

WYROK
z dnia 6 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Ewa Jankowska
Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Morski w Szczecinie, pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin** protestu z dnia 25 listopada 2008 r.

przy udziale **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić postępowanie.

1

2. Kosztami postępowania obciąża Urząd Morski w Szczecinie, pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Urząd Morski w Szczecinie, pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin** na rzecz **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z tytułu rozliczenia wpisu od odwołania oraz **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu nadpłaty kwoty wpisu, z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.**

Uzasadnienie

Zamawiający Urząd Morski w Szczecinie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę i wdrożenie elektronicznego obiegu dokumentów dla Urzędu Morskiego w Szczecinie*, w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21.05.2008 r. pod numerem 2008/S 97-130636.

05.11.2008 r. zamawiający poinformował Wykonawcę ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, że zgodnie z art. 94 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”, oraz zgodnie z rozdziałem XI ust. 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją, – uznał odwołującego za wykonawcę uchylającego

uzasadniając to wskazał, że pismem z dnia 15.10.2008 r. wezwał odwołującego do dokonania prezentacji oferowanego systemu, której celem było wykazanie czy oferowany system faktycznie posiada zadeklarowane funkcjonalności i czy są one dostępne i gotowe do użycia z wprowadzonymi danymi testowymi Zamawiającego. Prezentacja prowadzona była w dniach od 17 do 28 października 2008 roku. W wyniku weryfikacji danych uzyskanych przez zamawiającego podczas prezentacji zamawiający stwierdził, że oferowany przez odwołującego system nie zawiera deklarowanych w treści oferty wymaganych funkcjonalności oraz funkcjonalności dodatkowych. Tym samym Zamawiający stwierdził, że weryfikacja funkcjonalności systemu dokonana podczas prezentacji jednoznacznie wskazała, iż zamawiający dokonując wyboru oferty odwołującego działał pod wpływem błędu wywołanym przez odwołującego. Dlatego też zamawiający podjął decyzję o wdrożeniu procedury opisanej w rozdziale XI ust. 12 specyfikacji, zgodnie z art. 94 ust. 2 Pzp.

12.11.2008 r. zamawiający zrealizował wadium wniesione przez wykonawcę ComArch S.A., przy czym 23.12.2008 r. zamawiający cofnął wniosek o realizację gwarancji bankowej.

20.11.2008 r. wykonawca ComArch S.A. został powiadomiony o czynności zamawiającego będącej podstawą wniesienia protestu. Czynnością tą było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Sygnity S.A. Wykonawca ComArch S.A. został powiadomiony o tej czynności zamawiającego przeglądając stronę internetową zamawiającego. Zamawiający nie wystosował zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty do wykonawcy ComArch S.A.

25.11.2008 r. wykonawca ComArch S.A. złożył protest na:

- 1) wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sygnity S.A. na podstawie art. 91 ust. 1 i 2 Pzp;
 - 2) zaniechanie przekazania do protestującego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 92 ust. 1 Pzp;
 - 3) naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – art. 7 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie zawiadomienia protestującego o zaproszeniu wykonawcy Sygnity S.A. na prezentację systemu;
 - 4) zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.
- Wykonawca ComArch S.A. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 94 ust. 2, art. 92 ust. 1 pkt 1, art. 7 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp.

27.11.2008 r. (czwartek) zamawiający powiadomił wykonawcę Sygnity S.A. o wniesieniu protestu.

01.12.2008 r. (poniedziałek) wykonawca Sygnity S.A. przystąpił do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu.

05.12.2008 r. zamawiający oddalił protest przez zaniechanie rozstrzygnięcia protestu w ustawowym terminie, zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp.

10.12.2008 r. wykonawca ComArch S.A. (zwany dalej odwołującym) wniósł odwołanie na:

- 1) wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sygnity S.A. na podstawie art. 91 ust. 1 i 2 Pzp;
 - 2) zaniechanie przekazania do odwołującego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 92 ust. 1 Pzp;
 - 3) naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – art. 7 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie zawiadomienia odwołującego o zaproszeniu wykonawcy Sygnity S.A. na prezentację systemu;
 - 4) zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.
- W związku z powyższym odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej Sygnity S.A.;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.
Odwołujący zarzuca zamawiającemu
- 1) naruszenie przepisu art. 94 ust. 2 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Sygnity S.A. pomimo nie spełnienia przesłanek warunkujących dokonanie wyboru oferty w trybie tego przepisu;
- 2) naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1zz przez zaniechanie zawiadomienia odwołującego, jako wykonawcy, który złożył ofertę – o wyborze oferty Sygnity S.A.;
- 3) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 4) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, w której postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy.

22.12.2008 r. (pismo z 17.12.2008 r.) wykonawca Sygnity S.A. (zwany dalej przystępującym) przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

4

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i Przystępującego.

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu pierwszego – naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 94 ust. 2 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Sygnity S.A. (przystępującego) pomimo nie spełnienia przesłanek warunkujących dokonanie wyboru oferty w trybie tego przepisu skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej przychylił się do zarzutu stwierdzając, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Oferta odwołującego została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Następnie odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 31 października 2008 roku podpisaną zgodnie z zasadami reprezentacji umowę, sporządzoną zgodnie ze wzorem umowy załączonym do specyfikacji oraz na podstawie treści oferty odwołującego. Ponadto odwołujący wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy, w wysokości określonej w specyfikacji i odwołujący pismem z dnia 13 listopada 2008 roku wezwał zamawiającego do zawarcia umowy.

W świetle przytoczonych powyżej faktów przepis art. 94 ust. 2 Pzp nie może znaleźć zastosowania, gdyż nie wystąpiła żadna z przesłanek tam przytoczonych na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, poza ofertą wybraną pierwotnie jako ofertą najkorzystniejszą. Aby zastosować ten przepis wybrany wykonawca (odwołujący) (1) musiałby uchylać się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub (2) nie wnosić wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ze względu na obowiązek prowadzenia postępowania w formie pisemnej, zgodnie z art. 9 ust. 1 Pzp, zamawiający miał obowiązek posiadać pisemne dowody, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył oświadczenie o odmowie zawarcia umowy lub że odwołujący odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający nie dysponuje takimi dowodami, a wprost przeciwnie – odwołujący spełnił warunki do zawarcia z nim umowy, czyli złożył podpisaną przez siebie umowę do zamawiającego oraz wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy i nawet zwrócił się pisemnie do zamawiającego o zawarcie umowy.

5

Zamawiający nie może postanowieniami specyfikacji zmieniać unormowań zawartych w ustawach, a w tym w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Tymczasem zamawiający w rozdz. XI ust. 12 pkt 1 specyfikacji zastrzegł sobie cyt. „możliwość weryfikacji przed zawarciem umowy deklarowanych funkcjonalności wymaganych w SIWZ”, a w pkt 2 zamawiający stwierdził, że cyt. „W przypadku wykazania, że wybrany System nie będzie posiadać deklarowanej przez Wykonawcę funkcjonalności lub weryfikacja w wyznaczonym terminie nie odbędzie się z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, zostanie to uznane za uchylenie się przez Wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, o którym mowa w art. 94 ust. 2 ustawy.”. Tak daleko idąca interpretacja treści przepisu art. 94 ust. 2 Pzp nie może być uznana, jako jego właściwe zastosowanie. Tym bardziej, że odwołujący wniósł we właściwym terminie zabezpieczenie oraz nie składał oświadczenia o odstąpieniu od podpisania umowy, a wprost przeciwnie – domagał się na piśmie jej zawarcia.

Ponadto zamawiający nie dysponuje wiarygodnym dokumentem z przeprowadzonej prezentacji oferty odwołującego. Zamawiający sporządził protokół z tej prezentacji, ale przedstawiciel odwołującego odmówił podpisania tego protokołu, gdyż zamierzał wnieść do protokołu uwagi. Zgodnie z przyjętymi zwyczajami, zainteresowany powinien mieć możliwość wniesienia do protokołu uwag czy żądań zmiany treści poszczególnych ustaleń zawartych w takim dokumencie. Obie strony zaniechały dokonania czynności doprowadzających do sporządzenia protokołu o treści satysfakcjonującej obie strony. Jednak to przede wszystkim na zamawiającym spoczywa obowiązek pisemnego prowadzenia postępowania i w związku z tym doprowadzenia wszystkich dokumentów do stanu spełniającego wymogi formy pisemnej, czyli podpisania dokumentu takiego jak protokół przez zainteresowane strony.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska odwołującego i uznaje zarzut za zasadny, iż zamawiający naruszył art. 94 ust. 2 Pzp przez dokonanie wyboru oferty przystępującego pomimo nie spełnienia przesłanek zawartych w tym przepisie.

W zakresie zarzutu drugiego i trzeciego – naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie zawiadomienia odwołującego, jako wykonawcy, który złożył ofertę, o wyborze oferty przystępującego oraz – naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej przychyliła się do zarzutów stwierdzając, że zasługują one na uwzględnienie.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie zawiadomienia odwołującego – jako wykonawcy, który złożył ofertę – o wyborze oferty przystępującego.

6

Głównym celem ustanowienia tego przepisu było umożliwienie zainteresowanym zastosowania środków ochrony prawnej w możliwie najszybszym terminie. Należy stwierdzić, że zamawiający nie uniemożliwił odwołującemu zastosowania środków ochrony prawnej, jednak Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że wobec naruszenia przez zamawiającego tego przepisu samo postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego znacznie się przedłużyło. Jednak samo pominięcie powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty zwykle nie ma wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, a zatem powinien otrzymać informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i powodach odrzucenia pozostałych ofert. Samo opublikowanie takich informacji na stronie internetowej zamawiającego nie zwalnia zamawiającego od dołożenia należytej staranności i powiadomienia bezpośrednio wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty o ustaleniach zamawiającego, określonych w art. 92 ust. 1 Pzp.

W badanym postępowaniu naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 Pzp miało bezpośredni związek z naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający przed dokonaniem prezentacji przez odwołującego powiadomił wykonawcę przystępującego o swoim wyborze i prezentacji odwołującego. Na prezentacji był obecny przedstawiciel przystępującego. Zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, na

prezentację przystępującego powinien być zaproszony odwołujący. Jednak ze względu na zaniechanie poinformowania o dokonaniu wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej i poniechaniu zaproszenia odwołującego na prezentację przystępującego nie mógł przybyć przedstawiciel odwołującego.

Należy zauważyć, że jeżeli zamawiający w pierwszym przypadku zaprosił na prezentację odwołującego drugiego wykonawcę, czyli przystępującego, to bez względu na postanowienia specyfikacji był obowiązany równo traktować wszystkich wykonawców i na prezentację przystępującego, zamawiający był obowiązany zaprosić odwołującego (w postępowaniu były złożone tylko dwie oferty).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że ani zamawiający, ani przystępujący nie wykazali, że uchybienie to nie miało wpływu na wynik postępowania. Jednak zgodnie z postanowieniami rozdz. XI ust. 12 prezentacja może odbywać się tylko jeden raz oraz zgodnie z charakterem takiej prezentacji i jej celem nie jest to czynność, która może zostać powtórzona. Szczególnie, że od kwestionowanej prezentacji upłynął już znaczny czas, kiedy mogły się zmienić i zapewne zmieniły się warunki dokonania prezentacji.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska odwołującego i uznaje zarzuty drugi i trzeci za zasadne, iż zamawiający naruszył

7

art. 92 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zawiadomienia odwołującego o wyborze oferty przystępującego oraz przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie zarzutu czwartego – naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, w której postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej przychyliła się do zarzutu stwierdzając, że zasługuje on na uwzględnienie.

Wskazane przez odwołującego naruszenia przez zamawiającego ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, jak również dokonywane niezgodnie z przepisami tej ustawy czynności poprzedzające dokonanie wyboru oferty wykonawcy poprowadzą do sytuacji, w której zawarcie ważnej umowy nie jest możliwe.

Po pierwsze – w postępowaniu w chwili obecnej istnieją jednocześnie dwie oferty uznane przez zamawiającego za najkorzystniejsze, przy czym wybór oferty odwołującego został ostatecznie potwierdzony orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2008 roku (syg. akt: KIO/UZP/1041/08), żadna z przedmiotowych ofert nie uległa odrzuceniu i obydwaj wykonawcy domagają się zawarcia właśnie z nimi umowy w badanym postępowaniu. Jednak w postępowaniu zamawiający może wybrać tylko jedną ofertę.

Wybór z kolei oferty przystępującego bez ponownej oceny ofert został dokonany z naruszeniem art. 94 ust. 2 Pzp, gdyż nie doszło w postępowaniu ze strony odwołującego ani do odmowy zawarcia umowy, ani do odmowy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ponadto zamawiający nie działał w ramach przepisu art. 94 ust. 2 Pzp, który zamawiający zobowiązany jest stosować. Zamawiający nie może ustanawiać w specyfikacji możliwości „uznania” ze względu na całkiem inne zachowanie, iż wybrany wykonawca uchyla się od zawarcia umowy.

Ponadto zamawiający przeprowadził prezentację oferty przystępującego w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 Pzp, a sama prezentacja zgodnie ze swoją istotą, zgodnie z postanowieniami specyfikacji oraz ze względu na upływ czasu nie może być obecnie powtórzona.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 92 ust. 2, art. 94 ust. 2 Pzp, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania i w związku z tym zasła przesłanką określoną w art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp obligującą zamawiającego do unieważnienia postępowania w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

8

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa na podstawie złożonych rachunków przyznano kwotę 3 600 zł stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

9

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok/postanowienie* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*

10