

Sygn. akt: KIO 400/13

POSTANOWIENIE
z dnia 6 marca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron, w Warszawie, w dniu 6 marca 2013 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2013 roku przez wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie przy ulicy Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa

przy udziale wykonawcy Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie Aleje Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na utrzymanie, modyfikację i ulepszenie systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA – PROW-DD RG-PROW zostało wszczęte przez zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2012/S 56-091672 w dniu 21 marca 2012 roku.

22 lutego 2013 roku wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby odwołanie wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów. Odwołujący Działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych wniósł odwołanie od: zaniechania wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2013 roku, KIO 2911/12, KIO 2914/12, KIO 2915/12 i KIO 2917/12 (dalej: wyrok KIO) przez dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Comarch SA pomimo, iż wyrok KIO uwzględniał w całości odwołanie konsorcjum z liderem CK ZETO S.A., którego jednym z żądań było nakazanie odrzucenia oferty Comarch SA, zaniechania wykonania Wyroku KIO poprzez dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Comarch SA jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta Comarch SA powinna zostać odrzucona, niezgodnej z przepisami ustawy czynności ponownej oceny ofert, tj. dokonanie ponownej oceny ofert z rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, tj. zaniechania odrzucenia oferty Comarch SA, pomimo że w ofercie tej znajdują się takie same błędy, jak wskazane w piśmie o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo Zamawiającego datowane 12.02.2013r.) w pkt 5 błędy w ofercie konsorcjum Infovide-Matrix SA, DahliaMatic Sp. z o.o. i Oracle Polska Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Infovide-Matrix”), niezgodnej z przepisami PZP czynności ponownej oceny ofert, tj. dokonanie ponownej oceny ofert przy wybiórczym zastosowaniu przez Zamawiającego wskazanej w wyroku KIO podstawy odrzucenia ofert w niniejszym postępowaniu tj. zaniechania odrzucenia oferty Comarch, pomimo że w ofercie tej znajdują się takie same błędy, jak wskazane w piśmie o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo Zamawiającego datowane na 12.02.2013r.) w pkt 5 błędy w ofercie konsorcjum Infovide-Matrix SA, DahliaMatic Sp. z o.o. i Oracle Polska Sp. z o.o., niezgodnej z przepisami PZP czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Comarch SA jako oferty najkorzystniejszej, zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie odrzucenia oferty

Comarch SA, pomimo że treść ofert Comarch SA nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), z ostrożności procesowej - zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na tym, iż Zamawiający ma zamiar zawrzeć umowę z wykonawcą, którego oferta podlega odrzuceniu, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie stwierdzonym w wyroku KIO.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy: art. 192 ust. 3 pkt 1) ustawy w związku z art. 91 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Comarch SA wbrew treści Wyroku KIO i wskazanej w wyroku KIO podstawie odrzucenia ofert, art. 192 ust. 3 pkt 1) w związku z art. 7 ust. 1, 2 i 3 oraz 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Comarch SA i nierówne traktowanie wykonawców, art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, z ostrożności procesowej - art. 93 ust. 1 pkt 7) w związku z art. 146 ust. 6 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazane naruszenia spowodują w konsekwencji niemożność dokonania właściwej oceny ofert, czyli naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności oceny ofert; dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Comarch SA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy ze względu na to, że Comarch SA przedstawił wynik zadania próbnego we wniosku, którego data wpływu jest wcześniejsza (2012-10-31), niż data wdrożenia modyfikacji (2012-11-08), a Zamawiający wymagał zaprezentowania wyników zadania próbnego dla nowo zarejestrowanych wniosków od daty wdrożenia modyfikacji, wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, lub z ostrożności procesowej - unieważnienia postępowania.

Odwołujący argumentował, że odwołanie wniesione zostało w terminie i spełnia wszystkie wymagania formalne, zatem brak jest podstaw do odrzucenia odwołania bez przeprowadzenia rozprawy. Zgodnie z art. 182 ust. 2 ustawy z uwagi na wartość przedmiotowego zamówienia, termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni, informację o

wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał w dniu 13 lutego 2013 roku (datowane 12 lutego 2013), zatem termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 22 lutego 2013 r. Wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący podnosi, że powołuje się na nowe okoliczności prawne i faktyczne, inne niż w odwołaniach wniesionych do tej pory w niniejszym postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO wyraźnie wskazała na podstawę odrzucenia ofert, jaką jest przedstawienie przez wykonawców wyniku zadania próbnego we wniosku, którego data wpływu jest wcześniejsza niż data wdrożenia modyfikacji, podczas gdy Zamawiający wymagał zaprezentowania wyników zadania próbnego dla nowo zarejestrowanych wniosków od daty wdrożenia modyfikacji, Odwołujący przedstawia zarzuty dotyczące dokonanej przez Zamawiającego powtórnej oceny ofert w sposób niezgodny jego zdaniem z wyrokiem KIO, odwołanie zatem, w ocenie Odwołującego, dotyczy czynności dokonanych niezgodnie z treścią wyroku Izby i odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy. Działanie Zamawiającego polegające na niestosowaniu tych samych kryteriów oceny do wszystkich złożonych w postępowaniu ofert doprowadziło do wybrania jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona na tej samej podstawie, na której odrzucona została oferta konsorcjum Infovide-Matrix SA, DahliaMatic Sp. z o.o. i Oracle Polska Sp. z o.o., a która to podstawa odrzucenia wynika z wyroku KIO. Odwołujący kategorycznie stwierdził, że oferta złożona przez Comarch SA powinna zostać odrzucona, pomimo, że zarówno sentencja orzeczenia, jak i jego uzasadnienie, nie zawierało stwierdzenia o uwzględnieniu odwołania w odniesieniu do zarzutów przeciwko ofercie złożonej przez Comarch SA. Zdaniem Odwołującego, Izba w orzeczeniu z 5 lutego 2013 roku o sygn. akt KIO 2911/12, KIO 2914/12, KIO 2915/12 i KIO 2917/12 dokonała błędnych ustaleń faktycznych w odniesieniu do braku podstaw odrzucenia oferty Comarch SA, a orzeczenie Izby w tym zakresie jest wadliwe.

25 lutego 2013 roku zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie Aleje Jana Pwała II 39a, 31-864 Kraków, któremu kopia odwołania została przekazana 22 lutego 2013 roku. 26 lutego 2013 roku Odwołujący złożył *Pismo procesowe odwołującego Asseco Poland S.A.* 4 marca 2013 roku Comarch SA złożył *Pismo procesowe Przystępującego*.

Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy - Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub,

w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 5 lutego 2013 r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO 2911/12, KIO 2914/12, KIO 2915/12 i KIO 2917/12, gdzie wykonawca Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, zgłosił swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2914/12 po stronie zamawiającego i w sprawie sygn. akt KIO 2917/12 po stronie odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Centrum Komputerowe Zeto Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, i Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, i Connectis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, uwzględniła odwołanie i w punkcie 1.D orzekła: *uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Centrum Komputerowe Zeto Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, ul. Narutowicza 136 i Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Piętnego 6/7 i Connectis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53 i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum: Infovide-Matrix Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 51, , Dahlia Matic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59 i Oracle Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Przyokopowa 31 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na to, że oferta tych wykonawców nie odpowiada treści cz. II.1.1. załącznika nr 2 do siwz tj. wykonawcy przedstawili wynik zadania próbnego na wniosku, którego data wpływu jest wcześniejsza (21 listopada 2012r.), niż data wdrożenia modyfikacji (22 listopada 2012r.) a zamawiający wymagał zaprezentowania wyników zadania próbnego dla nowo zarejestrowanych wniosków od daty wdrożenia modyfikacji.*

Wskazać należy, że odwołanie nie dotyczy nowych okoliczności, innych niż wniesionych we wcześniejszych odwołaniach, natomiast oparte jest na zarzutach takich samych, jak zgłoszone wcześniej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Centrum Komputerowe Zeto Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, i Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, i Connectis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Zarzut podnoszony przez Odwołującego został wcześniej zgłoszony przez wyżej wymienionego wykonawcę i został oddalony jako niezastępujący na uwzględnienie (strona 145-147 wyroku). Izba oddaliła w wyroku zarzut w stosunku do oferty Comarch SA, oddaliła

zatem żądanie odrzucenia oferty z tego powodu, a Zamawiający jest owym oddaleniem zarzutu związany.

Nie można zgodzić się również z argumentacją Odwołującego, jakoby odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Centrum Komputerowe Zeto Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, i Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, i Connectis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, uwzględnione było w całości, bowiem nie dość, że nie wynika to z sentencji orzeczenia to w treści uzasadnienia wyroku jednoznacznie zostało wskazane, jakie zarzuty odwołania o sygn. akt KIO 2917/12 zostały oddalone jako zasługujące na oddalenie.

Podniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Centrum Komputerowe Zeto Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, i Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, i Connectis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zarzuty w odwołaniu sygn. akt KIO 2917/12, zostały rozpoznane, poza jednym wycofanym a dotyczącym oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego it WORKS Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, i Almaviva SpA z siedzibą we Włoszech w Rzymie, w zakresie rażąco niskiej ceny. Z rozpoznanych zarzutów jeden został uwzględniony a dotyczył oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum: Infovide-Matrix Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Dahlia Matic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, i Oracle Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W zakresie podnoszonego w odwołaniu nierównego traktowania wykonawców w ponowionej czynności Zamawiającego wskazać należy, że czynność ta jest skutkiem przedmiotowego wyroku Izby. Skoro więc Izba w stosunku do niektórych ofert stwierdziła ich niezgodność ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz konieczność odrzucenia, a w stosunku do innych nie, oznacza to, iż nie uznała, że wykonawcy znajdują się w identycznej sytuacji. Podnoszone zaś zarzuty w stosunku do rozstrzygnięcia Izby, mogą być podstawą skargi do Sądu Okręgowego a nie zarzutami w stosunku do Zamawiającego w kolejnym odwołaniu. Izba nie stwierdziła nieprawidłowego wykonania wyroku Izby z 5 lutego 2013 roku. Z treści art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy wynika, iż Izba może stwierdzić tę okoliczność poza rozprawą.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania -
na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....