

WYROK
z dnia 22 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Barbara Bettman

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1. Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., 2. Intersys Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa** protestu z dnia 26 października 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego dotyczącej rezygnacji w całości z przedmiotu postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: 1. Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., 2. Intersys Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum firm: 1. Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., 2. Intersys Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego się oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: 1. Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., 2. Intersys Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2009/S 17-024367 z dnia 27.01.2009 r.

Zamawiającym jest: **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego ul. Plac Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa**

Odwołującym jest: **Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. ul. Kasprzaka 3, 85-326 Warszawa** lider konsorcjum firm: **Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. i Intersys Sp. z o.o.**

Przedmiot zamówienia: „*Realizacja kompleksowych usług serwisowych dla Systemu*

Informacyjnego Nadzoru Bankowego eksploatowanego przez Urząd Komisji Nadzoru Finansowego." w trybie przetargu ograniczonego.

Odwołanie z dnia 16.11.2009 r. wniesione na podstawie art. 184 ust. 1, w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm., zwana dalej: *PZP*), od rozstrzygnięcia protestu w dniu 5 listopada 2009 r. wniesionego w dniu 26 października 2009 r.

Zarzuty. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenie art. 93 ust. 1 pzp. Przez dokonanie przez Zamawiającego niezgodnej z prawem czynności tożsamej w skutkach z instytucją unieważnienia postępowania;

Wniosek co do rozstrzygnięcia. Wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na „rezygnacji w całości z przedmiotu postępowania”.

Interes prawny:

Na skutek naruszenia przez Zamawiającego ustawy PZP, przez bezzasadne, a co za tym idzie bezprawne uchylenie się od zawarcia umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty, Protestujący doznał uszczerbku w swoim interesie prawnym, bowiem przy prawidłowym postępowaniu Zamawiającego, umowa o udzielenie przedmiotowego zamówienia winna zostać zawarta z firmą Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.

Powyższe dowodzi naruszenia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 PZP do wniesienia niniejszego odwołania.

Stan faktyczny.

Zamawiający w dniu 16.10.2009 r. dokonał czynności „rezygnacji w całości z przedmiotu postępowania” w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego

W ocenie Odwołującego, Zamawiający niesłusznie podnosi zarzut, iż Odwołujący, wnosząc protest nie dochował przewidzianego w ustawie pzp terminu na wniesienie niniejszego środka ochrony prawnej, błędnie klasyfikując wniesiony przez Odwołującego protest, jako protest przeciwko treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie przeciwko dokonanej przez Zamawiającego w toku postępowania czynności „rezygnacji w całości z przedmiotu postępowania”, czym protest był w rzeczywistości.

Odwołujący, jako autor systemu SINB, jest naturalnym, pierwszym sprzymierzeńcem Zamawiającego w udrożnieniu systemu, tym samym Zamawiający zlecając usługi serwisowe Odwołującemu, gwarantuje sobie sprawne przywrócenie pełnej funkcjonalności, jeśli jej dzisiaj brak, na stan z okresu testów akceptacyjnych. Zamawiający nie rozważył zatem alternatywnej drogi postępowania w przedmiotowym zamówieniu. Odwołujący, przez rozpoczęcie wykonywania usług serwisowych, mógłby przywrócić systemowi pełną funkcjonalność z czasu testów akceptacyjnych. Przywrócenie pełnej funkcjonalności systemowi mogłoby również nastąpić także w ramach pierwszej czynności serwisowej, co wykluczyłoby potencjalny zarzut, iż zakres zobowiązania Wykonawcy nie jest tożsamy z jego

zobowiązaniem zawartym w ofercie.

W oparciu o dokumenty, którymi dysponuje Odwołujący, absolutnie nic nie wskazuje na to, aby ziściła się przesłanka rezygnacji z postępowania, tj. aby system działał nieprawidłowo, a wręcz przeciwnie - dokumenty poświadczają prawidłowe działanie systemu SINB w strukturze UKNF.

Zamawiający dnia 5 listopada 2009 r. rozstrzygnął protest. Zamawiający odrzuca protest w całości. Uzasadnieniem konieczności odrzucenia protestu jest wniesienie po terminie, zgodnie z art. 180 ust. 7 Ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie może uznać, że Protestujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu w dniu 16 października 2009 r. W piśmie z dnia 16.10.2009 r. Zamawiający powołał się na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co przyznaje Protestujący w złożonym w

dnia 26.10.2009 r. protest. Zgodnie z art. 180 ust 2 protest wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Wykonawca ma prawo wnieść w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zgodnie z powyższym Protestujący powziął wiadomość o okolicznościach wniesienia protestu w dniu przekazania specyfikacji przez Zamawiającego, czyli w dniu 10.04.2009 r. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazanej Wykonawcom w dniu 10 kwietnia 2009 r. zamieścił następujący zapis: „Zamawiający oświadcza, że obecnie (stan na dzień 01.02.2009r.) realizowany jest projekt informatyczny, którego celem jest migracja systemu SINB z infrastruktury teleinformatycznej NBP do infrastruktury teleinformatycznej UKNF. Zamawiający zastrzega, że w przypadku braku możliwości pełnej migracji systemu SINB lub w przypadku nieprawidłowego funkcjonowania systemu SINB po jego migracji do infrastruktury teleinformatycznej UKNF, Zamawiający może zrezygnować z całości przedmiotu zamówienia.” W związku z faktem, że spełniły się przesłanki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający skorzystał z możliwości określonej na wcześniejszym etapie postępowania. Ponadto należy zwrócić uwagę, że Zamawiający, zamieszczając w specyfikacji zapis dotyczący ewentualnej możliwości rezygnacji z całości przedmiotu zamówienia działał w celu ochrony środków publicznych przed ich niecelowym i niegospodarnym wydatkowaniem, do czego zobowiązuje Zamawiającego ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych. Trudne do zaakceptowania jest twierdzenie Protestującego, że Zamawiający powinien zawrzeć umowę, której przedmiotem jest świadczenie usług serwisowych dla systemu, który nie działa w sposób prawidłowy. Takie działanie Zamawiającego byłoby naruszeniem zasad określonych w ustawie o finansach publicznych jak również zasad współzycia społecznego. Zamawiający nie zgadza się również z opinią Protestującego dotyczącą uchybień formalnych związanych z brakiem powiadomienia wszystkich Wykonawców o unieważnieniu postępowania. Zamawiający zobligowany jest do powiadomienia wszystkich Wykonawców w sytuacji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast jak słusznie zauważa Protestujący, Zamawiający nie unieważnił postępowania o udzielenie

zamówienia a jedynie skorzystał z możliwości, którą zastrzegł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający postanawia jak w na wstępie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wykazał interes prawny do wniesienia odwołania zgodnie z art.179 ust.1 ustawy PZP.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż protest wniesiony przez Odwołującego dotyczy treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem wniesiony jest z przekroczeniem terminu ustawowego.

Izba powyższemu stanowisku dała wyraz nie odrzucając odwołania, pomimo złożonego przez Zamawiającego na posiedzeniu wniosku o odrzucenie odwołania, z powodu złożenia protestu z przekroczeniem terminu ustawowego.

W ocenie Izby zarówno protest jak i odwołanie dotyczy decyzji Zamawiającego wyrażonej w piśmie z dnia 16.10.2009r., a nie jak uważa Zamawiający protest i odwołanie dotyczy treści zapisu SIWZ, którego treść poznał Odwołujący w dniu 10.04.2009r., a jak sam Odwołujący przyznał na rozprawie treść poniżej cytowanego zapisu SIWZ była już zaprezentowana w Ogłoszeniu o zamówieniu czyli cytując Odwołującego z rozprawy treść była jemu znana już w miesiącu lutym 2009r.

Izba podziela pogląd Odwołującego, iż zamieszczenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zapisu brzmiącego:

„Zamawiający zastrzega, że w przypadku braku możliwości pełnej migracji systemu SINB lub w przypadku nieprawidłowego funkcjonowania systemu SINB po jego migracji do infrastruktury teleinformatycznej UKNF, Zamawiający może zrezygnować w całości z przedmiotu zamówienia.”

jest zapisem bezskutecznym wobec prawa (bezprawnym), ponieważ czynność przewidziana w SIWZ jest czynnością, która nie mieści się w katalogu okoliczności faktycznych zobowiązujących zamawiających do unieważnienia postępowania zgodnie z

treścią art. 93 ust.1 ustawy PZP.

Sam Zamawiający zresztą na rozprawie przyznał, że jego czynność rezygnacji w całości z przedmiotu zamówienia nie mieści się w procedurze art.93 ust.1 ustawy PZP to jest stwierdził wprost, że jego czynność o której mowa w jego piśmie z dnia 16.10.2009r. nie jest czynnością unieważnienia postępowania.

Izba podziela prezentowane przez Odwołującego stanowisko, utrwalone w orzecznictwie zespołów arbitrów i KIO, zgodnie z którym niezgodne z prawem zastrzeżenia znajdujące się w SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i uważa się je za bezskuteczne.

Reasumując obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych jednoznacznie zabraniają Zamawiającemu podejmowania kroków w kierunku uchylecia się od obowiązku zawarcia umowy z danym wykonawcą, jeśli ustawa PZP wyraźnie nie nakazuje takiego zachowania, a nakaz taki jest określony w przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 93 ust. 1 ustawy PZP.

Czynność rezygnacji z przedmiotu postępowania, w zaistniałej sytuacji, jest tożsama z czynnością unieważnienia postępowania, i jako taka, może być dokonana wyłącznie w przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 93 ust. 1 PZP. Natomiast ustawodawca stworzył zamknięty katalog przesłanek zezwalających na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia i w ocenie Izby przesłanka ustalona w SIWZ Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie mieści się w żadnej z okoliczności wymienionych w art. 93 ust.1 ustawy PZP. Zresztą sam Zamawiający przyznał na rozprawie, że nie dokonał czynności unieważnienia postępowania.

Natomiast nawet gdyby przyznać Zamawiającemu, skuteczne prawo rezygnacji z przedmiotu zamówienia, to nie udowodnił on w toku postępowania odwoławczego, że faktycznie ziszcza się przesłanka zezwalająca mu na dokonanie tej czynności.

Reasumując w ocenie Izby, Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu w dniu 16.10.2009 r., a nie w dniu 10.04.2009r. czy nawet w m-cu lutym 2009r., to jest na skutek otrzymania pisma Zamawiającego z dnia 16.10.2009 r, a zatem składając protest w dniu 26.10.2009 r. Odwołujący uczynił zadość wymaganiom przepisu art. 180 ust. 2 ustawy PZP i jego odwołanie nie podlega odrzuceniu.

W ocenie Izby brak protestu ze strony Wykonawcy na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w zakresie przewidzianej możliwości rezygnacji z przedmiotu zamówienia jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego protestu, ponieważ bezprawne i bezzasadne sformułowania SIWZ nie odnoszą skutków prawnych pomimo braku ich zaskarżenia. Reasumując niezgodne z prawem zapisy SIWZ nie wywołują negatywnych skutków prawnych dla wykonawców.

Odwołujący w toku postępowania odwoławczego również wykazał, że gdyby uznać, iż Zamawiający ma prawo „rezygnować w całości z przedmiotu postępowania” na mocy umieszczonego w SIWZ zapisu, to i tak dokonana w toku przedmiotowego postępowania czynność Zamawiającego, polegająca na rezygnacji, nie może zostać uznana za legalną, jako że nie jest zgodnym z prawdą twierdzenie, iż ziszcza się przesłanka zezwalająca na jej dokonanie.

Bowiem Zamawiający nie przedstawił dowodów na poparcie swojej decyzji rezygnacji w całości z przedmiotu zamówienia. Z kolei Odwołujący na poparcie swojego twierdzenia, iż nie spełniły się okoliczności przewidziane w SIWZ przedstawił szereg dowodów w postaci dokumentów z podpisem Zamawiającego, a szczególności:

1. Raport z testów migracji systemu SINB,
2. Protokół Odbioru Migracji,
3. dokumentację z procesu testowania, na podstawie której został podpisany Raport

z testów, tj.: oryginalnymi wersjami raportów dziennych z testowania, podpisanymi przez osoby odpowiedzialne za proces testowania oraz pochodzącymi z wcześniej przygotowanego i uzgodnionego z UKNF dokumentu J*an *testowania*", wykonanymi scenariuszami testowymi, wraz z podpisami z których kopie Raportu z testów migracji systemu SINB oraz Protokołu Odbioru Migracji załączono do akt postępowania odwoławczego.

Obecny na rozprawie przedstawiciel Odwołującego oświadczył, że jako wykonawca dokonujący migracji systemu od poprzedniego użytkownika do Zamawiającego przeprowadzał testowanie systemu z taką szczegółowością jak przy wdrażaniu systemu a nie przy przeniesieniu systemu od jednego do drugiego użytkownika.

Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie zaprzeczył twierdzeniom i dowodom przedłożonym przez Odwołującego co do prawidłowego wykonania migracji systemu SINB z NBP do Zamawiającego, a będącego jednocześnie wykonawcą zamówienia, od powodzenia którego uzależniono możliwość przyznania zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający zapytany na rozprawie nie wykazał, że wobec Odwołującego będącego jednocześnie

wykonawcą migrowanego systemu SINB wniesiono jakiekolwiek zastrzeżenia.

Odwołanie Zamawiającego zasługuje na uwzględnienie z uwagi na to, że dokonany zapis w SIWZ umożliwiający Zamawiającemu rezygnację z całości zamówienia w przypadku nie wdrożenia lub niewłaściwego wdrożenia systemu informatycznego SINB w świetle przepisów prawa zamówień publicznych jest niezgodny z tymi przepisami prawa. Śaden z przepisów w szczególności ustawy prawo zamówień publicznych nie przewiduje prawa Zamawiającego do wycofania się z postępowania w toku jego trwania. Ustawa prawo zamówień publicznych reguluje procedurę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie przewiduje jednostronnego odstąpienia od postępowania przez Zamawiającego za wyjątkiem okoliczności przewidzianych w art. 93 ustawy PZP regulującego obowiązek Zamawiającego unieważnienia postępowania w sytuacji ziszczenia się przesłanek taksatywnie w nim wymienionych.

Sam Zamawiający na rozprawie przyznał, że podstawę pisma z dnia 16 października 2009r. skierowanego do Odwołującego o rezygnacji z postępowania przez Zamawiającego nie stanowiły żadne z przesłanek ustawowych obligujących Zamawiającego do unieważnienia postępowania a wyczerpująco wymienionych w art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający podejmując czynność rezygnacji z prowadzonego postępowania przywołał zapis znajdujący się w SIWZ.

Reasumując w tym zakresie Izba podziela stanowisko Odwołującego, który wskazał, że czynność dokonana przez Zamawiającego na podstawie zapisu SIWZ jest nieważna, ponieważ jest niezgodna z obowiązującymi przepisami w tym przypadku przepisami ustawy prawo zamówień publicznych, która reguluje procedurę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie przewiduje instytucji odstąpienia od prowadzenia postępowania z przyczyny rezygnacji z przedmiotu zamówienia.

Ponadto słuszne jest również stanowisko Odwołującego, który załączając do odwołania protokół odbioru prac związanych z migracją systemu informatycznego SINB z NBP do Zamawiającego oraz raport z przeprowadzonych testów potwierdzających prawidłowo wykonaną migrację systemu wykazał, że prace zostały wykonane i odebrane przez Zamawiającego bez zastrzeżeń. Natomiast zamawiający nie zaprzeczył na rozprawie wiarygodności wystawionych dokumentów oraz nie przedstawił dowodów wskazujących na wezwanie w terminie późniejszym Odwołującego, który był wykonawcą tychże prac do usunięcia wad. Odwołujący na rozprawie przyznał, że w jego ofercie przewidziano 1/3 czasu usługi na modyfikację systemu oprócz czynności podstawowych i konsultingu w zakresie serwisu systemu, który jest przedmiotem postępowania. Natomiast oświadczył, że po przeprowadzonych testach próbnym i podpisaniu Protokołu Odbioru Migracji systemu SINB

w dniu 04.05.2009r. Zamawiający nie zgłosił wad w funkcjonowaniu systemu SINB. Zamawiający zapytany na rozprawie nie wskazał dowodów na wzywanie Odwołującego do usuwania wad. Natomiast oświadczeniu Zamawiającego, że nie dokonał pełnej zapłaty za

migrację systemu SINB, Odwołujący zaprzeczył oraz stwierdził także, że nie był zawiadamiany o wystąpieniu wad w funkcjonowaniu systemu.

W tym stanie rzeczy samo twierdzenie Zamawiającego w piśmie z dnia 16.10. 2009r., że system nie osiąga krytycznej funkcjonalności parametrów nie jest wystarczającym dowodem na to, że system nie funkcjonuje lub funkcjonuje nieprawidłowo, w sytuacji gdy zaprzecza temu Odwołujący, jako wykonawca tychże prac, przedkładając na rozprawie dodatkowo dowody kompleksowych raportów testowania systemu po migracji.

Reasumując powyższe to jest potwierdzone naruszenie przez Zamawiającego art.93 ust.1 ustawy PZP przez brak przesłanek do unieważnienia postępowania oraz wykazanie przez Odwołującego dokonania pozytywnego odbioru procesu migracji systemu SINB oraz nie zgłoszenie, ze strony Zamawiającego do Odwołującego jako wykonawcy migracji systemu SINB, wad w użytkowaniu systemu SINB po jego migracji, Izba uwzględniła odwołanie orzekając jak w sentencji wyroku, ponieważ wykazane naruszenia przepisów ustawy PZP mają wpływ na wynik postępowania, a co zgodnie z art.191 ust.1a ustawy PZP powoduje uwzględnienie odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art.191 ust.6 i 7 ustawy PZP uwzględniając na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego się oraz wynagrodzenia jego pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....