

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 21 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r przez wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 70

Uczestnik po stronie odwołującego- wykonawca Axians IT Services Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21 D

Uczestnik po stronie zamawiającego - wykonawca 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 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie tytułem zwrotu uiszczzonego wpisu.

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:

Sygn. akt KIO 1621/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na Budowa, wdrożenie oraz utrzymanie i rozwój Systemu Nowy GIS zo1stało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr Dz.U. S: 220/2023, nr 00694079-202371 w dniu 15.11.2023 r.

Zamawiający pismem z dnia 23 kwietnia 2024 roku poinformował o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 6 maja 2024 r. wykonawca Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez prezesa zarządu, zgodnie z odpisem z KRS. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty:

- 1.Zarzut 1 - zaniechania odrzucenia oferty Geotechnologies sp. z o. o. (dalej „Geotechnologies”) – pomimo, że oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co powoduje, że Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości – co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy. w zw. z art. 16 ustawy.
- 2.Zarzut 2 – zaniechanie odrzucenia oferty Geotechnologies sp. z o. o. pomimo rażącego zaniżenia ceny za Usługi usuwania wad (G2U1), która jest identyczna jak cena pozostałych Usług Utrzymania, co stanowi o widocznym – na zasadzie res ipsa loquitur – rażąco niskim koszcie tej usługi w stosunku do przedmiotu zamówienia i jednocześnie stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy. w zw. z art. 16 ustawy.
- 3.Zarzut 3 - czynności wezwania Geotechnologies sp. z o. o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu osób, pomimo że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu bez względu na ich uzupełnienie – ze względu na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji lub z uwagi na rażąco niski koszt usługi G2U1, co powoduje, że zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości – co stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy. w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, art. 226 ust. 1 pkt 7) lub 8) ustawy, w zw. z art. 16 ustawy.
- 4.Zarzut 4 – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1, 2 i 3 - zaniechania odrzucenia oferty Geotechnologies sp. z o. o. – pomimo, że oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, pomimo dokonanego uzupełnienia dokumentów potwierdzających warunek udziału w postępowaniu – co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy. w zw. z art. 16 ustawy.

5.Zarzut 5 – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1, 2, 3 i 4 - zaniechania wezwania wykonawcy Geotechnologies sp. z o. o. do wyjaśnienia ceny pomimo, że cena oferty tego wykonawcy, w tym cena za usługi objęte przedmiotem zamówienia winna wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia – co stanowi naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy. w zw. z art. 16 ustawy.

6.Zarzut 6 – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1, 2, 3 i 4 - zaniechania wezwania wykonawcy Geotechnologies sp. z o. o. do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, pomimo tego, że złożone podmiotowe środki dowodowe w zakresie Wykazu osób nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym zawierają błędy lub są niezgodne ze stanem faktycznym, wobec czego nie doszło do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu - co stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 pkt 1) i 4) ustawy. w zw. z art. 16 ustawy.

7.Zarzut 7 – zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1, 2, 3 i 4 - zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny kryteriów selekcji dla Kryterium 2 i 3 oceny ofert o przedstawienie informacji lub dokumentów w tym zakresie, wskutek bezpodstawnego uznania, że doświadczenie osób zaprezentowane przez Geotechnologies w Załączniku 6B do SWZ – Wykaz osób [kryterium oceny ofert] w celu uzyskania punktów w Kryterium 2 i 3 oceny ofert - nie budzi wątpliwości oraz zaniechanie wezwania Geotechnologies do wyjaśnień w tym zakresie, co powoduje, że Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości – co stanowi naruszenie art. 128 ust. 4 i 5 ustawy. w zw. z art. 16 ustawy.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2.unieważnienie czynności wyboru oferty Geotechnologies;
- 3.powtórzenia czynności oceny i badania ofert, zgodnie z przepisami ustawy. oraz SWZ;
- 4.odrzucenia oferty Geotechnologies;
- 5.ewentualnie:

i.wezwania Geotechnologies do wyjaśnienia ceny, w tym w szczególności kosztów i podstaw oszacowania pracochłonności elementów składających się na wdrożenie systemu oraz kosztów i podstaw oszacowania pracochłonności usług ciągłych (Usługi z grup G1 i G2), objętych przedmiotem zamówienia;

ii.wezwania Geotechnologies do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie Wykazu osób, odnośnie wątpliwości wskazanych w uzasadnieniu odwołania dla Zarzutu 6;

iii.zwrócenia się bezpośrednio do podmiotów, wskazanych przez Geotechnologies w Załączniku 6B Wykaz osób/kryterium oceny ofert jako podmioty, na rzecz których zrealizowano projekt, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny kryteriów selekcji o przekazanie informacji i dokumentów w tym zakresie, wskazanym w uzasadnieniu odwołania dla Zarzutu 6 oraz – stosownie do tych wyjaśnień - rekalkulację punktów przyznanych Geotechnologies w Kryterium 1 i 2 oceny ofert;

iv.wezwanie Geotechnologies do wyjaśnienia treści Załącznika 6B Wykaz osób/kryterium oceny ofert w zakresie umożliwiającym ocenę realności jednoczesnego pełnienia roli Specjalisty ds. architektury rozwiązania oraz – odpowiednio - Analityka biznesowego w licznych równoległych projektach podanych w tym Wykazie, w tym z uwzględnieniem realnego czasu pełnienia danej roli i etapu danego projektu, z uwzględnieniem wymagań określonych dla Kryterium 1 i 2 oceny ofert, w szczególności wymogu związanego ze specyfiką wymaganych projektów, polegającą na konieczności zaprojektowania, budowy i wdrożenia systemu, czyli w zakresie wskazanym w Uzasadnieniu Zarzutu 7.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 522 ust. 1 ustawy), odwołujący żąda 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 drugi miejscu w rankingu oceny ofert.

Wskutek zaskarżonych w niniejszym odwołaniu zaniechań zamawiającego odwołujący utracił 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 dniu 7 maja 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 9 maja 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca GeoTechnologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Długosza 60. Wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, ponieważ złożył niepodlegającą odrzuceniu

ofertę, która została uznana za najkorzystniejszą, zaś uwzględnienie odwołania będzie niewątpliwie niekorzystne dla przystępującego, ponieważ doprowadziłyby do unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, co za tym idzie skutkować może brakiem uzyskania zamówienia przez przystępującego. Oddalenie odwołania oznaczać będzie, utrzymanie podjętych przez zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy, decyzji prowadzących do uzyskania przez przystępującego tego zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 kwietnia 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

W dniu 10 maja 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił się wykonawca Axians IT Services Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D. Wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie wdrażania systemów informatycznych oraz dostaw sprzętu dla podmiotów publicznych, jest potencjalnym wykonawcą tego zamówienia. Złożył ofertę w postępowaniu i jego oferta jest ważna, w szczególności w wyniku uwzględnienia odwołania istnieje możliwość wyboru przez zamawiającego oferty przystępującego. Przystępujący podziela stanowisko zawarte w odwołaniu i podniesione przez odwołującego zarzuty. Zgadza się również z wnioskami odwołania, w szczególności z koniecznością odrzucenia oferty GeoTechnologies. Zgłoszenie zostało wniesione przez członka zarządu i prokurenta, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

W dniu 21 maja 2024 r. odwołujący złożył wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że zamawiający pismem z dnia 10 maja 2024 roku (znak: ZP 235.DPiZP.2610.19.2023.KH) poinformował odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

• Dowód: pismo zamawiającego z dnia 10 maja 2024r.

Powyższa czynność zamawiającego oznacza unieważnienie zaskarżonej w postępowaniu odwoławczym czynności, która nie istnieje już w obrocie prawnym. Skutkuje to brakiem substratu zaskarżenia, co czyni spór bezprzedmiotowym. Ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.

W tej sytuacji – wobec braku możliwości merytorycznego rozpoznania przez Izbę odwołania pod kątem zarzucanych naruszeń ustawy - postępowanie odwoławcze stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć. Stanowi to podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy – o co odwołujący wnosi, wnosząc jednocześnie o orzeczenie o zwrocie z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty stanowiącej wpis od odwołania.

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 Izbę 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 orzekała o dokonaniu zwrotu odwołującemu uiszczonego 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: