

Sygn. akt: KIO 1675/20

POSTANOWIENIE
z dnia 14 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 14 sierpnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia e-Instytucja.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marszałkowska 58 i Comtegra Spółka Akcyjna z siedziba w Warszawie, ul. Puławska 474** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Sorkwity w Sorkwitach, ul. Olsztyńska 16A**

przy udziale **wykonawcy Madkom Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, Al. Zwycięstwa 96/98** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1675/20 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł. 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia e-Instytucja.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marszałkowska 58 i Comtegra Spółka Akcyjna z siedziba w Warszawie, ul. Puławska 474 tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację, dostawę i wdrożenie systemów informatycznych, digitalizację zasobów informacji przestrzennej oraz uruchomienie e-usług publicznych z dostawą niezbędnego sprzętu w ramach realizacji projektu „Uruchomienie e-usług i elektronicznego dostępu do informacji przestrzennej w Gminie Sorkwity” - część 1 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2020/S 069-164489 dnia 7 kwietnia 2020 r.

W dniu 10 lipca 2020r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia e-Instytucja.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marszałkowska 58 i Comtegra Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474 o odrzuceniu ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W dniu 20 lipca 2020r. odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia e-Instytucja.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marszałkowska 58 i Comtegra Spółka Akcyjna z siedziba w Warszawie, ul. Puławska 474 – dalej zwani odwołującym, wnieśli odwołanie wobec czynności oraz zaniechań, jakich dopuścił się zamawiający, a mianowicie:

- 1) czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) braku uzasadnienia prawnego podjętej czynności odrzucenia oferty odwołującego, który to brak uzasadnienia rozumiany jest jako wskazanie pozornej podstawy prawnej, niemającej nic wspólnego z przedstawionym przez zamawiającego uzasadnieniem faktycznym;
- 3) zaniechanie zbadania próbki oferowanego przez odwołującego Oprogramowania Aplikacyjnego (w treści jako: „próbka”) pomimo, że zgodnie z procedurą określoną w postanowieniach dokumentacji postępowania (wskazanych w dalszej części odwołania), badanie próbki było nie tylko możliwe, ale też uzasadnione i konieczne; a także, jako uprzednio dokonane lub zaniechane, lecz wywołujące skutki prawne dopiero z dniem 10 lipca 2020 roku:
- 4) bezpodstawne, a ponadto naruszające przepisy prawa z uwagi na niejednoznaczność - wezwanie dokonane w dniu 24.06.2020 r. odwołującego do uzupełnienia przez niego tej próbki, dokonane na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, co in fine wywołało właśnie skutek odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) zaniechanie zastosowania przepisu art. 58 ust. 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy względem powyższego (dokonanego w dniu 24.06.2020 r.) wezwania odwołującego

do uzupełnienia próbki i uznanie tej czynności za bezpodstawną, bezprawną i niewywołującą skutków.

Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu lidera konsorcjum – e-Instytucja.pl upoważnionego do samodzielnej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS i działającego w imieniu partnera na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 maja 2020r. udzielonego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 3 sierpnia 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez nieuzasadnione jego zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego; zamawiający nie ma jakichkolwiek podstaw faktycznych by uznać niezgodność oferty odwołującego, jako, że nie zbadał próbki złożonej przez odwołującego;

- art. 92 ustawy przez brak przedstawienia uzasadnienia prawnego podjętej przez zamawiającego czynności, przy czym określenie pozornej podstawy prawnej w ocenie odwołującego wypełnia znamiona braku uzasadnienia prawnego;

jak również - co wywołało skutki prawne z dniem 10 lipca 2020 roku - naruszenie przepisu:

- art. 26 ust. 3 ustawy przez jego bezpodstawne zastosowanie w trakcie prowadzenia postępowania;

art. 58 ust. 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy przez zaniechanie unieważnienia czynności wezwania (w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy), o którym mowa powyżej;

- art. 38 ust. 4 ustawy przez zmianę dokumentacji postępowania po otwarciu ofert i zastosowanie procedury nieopisanej wcześniej w dokumentacji postępowania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

2. uznanie czynności wezwania do uzupełnienia próbki poczynione dnia 24.06.2020 r. za niewywołujące skutku, jako że niewynikające z procedury określonej w dokumentacji postępowania, w szczególności procedury określonej w postanowieniach pkt. 6.4.3 w rozdz. 6. SIWZ oraz rozdz. 1 ust. 6 i 7 Załącznika nr 10 do SIWZ, oraz jako naruszające zasadę zakazu zmiany postanowień dokumentacji postępowania po czynności otwarcia ofert, a w konsekwencji godzące w normę określoną przepisem art. 38 ust. 4 ustawy przez zastosowanie procedury nieopisanej w dokumentacji postępowania, a tym samym nieważne (w szczególności w oparciu o przepis art. 58 ust. 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy);

3. nakazanie zamawiającemu uwzględnienia oferty odwołującego w dalszym toku badania ofert, w tym nakazanie zamawiającemu wezwanie odwołującego do prezentacji całości próbki złożonej w wyniku pierwszego wezwania (na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy), która to próbka jest w posiadaniu zamawiającego i nie ma jakichkolwiek podstaw prawnych i faktycznych uniemożliwiających jej prezentację zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania -

w terminie przynajmniej dziesięciu dni (zgodnie z dokumentacją postępowania) od daty doręczenia odwołującemu tego wezwania;

4. zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu według rachunków, które zostaną przedłożone na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy odwołujący doznał uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności zamawiającego jest bowiem pozbawienie odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która to oferta stanowi w postępowaniu ofertę najkorzystniejszą - w znaczeniu określonym przepisami ustawy oraz postanowieniami SIWZ ukształtowanymi przez zamawiającego (odwołujący wskazał, że przy zastosowaniu procedury określonej w art. 24aa ustawy, został wezwany w trybie art. 26 ust. 1 ustawy do przedłożenia odpowiednich dokumentów oraz próbki).

Kwota jaką zamawiający przeznaczył na realizację tej części (1) zamówienia: 1.029.733,12 złotych brutto. Oferta odwołującego mieści się w budżecie zamawiającego i przedstawia najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny (informacja zamawiającego - zbiorcze zestawienie ofert otwartych w dniu 15.05.2020 r.):

Szkodą więc, jaką odwołujący może ponieść wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jest możliwość utracenia korzyści płynących z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (lucrum cessans).

W dniu 21 lipca 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 22 lipca 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Madkom Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni wnosząc o nieuwzględnienie odwołania. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż zamawiający działał zgodnie z ustawą, a wynik postępowania odwoławczego wpłynie bezpośrednio na możliwość uzyskania przez przystępującego przedmiotowego zamówienia, z uwagi na fakt, że oferta przystępującego została oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Zgłoszenie zostało wniesione przez prokurenta samoistnego ujawnionego w odpisie z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu 22 lipca 2020 r.

W dniu 13 sierpnia 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. odrzucenie odwołania w części dotyczącej naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy jako spóźnionego, bezpodstawnego i prawnie nieskutecznego na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy przez jego bezpodstawne zastosowanie w trakcie prowadzonego postępowania;

2, oddalenie odwołania w całości poprzez:

1) oddalenie zarzutu odwołującego w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy („przez nieuzasadnione jego zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego; zamawiający nie ma jakichkolwiek podstaw faktycznych by uznać niezgodność oferty Odwołującego, jako że nie zbadał próbki odwołującego”);

2) oddalenie zarzutu odwołującego w zakresie naruszenia art. 92 ustawy („przez brak przedstawienia uzasadnienia prawnego podjętej przez zamawiającego czynności, przy czym określenie pozornej podstawy prawnej w ocenie odwołującego wypełnia znamiona uzasadnienia prawnego”);

3) z daleko posuniętej ostrożności oddalenie zarzutu odwołującego w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy („przez jego bezpodstawne zastosowanie w trakcie prowadzenia Postępowania”) — w przypadku braku uznania przez Izbę możliwości odrzucenia odwołania w części w zakresie przedmiotowego zarzutu z powodu, o którym mowa powyżej w pkt 1 niniejszej odpowiedzi na odwołanie;

4) oddalenie zarzutu odwołującego w zakresie naruszenia art. 58 ust. q Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy („przez zaniechanie unieważnienia czynności wezwania w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy, o którym mowa powyżej”);

5) oddalenie zarzutu odwołującego w zakresie naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy („przez zmianę dokumentacji postępowania po otwarciu ofert i zastosowanie procedury nieopisanej wcześniej w dokumentacji postępowania”) jako bezpodstawnych i pozornych, niemających oparcia w stanie faktycznym i prawnym;

3, dopuszczenie do niniejszej odpowiedzi dołączonych dokumentów i dowodów oraz z uwagi na charakter sprawy zamawiający zastrzega możliwość wniesienia dodatkowych dokumentów i dowodów na dalszym etapie postępowania;

4. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z dokumentami przedstawionymi przez zamawiającego w tym zakresie w wysokości 5.392,00 zł (słownie: pięć tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt dwa 00/100 złotych).

W dniu 13 sierpnia 2020r. odwołujący cofnął odwołanie. Cofnięcie zostało wniesione przez osobę wnoszącą odwołanie.

Termin posiedzenia z udziałem stron został wyznaczony na dzień 14 sierpnia 2020r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2

ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Izba postanowiła nie zasądzić na rzecz zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego z tego względu, że wycofanie odwołania nastąpiło na więcej niż jeden dzień niż wyznaczony termin posiedzenia. Wbrew stanowisku zamawiającego kwestia sporna na poziomie orzecznictwa Izby została w ocenie Izby w tym zakresie przesądzona orzecznictwem Sądów Okręgowych, które zajęły stanowisko, że dzień przed byle przed godziną dwudziestą czwartą umożliwia odwołującemu uniknięcie zasądzenia kosztów postępowania, bo jest to więcej niż „mniej niż dzień przed”. Wskazać tu należy na następujące tezy orzeczeń sądowych:

- Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 listopada 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 1257/19

Bezsporne w sprawie było, iż odwołanie zostało cofnięte w dniu 27 czerwca 2019 r. (o tym fakcie Skarżący dowiedział się tego samego dnia, o godz. 16.03), natomiast termin posiedzenia został wyznaczony na dzień 28 czerwca 2019 r.

Argumentacja Skarżącego odwołująca się do przepisów kodeksu cywilnego (przy obliczaniu terminów) nie była trafna. (...) Oczywistym więc musi być, iż „dzień” to dzień kalendarzowy, który ma 24 godziny, a tym samym dzień następny rozpoczyna się po północy (0:00 23.59,59). Zdaniem Skarżącego, powinien Sąd badać, czy została wniesiona przedmiotowa skarga po zachodzie słońca czy też po godzinach urzędowania sądu? Oczywiście jest to pytanie retoryczne.

Mając powyższe na uwadze, jeśli ustawodawca zdecydował się (w swojej mądrości) na takie zredagowanie przepisu, to rozumowanie KIO jest prawidłowe i sformułowanie „mniej niż dzień przed dniem” musi oznaczać dzień posiedzenia/rozprawy.

Diametralnie inna sytuacja byłaby gdyby wskazano jednostkę czasu w godzinach i

przykładowo „mniej niż 24 godziny przed dniem posiedzenia/rozprawy”. W takim wypadku cofnięcie odwołania 18 godzin przed, uzasadniałoby zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym. W obecnym jednak stanie prawnym cofnięcie odwołania „dzień przed” nie jest „mniej niż dzień przed”.

- Postanowienie Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 8 października 2019 r., sygn. akt XII Ga 602/19

Skoro ustawodawca nie posłużył się pojęciem „w dniu rozprawy”, to sformułowanie „na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy” jest równoznaczne ze stwierdzeniem w przeddzień, przed upływem doby. W tej sytuacji zasądzenie kosztów od odwołującego było prawidłowe.

Ponadto użyty w art. 192 ust. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) zwrot „stosownie do jego wyniku” należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym (wyrok KIO 598/17 z dnia 11-04-2017).

Co do zasady powód cofający pozew lub strona cofająca środek zaskarżenia jest formalnie przegrywającym proces (bądź postępowanie odwoławcze), który powinien — zgodnie z art. 98 par. 1 k.p.c. i 203 par. 2 k.p.c. zwrócić koszty procesu przeciwnikowi — na jego żądanie. Przykładowo: „Stronę cofającą środek zaskarżenia uznaje się za przegrywającą sprawę, zatem w związku z cofnięciem apelacji przez wnioskodawczynię koszty procesu należą się uczestnikowi.” - postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 2011 r., I CZ 22/11.

Mając na uwadze tę linię orzecniczą sądów Izba oddaliła wniosek zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego i dojazdu.

Przewodniczący: