Sygn. akt: KIO 2954/22

POSTANOWIENIE
z dnia 22 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022 r. przez wykonawcę Trafford IT sp. z o.o. sp. k. w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie
przy udziale wykonawcy NETFORMERS sp. z o.o. sp.k. w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Trafford IT sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2954/22

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

Komenda Główna Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „rozwój i utrzymanie systemów niejawnych i cyberbezpieczeństwa - modernizacja systemów cyberbezpieczeństwa - zakup systemu do ochrony DNS”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 lipca 2022 roku nr 2022/S 131-374880.

Wykonawca Trafford IT sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym” w

dniu 7 listopada 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego z dnia 28 października 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie jego oferty z uwagi na jej rzekomą

niezgodność z warunkami zamówienia, tj. w ocenie Zamawiającego oferowany produkt nie spełnia wymogu określonego w Dziale III Opisu Przedmiotu Zamówienia lit. A pkt. 10 podczas, gdy jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności zaoferowane rozwiązanie Infoblox BloxOne Threat Defence Advanced zapewnia by funkcjonalność ochrony urządzeń przenośnych znajdujących się poza siecią firmową (zaufaną) mogła być zrealizowana np. przez instalację dedykowanego oprogramowania (agenta typu standalone) na stacji końcowej, agent wspiera systemy operacyjne MS Windows od wersji 10 oraz Mac OS od wersji 12, Android od wersji 10, iPhone IOS od wersji 14, a funkcjonalność jest realizowana niezależnie od systemu zarządzania urządzeniami mobilnymi;

2) art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór oferty NETFORMERS jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w postępowaniu za najkorzystniejszą powinna zostać uznana jego oferta;

3) art. 16 pkt 1-3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy NETFORMERS oraz czynności odrzucenia swej oferty,

2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

3) wybór swej oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ustalono także, że 16 listopada 2022 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie z 16 listopada 2022 r., w której oświadczył w petitum m.in., że „zgodnie z art. 522 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”. W uzasadnieniu zamawiający oświadczył ponadto, że „zgodnie z żądaniami odwołującego unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i dokona ponownego badania i oceny ofert”. Odpowiedź na odwołanie została doręczona odwołującemu i przystępującemu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze, gdyż dalsze postępowanie stało się zbędne. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający 16 listopada 2022 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28 października 2022 r., która została zaskarżona w odwołaniu, oraz powrócił do czynności badania i oceny ofert.

Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie wspominał o zapowiedzi unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ale napisał w czasie teraźniejszym, że czynność tę unieważnia. Zdaniem Izby, sformułowanie to nie było przypadkowe, gdyż zostało użyte przez zamawiającego dwukrotnie, raz w petitum pisma i drugi raz w uzasadnieniu. Początkowo w trakcie rozprawy zamawiający, wypowiadając się o charakterze dokonanej przez siebie czynności unieważnienia wyboru też tak utrzymywał

wskazując, że wykonał czynność materialnoprawną w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ostatecznie jednak zamawiający zmienił zdanie utrzymując, że w jego ocenie dokonał tylko czynności o charakterze procesowym (uwzględnienie zarzutów odwołania), a wzmiankę o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej należy poczytywać jedynie za zapowiedź jej dokonania. Dodatkowo wskazał, że o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zawiadomił jedynie odwołującego i przystępującego, lecz nie poinformował o tym wykonawcy Intertrading Systems Technology sp. z o.o.

Zdaniem Izby stanowisko przedstawione przez zamawiającego w końcowej części rozprawy było sprzeczne z jego wyraźnym, pisemnym stanowiskiem wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie z 16.11.2022 r. W odpowiedzi tej zamawiający ewidentnie wypowiedział się o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w czasie teraźniejszym i to dwukrotnie. Zamawiający nie wypowiadał się o czynności unieważnienia w czasie przyszłym. Nie można było zatem oświadczenia zamawiającego intepretować jedynie jako zapowiedzi dokonania czynności, lecz informację o jej dokonaniu. Co więcej, w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie zamawiający dodatkowo oświadczył, że w następstwie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokona ponownego badania i oceny ofert. Gdyby zamawiający rzeczywiście złożył jedynie oświadczenie procesowe, to wzmianka o dokonaniu ponownego badania i oceny ofert byłaby całkowicie zbędna.

W dalszej kolejności izba stwierdziła, że zamawiający miał obowiązek wykonać czynności informacyjne w postępowaniu o udzielenie zamówienia wobec trzeciego wykonawcy zgodnie z przepisami prawa. Ewentualne zaniechanie dokonania takich czynności informacyjnych nie świadczyło jednak o tym, że czynność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej nie została dokonana. Informacja o takiej czynności prawnej zamawiającego dotarła bowiem do dwóch innych wykonawców, a zatem oświadczenie w tym zakresie zostało im niewątpliwie złożone przez zamawiającego.

Podkreślenia wymagało, że wobec wprowadzenia nowej przesłanki umorzenia postępowania z uwagi na jego zbędność, w rozumieniu art. 568 pkt 2 Pzp, kluczowe jest składanie przez zamawiającego precyzyjnych oświadczeń.

Na uwagę zasługuje fakt, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest tym momentem, który wyznacza koniec procesu badania i oceny ofert, w tym analizy istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania czy podstaw odrzucenia oferty. Zamawiający wybierając daną ofertę jako najkorzystniejszą przesądza, że oferta ta nie podlega odrzucaniu, a wykonawca który ją złożył nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Skutkiem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej było to, że zamawiający powrócił do etapu badania i oceny ofert. O zakończeniu tego procesu będzie można mówić w momencie zawiadomienia wykonawców o rezultatach badania (np. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej czy unieważnienia postępowania).

Dostrzeżenia wymaga również, że zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na:

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Z przepisu tego wynika zatem, że odwołanie nie przysługuje wobec zamiaru czy zapowiedzi dokonania bądź niedokonania jakiejś czynności. W tej sytuacji rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów skierowanych wobec historycznych, nieistniejących na moment wyrokowania, czynności zamawiającego stało się zbędne. Wykonawcom służyć będzie prawo wniesienia odwołania w terminie liczonym od dnia zawiadomienia o ewentualnej nowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej lub czynności unieważnienia postępowania, gdyż dopiero w tym momencie będzie można mówić o istnieniu substratu zaskarżenia (to jest czynności lub zaniechania zamawiającego).

Na konieczność umorzenia postępowania odwoławczego w analogicznej sytuacji

wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie Izby, por. przykładowo postanowienie Izby z dnia 4 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3094/21 oraz KIO 3105/21.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę 15.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....