

Sygn. akt: KIO/UZP 1307/08

WYROK
z dnia 1 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Barbara Bettman
Członkowie:	Dagmara Gałczewska-Romek Magdalena Grabarczyk
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Morski w Szczecinie, pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin** protestu z dnia 22 października 2008 r.

przy udziale **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864, Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,**
- 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 **SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na dostawę i wdrożenie elektronicznego obiegu dokumentów dla Urzędu Morskiego w Szczecinie (Dz. Urz. UE 2008/S 97-130636 z 21.05.2008 r.), w dniu 22 października 2008 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie. Protest był następstwem powzięcia wiadomości w dniu 16 października 2008 r. o zaproszeniu wybranego wykonawcy ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie do dokonania prezentacji deklarowanych funkcjonalności oferowanego systemu. Odwołujący podniósł, że w piśmie złożonym w dniu 6 października 2008 r. do akt sprawy sygn. akt KIO/UZP 1041/08, Zamawiający sam przyznał, że żadna z referencji mających potwierdzać należyte wykonanie umów o dostawy ujęte w wykazie doświadczenia ComArch S.A. nie odpowiada wymogom określonym w załączniku nr 3 do SIWZ – wykaz doświadczenia zawodowego. Odwołujący zaznaczył, że prezentacja funkcjonalności systemu, zgodnie z postanowieniami rozdziału XI pkt 12 ppkt 1 i 2 SIWZ, mogła zostać przeprowadzona tylko przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, a wybór ten stał się ostateczny. Z przedstawionych względów Zamawiający winien konsekwentnie uznać, że ComArch S.A. złożył nieprawdziwe informacje w wykazie dostaw, zatem podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu. Odwołujący stwierdził, że żadna z 10 pozycji wykazu dostaw, jakie przedstawił ComArch S.A. nie odpowiadała wymogom określonym w rozdziale V pkt 7 lit a SIWZ, gdyż należało podać zadania podobne do objętych przedmiotem zamówienia – dotyczące elektronicznego obiegu dokumentów. Zdaniem Odwołującego

ComArch S.A. nie wykazał podczas prezentacji zaoferowanego produktu, deklarowanych funkcjonalności, co na podstawie postanowień rozdziału XI pkt 12.2 SIWZ uznaje się za uchylanie od zawarcia umowy. W tej sytuacji Zamawiający winien zgodnie z art. 94 ust 2 Pzp wybrać kolejną najkorzystniejszą ofertę, bez dokonywania ponownej oceny.

Odwołujący zarzucił, że przez zaniechanie prawem nakazanych czynności Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) to jest:

- 1) art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 22 ust.2 pkt 2 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, mimo że jest niezgodna z treścią SIWZ i została złożona przez wykonawcę, który złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a w rzeczywistości nie posiada wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia,
- 2) art. 24 ust. 4 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie postanowień rozdziału XI wybór oferty najkorzystniejszej pkt 12 ppkt 1 i 2 SIWZ,
- 4) art. 94 ust. 2 Pzp przez zaniechanie uznania, że ComArch S.A. uchyla się od zawarcia umowy.

Na wezwanie Zamawiającego, w dniu 27 października 2008 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przystąpił ComArch S.A., który wniósł o odrzucenie protestu jako wniesionego po terminie określonym w art. 180 ust. 2 Pzp, ewentualnie o oddalenie protestu, ze względu na brak interesu prawnego po stronie Sygnity S.A. Zdaniem Przystępującego termin na oprotestowanie czynności polegającej na zaniechaniu wykluczenia ComArch S.A. i zaniechaniu odrzucenia jego oferty upłynął 15 lipca 2008 r., jak ustaliła Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu sygn. akt KIO/UZP 1041/08, a czynności Zamawiającego pozostają zgodne z ostatecznymi rozstrzygnięciami wcześniejszych protestów. Zaprzeczył istnieniu podstaw do przyjęcia, iż uchyla się od zawarcia umowy.

Zamawiający rozstrzygnął protest przez brak jego rozpatrzenia w terminie ustawowym, co w myśl art. 183 ust. 3 Pzp poczytuje się za jego oddalenie.

Na przedmiotowe rozstrzygnięcie w dniu 7 listopada 2008 r. zostało wniesione odwołanie, z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o:

- 1) unieważnienie decyzji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie dokonania powtórnej oceny ofert,
- 3) nakazanie wykluczenia wykonawcy ComArch S.A. z postępowania, z powodu nie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,
- 4) nakazanie wykluczenia wykonawcy ComArch S.A., z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji w wykazie dostaw.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 12 listopada 2008 r. zgłosił swoje przystąpienie ComArch S.A., podtrzymując stanowisko zawarte w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, wraz z żądaniem odrzucenia odwołania lub jego oddalenia.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt niniejszej sprawy, akt sprawy KIO/UZP 804/08 oraz KIO/UZP 1041/08, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania.

Ponadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron i Przystępującego do odwołania, przedstawione do protokołu posiedzenia oraz rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Protest został złożony 22 października 2008 r., zatem do rozpatrywania odwołania zastosowanie znajdują przepisy Pzp, w brzmieniu sprzed

nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy– Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058).

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, to jest Odwołującego Sygnity S.A. oraz Przystępującego ComArch S.A.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2008 r. Zamawiający złożył oświadczenie o wyborze oferty ComArch S.A, jako najkorzystniejszej. Dokonany wybór ma charakter ostateczny, co strony zgodnie przyznały.

Dotychczas postępowanie miało następujący przebieg.

W dniu 8 lipca 2008 r. Zamawiający zawiadomił uczestników przetargu o wyborze oferty Sygnity SA jako najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty ComArch S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu złożonego w dniu 15 lipca 2008 r. przez ComArch S.A., a następnie odwołania, wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2008 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 804/08, Zamawiający został zobowiązany do dokonania ponownej oceny ofert. Przy czym Izba uznała brak podstaw do odrzucenia oferty ComArch S.A. i wyraziła pogląd, że w zakresie kwestionowanym przez Zamawiającego, oferta ComArch S.A. jest zgodna z treścią SIWZ. O wyniku ponownej oceny ofert, i wyborze oferty ComArch S.A. Zamawiający powiadomił pismem z dnia 29 sierpnia 2008 r. Na tą czynność wpłynął kolejny protest złożony przez Sygnity S.A., z dnia 5 września 2008 r. i odwołanie od oddalenia protestu, które postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2008 r. zostało odrzucone. W proteście dnia 5 września 2008 Sygnity S.A. podnosiło, że ComArch S.A. powinien zostać wykluczony z postępowania albowiem nie spełnia warunku udziału określonego w pkt V.7 SIWZ, to jest nie wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania wykonał dwie dostawy odpowiadające przedmiotowi zamówienia dotyczyło to:

- 1) wdrożenia systemu dla Urzędu Marszałkowskiego w Kielcach, zakończonego 17.06.2008r. po wszczęciu postępowania,
- 2) wdrożenia systemu e–Łódź, gdzie wskutek opóźnień wykonawca płacił kary umowne.

Izba w oparciu o dokumentację akt sprawy KIO/UZP 1041/08 ustaliła, że:

W odwołaniu złożonym w dniu 19 września 2008 r., Odwołujący Sygnity S.A.

zarzucał Przystępującemu ComArch S.A. „złożenie nieprawdziwych informacji tzn. oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz wykazu dostaw podobnych – w całości. W ocenie Odwołującego informacje te miały wpływ na wynik postępowania, gdyż uznanie ich za prawdziwe przez Zamawiającego doprowadziło do uznania oferty Przystępującego za najkorzystniejszą.”

Izba rozpatrując sprawę o sygn. akt KIO/ UZP 1041/08, w postanowieniu z dnia 13 października 2008 r. stwierdziła, że czynności czy zaniechania Zamawiającego, w zakresie wykluczenia ComArch S.A. z postępowania, nie były wprawdzie przedmiotem rozpoznania w sprawie sygn. akt KIO/UZP 804/2008, gdyż wyrok nie zawiera w tym zakresie żadnych ustaleń, tym niemniej Izba w powołanym postanowieniu z dnia 13 października 2008 r. uznała, że podnoszone zarzuty na danym etapie postępowania były spóźnione, zatem odrzuciła odwołanie z uzasadnieniem, że skoro Zamawiający wprawdzie odrzucił ofertę ComArch S.A., ale nie podał wszystkich okoliczności i możliwych podstaw do odrzucenia tej oferty, to w interesie innych wykonawców mogących uzyskać przedmiotowe zamówienie, leżało wniesienie protestu na zaniechania Zamawiającego w pełnym zakresie, a nie tylko przystąpienie do postępowania wywołanego wniesieniem protestu ComArch S.A., i przyłączenie się do zarzutów stanowiących podstawę odrzucenia oferty tego wykonawcy. Zatem termin na złożenie protestu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy ComArch S.A., biegł od dnia pierwszego powiadomienia o wynikach przetargu to jest od dnia 8 lipca 2008 r., gdyż Sygnity S.A. zapoznając się z zawartością oferty konkurencyjnego wykonawcy mogła powziąć wiadomość o wszystkich uchybieniach.

Izba w składzie obecnym, w pełni podziela poglądy przedstawione w uzasadnieniu przywołanego postanowienia sygn. KIO/UZP 1041/08 oraz stwierdza, że Odwołujący Sygnity S.A. po raz kolejny w odwołaniu będącym przedmiotem niniejszego rozpoznania, podnosi zarzuty dotyczące podstaw do wykluczenia ComArch S.A. z postępowania i odrzucenia jego oferty, to jest, że w załączniku nr 3 (wykaz wykonanych prac):

- dostawa nr 5 nie spełnia kryterium wartości odpowiadającej podobnej usłudze,
- dostawa nr 8 nie odpowiada warunkom udziału, gdyż termin jej wykonania nie mieści się w okresie trzyletnim, przed dniem wszczęcia postępowania,
- a w odniesieniu do wszystkich wykazanych prac ComArch S.A. podał nieprawdziwe informacje, co miało wpływ na wynik postępowania.

Izba stwierdza, że zawartość dokumentacji oferty ComArch S.A. mogła być Odwołującemu znana, od momentu jej otwarcia. Natomiast na czynności Zamawiającego jak i zaniechania mógł wnieść samodzielny protest lub przyłączać się do innych protestów, po otrzymaniu zawiadomienia o wyniku postępowania, na który składają się wybór oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawców, w prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego postępowaniu, odrzucenie ofert i ustalenie kolejności ofert według kryteriów oceny, o czym stanowi art. 92 ust. 1 Pzp. Okoliczność bezsporną stanowi, że pierwotne zawiadomienie o wynikach przetargu nastąpiło w dniu 8 lipca 2008 r. i właśnie od tej daty można było skutecznie wnieść protest w zakresie zarzutów, na które obecnie powołuje się Odwołujący. Nie zmienia tego faktu, podnoszona okoliczność, że Zamawiający w piśmie złożonym do akt sprawy KIO/UZP 1041/08 datowanym 6 października 2008 r. przyznawał, że wykonawca ComArch S.A. powinien podlegać wykluczeniu, ze względu na niewystarczające doświadczenie czy referencje. Nie przywracało to Odwołującemu uchybionego terminu do oprotestowania wadliwego dokonania lub zaniechania czynności Zamawiającego. Ponowna ocena ofert, w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 804/08 została przeprowadzona w granicach zarzutów protestu z dnia 15 lipca 2008 r., złożonego przez ComArch S.A. i przystąpienia Odwołującego do tego postępowania. Nie spowodowała przywrócenia terminu na wniesienie protestu na inne zaniechania Zamawiającego, o których Odwołujący mógł się wcześniej dowiedzieć.

Termin do wniesienia protestu określony w art. 180 ust. 2 Pzp jest terminem zawitym i jego bezskuteczny upływ powoduje wygaśnięcie uprawnień do wnoszenia tego środka ochrony prawnej, a w następstwie także do złożenia

odwołania. Izba podzieliła poglądy Przystępującego ComArch S.A., że Zamawiający dokonał czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty tego wykonawcy zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu wyrokiem KIO/UZP 804/08. Odwołujący nie zarzucał, że działania Zamawiającego nie odpowiadają wskazaniom tego wyroku. Ponadto wyniki ponownej oceny zostały przekazane w dniu 29 sierpnia 2008 r., a protest na te czynności został ostatecznie rozstrzygnięty w dacie odrzucenia następnego odwołania dnia 19 września 2008 r. Na przeszkodzie merytorycznemu rozpoznaniu zarzutów Odwołującego stoi zatem art. 187 ust. 4 pkt 5 Pzp, w związku z art. 181 ust 6 Pzp, które nakazują odrzucić odwołanie, w zakresie czynności Zamawiającego wykonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a także gdy odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego się w tym samym postępowaniu. W odniesieniu do zarzutów, co do których protest został wniesiony z uchybieniem terminu, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp. Z tych względów Izba uznała zarzuty Odwołującego, odnoszące się do zaniechania wykluczenia wykonawcy ComArch S.A. i zaniechania odrzucenia oferty, za niedopuszczalne i nie podlegające rozpoznaniu, gdyż w przedmiotowym zakresie odwołanie podlega odrzuceniu.

Izba wskazuje, że protest wnosi się zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp wobec czynności (także zaniechań) Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie przetargowe kończy się wraz z ostatecznym wyborem oferty. Mimo złożonej skargi, przy wartości zamówienia poniżej 10 000 000 euro, protest jest ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania postanowienia albo wyroku Izby, o czym stanowi art. 182 ust. 2 pkt 3b Pzp. W dacie wydania postanowienia KIO/UZP 1041/2008 r. to jest 13 października 2008 r. wybór oferty ComArch S.A. nabrał charakteru ostatecznego. Przepis art. 94 ust. 1 stanowi, że zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty. W przypadku złożenia protestu, zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp, nie można zawrzeć umowy do czasu jego

ostatecznego rozstrzygnięcia. Po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, wybranemu wykonawcy służy zatem roszczenie podmiotowe o zawarcie umowy. Powoływanie się przez Odwołującego jedynie na zasadę ogólną wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, jako podstawy prawnej uchylenia ostatecznego wyboru oferty, nie zasługuje na aprobatę.

Z mocy art. 191 ust. 5 Pzp, poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej pozostaje faza zawarcia umowy, poprzedzona prezentacją możliwości funkcjonalnych zaoferowanego systemu elektronicznego obiegu dokumentów. Do postępowania o udzielenie zamówienia należy natomiast procedura przewidziana art. 94 ust. 2 Pzp. Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych bez przeprowadzenia ich ponownej oceny. Zgodnie z postanowieniami rozdziału XI pkt 12.2 SIWZ, 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 uchylanie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy. Z przedstawionych względów zarzuty, że ComArch S.A. nie przeprowadził prezentacji oferowanego produktu z wynikiem pozytywnym, co Zamawiający winien uznać za uchylanie się od zawarcia umowy i wybrać ofertę Odwołującego Sygnity S.A. bez jej ponownej oceny, Izba uznała za jedyne nowe okoliczności w sprawie, podnoszone w proteście i w odwołaniu, zatem podlegające merytorycznemu rozpatrzeniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 94 ust 2 Pzp i zaniechania wyboru oferty Odwołującego z powodu uchylania się przez ComArch S.A. od zawarcia umowy. Izba ustaliła w oparciu o dokumenty akt sprawy, że jednostronnym protokołem Zamawiający ocenił prezentację w dniach 17–28 października 2008 r. jako niespełnienie zakładanych funkcjonalności przez produkt zaoferowany w ofercie ComArch SA., zatem pismem z dnia

5 listopada 2008 r. powiadomił tego wykonawcę, że uznaje go za uchylającego się od zawarcia umowy. Wybrał w trybie art. 94 ust. 2 Pzp ofertę Odwołującego Sygnity SA do realizacji zamówienia, o czym powiadomił pismem z dnia 5 listopada 2008 r. Następnie zaprosił do prezentacji systemu elektronicznego obiegu dokumentów Sygnity S.A., która to prezentacja została przeprowadzona w dniach 6–7 i 12–13 listopada 2008 r. oraz zaliczona z wynikiem pozytywnym. W dniu 12 listopada 2008 r. Zamawiający wystąpił do banku o wypłatę kwoty wadium wniesionego przez ComArch S.A., gdyż uchylanie się od zawarcia umowy upoważnia do zatrzymania wadium.

Powyższe czynności Zamawiającego zostały zakwestionowane w trzech kolejnych protestach wniesionych przez ComArch S.A., które w chwili obecnej nie zostały ostatecznie rozstrzygnięte.

W następstwie wyżej opisanych działań Zamawiającego, zostały uwzględnione wszystkie zarzuty i żądania Odwołującego w zakresie podlegającym merytorycznemu rozpoznaniu, podniesione w rozpatrywanym odwołaniu. Konsekwencją tego jest, że Odwołujący utracił interes prawny w podtrzymywaniu zarzutów i żądań opartych na naruszeniu przez Zamawiającego art. 94 ust. 2 Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują jedynie wykonawcy, którego interes prawny został, lub może zostać naruszony, o czym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Prawidłowość czynności Zamawiającego, będzie ocenia przez rozpatrzenie wniesionych środków ochrony prawnej w odrębnych postępowaniach, w których Odwołujący ma prawo uczestniczyć i wykazywać interes prawny w utrzymaniu decyzji Zamawiającego. Izba natomiast w niniejszym postępowaniu, stosownie do art. 191 ust. 3 Pzp, nie może orzekać co do zarzutów nie objętych złożonym protestem.

W tym stanie rzeczy odwołanie podlegało oddaleniu na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - 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*