

Sygn. akt: KIO 158/12

**WYROK**  
**z dnia 8 lutego 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2012 r. przez **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach**

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego w Katowicach** na rzecz **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę i wdrożenie Podsystemu monitoringu i kontroli przepływu pracy w jednostkach administracji zespolonej*.

W dniu 26 stycznia 2012 r. wykonawca Comarch S.A. wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 84 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 91 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 17 stycznia 2012 r. został powiadomiony przez Zamawiającego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ze względu na fakt złożenia przez Odwołującego dwóch różnych ofert, co jest niezgodne z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp i skutkuje odrzuceniem ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. Ponadto Zamawiający poinformował, że jednocześnie postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego czynność unieważnienia postępowania była niezgodna z przepisami ustawy Pzp.

Po pierwsze Odwołujący podniósł, że złożył tylko jedną ofertę, która została zmieniona przed upływem terminu składania ofert. Wskazał, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upływał w dniu 24 listopada 2011 r. o godz. 10.00. Przed upływem tego terminu, w dniu 23 listopada 2011 r. ok. godz. 9.30 Odwołujący złożył w siedzibie Zamawiającego ofertę. Następnie, korzystając z uprawnienia określonego w art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący w dniu 24 listopada 2011 r. ok. godz. 9.00 (tj. przed upływem terminu składania ofert) dokonał zmiany oferty, poprzez zastąpienie formularza ofertowego nowym formularzem, z inną (obniżoną w porównaniu do pierwotnej) ceną. Zmieniony formularz oferty został umieszczony w kopercie z napisem *Zmiana*. Zdaniem Odwołującego, skorzystanie z uprawnienia do zmiany oferty nie narusza wynikającego z art. 82 ust. 1 ustawy zakazu składania więcej niż jednej oferty. W dalszym ciągu jest to jedna oferta, tyle że jej treść zostaje zmieniona.

Odwołujący zaznaczył, że z podpisanego przez członków Komisji Przetargowej Zamawiającego dokumentu pt. *Informacja z otwarcia ofert. w dniu 24 listopada 2011 r.*

o godz. 11.00. wynika, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta tj. oferta COMARCH S.A., z ceną ofertową brutto 4.040.550,00 zł (a więc ceną podaną w formularzu zamieszczonym w kopercie oznaczonej jako *Zmiana*). Podczas otwarcia ofert nikt nie zgłosił uwagi, jakoby wpłynęły dwie oferty bądź zmiana oferty miałyby być niewłaściwa. Dla wszystkich obecnych podczas otwarcia ofert jasnym i oczywistym było, że wpłynęła jedna oferta z jedną ceną w wysokości wynikającej z dokonanej przez wykonawcę zmiany. Powyższe świadczy zdaniem Odwołującego o tym, iż w chwili otwarcia ofert Zamawiający był w pełni świadomy, że odczytywany formularz ofertowy jest formularzem po zmianie treści oferty zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy i nie ma do czynienia z dwoma ofertami tego samego wykonawcy.

Odwołujący powołał się na przepis art. 65 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zdaniem Odwołującego, z całokształtu okoliczności wynika, że dokonał on zmiany złożonej w dniu 23 listopada 2011 r. oferty, poprzez zastąpienie złożonego pierwotnie formularza, formularzem złożonym 24 listopada 2011 r. Taka była rzeczywista wola wykonawcy i tak zrozumiał dokonaną czynność Zamawiający.

Odwołujący wskazał ponadto, że drugą podstawą unieważnienia postępowania był przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający podał, że *w myśl wymagań Zamawiającego oraz zgodnie ze zobowiązaniem zawartym w ofertach część Zadania 1 „Rozbudowa SODIS na potrzeby AZ” miała zostać zrealizowana z płatnością do końca IV kwartału 2011 r. Ponieważ zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem w ofercie, a wykonanie tego zobowiązania jest w chwili obecnej niemożliwe do spełnienia, zawarcie umowy skutkowałoby umową o świadczenie niemożliwe.*

Odnosząc się do tej podstawy unieważnienia postępowania Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego przedmiotowe nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący stwierdził, że ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED 19 października 2011 r., a termin składania ofert upływał w dniu 24 listopada 2011 r. o godz. 10.00. Zatem Zamawiający od początku miał świadomość, że odnośnie do Zadania 1 jedna z trzech płatności jest przewidywana w SIWZ na IV kwartał 2011 r. Pomimo to, dopiero w piśmie z dnia 17 stycznia 2012 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania i to na innej podstawie (art. 93 ust. 1 pkt 1). W oparciu o termin jednej z trzech przewidywanych w SIWZ płatności dotyczących Zadania 1, Zamawiający jednocześnie poinformował o tym,

że postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie o tym, że unieważnia postępowania na tej podstawie.

Zdaniem Odwołującego, upływ terminu na dokonanie jednej z trzech płatności przewidywanych w SIWZ dla Zadania 1, nie jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący podniósł, że Zamawiający zupełnie pomija postanowienia SIWZ przewidujące, że *przed podpisaniem umowy Wykonawca, którego oferta została wybrana, zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu: - w terminie 3 dni od daty przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej – opracowanego w uzgodnieniu z Zamawiającym szczegółowego (ze wskazaniem dat realizacji wszystkich etapów i zadań) Harmonogramu Prac, o którym mowa w umowie, - opracowanego w uzgodnieniu z Zamawiającym szczegółowego harmonogramu płatności.* W ocenie Odwołującego, w świetle powyższych postanowień SIWZ żadnego znaczenia nie ma upływ terminu jednej z płatności przewidzianej w SIWZ na IV kwartał 2011 r., skoro termin ten upłynął w trakcie postępowania, przed zawarciem umowy o zamówienie. Upływ tego terminu oznacza tylko tyle, że w 2011 r. nie zostanie już dokonana żadna płatność. Z uwzględnieniem tej okoliczności przed zawarciem umowy opracowane będą musiały zostać wspólnie z Zamawiającym harmonogramy prac i płatności, jak i będą musiały zostać wypełnione kwoty poszczególnych transz wynagrodzenia za realizację Zadania 1 (§12 ust. 2 pkt 1 projektu umowy wg załącznika nr 4 do SIWZ). Odwołujący podkreślił również, że pkt VII.3 ppkt 1 SIWZ oraz §22 ust. 1 projektu umowy przewidują możliwość zmiany treści umowy, w tym sposobu realizacji przedmiotu umowy - ppkt 3, ppkt 5.

Zdaniem Odwołującego, upływ terminu na dokonanie jednej z płatności nie spowoduje zmiany zakresu świadczenia. Nie można więc twierdzić, że zawarta umowa byłaby umową o świadczenie niemożliwe, o której mowa w art. 387 §1 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz powtórzenia czynności oceny oferty i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 października 2011 r. Zgodnie z ogłoszeniem (pkt

IV.3.4) oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia (pkt VI.1), termin składania ofert upływał w dniu 24 listopada 2011 r. o godz. 10.00.

We wzorze formularza oferty (załącznik nr 3 do SIWZ), Zamawiający zamieścił zestawienie zadań składających się na przedmiot zamówienia, określające daty rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych zadań oraz liczbę i terminy płatności. Wykonawcy zobowiązani byli wypełnić kolumnę dotyczącą ceny brutto za poszczególne zadania. Wg przedmiotowego zestawienia, data rozpoczęcia zadania nr 1 przewidziana została na IV kwartał 2011 r., data zakończenia – IV kwartał 2012 r., a terminy płatności: IV kwartał 2011 r., III kwartał 2012 r. oraz IV kwartał 2012 r.

Oferta Odwołującego (zgodnie z adnotacją na kopercie), z ceną 4.849.029,00 zł, została złożona 23 listopada 2011 r. o godz. 9.10. Następnie, w dniu 24 listopada 2011 r. o godz. 9.00 (tj. przed upływem terminu składania ofert), Odwołujący złożył nowy formularz ofertowy (z ceną 4.040.550,00 zł), który zamieścił w kopercie z adnotacją *Zmiana*. Komisja przetargowa, w pisemnej informacji z otwarcia ofert, podała, że w postępowaniu złożona została jedna oferta, z ceną 4.040.550,00 zł.

Pismem z 17 stycznia 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawcę o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający podał, że *w postępowaniu wpłynęły dwie oferty złożone przez Wykonawcę Comarch S.A. (...). Pierwsza oferta została złożona w siedzibie Zamawiającego w dniu 23.11.2011 r. (...) Druga oferta została złożona w siedzibie Zamawiającego w dniu 24.11.2011 r. w kopercie z dopiskiem „zmiana”*. Zamawiający stwierdził, że *jakkolwiek koperta ta nosiła dopisek „zmiana”, to jednak w swojej zawartości nie zawierała żadnego oświadczenia woli określającego zmiany, jakie Wykonawca wprowadza w stosunku do wcześniej złożonej oferty, a jedynie złożony po raz drugi formularz ofertowy z ceną*. Powyższe doprowadziło do zaistnienia stanu faktycznego, w którym Wykonawca złożył dwie różne oferty cenowe w przedmiotowym postępowaniu, co jest niezgodne z art. 82 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych i skutkuje odrzuceniem ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych*.

Ponadto Zamawiający poinformował, że *postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W myśl wymagań Zamawiającego oraz zgodnie ze zobowiązaniem zawartym w ofertach część Zadania 1 „Rozbudowa SODIS na potrzeby AZ” miała zostać zrealizowana z płatnością do końca IV kwartału 2011 r. Ponieważ zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem*

w ofercie, a wykonanie tego zobowiązania jest w chwili obecnej niemożliwe do spełnienia, zawarcie umowy skutkowałoby umową o świadczenie niemożliwe.

**Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację Odwołującego, co do braku podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może złożyć jedną ofertę. Z kolei art. 84 ust. 1 tej ustawy przyznaje wykonawcy prawo do zmiany lub wycofania oferty przed upływem terminu składania ofert.

Bezsporne między stronami jest, że zarówno pierwotny, jak i zmieniony formularz ofertowy, zostały złożone w siedzibie Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający zinterpretował ten fakt jako niedopuszczalne złożenie dwóch ofert przez jednego wykonawcę. W ocenie Izby stanowisko takie pozbawione jest podstaw faktycznych oraz oparcia w przepisach prawa.

Izba stanęła na stanowisku, że złożenie nowego formularza oferty w kopercie opatrzonej adnotacją *Zmiana*, jednoznacznie wskazuje, że działanie Odwołującego ukierunkowane był na dokonanie zmiany w uprzednio złożonej ofercie. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że brak wyraźnego oświadczenia woli o zmianie oferty, należy uznać za złożenie dwóch ofert. Mimo braku takiego oświadczenia, złożonego w formie pisemnej, okoliczności, w jakich nowy formularz oferty został złożony, nie pozostawiają wątpliwości, że wykonawca działał w celu zmiany uprzednio złożonej oferty. Po pierwsze, nowy formularz oferty został złożony w kopercie z dopiskiem *Zmiana*, a formularz ten został podpisany przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy. Po drugie, wykonawca nie złożył kompletu dokumentów składających się na obligatoryjną zawartość oferty, a jedynie sam formularz, w którym zaoferował nową, niższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia. Ponadto, pozbawiona racjonalnych podstaw byłaby teza, że wykonawca, który jest profesjonalnym podmiotem uczestniczącym w rynku zamówień publicznych, dążyłby do niedozwolonego złożenia dwóch ofert (z konsekwencji czego musiałby sobie zdawać sprawę).

Okoliczności te Zamawiający miał obowiązek wziąć pod uwagę, jak bowiem stanowi przepis art. 65 Kodeksu cywilnego, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Uzasadnieniem unieważnienia postępowania nie są wnioski Centralnego Biura Antykorupcyjnego, przedstawione w wyniku przeprowadzonych czynności analityczno-informacyjnych, na co powoływał się Zamawiający. Wnioski te, które nie są nawet wynikiem sformalizowanego postępowania kontrolnego i nie mają charakteru zaleceń pokontrolnych, nie zdejmują z Zamawiającego odpowiedzialności za decyzję o unieważnieniu postępowania. Zawierają one rekomendację rozważenia uwag przedstawionych w piśmie CBA, w celu ewentualnego unieważnienia postępowania. Nie zmienia to faktu, że podmiotem odpowiedzialnym za prawidłowość tej decyzji pozostaje Zamawiający.

Podsumowując, należy stwierdzić, że Odwołujący dokonał skutecznej zmiany oferty przed upływem terminu składania ofert, w ramach uprawnienia przysługującego mu na podstawie art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie zaistniała również, zdaniem Izby, podstawa do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Po pierwsze należy stwierdzić, że zmiana terminu płatności pierwszej transzy wynagrodzenia ani przesunięcie terminu rozpoczęcia pierwszego etapu realizacji zamówienia, nie powoduje zmiany zakresu świadczenia wykonawcy. Zakres świadczenia obejmuje to, co wykonawca zobowiązuje się zrealizować. Niemożliwość rozpoczęcia prac w terminie umożliwiającym rozliczenie części pierwszego zadania w IV kwartale 2011 r. w żaden sposób zakresu tego nie zmienia, nie jest również przesłanką unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie bez znaczenia jest tu fakt, że planując rozpoczęcie realizacji zadania nr 1 na IV kwartał 2011 r. Zamawiający wszczął postępowanie 19 października 2011 r., z terminem otwarcia ofert na 24 listopada 2011 r., a decyzję o unieważnieniu postępowania podjął dopiero 17 stycznia 2012 r., tj. prawie dwa miesiące po otwarciu ofert. W tych okolicznościach uzasadnianie konieczności unieważnienia postępowania niemożliwością wykonania części zadania nr 1 z płatnością do końca IV kwartału 2011 r., jest tym bardziej bezpodstawne.

W związku ze stwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie zostało uwzględnione.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....