

POSTANOWENIE
z dnia 18 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Marek Koleśnikow
Izabela Kuciak

Protokolant: Dorota Witek

po rozpoznaniu na posiedzeniu /rozprawie* w dniu /w dniach* 18 grudnia 2008 r.
w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana**
Pawła II 39a od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Morski w Szczecinie, 70-207**
Szczecin, pl. Stefana Batorego 4 protestu /protestów* z dnia 12 listopada 2008 r.

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

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a
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., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a**.

2

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 w dniu 21 maja 2008 roku pod numerem 2008/S 97-130636

Dnia 5 listopada 2008 roku Zamawiający poinformował Wykonawcę ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie (zwanym dalej Odwołującym), iż zgodnie z przepisem art. 94 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia – rozdział XI ust. 12 – uznał Odwołującego za wykonawcę uchylającego się od zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadniając wskazał, że pismem z dnia 15 października 2008 roku 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 i jej przebieg nagrywany był za zgodą obydwu stron. Po zakończeniu prezentacji przedłożona Odwołującemu protokół zawierający wnioski z przeprowadzonych czynności, którego podpisania odmówił przedstawiciel Odwołującego. W wyniku weryfikacji danych uzyskanych przez Zamawiającego podczas prezentacji stwierdzono, że oferowany przez Odwołującego system nie zawiera deklarowanych w treści oferty funkcjonalności podstawowych wymaganych na dzień złożenia oferty oraz funkcjonalności dodatkowych. Tym samym Zamawiający stwierdził, że weryfikacja funkcjonalności systemu dokonana podczas prezentacji jednoznacznie wskazała, iż Zamawiający dokonując wyboru oferty ComArch S.A. działał pod wpływem błędu wywołanego przez Odwołującego. Dlatego też podjęcie decyzji i wdrożenie procedury opisanej w rozdziale XI ust. 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia było w pełni uzasadnione.

Dnia 12 listopada 2008 roku Odwołujący wniósł protest na czynności Zamawiającego polegające na:

- 1) uznanie ComArch S.A. za Wykonawcę uchylającego się od zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) wdrożenie procedury opisanej w rozdziale XI ust. 12 s.i.w.z.,
- 3) zaniechanie zawarcia z ComArch S.A. umowy o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu

3

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 94 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez bezpodstawne uznanie, wbrew przesłankom określonym w tym przepisie, iż ComArch S.A. uchyla się od zawarcia umowy, a także wywodzenie z tego dalszych skutków prawnych,
- 2) przepisu art. 94 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie zawarcia umowy z wykonawcą zamówienia publicznego, do czego zobowiązany jest Zamawiający

żądając:

- 1) unieważnienia czynności uznania ComArch S.A. za Wykonawcę uchylającego się od zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) unieważnienia czynności "wdrożenia procedury opisanej w Rozdziale XI ust 12 SIWZ",
- 3) zawarcie z ComArch S.A. umowy o udzielenie zamówienia publicznego w ww. postępowaniu

Uzasadniając podnosił, iż Zamawiający dokonał czynności wymienionych w piśmie z dnia 5 listopada 2008 roku powołując się na przepis art. 94 ust 2 Ustawy. Tymczasem przepis ten absolutnie nie stanowi i nie może stanowić żadnej podstawy do "uznania", iż wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy. Przepis art. 94 ust 2 ustawy określa wyłącznie przesłanki, po ziszczeniu których Zamawiający ma możliwość dokonania wyboru kolejnej najkorzystniejszej oferty - bez przeprowadzania ponownej oceny ofert „Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny, chyba że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1”.

Powyższe przesłanki są wymienione w sposób enumeratywny, co powoduje, iż Zamawiający może dokonać wyboru oferty kolejnego wykonawcy tylko i wyłącznie wówczas, gdy dojdzie do ziszczenia którejkolwiek z nich. Przesłanki te leżą wyłącznie w sferze faktów, a nie w sferze swobodnego uznania Zamawiającego, który nie może w żaden sposób domniemywać uchylania się przez wybranego Wykonawcę od zawarcia umowy. Zgodnie z Komentarzem do Ustawy pod red. Tomasza Czajkowskiego, Wydawnictwo UZP z 2007 roku „Za uchylanie się wykonawcy od zawarcia umowy należy uznać odmowę podpisania umowy w dniu określonym przez zamawiającego”. Tymczasem Zamawiający nawet nie wyznaczył Protestującemu takiego terminu. W związku z powyższym Odwołujący stanowczo stwierdza - a czego Zamawiający ma pełną świadomość - iż w odniesieniu do ComArch S.A. nie zaszła

żadna z przesłanek określonych w powyższym przepisie. Przeczą temu powołane na wstępie uzasadnienia okoliczności faktyczne, których Zamawiający nie może zanegować.

"Uznanie" przez Zamawiającego, iż ComArch S.A. uchyla się od zawarcia umowy w sytuacji, w której niejako na biurku obok leży podpisana przez ComArch S.A. umowa, jak i gwarancja bankowa, zabezpieczająca należyte wykonanie umowy, jest całkowicie niezrozumiałe i wręcz absurdalne. Powyższe działanie Zamawiającego stanowi kardynalne naruszenie przepisów prawa określonych w ustawie Pzp.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, iż wyłącznym źródłem określającym przesłanki uchylania się wybranego wykonawcy od zawarcia umowy jest ustawa Prawo zamówień publicznych, a konkretnie jej przepis art. 94 ust 2. Źródła takiego nie mogą w żadnym wypadku stanowić postanowienia SIWZ, na które powołuje się Zamawiający, bowiem specyfikacja nie jest źródłem prawa i jej postanowienia nie mogą modyfikować, ani obalać przepisów Ustawy. Samo wskazanie zawarte w SIWZ nie może usprawiedliwiać i czynić legalną czynność Zamawiającego, której podstawy są odmiennie uregulowane w Ustawie.

Odnosząc się z kolei do stwierdzenia Zamawiającego, iż „*podjęcie decyzji i wdrożenie procedury opisane w Rozdziale XI ust 12 SIWZ było w pełni uzasadnione*” Odwołujący wskazał, iż każda czynność mająca swoje źródło w dokonaniu z naruszeniem art. 94 ust 2 ustawy Pzp powyższym "uznaniu" również jest niezgodna z ustawą Pzp. Czynność zastosowania procedury, o której wspomina Zamawiający, nie znajduje w tej sytuacji żadnego oparcia w ustawie Pzp.

Odwołujący podkreślił, iż przepisy ustawy Pzp mają charakter wysoce sformalizowany i nie dają podstawy w zakresie zamówień publicznych do podejmowania przez Zamawiającego jakichkolwiek uznaniowych (arbitralnych) decyzji. Przepisy te są zaś jedyną podstawą czynności, do których dokonania uprawniony jest Zamawiający. W tej sytuacji Odwołujący domagał się unieważnienia ww. czynności, jako stanowiących oczywistą obrazę przepisów i zasad określonych w ustawie Pzp. Jednocześnie wskazał, iż Zamawiający zaniechał zawarcia umowy z Odwołującym, do czego jest zobowiązany na podstawie art. 94 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie, z którym „*Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie później jednak niż przed upływem terminu związania ofertę*”. W powołanym wyżej Komentarzu do Ustawy, w odniesieniu do ww. przepisu czytamy, iż „*W wariantach podstawowym wykonawcą zamówienia publicznego jest ten wykonawca, którego oferta została wybrana w postępowaniu o udzielenie zamówienia jako oferta najkorzystniejsza*”. W przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą została uznana przez Zamawiającego oferta Odwołującego i to z nim Zamawiający ma obowiązek zawarcia umowy, bowiem to on jest „*wykonawcą zamówienia publicznego*”. Czynność wyboru oferty, jeżeli jest dokonana w sposób ostateczny (nie przysługują już na nią środki ochrony prawnej) - z czym mamy do

czynienia niniejszej sytuacji - zamyka definitywnie kwestię określenia wykonawcy, który będzie realizował zamówienie i nie mogą tego zmienić żadne, dodatkowe, dokonywane po tym wyborze czynności Zamawiającego. Wskazał, iż nawet tych dodatkowych czynności Odwołujący dopełnił - przeprowadził bowiem zgodnie z prośbą Zamawiającego prezentację (przy czym podkreślamy, iż w świetle ustawy Pzp nie jest ona warunkiem zawarcia umowy).

Odwołujący wezwał Zamawiającego pismem z dnia 31 października 2008 roku do zawarcia umowy, czym zrealizował - jako wykonawca zamówienia publicznego - przysługujące mu roszczenie o zawarcie umowy w sytuacji, w której to Zamawiający uchyla się od zawarcia pisemnej umowy wymaganej przepisami ustawy (art. 139 ust 2 Ustawy).

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, dnia 14 listopada 2008 roku przystąpił Wykonawca Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, w ustawowym terminie protestu nie rozstrzygnął, co zgodnie z przepisem art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznaje się za jego oddalenie.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 2 grudnia 2008 roku wniósł Odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu

naruszenie przepisu art. 94 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez bezpodstawne uznanie, wbrew przesłankom określonym w tym przepisie, iż ComArch S.A. uchyla się od zawarcia umowy, a także wywodzenie z tego dalszych skutków prawnych, wnosząc o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności uznania ComArch S.A. za Wykonawcę uchylającego się od zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności „wdrożenia procedury opisanej w rozdziale XI ust. 12 s.i.w.z.”.

Dnia 17 grudnia 2008 roku do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

6

Takie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wywołane zostało na skutek żądań, jakie przedstawił Odwołujący w treści odwołania. Odwołujący żądał nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności uznania ComArch S.A. za Wykonawcę uchylającego się od zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności „wdrożenia procedury opisanej w rozdziale XI ust. 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Jako podstawę stawiania takich żądań wskazał naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 94 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez bezpodstawne uznanie, wbrew przesłankom określonym w tym przepisie, iż ComArch S.A. uchyla się od zawarcia umowy, a także wywodzenie z tego dalszych skutków prawnych.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stoi na stanowisku, iż zakres kompetencji w granicach orzekania, co do możliwości uwzględnienia czy też oddalenia odwołania nie mogą dotyczyć czynności zamawiającego wykraczających poza sferę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ta zaś zdaniem Izby kończy się generalnie, prawomocnym wyborem przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej.

Tym samym Izba rozpoznając zarzuty i żądania przedstawione w treści przedmiotowego odwołania zmuszona by była do orzekania ponad uprawnienia wynikające z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Analiza wyżej cytowanych żądań, przy ich do jednoznacznego uwzględnieniu, jednoznacznie prowadziłaby nakazania Zamawiającemu zawarcia umowy. Powyższe zaś, pozostaje w sprzeczności z treścią przepisu art. 191 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, który jednoznacznie stanowi, iż Izba nie może nakazać zawarcia umowy.

Zdaniem Izby, nawet przypuszczenie, że rozstrzygnięcie odwołania mogłoby doprowadzić do naruszenia przepisu art. 191 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wyklucza możliwość rozpoznania odwołania na rozprawie. Tym samym Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 1 w związku z art. 191 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejsze 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*