

POSTANOWIENIE
z dnia 22 lutego 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Paweł Trojan
Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 22 lutego 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2012 roku przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „PIOMAR” Spółkę jawną Soroka Marek, Soroka Zbigniew w Brzegu** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółkę Akcyjną w Warszawie**

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „PIOMAR” Spółkę jawną Soroka Marek, Soroka Zbigniew w Brzegu i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „PIOMAR” Spółkę jawną Soroka Marek, Soroka Zbigniew w Brzegu tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę sprzętu komputerowego na potrzeby PKP Polskie Linie Kolejowe SA.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 9 lutego 2012 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „PIOMAR” Sp. j. Soroka Marek, Soroka Zbigniew wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zaskarżył czynności zamawiającego polegające na:

1. zaniechaniu odrzucenia w Zadaniu nr 1 oferty ALPLAST Sp.j. A. Bąk i spółka (dalej: „ALPLAST”) z uwagi na złożenie certyfikatu zgodności z systemem Microsoft Windows na inny sprzęt niż zaoferowany w postępowaniu, po uprzednim wezwaniu ALPLAST do uzupełnień,
2. uwzględnieniu wyjaśnień ALPLAST, złożonych w Zadaniu nr 1, pomimo że prowadzą one do zmiany treści oferty,
3. zaniechaniu odrzucenia w Zadaniu nr 1 oferty Intaris Sp. z o.o. (dalej: „Intaris”) z uwagi na złożenie wyniku testu na głośność, dotyczącego innego sprzętu niż zaoferowany w postępowaniu, po uprzednim wezwaniu Intaris do uzupełnień,
4. uwzględnieniu wyjaśnień Intaris, złożonych w Zadaniu nr 1, pomimo że prowadzą one do zmiany treści oferty,
5. przeprowadzeniu w Zadaniu nr 1 aukcji elektronicznej, pomimo że po należyтым przeprowadzeniu badania i oceny ofert, w części tej zostają jedynie dwie oferty nie podlegające odrzuceniu, i których wykonawcy nie podlegają wykluczeniu,
6. zaniechaniu wyboru w Zadaniu nr 1 oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta nie podlega odrzuceniu, zaś z symulacji punktowej wynika, że oferta Odwołującego powinna była zdobyć najwyższą ilość punktów,

7. dokonaniu wyboru w Zadaniu nr 1 jako oferty najkorzystniejszej oferty ALPLAST, pomimo iż oferta tego wykonawcy powinna była zostać odrzucona,

8. zaniechaniu równego traktowania wykonawców, biorących udział w Zadaniu nr 1, oraz zachowania uczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego się przez opisane wyżej czynności i zaniechania zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów prawa:

1. art. 26 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do zwrócenia się do ALPLAST z wnioskiem o uzupełnienie certyfikatu zgodności z systemem Microsoft Windows, a następnie do odrzucenia oferty ALPLAST,

2. art. 26 ust. 1 i 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający uprawniony jest do uwzględnienia wyjaśnień ALPLAST, zmieniających treść oferty, oraz do prowadzenia negocjacji z tym wykonawcą,

3. 26 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do zwrócenia się do Intaris z wnioskiem o uzupełnienia wyniku testu na głośność oferowanego sprzętu, a następnie do odrzucenia oferty Intaris,

4. art. 26 ust. 1 i 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający uprawniony jest do uwzględnienia wyjaśnień Intaris, zmieniających treść oferty, oraz do prowadzenia negocjacji z tym wykonawcą,,

5. art. 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający uprawniony jest do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, pomimo że w postępowaniu nie złożono co najmniej 3 ofert nie podlegających odrzuceniu,

6. art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 3 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu, w Zadaniu nr 1,

7. art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 3 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że oferta ALPLAST jest ofertą najkorzystniejszą złożoną w Postępowaniu, w Zadaniu nr 1,

8. art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy badaniu ofert, oraz poprzez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

W związku z opisanymi naruszeniami, oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 1,
2. unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej w Zadaniu nr 1,
3. powtórzenie w Zadaniu nr 1 czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem:
 - a) wezwania ALPLAST do uzupełnienia oferty o prawidłowy złożenie certyfikatu zgodności z systemem Microsoft Windows,
 - b) negatywnej oceny certyfikatu, który nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu w dniu składania ofert,
 - c) wezwania Intaris do uzupełnienia oferty o prawidłową test na głośność,
 - d) negatywnej oceny testu, który nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu w dniu składania ofert,
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego w Zadaniu nr 1 jak oferty najkorzystniejszej,
5. zaprzestanie dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniach: 23, 24 i 28 listopada 2011 roku zamawiający przysłał wykonawcom zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Czynności te były jednak każdorazowo unieważniane.

W dniu 6 grudnia 2011 roku zamawiający przesłał do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. Zaproszenie zostało wysłane drogą elektroniczną za pośrednictwem Platformy Aukcji Elektronicznych Urzędu Zamówień Publicznych.

W dniu 9 grudnia 2011 roku zamawiający przesunął termin aukcji elektronicznej do czasu rozpoznania odwołania wniesionego w dniu 8 grudnia 2011 roku przez INTARIS Sp. z o.o.

W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego części zarzutów podniesionych w odwołaniu INTARIS Sp. z o.o. zamawiający w dniu 20 grudnia 2011 roku unieważnił czynność zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej.

W wyniku cofnięcia przez INTARIS Sp. z o.o. odwołania oraz umorzenia postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą zamawiający w dniu 29 grudnia 2011 roku ponownie przesłał drogą elektroniczną zaproszenia do udziału w aukcji. Aukcja elektroniczna została przeprowadzona w dniu 3 stycznia 2012 roku. Bezpośrednio po jej zamknięciu, w tym samym dniu na stronie internetowej, na której aukcja została przeprowadzona, została zamieszczona informacja o wszystkich wykonawcach uczestniczących a aukcji oraz o złożonych przez nich ofertach.

W dniu 31 stycznia 2012 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Towarzystwo Handlowe ALPLAST Spółkę jawną A. Bąk i spółka z siedzibą w Niekaninie. W przedmiotowym piśmie poinformowano również o wykonawcach, którzy złożyli oferty w zakresie zadania 1, o wynikach oceny ofert, a także o wykonawcach wykluczonych z postępowania oraz o wykonawcach, których oferty odrzucono. Z informacji zawartych w piśmie wynika m.in., że oprócz wykonawcy, którego ofertę wybrano, oceniono również oferty złożone przez ZETO-Rzeszów Sp. z o.o., Intaris Sp. z o.o. oraz PPHU PIOMAR Sp. j., odrzucono oferty złożone przez TALEX SA w Poznaniu, Synergy Polska Sp. z o.o. oraz BIATEL BIT SA, wykluczono natomiast wykonawcę BIATEL BIT SA.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną. W myśl art. 91a ust. 1 ustawy Pzp jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Z przepisu jednoznacznie wynika, że zamawiający obowiązany jest dokonać oceny ofert przed zaproszeniem wybranych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, w tym ustalić, czy złożone przez wykonawców oferty nie

podlegają odrzuceniu. Zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że zamawiający ustalił, że oferty wybranych wykonawców nie podlegają odrzuceniu. Wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert i w ocenie Izby od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty.

Izba potwierdza, że zamawiający zapraszając wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej nie informuje ich o innych zaproszonych wykonawcach. Przepis art. 91b ust. 2 ustawy Pzp, określający dane, które powinny znaleźć się w zaproszeniu, nie wskazuje na konieczność informowania o tym, którzy wykonawcy zostali również zaproszeni do udziału w aukcji. Niemniej jednak fakt wystosowania do wykonawcy zaproszenia jest jednocześnie informacją dla niego o tym, że zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert i że pozytywnie zweryfikował co najmniej trzy oferty. Informacja o tym, którzy wykonawcy zostali zakwalifikowani do wzięcia udziału w aukcji zawarta jest w dokumentacji postępowania, która jest jawna dla wykonawców i każdy z nich uprawniony jest do względu do niej w celu uzyskania wiedzy na temat pozostałych zaproszonych wykonawców. W dokumentacji dostarczonej Krajowej Izbie Odwoławczej przez zamawiającego znajduje się protokół z dnia 29 grudnia 2011 roku zawierający ustalenia komisji przetargowej w zakresie wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej. Wykonawcy mogli zatem – przy zachowaniu należytej staranności – powziąć wiadomość o tym, którzy wykonawcy zostali zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej.

W ocenie Izby czynność zakwalifikowania wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp. W takim przypadku odwołanie – zgodnie ze wskazanym przepisem – wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Ponieważ zaproszenie do udziału w aukcji wykonawcy otrzymali w dniu 29 grudnia 2011 roku, termin na wniesienie środka odwoławczego w zakresie zaniechania odrzucenia ofert wykonawców zaproszonych do udziału kończył się w dniu 8 stycznia 2012 roku, a z uwagi na to, iż była to niedziela termin ten upływał 9 stycznia 2012 roku. Wniesienie odwołania w dniu 9 lutego 2012 roku – jak to miało miejsce w rozpoznawanym przypadku – należy uznać za dokonane z naruszeniem terminu do jego wniesienia.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

.....