniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp, tudzież art. 180 ust. 2 zd. 1 Pzp, w wypadku uznania częściowego twierdzeń Odwołującego. Z tego względu Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie na podstawie przywołanego wyżej przepisu.

Sporne między stronami jest po pierwsze, kiedy Odwołujący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu (art. 180 ust. 2 zd. 1 Pzp), po drugie, czy protest dotyczył wyłącznie treści SIWZ i w związku z tym ma zastosowanie art. 180 ust. 4 Pzp, czy też zachowania Zamawiającego, wyrażającego się w zaproszeniu do złożenia oferty Przystępującego, co narusza art. 7 Pzp, zaś informacje będące podstawą protestu znajdowały się już w ogłoszeniu z dnia 20.11.2009 r.

Odwołujący w ramach protestu wskazywał jako jedną z podstawy prawnej art. 180 ust. 4 Pzp, licząc termin do złożenia protestu od dnia otrzymania zaproszenia do składania ofert wraz z SIWZ (żądając m.in. zmiany SIWZ), tj. od dnia 26.05.2010 r., w ocenie Izby jednakże zasadnym jest przyjęcie, że okoliczności stanowiące podstawę do jego wniesienia zaistniały w ramach informacji zawartych w ogłoszeniu z dnia 20.11.2009 r. (art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp). Informacje tam zawarte w Sekcji II.1. 5 ogłoszenia stanowiły wystarczającą podstawę wobec wykazanego tam szczegółowo opisu przedmiotu zamówienia do złożenia protestu. Zostały one powtórzone w ramach SIWZ, tj. załącznika nr 1B do SIWZ przesłanego wraz zaproszeniem do składania ofert w niezmienionym brzmieniu. Nie zasadnym jest przyjęcie argumentacji Odwołującego, że wiedza stanowiącą podstawę do złożenia protestu ewoluowała w toku postępowania. Niezasadnym jest też twierdzenie, że dopiero w dniu 26.05.2010 r. z chwilą otrzymania zaproszenia wraz z SIWZ dowiedział się o tym, że Przystępujący został zaproszony do złożenia ofert, co w powiązaniu z opisem przedmiotu zamówienia było podstawą do sformułowania zarzutu naruszenia art. 7 Pzp przez kwestionowane zapisy SIWZ. Po pierwsze, już z chwilą upublicznienia w dniu 20.11.2009 r. ogłoszenia istniało z uwagi na znaczną ilość pozycji przedmiotu zamówienia odnoszących się do oferty Przystępującego duże prawdopodobieństwo graniczące z pewnością udziału HP Polska Sp. z o.o. w postępowaniu. Po drugie, ostatecznie kwestie tą przesądziła informacja z dnia 25.02.2010 r. przesłana wszystkim którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na 3 miesiące przed zaproszeniem otrzymanym przez Odwołującego w dniu 26.05.2010 r., co daje podstawę w przypadku częściowego uznania zasadności twierdzenia Odwołującego, do odrzucenia odwołania z uwagi na upływ terminu na protest wynikający z art. 180 ust. 2 zd. 1 Pzp. Po trzecie, twierdzenie Odwołującego, że

istotną okolicznością dla stanu wiedzy w postępowaniu było stanowisko dystrybutorów, odnośnie spornej części przedmiotu zamówienia znajdującej się w gestii Przystępującego, Izba nie uwzględniła. Dowód na tą okoliczność tj. oświadczenie firmy ABC DATA SA ma datę 6.07.2010 r., a nie np. datę 6.06.2010 r., co mogłoby uzasadniać jego wpływ na złożenie protestu. Nadto Izba nie zna pisma, które zostało wystosowane do niniejszej spółki.

Oдноśnie kwestii podziału zamówienia na części, to abstrahując od faktu, że niniejsza kwestia pojawiła się dopiero na etapie odwołania, Izba wskazuje, że w ogłoszeniu z dnia 16.10.2009 r. taki podział nie był dopuszczony, a kwestia ta nie był przedmiotem późniejszej zmiany w ogłoszeniu. SIWZ zostało czynnością z dnia 27.05.2010 r. przywrócone do stanu zgodnego z brzmieniem ogłoszenia z dnia 16.10.2009 r. W konsekwencji kwestia ta ma charakter spóźniony.

Reasumując protest nie dotyczył wyłącznie treści SIWZ, tj. postanowień SIWZ i w związku z tym nie ma zastosowanie art. 180 ust. 4 Pzp, lecz informacji znajdujących się w ogłoszeniu z dnia 20.11.2009 r. na które Odwołujący winien złożyć protest w terminie 14 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tj. do dnia 04.12.2009 r., a uczynił to dopiero w dniu 07.06.2010 r. W wypadku częściowego uwzględnienia twierdzeń Odwołującego należy uznać, że ostatecznie termin należy liczyć od dnia 25.02.2010 r., a w konsekwencji termin na protest minął w dniu 08.03.2010 r.

Z tych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania i zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp odrzuciła odwołanie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze 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:

.....

.....