

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 30 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska
Justyna Tomkowska
Renata Tubisz

na posiedzeniu niejawnym w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2024 r przez wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 70

Uczestnicy postępowania po stronie zamawiającego:

Wykonawca Axians IT Services Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D

GeoTechnologies Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Długosza 60

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,
 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A tytułem zwrotu wpisu od odwołania.
- Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa, wdrożenie oraz utrzymanie i rozwój Systemu Nowy GIS”, zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 00694079-2023 w dniu 15.11.2023 r.

W dniu 6 sierpnia 2024 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 16 sierpnia 2024 r. wykonawca Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 stycznia 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

Zarzut 1 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Geotechnologies sp. z o. o. (dalej „Geotechnologies”) pomimo że zawiera rażąco niską cenę ze względu na rażące zaniżenie ceny za Usługi usuwania wad (G2U1) oraz ze względu na to, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej w ofercie ceny;

Zarzut 2 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Geotechnologies pomimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a nadto zawiera błąd w obliczeniu ceny – wykonawca nie dokonał oddzielnej wyceny poszczególnych usług, pomimo takiego warunku określonego w SWZ;

Zarzut 3 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Geotechnologies pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (dalej „uznk”), co powoduje, że zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości;

Zarzut 4 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Geotechnologies pomimo, że

oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ jak wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca zaoferował Oprogramowanie Wspierające w tym elemencie zamówienia, w którym należało zaoferować zgodnie z SWZOprogramowanie Bazowe, co spowoduje brak przekazania kodów źródłowych do oprogramowania pełniącego funkcję Oprogramowania Bazowego i uzależnienie zamawiającego od tego wykonawcy (vendor-lock-in), a więc sytuację, w której zamawiający znajduje się obecnie, i której uniknięcie na przyszłość jest powodem ogłoszenia tego zamówienia;

Zarzut 5 - naruszenie art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy przez wezwanie Geotechnologies do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu osób, pomimo że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu;

Zarzut 6 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy w zw. z art. 16 ustawy oraz art. 3 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Geotechnologies pomimo, że oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami (p. M.P.) – wyjaśnienia wykonawcy de facto stanowią uzupełnienie wykazu osób, tym samym nie ma podstaw do kolejnego wezwania, a uzupełnione w wyjaśnieniach informacje w dalszym ciągu nie potwierdzają spełnienia przez Geotechnologies warunków udziału w postępowaniu, ponadto nie można uzupełniać informacji nieprawdziwej prawdziwą przez uzupełnienie/wyjaśnienie;

Zarzut 7 – ewentualny, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1,2,3,4,5,6, 8 lub 10 - naruszenie art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami (p. M.P.);

Zarzut 8 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy w zw. z art. 16 ustawy oraz art. 3 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Geotechnologies pomimo, że oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami (B.B.) - uzupełnione w wyjaśnieniach informacje w dalszym ciągu nie potwierdzają spełnienia przez Geotechnologies warunków udziału w postępowaniu, a jakiegokolwiek wezwanie do uzupełnienia wykazu osób prowadzioby do zastąpienia informacji nieprawdziwej – prawdziwą, co jest niedopuszczalne;

Zarzut 9 – ewentualny, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1,2,3,4,5,6, 8 lub 10 - naruszenie art. art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Geotechnologies do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami (p. B.B.);

Zarzut 10 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 16 ustawy oraz art. 3 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Geotechnologies pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (dalej „uznk”), co powoduje, że zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości (wykazanie doświadczenia B.B. i J.K. w celu uzyskania większej ilości punktów);

Zarzut 11 - ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów 1,2,3,4,5,6, 8 lub 10 – naruszenia art. 18 ust. 1 ustawy przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu utajnionych elementów wyjaśnień wykonawcy Geotechnologies, pomimo braku skutecznego zastrzeżenia tych informacji;

Zarzut 12 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz art. 224 ust. 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty AXIANS pomimo że zawiera rażąco niską cenę ze względu na rażące zaniżenie ceny za Usługę Usuwania Wad (G2U1) Usługę Monitorowania Dostępności i Wydajności (G1U2) i Usługę Administracji Systemem Informatycznym (G3) oraz ze względu na to, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej w ofercie ceny

Zarzut 13 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty AXIANS pomimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a nadto zawiera błąd w obliczeniu ceny – wykonawca nie dokonał oddzielnej wyceny poszczególnych usług, pomimo takiego warunku określonego w SWZ.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- unieważnienie czynności wyboru oferty Geotechnologies;
- powtórzenie czynności oceny i badania ofert, zgodnie z przepisami ustawy oraz SWZ;
- odrzucenie oferty AXIANS;
- odrzucenie oferty Geotechnologies;
- ewentualnie: unieważnienie czynności badania i oceny ofert, unieważnienie czynności wyboru oferty Geotechnologies, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej toku:
 - wezwanie Geotechnologies do uzupełnienia wykazu osób w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
 - przyznania Geotechnologies mniejszej ilości punktów w ramach kryterium 2 i 3 (bez uwzględnienia doświadczenia B.B. i J.K.);
 - udostępnienie pełnej treści wyjaśnień złożonych przez Geotechnologies, a nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa
- i następnie dokonania ponownej oceny ofert i ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 522 ust. 1 ustawy), odwołujący żądał od zamawiającego wykonania czynności zgodnych z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie, a także złożył ofertę w tym postępowaniu, która uplasowała się na drugim miejscu w rankingu oceny ofert. Wskutek zaskarżonych w tym odwołaniu zaniechań zamawiającego odwołujący może utracić możliwość uzyskania zamówienia. W rezultacie w wyniku w/w naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania otwiera odwołującemu szansę na wybór jego oferty i pozyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. W odniesieniu do wykonawcy AXIANS odwołujący podniósł zarzuty wobec zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy ze względu na fakt, że z formalnego punktu widzenia możliwe jest, że w toku postępowania odwoławczego (w przypadku wniesienia odwołania wobec wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej) wykonawca AXIANS będzie dążył do uzyskania wyższej od odwołującego pozycji w rankingu ofert. Tym samym odwołujący podniósł już w tym momencie zarzuty wobec zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo istnienia podstaw do wykonania tej czynności.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający pismem z dnia 23 kwietnia 2023 r. dokonał po raz pierwszy wyboru najkorzystniejszej oferty, wobec której to czynności odwołujący wniósł w ustawowym terminie odwołanie (Załącznik nr 2 – pismo zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 kwietnia 2023 r. oraz Załącznik nr 3 – odwołanie odwołującego z dnia 6 maja 2024 r.). Pismem z dnia 10 maja 2024 r. zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty nie uwzględniając odwołania odwołującego, lecz dokonując czynności unieważnienia wyboru z własnej inicjatywy (Załącznik nr 4 – pismo zamawiającego z dnia 10 maja 2024 r. o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty). Tym samym to odwołanie wnoszone jest na nowo dokonany przez zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty (nie na czynności wykonane w wyniku uwzględnienia poprzednio wniesionego przez odwołującego odwołania, ponieważ takiej czynności w tym postępowaniu zamawiający nie podjął).

W dniu 19 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 20 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział GeoTechnologies Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Długosza 60. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 kwietnia 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, ponieważ złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która w przedmiotowym postępowaniu została uznana za najkorzystniejszą, zaś uwzględnienie odwołania będzie niewątpliwie niekorzystne dla przystępującego, ponieważ doprowadziłoby do unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, a co za tym idzie skutkować może brakiem uzyskania przedmiotowego zamówienia przez przystępującego. Oddalenie odwołania oznaczać będzie utrzymanie podjętych przez zamawiającego, zgodnie z przepisami ustawy, decyzji, prowadzących do uzyskania przez przystępującego przedmiotowego zamówienia. Tym samym Przystępujący posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystępuje.

W dniu 21 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział Axians IT Services Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu i prokurenta. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wdrażania, utrzymywania i rozwoju systemów informatycznych dla podmiotów publicznych, jest potencjalnym wykonawcą tego zamówienia. Przystępujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym w konsekwencji uwzględnienie odwołania w zakresie dotyczącym zarzutów podniesionych względem oferty przystępującego, może uniemożliwić ubieganie się o jego udzielenie. Rodzi to po stronie przystępującego ryzyko poniesienia szkody w postaci nieuzyskania zamówienia. Zarzuty podniesione względem przystępującego są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie. Mając powyższe na uwadze, przystępujący jest zainteresowany wynikiem sprawy, zgodnie ze stanowiskiem strony, do której zgłasza się przystąpienie.

W dniu 27 sierpnia 2024 r. zamawiający złożył wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego w tej sprawie. Wskazał, że w dniu 26 sierpnia 2024 r. zamawiający pismem z dnia 23.08.2024r. (znak: DPiZP.2610.19.2023.KH) dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu dokonanej pismem z dnia 06.08.2024r., znak: ZP.556.DPiZP.2610.1.2024.KH. Mając na uwadze powyższe, nie istnieją już czynności zamawiającego będące przedmiotem odwołania, tym samym ww. postępowanie odwoławcze stało się bezprzedmiotowe, wobec czego ziściła się przesłanka umorzenia ww. postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 568 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.). W załączeniu przedstawił pismo z dnia 23 sierpnia 2024 r. oraz dowód przekazania tej informacji odwołującemu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła Axians IT Services Poland jako uczestnika po stronie odwołującego oraz GeoTechnologies jako uczestnika po stronie zamawiającego.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi czynnościami zamawiającego może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał czynności, zgodnych z żądaniem odwołania i korzystnych dla odwołującego. Zamawiający zdecydował o konieczności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. O fakcie tym zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował odwołujący. Dodatkowo wniosek o umorzenie na wskazanej przez Izbie podstawie prawnej złożył odwołujący.

Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

A jednocześnie z dniem anulowania wyniku postępowania otwierał się wykonawcom ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowych czynności zamawiającego. Podobnie jak w przypadku unieważnienia postępowania spór stał się bezprzedmiotowy.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W tej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej i zaniechanie czynności wobec innych wykonawców z powodów, na które wskazywał odwołujący w odwołaniu.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. 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 w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie.

Skoro zamawiający unieważnił sporny wybór, tym samym spór przestał istnieć. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepisu ustawy – zbędne. Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności zamawiającego nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności tej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie.

Na podstawie art. 574 ustawy Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu uiszczzonego wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy.

Przewodnicząca:

.....

.....