Sygn. akt: KIO 226/19

WYROK

z dnia 26 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Brzeska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 8 lutego 2019 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Betacom S. A. oraz Clarite Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu**
przy udziale wykonawcy **Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Betacom S. A. oraz Clarite Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Betacom S. A. oraz Clarite Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie**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 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Radomiu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 226/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Zamawiającego: Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*"), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Usługa wsparcia i Rozszerzonego Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM oraz Usługa Certyfikowanych Warsztatów.*".
Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Betacom S. A. oraz Clarite Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie (zwani dalej: „*Odwołującym*") w dniu 8 lutego 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wnieśli odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, zaniechania wykluczenia wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 22a ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 16 w związku z art. 22a ust. 1, 2, 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów (…), art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o 1. Uwzględnienie odwołania, 2. Nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz 3. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, 4. Nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy z postępowania lub w przypadku nie uwzględnienia żądania z pkt 3 lub 4 uwzględnienie żądań wskazanych w pkt 5 i 6, 5. Nakazanie ponownego zbadania i oceny zdolności podmiotowej wykonawcy poprzez wezwanie do złożenia stosownych wyjaśnień od wykonawcy oraz podmiotu na rzecz którego referencyjne zamówienie jest wykonywane oraz w przypadku gdy złożone wyjaśnienia potwierdziły brak doświadczenia innego podmiotu nakazanie Zamawiającemu wezwanie w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wykonawcy do zastąpienia podmiotu na zdolnościach, którego wykonawca polega wykazując spełnienie warunku doświadczenia innym podmiotem lub złożenia zobowiązania do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, 6. Nakazanie Zamawiającemu powtórnego zbadania treści oferty wykonawcy poprzez dokonanie wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny lub kosztu oferty za usługi certyfikowanych warsztatów, 6. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów reprezentacji zgodnie z właściwymi przepisami.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ oraz ofertę wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 8 lutego 2019 r.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 11 lutego 2019 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „*Przystępującym*").

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „*Usługa wsparcia i Rozszerzonego Wsparcia Technicznego dla oprogramowania IBM oraz Usługa Certyfikowanych Warsztatów*".

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

W dniu 29 stycznia 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 stycznia 2019 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Betacom S. A. oraz Clarite Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie wnieśli odwołanie w dniu 8 lutego 2019 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Betacom S. A. oraz Clarite Polska S. A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie wnieśli odwołanie w dniu 8 lutego 2019 r./.

Pismem z dnia 19 lutego 2019 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 29 stycznia 2019 r.

/dokumentacja postępowania: Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 19 lutego 2019 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Bezspornym w niniejszej sprawie jest to, że Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenie oraz odrzucenie oferty Przystępującego.

Zamawiający – po wniesionym przez wykonawcę odwołaniu – unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, informując że jest w trakcie badania i oceny ofert oraz wystąpił do Przystępującego o wyjaśnienia, nie podejmując decyzji co do ewentualnego wykluczenia bądź odrzucenia oferty Przystępującego.

W ocenie Izby, aby rozstrzygnąć spór – w tak zaistniałym stanie faktycznym - należy wziąć pod uwagę następujące przepisy ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Ponadto zgodnie z art. 191 ust. 1 ustawy Pzp Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. Zgodnie z ust. 2 wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Mając na względzie treść niniejszych przepisów ustawy Pzp należy dojść do następujących wniosków: Po pierwsze, aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego. Wobec powyższego na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2019 r. polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Następnie należy również zwrócić uwagę na treść przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem ustawy, Izba wydając orzeczenie – bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Zauważenia również wymaga – co jest istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu – że przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania, co potwierdza – zdaniem Izby - treść przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

Rolą przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp - podobnie jak przy interpretacji art. 316 § 1 k.p.c. gdzie sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 191 ust. 2 ustawy Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 k.p.c. - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, t.j. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z dnia 25 czerwca 2015 r., sygn. akt V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z dnia 13 września 2018 r., sygn. akt I Aga 159/18).

Wobec tego, skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu - do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał unieważnienia czynności – po wniesieniu przez wykonawcę odwołania, tj., dokonał czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty – czynności stanowiącej zasadniczą podstawę wniesionego w dniu 8 lutego 2019 r. środka ochrony prawnej. Tym samym w niniejszej sprawie – czynność stanowiąca podstawę niniejszego odwołania (z dnia 29 stycznia 2019 r. - wybór najkorzystniejszej oferty) – przestała istnieć na moment zamknięcia rozprawy. Wobec jasno brzmiącej treści przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp należało uznać, że Ustawodawca dopuścił sytuacje, w których stan rzeczy – naruszenia przepisów ustawy na moment zamknięcia rozprawy może różnić się od tego, który istniał w momencie wniesienia odwołania. W rezultacie treść rozstrzygnięcia - która opiera się na stanie rzeczy z chwili zamknięcia rozprawy - może być odmienna od treści rozstrzygnięcia - która opierałaby się jedynie na stanie faktycznym sprawy istniejącym w chwili wniesienia odwołania.

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż rolą Izby jest rozstrzyganie na datę zamknięcia rozprawy - zgodnie z art. 191 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Tym samym wobec skarżenie przez wykonawcę czynności wyboru oferty, czynności, która to na moment zamknięcia rozprawy nie istniała – nie daje Izbie podstaw prawnych do stwierdzenia naruszenia – wobec okoliczności, że Zamawiający jest w trakcie badania i oceny ofert, mogąc jeszcze dokonać czynności odrzucenia oferty Przystępującego – na co wskazał również Przystępujący.

Nadmienić również należy, że w niniejszej sprawie Odwołujący podważył zasadność wyboru oferty

Przystępującego jednocześnie zarzucając zaniechanie wykluczenia oraz odrzucenia oferty Przystępującego. W ocenie Izby uznać należy, że w opisanym przypadku zaniechanie wykluczenia/odrzucenia oferty najkorzystniejszej ściśle związane jest czynnością jej wyboru. Zatem wybór oferty najkorzystniejszej jest zdarzeniem wynikającym z zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy. Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na uchwałę Sądu Najwyższego, która przez pojęcie „wybór oferty najkorzystniejszej" rozumie szereg zdarzeń prowadzących do wyłonienia najlepszego wykonawcy w postępowaniu (zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy). Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 56/17 oraz 58/17 uznając, że: *„W rozdziale 4 działu drugiego pzp – wybór najkorzystniejszej oferty unormowane zostały zasady składania ofert przez wykonawców, przesłanki ich odrzucenia, w tym środki mające umożliwić Zamawiającemu ocenę, czy przesłanki te zachodzą oraz przesłanki dokonania wyboru oferty, którą zamawiający uznaje za najkorzystniejszą w świetle SIWZ. Na ostateczny wynik tego etapu postępowania o udzielenie zamówienia składając się więc kolejno czynności mające na celu ustalenie w odniesieniu do każdej ze złożonych ofert, czy nie powinna podlegać odrzuceniu, a następnie ocena ofert, które nie zostały odrzucone przez pryzmat wymagań określonych w SIWZ. W przypadku kiedy jako najkorzystniejsza zostanie wybrana oferta, co do której powstają wątpliwości, czy nie wystąpiły podstawy do jej odrzucenia, nie do przyjęcia byłoby ograniczenie kontroli przesłanek jej wyboru tylko do okoliczności wymienionych w art. 91 pzp, z pominięciem tych, które zamawiający rozważyć uprzednio, uznając że oferta ta nie podlega odrzuceniu. Zawężenia pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty" tylko do oceny ofert pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego w SIWZ, nie znajduje więc oparcia w wykładni systemowej ustawy (…). W art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp Ustawodawca nie sprecyzował przesłanek uprawniających do zakwestionowania prawidłowości wyboru oferty, nie ograniczył dopuszczalnych zarzutów jedynie do związanych z kryteriami oceny ofert w świetle SIWZ. Prowadzi to do wniosku, że wybór najkorzystniejszej oferty może zostać zakwestionowany zarówno ze względu na to, że wybrana oferta w ogóle nie powinna zostać poddana ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 91 pzp, gdyż podlegała odrzuceniu lub też wykonawcę, który ją złożył należało wykluczyć, jak i ze względu na to, że formalnie prawidłowa oferta została nieprawidłowo oceniona w zakresie przewidzianym w art. 91 pzp jako najkorzystniejsza* (…)".

Skoro zatem czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest skutkiem zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy najkorzystniejszego, to Zamawiającemu będącemu w trakcie badania i oceny ofert – wobec unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – nie można zarzucić naruszenia przepisów ustawy Pzp, a nakazanie Zamawiającemu dokonania określonych czynności oraz kwestionowanie przez Izbę przyszłych, hipotetycznych czynności - które nie zaistniały jeszcze w tym postępowaniu - nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby to poza ramy niniejszego postępowania odwoławczego. Argumentacja Izby wydaje się być tym bardziej zasadna w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej – która w przypadku wniesienia odwołania na zaniechanie wykluczenia oraz odrzucenia oferty przed jej wyborem - oddala takie odwołania jako przedwczesne. Zatem w konsekwencji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności tej nie ma w postępowaniu (brak substratu zaskarżenia) wobec anulowania jej przez Zamawiającego. Izba zaś – jako organ kontrolujący czynności Zamawiającego w postępowaniu – nie może za Zamawiającego (komisję przetargową) bądź równolegle z nim, dokonywać czynności w postępowaniu a jedynie badać prawidłowość dokonanych już czynności.

Niemniej jednak Odwołujący – w przypadku ponownego wyboru oferty Przystępującego – będzie posiadał instrumenty prawne umożliwiające mu wniesienie odrębnego odwołania na czynności, które będą miały miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym ewentualny ponowny wybór oferty wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie
okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192
ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, niemniej jednak Izba nie zasądziła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającemu w kwocie 3.600,00 zł brutto. Zgodnie z zasadami rozliczania kosztów w sytuacji oddalenia odwołania Izba zasądza na rzecz Zamawiającego koszty, w tym koszty wynagrodzenia pełnomocnika. Jednak - zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania - muszą to być uzasadnione koszty strony. W niniejszej sprawie oddalenie odwołania wywołane zostało działaniami Zamawiającego, nie zaś wynikiem sprawy w postaci niepotwierdzenia się zarzutów odwołania.

Zamawiający dwukrotnie unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (po wniesionym odwołaniu), a w tym przypadku wezwał Przystępującego do uzupełnień i wyjaśnień, co niewątpliwie zawierało się w żądaniach Odwołującego. Zamawiający nie uwzględnił w części zarzutów odwołania – a czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty dokonał po zapoznaniu się z treścią odwołania. Owszem – jak wskazano powyżej – Zamawiający uprawniony jest do dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po wniesionym odwołaniu, niemniej jednak nie może całkowicie uchylać się od skutków i ryzyka procesowego unieważniając - po każdym wniesionym odwołaniu – wybór najkorzystniejszej oferty, jednocześnie nie korzystając z instytucji częściowego uwzględnienia odwołania, narażając stronę przeciwną na nieuzasadnione koszty, w tym koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3.600,00 zł. Wobec tego Izba nie zasądziła kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Zamawiającego zgodnie z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (analogicznie jak postanowienie Sądu Okręgowego w Kielcach, VII Wydział Gospodarczy z dnia 5 maja 2015 r., sygn.. akt VII Ga 61/15).

Przewodniczący:

……