Sygn. akt: KIO 354/25

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 12 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka
Protokolant:Tomasz Skowroński

na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Polcom Spółka Akcyjna z siedzibą w Skawinie w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie
przy udziale wykonawcy Apex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - uczestnika po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem 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:

Sygn. akt: KIO 354/25

Uzasadnienie

Ministerstwo Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Świadczenie kompleksowej usługi hostingu dla portalu kronika.gov.pl" (dalej także jako: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 kwietnia 2024 roku, nr OJ S 77/2024, 229968-2024.

W dniu 31 stycznia 2025 r. wykonawca Polcom Spółka Akcyjna z siedzibą w Skawinie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania unieważnienia postępowania, pomimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, w tym przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp"): art. 225 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r., poz. 1061 j.t. ze zm.), zwanej dalej jako „k.c.", poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na przewidzeniu w SWZ sztywnej daty rozpoczęcia realizacji zamówienia oraz braku możliwości zrealizowania zamówienia w tym terminie, a także braku przewidzenia w dokumentacji postępowania możliwości zmiany tego terminu oraz wpływu tych okoliczności na konkurencyjność postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołania Odwołujący przedstawił w szczególności następującą argumentację:

Zamawiający określił w SWZ – Załącznik nr do SWZ „PPU wraz z załącznikami" następujące terminy realizacj przedmiotu zamówienia:

§ 2

Termin realizacji Umowy

1. *Wykonawca będzie świadczył Przedmiot Umowy przez okres 15 miesięcy z prawem opcji na przedłużenie maksymalnie o kolejne 6 miesięcy.*
2. *Usługa hostingu **będzie świadczona od 1 października 2024 r**.*

3. *Wykonawca przekaże Zamawiającemu w pełni przygotowane środowisko hostingowe, o którym mowa w rozdz. III i IV OPZ w ciągu 20 dni od dnia podpisania Umowy**, jednak nie później niż 9 września 2024 r.***
4. *Wykonawca dokona migracji danych znajdujących się w obecnym Data Center w części hot storage, które są niezbędne do działania portalu kronika.gov.pl **nie później niż do 16 września 2024 r.***
5. *Wykonawca dokona migracji danych znajdujących się w obecnym Data Center w części cold storage w ciągu 3 miesięcy od dnia podpisania umowy.*

Jak wynika z powyższego – Zamawiający określił część terminów realizacji umowy w datach kalendarzowych. Odwołujący stwierdził, że taka treść postanowienia narusza wprost przepis art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, który wyraźnie stanowi, że planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi określane są w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Ustawodawca przewidział wprawdzie wyjątek poprzez wskazanie daty wykonania umowy – jednakże do jego zastosowania niezbędne jest zaistnienie uzasadnionej obiektywnej przyczyny. Taka przyczyna w Postępowaniu nie zaistniała. Zamawiający nie wskazał w SWZ, co miało być przyczyną naruszenia zasady określonej w art. 436 pkt 1 ustawy Pzp. Data kalendarzowa rozpoczęcia świadczenia usługi wpływa na konkurencyjność postępowania w sposób negatywny. Istnieje uzasadnione przypuszczenie, że w sytuacji, w której Zamawiający posłużyłby się terminem liczonym od zawarcia umowy, a nie datą kalendarzową, to w postępowaniu mogliby wziąć udział wykonawcy, którzy byli w stanie zrealizować zamówienie w sposób należyty, ale w innym terminie, niż to określił Zamawiający.

Zdaniem Odwołującego, jest oczywiste, że na dzień dzisiejszy nie jest możliwe zawarcie umowy, w której część usług miałoby być wykonanych i zakończonych we wrześniu 2024 roku. Tym samym postępowanie obarczone jest wadą. Przepis art. 387 § 1 kc przewiduje, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Niemożliwość świadczenia jest obiektywnym i trwałym stanem, w którym dłużnik nie może spełnić świadczenia. Obiektywny charakter tego stanu zachodzi wówczas, gdy dłużnik nie może spełnić określonego świadczenia. Trwałość tego stanu polega zaś na tym, że nie jest on przejściowy. W tym przypadku występuje niemożliwość pierwotna, która już istnieje w chwili nawiązania stosunku obligacyjnego, a przyczyna ma naturę faktyczną - termin realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w zakresie zmiany umowy co do terminów realizacji Zamawiający określił następujące możliwości:

§ 9

Zmiana Umowy

1. Stosownie do art. 455 ust. 1 pkt 1 i ust. 4 pkt 2 PZP, Zamawiający przewiduje możliwość zmiany Umowy w następujących przypadkach:

1) zmiany terminu wykonania Umowy w przypadku uchwalenia lub zmiany po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powszechnie obowiązujących przepisów prawa mających wpływ na realizację Przedmiotu Umowy;

(…)

3) zmiany terminu rozpoczęcia realizacji umowy przy zachowaniu 15-miesięcznego (wraz z prawem opcji 6 miesięcy) okresu jej wykonywania z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy i Zamawiającego

Odwołujący stwierdził, że postanowienie § 9 ust. 1 pkt 1 projektu umowy nie będzie miało zastosowania – gdyż nie zaistniała żadna zmiana prawa, która miałaby wpływ na termin realizacji. Z kolei postanowienie § 9 ust. 1 pkt 3 projektu umowy ma zastosowanie tylko do rozpoczęcia realizacji umowy, czyli do terminu 1 października, bo to świadczenie usług hostingu należy traktować jako rozpoczęcie realizacji umowy. Terminy wskazane w § 2 ust. 3 i 4 projektu umowy to inne obowiązki, które ma wykonać wykonawca, a których daty Zamawiający świadomie określił datą kalendarzową. Gdyby dopuścić teraz zmianę terminów realizacji tych obowiązków – prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców. Gdyby wykonawcy przed terminem złożenia ofert wiedzieli, że terminy na wrzesień 2024 roku wcale nie są wiążące, to zapewne zaistniałby w postępowaniu całkiem inny krąg podmiotów, które złożyły oferty. Z żadnego postanowienia umowy ani SWZ nie wynika, jaka zmiana miałaby być dokonana – tj. z SWZ nie wynika, ile dni/tygodni/miesięcy od zawarcia umowy wykonawca powinien otrzymać, aby wykonać obowiązki określone w § 2 ust, 3 i 4 projektu umowy. Tym samym zmiana ta byłaby negocjowana pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, co jest oczywistym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

W dalszej części uzasadnienia odwołania Odwołujący odniósł się do przesłanek składających się na podstawę unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp,

Ponadto, Odwołujący stwierdził: „Wyprzedzając argumentację Zamawiającego, że Odwołujący nie skarżył tych

postanowień po opublikowaniu SWZ – Odwołujący wskazuje, że skoro nie była wtedy znana ostateczna data złożenia ofert, to nie było też możliwe ocenienie, czy przedmiotowy zapis na pewno jest wadliwy i niemożliwy do zrealizowania. Ponadto Odwołujący wskazuje, że Krajowa Izba Odwoławcza uważa, że jest możliwe następcze wskazywanie na wady SWZ, właśnie na etapie po złożeniu ofert – jeśli aktualizują się przesłanki unieważnienia postępowania." Odwołujący powołał się na stanowisko Izby przedstawione w uzasadnieniu wyroku wydanego w sprawie KIO 263/23.

II. Pismem wniesionym w dniu 11 lutego 2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołanie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp – a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku – o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawcaApex.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Pismem wniesionym w dniu 11 lutego 2025 r. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołanie jako spóźnionego – a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku – o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że:

Termin składania ofert upłynął w dniu 30 lipca 2024 r.

Zamawiający dokonał pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 20 września 2024 r.

Czynność tę zaskarżył Odwołujący odwołaniem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 27 września 2024 r.

Wydany przez Izbę wyrok został przez Odwołującego zaskarżony skargą do Sądu Okręgowego w Warszawie.

W dniu 6 grudnia 2024 r. Zamawiający dokonał ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Czynność ta również została zaskarżona przez Odwołującego, odwołaniem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 16 grudnia 2024 r.

Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odwołanie wnosi się - w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne – w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji.

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia - w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne - wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp (odpowiednik art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r.) w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 odwołanie wnosi się - w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 28 lutego 2023 r. (sygn. akt XXIII Zs 162/22) Sąd Okręgowy podkreślił znaczenie zasady koncentracji środków ochrony prawnej, polegającej „na konieczności zgłaszania w ściśle określonym terminie, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania". Jak dalej wskazał Sąd Okręgowy: „Ponadto celem zasady koncentracji środków ochrony prawnej jest zapewnienie sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co sprzyja terminowemu dokonywaniu wydatków publicznych. Zasada ta ma na celu również, wespół z przepisami dotyczącymi łącznego rozpoznawania odwołań, eliminację rozbieżnych rozstrzygnięć organów rozpoznających środki ochrony prawnej, w tym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 31 maja 2021 r., sygn. akt XIII Zs 28/11). Aktualny jest tu też pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07), zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością, a zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym.

Stosownie też do art. 515 ust. 3 Pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 przepisu wnosi się w terminie 10 dni od powzięcia, lub przy zachowaniu należytej staranności — możliwości powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej. (…) (tak. KIO w wyroku z 26 marca 2021 r., KIO 597/21)."

Zgodnie z obowiązującą na gruncie przepisów ustawy Pzp zasadą koncentracji środków ochrony prawnej wykonawcy obowiązani są do wnoszenia odwołań/podnoszenia zarzutów w pierwszym możliwym terminie wynikającym z przepisów ustawy Pzp.

W przypadku zarzutu dotyczącego określenia przez Zamawiającego terminów realizacji umowy przez wskazanie dat kalendarzowych - termin na wniesienie odwołania należy liczyć od opublikowania przez Zamawiającego postanowień SWZ w tym zakresie (art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp) – niewątpliwie więc przed upływem terminu składania ofert. A zatem termin do podnoszenia zarzutów w tym zakresie upłynął wiele miesięcy przed dniem 31 stycznia 2025 r.

W pozostałym zakresie termin ten również upłynął dużo wcześniej niż 31 stycznia 2025 r. W przypadku braku informacji o czynności Zamawiającego termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 515 ust. 3 ustawy Pzp). Zważywszy na wskazywane przez Odwołującego terminy: 9 września, 16 września oraz 1 października 2024 r., wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia niniejszego odwołania Odwołujący powziął już na etapie wniesienia pierwszego odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (27 września 2024 r.), a tym bardziej na etapie drugiego odwołania na ponowioną przez Zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (16 grudnia 2024 r.). Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności, które uniemożliwiły mu złożenie odwołania na zaniechanie unieważnienia Postępowania tuż po upływie terminów wskazanych w § 2 projektu umowy. Na tamtych etapach Odwołujący nie zdecydował się na skarżenie zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia Postępowania, lecz postanowił skarżyć czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (a stanowisko w tym zakresie Odwołujący konsekwentnie utrzymuje w związku ze skargą do Sądu Okręgowego, mimo wskazywania obecnie na podstawę do unieważnienia Postępowania). Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła jak sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).
Izba nie orzekła o zasądzeniu od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, gdyż rachunek na potwierdzenie poniesionych w tym zakresie kosztów wpłynął do akt sprawy już po wydaniu niniejszego postanowienia (o godz. 13:23 tj. dwie godziny później). Zgodnie z przepisem § 5 pkt 2 lit. b) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych - w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy. Oczywiście chodzi w tym przypadku o złożenie do akt sprawy -rachunku lub spisu kosztów - przed zamknięciem posiedzenia lub rozprawy, a tym bardziej przed wydaniem orzeczenia.

Przewodnicząca: