

Sygn. akt. KIO/W 25/15

**POSTANOWIENIE
z dnia 6 grudnia 2015 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 6 grudnia 2015 r. w Warszawie wniosku z dnia 1 grudnia 2015 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze

wniesionego przez Zamawiającego: Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „dostawa serwerów i urządzeń peryferyjnych”.

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Pismem z 1 grudnia 2015 r. Zamawiający: Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa złożył w trybie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, ze zm. zwanej dalej również „Pzp”) wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa serwerów i urządzeń peryferyjnych”.

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 września 2015 r. pod pozycją 2015/S 181-327595.

Wniosek o uchylenie zakaz zawarcia umowy wiąże się z wniesionym przez wykonawcę odwołaniem wobec wyboru najkorzystniejszej oferty z w tym przetargu.

W dniu 13 listopada 2015 r. Odwołujący: itprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2, 02-678 Warszawa otrzymał drogą elektroniczną informację o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy: EXON Computer Systems A. J. Spółka Komandytowa z siedzibą w Toruniu.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 23 listopada 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na

I. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne poprawienie przez Zamawiającego treści oferty Wykonawcy EXON Computer Systems A. J. Spółka Komandytowa z siedzibą w Toruniu, podczas gdy właściwa i wszechstronna analiza dokumentacji przetargowej prowadzi do wniosku, iż niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, nie może zostać zakwalifikowana, jako omyłka w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co więcej stanowi ona istotną zmianę jej treści, tym samym oferta ww. Wykonawcy winna podlegać odrzuceniu, jako nie spełniająca wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

II. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy EXON Computer Systems A. J. Spółka Komandytowa z siedzibą w Toruniu, złożonej w niniejszym postępowaniu, pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ,

polegającej na zaoferowaniu urządzenia niespełniającego wymagań w zakresie możliwości rozbudowy o dodatkowe porty - ponad 8 portów FC x 16 Gb/s, a więc parametrów, których to Zamawiający obligatoryjnie wymagał, co winno skutkować uznaniem oferty za niezgodną z treścią SIWZ, a następnie jej odrzuceniem.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie w całości niniejszego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 4) dokonania odrzucenia oferty EXON Computer Systems A. J. Spółka Komandytowa z siedzibą w Toruniu jako niezgodnej z treścią SIWZ;
- 5) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 6) obciążenia kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Ponadto, na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania, a mianowicie:

1.pisma Zamawiającego z dnia 6 listopada 2015 r. - dot. poprawy treści oferty na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

2.pisma Wykonawcy z dnia 9 listopada 2015 r. - wyrażenie zgody na poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

- na okoliczność: niezgodności treści oferty Wykonawcy EXON Computer Systems A. J. Spółka Komandytowa z siedzibą w Toruniu z przedmiotem zamówienia, w tym zakresu i warunków udzielonej gwarancji, nieuzasadnionego dokonania przez Zamawiającego poprawienia treści oferty Wykonawcy, zakresu zmian dokonanych w ofercie Wykonawcy, istotności dokonanych zmian w treści oferty;

3.pisma Zamawiającego z dnia 6 listopada 2015 r. - wezwanie do wyjaśnień;

4.pisma Wykonawcy z dnia 9 listopada 2015 r. - wyjaśnienia Wykonawcy;

5.pisma Zamawiającego z 10 listopada 2015 r. - dot. poprawy treści oferty na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

6.pisma Odwołującego z dni 17 listopada 2015 r. - wniosek o ponowne badanie i ocenę ofert wraz z korespondencją mailową na okoliczność - parametrów urządzenia oferowanego przez Wykonawcę w zakresie interfejsów FC 8 Gb/s na kontroler, jak również

zakresie możliwości rozbudowy macierzy o dodatkowe porty ponad minimum 8 wymaganych, rozbieżności w parametrach urządzenia występujących pomiędzy ofertą Wykonawcy, a wyjaśnieniami, przyczyn owych rozbieżności, zasadności dokonania poprawy oferty Wykonawcy.

Odwołujący wnosił również o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki, posiadającego dostęp do informacji niejawnych w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych, na okoliczność funkcjonalności macierzy - Dell PowerVault MD 3829f, w szczególności możliwości rozbudowy macierzy o dodatkowe-porty tj. ponad wymaganych 8 portów x 16 Gb/s Fibre Channel.

Zamawiający podał w uzasadnieniu wniosku o uchylenie zakazu, że niezawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego.

Swoją motywację do uchylenia obowiązującego zakazu zawarcia umowy oparł o następujące wskazania:

1) realizacja przedsięwzięcia umożliwi znaczącą modernizację środowiska informatycznego Zamawiającego,

2) finansowanie jest ze środków pochodzących ze starej perspektywy finansowej na lata 2007-2013,

3) umowy o dofinansowanie zakupu wygasają 31 grudnia 2015r. i nie ma możliwości przedłużenia czasu obowiązywania tych umów, ponieważ okres kwalifikowalności środków z perspektywy na lata 2007-2013 upływa z końcem 2015r.

Izba zważyła, co następuje:

Wniosek zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 183 ust. 2 zd. drugie Pzp uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej zasady, w myśl, której umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnieniem uchylenia zakazu zawarcia umowy jest wyłącznie sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym korzyści

związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów w odniesieniu, do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez zamawiającego czynności.

Na etapie oceny zasadności złożonego wniosku Izba nie bada ani prawidłowości, skuteczności, ani tym bardziej zasadności wniesionego odwołania, a jedynie wagę interesu publicznego, którego zagrożenie miałyby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wnoszącego odwołanie wykonawcy).

Według zapatrywania Izby Zamawiający w ramach złożonego wniosku nie wykazał przy wniosku okoliczności, na które się powołuje, w szczególności wystąpienia sytuacji, o której mowa w powołanym wyżej pkt. 2 i 3 przywoływanych przez Zamawiającego motywów.

Izba zauważyła również, że z treści SIWZ nie wynika, że termin wykonania zamówienia zamyka się w dacie 31 grudnia 2015r., lecz Zamawiający w § 5 SIWZ przewidział, że zamówienie będzie wykonane w terminie do 28 dni od daty podpisania umowy, co oznacza, że powyższy termin 31 grudnia 2015r. w chwili obecnej nie jest możliwy do realizacji.

Należy również zwrócić uwagę, że Zamawiający nie odniósł się również do kwestii konieczności uchylecia ochrony innych zbiegających się interesów, w szczególności interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Wobec powyższego orzeczono jak na wstępie.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. Nr 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:.....