

Sygn. akt KIO/UZP 76/08

WYROK
z dnia 18 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie* w dniu 14.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o. o., Kraków, ul. Raławicka 56** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, Warszawa, ul. Batorego 5** protestu z dnia 04.01.2008 r.

przy udziale **Consortia Sp. z o.o., Warszawa, ul. Jagiellońska 74** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność unieważnienia postępowania i nakazuje dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

2. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, Warszawa, ul. Batorego 5**

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 uiszczzonego przez **Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o. o., Kraków, ul. Raławicka 56.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, Warszawa, ul. Batorego 5** na rzecz **Biura Informatyczno - Wdrożeniowego KONCEPT Sp. z o. o., Kraków, ul. Raławicka 56**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego.
- 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 **Biura Informatyczno - Wdrożeniowego KONCEPT Sp. z o. o., Kraków, ul. Raławicka 56.**

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych (6 zadań) na „Dostawę i instalację sprzętu komputerowego w urzędach stanu cywilnego, urzędach gminnych i w siedzibie Zamawiającego na potrzeby Zintegrowanego Systemu Informatycznego PESEL2” (17/BAF-VI/PN/07) zostało wszczęte przez Zamawiającego, tj. Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 135-165988 w dniu 17.07.2007 r.

W toku toczącego się postępowania wniesiono protest, który znalazł swoje ostateczne rozstrzygnięcie w stosownym Wyroku Zespołu Arbitrów (sygn. akt UZP/ZO/0-1322/07; UZP/ZO/0-1323/07; UZP/ZO/0-1327/07; UZP/ZO/0-1330/07).

Na mocy Wyroku Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 listopada 2007 r. nakazano Zamawiającemu w/w postępowaniu, po uwzględnieniu odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 05 listopada 2007 r. do łącznego rozpoznania, dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

W związku z powyższym, Wykonawcy zobowiązani zostali przez Zamawiającego pismem z dnia 20 listopada 2007 r. do dostarczenia zaoferowanego (w ofertach z dnia 30.08.2007 r.) sprzętu komputerowego (1 kpl. - jednostka centralna, monitor LCD, UPS), celem przeprowadzenia testów wydajności oferowanych stacji roboczych. Testy zostały przeprowadzone w dniach 26 - 30 listopada 2007 r. W tym testy sprzętu dostarczonego przez Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „KONCEPT” Spółka z o.o., ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków (w dniu 29 listopada 2007 r.) zwana dalej Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „KONCEPT” Spółka z o. o. oraz Consortia Spółka z o. o., ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa zwana dalej Consortia Spółka z o. o.

Po ich przeprowadzeniu w/w firmy uznały, iż przedłożyły najkorzystniejsze oferty – pierwsza w zadaniach 1, 2, 4, 5, 6, a druga w zadaniu 3.

W dniu 28 grudnia 2007 r. Zamawiający przesłał faxem (pisemnie 03.01.2008 r.) do uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego informację, iż działając na podstawie art. 183 ust. 6 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej Pzp – w związku z rozstrzygnięciem w dniu 12 listopada 2007 r. postępowania odwoławczego przez Zespół Arbitrów – dokonał powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W związku z tym, działając na podstawie art. 92 ust.1 pkt.2 i 3 Pzp Zamawiający informuje o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt. 4 Pzp następujących wykonawców: KEN Technologie Informatyczne Sp. z o.o., Sygnity SA, LUMENA SA, Bazy i Systemy Bankowe

Sp. z o.o.; Konsorcjum firm: Betacom SA oraz MCSi Ltd, jak i Fujitsu Siemens Computers Sp.z o.o; z jednoczesnym odrzuceniem ich ofert na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 i 5 Pzp. Jednocześnie, na podstawie art. 93 ust.3 pkt. 2 Pzp Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt. 6 Pzp. W ramach uzasadnienia Zamawiający stwierdził, iż na realizację projektu został określony sztywny – nieprzekraczalny termin wykonania. W związku z opóźnieniami w realizacji, na które złożyły się problemy organizacyjne, szczególnie złożony charakter przedsięwzięcia, jak i wyjątkowo przedłużające się procedury przetargowe, Instytucja Zarządzająca – Ministerstwo Rozwoju Regionalnego skierowało do MSWiA, wnioski o radykalne ograniczenie rzeczowe i finansowe projektu (o 75 % obecnej wartości). Odnośnie przywołanej podstawy prawnej unieważnienia, Zamawiający stwierdził iż jest uprawniony unieważnić postępowanie, gdyż faktycznie nastąpiła zmiana okoliczności i jest to istotna zmiana powodująca, że zarówno dalsze prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, a wręcz przeciwnie, w interesie tym leży wykorzystanie środków publicznych, z których przedmiot zamówienia miałby zostać sfinansowany na inny cel, przy czym wystąpienie tej zmiany okoliczności nie można było – patrząc w kategoriach zobiektywizowanych – wcześniej przewidzieć (czyli była owa okoliczność obiektywnie, a zatem nie tylko dla Zamawiającego, nieprzewidywalna).

Konieczność ograniczenia projektu, którego zakresem objęte jest przedmiotowe postępowanie oraz wykonanie zamówienia nie leży już, zdaniem Zamawiającego w interesie publicznym, w interesie tym leży wykorzystanie środków publicznych na cele związane z dalszą realizacją projektu, w części, która będzie realizowana. Ograniczenie rzeczowe projektu, rezygnacja z realizacji projektu na poziomie lokalnym sprawia, iż dostawa do urzędów stanu cywilnego i urzędów gminy, według Zamawiającego w takiej sytuacji nie ma uzasadnienia, a ponadto brak jest środków finansowych, gdyż wydatki byłyby uznane za nie kwalifikowane. Istotną zmianą okoliczności nie dającą się przewidzieć było według Zamawiającego pierwotne założenie realizacji projektu w całości, które uległo zmianie, na skutek braku zgody Instytucji Zarządzającej na zmianę terminu realizacji projektu.

W dniu 04 stycznia 2008 r. w nawiązaniu do powiadomienia z dnia 28.12.2007 r. (otrzymanego tego samego dnia) Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „KONCEPT” Spółka z o. o. (faxem) oraz Consortia Spółka z o. o. (wpływ bezpośredni) wniosły protest na czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Pierwszy Protestujący, zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp: art. 7 ust.1 i 2, art. 92 ust.1 oraz art. 93 ust.1 pkt. 6. Wnosząc o: 1. unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania; 2. dokonanie wyboru i wskazania najkorzystniejszej oferty w danym postępowaniu. Uzasadniając złożony protest stwierdził, iż działanie Zamawiającego poprzez czynność unieważnienia postępowania, sprawiło, iż jego oferta nie

została wybrana za najkorzystniejszą. Poprzez powyższe działanie Zamawiający naruszył, jego zdaniem postanowienia ustawy w następujący sposób:

- art. 7 ust.1 i 2 – w zakresie prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców przez:
 1. błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów Pzp w wyniku których to działań nie wskazano najkorzystniejszych ofert dla poszczególnych zadań;
 2. błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów Pzp w wyniku których w sposób bezwzględnie subiektywny, wskazujący na niezachowanie warunku obiektywizmu przy przeprowadzeniu postępowaniu, w ostateczności podjęto oprotestowaną czynność – unieważnienie postępowania – przy równoczesnym i całkowitym braku podstaw do zastosowania postanowień art. 93 ust.1 pkt. 6 Pzp;
 3. błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów Pzp w wyniku których Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców, poprzez ograniczenie równego dostępu do rynku zamówień publicznych na co wskazuje bezsporny fakt, iż po niekorzystnym dla Zamawiającego wyroku Zespołu Arbitrów z 12 listopada 2007 r., wobec bezspornego faktu, iż oferta Protestującego, zawierająca ofertę sprzętu innego producenta niż oferta pierwotnie uznana za najkorzystniejszą – Zamawiający podjął lub też opóźnił wykonywanie określonych czynności – zmierzających do unieważnienia całego postępowania;
 4. naruszenie zasady równości pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami spowodowanej zachowaniem Zamawiającego, stawiającym siebie w uprzywilejowanej pozycji i zaburzającym równość stron stosunku cywilnoprawnego – jakim jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, o czym świadczą między innymi ustalone przez niego terminy realizacji dyspozycji i żądań kierowanych do Wykonawców.

Protestujący stwierdził także, iż w odniesieniu do jego oferty nie zostały zachowane podstawowe zasady przeprowadzenia postępowania – w zakresie oceny ofert – zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przykłady naruszeń są jego zdaniem, tak bezsporne i niepodważalne, iż nie wymagają szerszego uzasadnienia, jednocześnie wskazują na niedopuszczalne unieważnienie postępowania, jak również uprawniają do przyjęcia domniemania o naruszeniu postanowień art. 7 ust. 2 Pzp.

W odniesieniu do art. 92 ust.1 Pzp naruszenie miało miejsce zdaniem Protestującego, poprzez przywołanie w uzasadnieniu czynności wykluczenia i odrzucenia ofert, wskazanych wykonawców, postanowień pkt. 2 i 3 przedmiotowego przepisu. Powyższe

pkt. łączą się nierozdzielnie w odniesieniu do ust.1, tj.: „Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia...”. Zdaniem Protestującego, w przedmiotowym postępowaniu nie nastąpiło wykonanie czynności oceny ofert, do której to czynności Zamawiający był zobowiązany mocą wyroku Zespołu Arbitrów z 12 listopada 2007 r. – nastąpiło zatem zaniechanie ze strony Zamawiającego wykonania czynności, do której był zobowiązany. Powyższe wskazuje, jego zdaniem na bezpośrednio naruszenia art. 7 ust.1 w zakresie braku równości pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą a także na ewentualność wystąpienia naruszenia postanowień art. 7 ust.2 Pzp.

Zamawiający przywołując w powiadomieniu z dnia 28 listopada 2007 r. art. 92 ust.1 naruszył, zdaniem Protestującego ten przepis albowiem nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. W tym stanie rzeczy Zamawiający wskazując w uzasadnieniu wykluczeń i odrzuceń na powyższy przepis winien wskazać również najkorzystniejszą ofertę, gdyż wykluczenia i odrzucenia ofert zostały dokonane w oparciu o postanowienia wyroku Zespołu Arbitrów w zakresie badania i oceny ofert. Powyższe oznaczać może wyłącznie zaniechanie przez Zamawiającego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do art. 93 ust.1 pkt. 6 Pzp naruszenie miało miejsce, zdaniem Protestującego, poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów Pzp w wyniku których w sposób bezwzględnie subiektywny Zamawiający uznał, iż wystąpiły zdarzenia nakazujące mu unieważnienie postępowania. Stwierdził, iż Zamawiający w swoim uzasadnieniu podał szereg nieprawdziwych informacji. Uznał, iż przywołanie faktu iż zabezpieczony przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego (instytucja wdrażająca) poziom finansowania projektu nie gwarantował środków na wykonanie systemu informatycznego na poziomie lokalnym wskazują jedynie na próbę wprowadzenia w błąd. Zdaniem Protestującego, Zamawiający pomija fakt, iż finansowanie programu PESEL 2 określa umowa nr WKP_1/1.5.0/1/2004/14/14/26/U z 02.08.2005 r. zaktualizowana aneksem nr 2 z dnia 29.12.2006 r. o dofinansowaniu projektu, która została zawarta pomiędzy Zamawiającym a Ministerstwem Nauki i Informatyzacji, które zostało zastąpione przez ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego i nadzoruje realizację działania 1.5 w ramach SPO WKP. Protestujący, stwierdza także iż wszystkie środki na realizację Programu – którego elementem miał być sprzęt komputerowy – ujęte zostały w budżecie MSWIA (Zamawiającego) i zawierają również środki z Unii Europejskiej dedykowane dla programu PESEL 2. Zarzuca także Zamawiającemu, iż ten pominął fakt zawarcia umowy pożyczki nr SPOWKP/1.5.0/26/71 z dnia 23.09.2005 r. dla realizacji programu PESEL 2. Podkreśla także fakt, iż w projekcie budżetu Państwa na 2008 r. zostały zabezpieczone środki na realizację w/w programu (przebudowy rejestrów państwowych).

Odnosnie nieprzekraczalności terminów wykonania, Protestujący stwierdza, iż z „Podstawowego dokumentu Programu PESEL 2 „Przebudowa i integracja rejestrów

państwowych” – Sposób budowy systemu” (przedłożony jako dowód w sprawie) – wynika, iż program ten będzie realizowany w latach 2006 i 2008 i latach następnych. Z ramowego harmonogramy (pkt. 7.2) wskazanego dokumentu wynika, iż zabezpieczenie sprzętu na poziomie lokalnym ma być zakończone w I kwartale 2008 r. a zatem nie występuje sprzeczność pomiędzy złożoną ofertą a terminem realizacji określonym w SIWZ.

Wszelkie opóźnienia, zdaniem Protestującego, mają na celu wprowadzenie w błąd lub być usprawiedliwieniem zaniechań Zamawiającego, które przyczyniły się do nich. Brak zaangażowania Zamawiającego w szybkie rozstrzygnięcie postępowania wynika jego zdaniem z poszczególnych dat i czasookresów, w szczególności po wniesieniu protestów i odwołań zakończonych wyrokiem Zespołu Arbitrów z 12 listopada 2007 r.

W swoim uzasadnieniu Protestujący neguje, także, fakt ograniczenia rzeczowego i finansowego projektu przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, według niego nie znajduje powyższe potwierdzenia w materiale dowodowym. Powołuje się w tym względzie na Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 marca 2007 r. w sprawie Planu Informatyzacji Państwa na lata 2007-2010, na program PESEL 2, który jest objęty tym rozporządzeniem, gdzie oszacowano potrzeby finansowe na 166 mln., z czego aż 75 % ma pochodzić z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego. Wskazuje także na program „pl. ID – Polska ID KARTA”, którego prowadzenie jest związane nierozdzielnie z prawidłowym i terminowym przebiegiem programu PESEL 2. Z tych dokumentów nie wynikają żadne zmiany w zakresie projektu. Przywołuje także przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 11 października 2007 r. „Raport 2007 z realizacji Krajowego Programu Reform na lata 2005 - 2008 na rzecz realizacji odnowionej Strategii Lizbońskiej”. W tym dokumencie – w pkt. 3.3 harmonogramu - wskazano terminy i kwoty przewidywane dla realizacji programu PESEL 2, które to kwoty i terminy nie zostały dotychczas wyczerpane, a według dostępnych informacji i sprawozdań nie są zagrożone przekroczeniem, jak np. informacja o posiedzeniu Komitetu Sterującego Programu PESEL 2 (z dnia 21 listopada 2007 r.). W tym miejscu przywołuje także fakt, iż Informacja Rządu o przebiegu wdrażania Krajowego Programu Reform na rzecz realizacji Strategii Lizbońskiej w Polsce została przyjęta przez Komitet Europejski Rady Ministrów w dniu 27 listopada 2007 r.

Reasumując, Protestujący stwierdza iż przywołane przez Zamawiającego zapisy o ograniczeniu środków finansowych o 75 % są nieadekwatne do przywołanych wyżej faktów. Jego zdaniem, powyższy argument stoi w sprzeczności wobec działań Rządu, projektu budżetu na rok 2008 oraz innych jednostek – co ogranicza zaufanie Wykonawcy do nich. Najpierw ma miejsce pierwotny wybór oferty droższej o 8 mln. od oferty Protestującego, a następnie po wyroku Zespołu Arbitrów uznającym zasadność odwołania Protestującego (którego oferta została pierwotnie odrzucona), jego oferta nie zostaje uznana za najkorzystniejszą mimo że taką jest. Jako dowód, Protestujący powołuje się na wskazane

w uzasadnieniu protestu dokumenty, znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego oraz informację zawarte na stronie <http://pesel2.mswia.gov.pl>.

Protestujący, odnosząc się do dalszego uzasadnienia unieważnienia Zamawiającego, przypomina iż zastosowanie przywołanej podstawy prawnej uzależnione jest od kumulatywnego wystąpienia trzech przesłanej, tj.: a) wystąpiła istotna zmiana okoliczności; b) prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym; c) wystąpienia takiej okoliczności nie można było przewidzieć. Wskazane przesłanki zdaniem Protestującego, muszą jednakże mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. Z uwagi na ich uznaniowy charakter, na Zamawiającym ciąży obowiązek uzasadnienia i wykazania, że wszystkie te przesłanki zaistniały. Brak wskazania istotnych zmian okoliczności jakie miały wystąpić uniemożliwia równocześnie wskazanie na nieprzewidywalność jej wystąpienia. Opóźnienia przywołane przez Zamawiającego, zdaniem Protestującego nie są bowiem okolicznościami, których nie można było przewidzieć, a tym bardziej jeżeli terminy są nadal zgodne z Pzp oraz zakreślonymi w SIWZ, jak również w innych wskazanych w proteście dokumentach i przepisach. Nadto, przypomina iż interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem Zamawiającego, a w każdym przypadku Zamawiający ma obowiązek wskazać i wykazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców. Uważa, iż istnienie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny podlegać muszą wnikliwej kontroli. Wskazuje także na konieczność istnienia związku przyczynowego pomiędzy istotną zmianą okoliczności a stanem, w którym przedmiotowe postępowanie nie może być kontynuowane, oraz na konieczność aby taka zmiana okoliczności była istotna i nieprzewidywalna. Podnosi także, iż przewidywalna zmiana okoliczności, to taka, która mieści się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością Zamawiającego i na których wystąpienie musi zawsze być on przygotowany. Istotność zmiany okoliczności musi wyrażać się w znacznym rozmiarze i wpływie na otoczenie, co wskazuje, że musi zachodzić konieczność ochrony jakiegoś interesu publicznego, dla którego dalsza kontynuacja postępowania stanowi zagrożenie, np. ochrona zdrowia i życia, bezpieczeństwo, ochronę środowiska. Interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem Zamawiającego i musi być to obiektywna kategoria interesu publicznego.

Protestujący na zakończenie podnosi, iż wypełniając wszystkie wymagania SIWZ, tak podmiotowe i przedmiotowe złożył, jego zdaniem najkorzystniejszą ofertę w zadaniach 1, 2, 4, 5, i 6 z uwagi na fakt, iż jedynym kryterium oceny ofert była cena, a jego oferta w w/w zadaniach miała najniższą ceną, dlatego nie może przyjąć za uzasadnione unieważnienie postępowania.

Drugi Protestujący, Consortia Spółka z o. o. także oprotestowała czynność unieważnienia postępowania, przy czym następnie nie złożył samodzielnego odwołania, tylko przystąpił do postępowania odwoławczego będącego wynikiem odwołania firmy: Biuro Informatyczno – Wdrożeniowego „KONCEPT” Spółka z o. o.

W dniu 08 stycznia 2008 r. (pismem z dnia 07 stycznia 2008 r.) Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym (pisemnie w dniu 09 stycznia 2008 r.).

W dniu 08 stycznia 2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego przyłączył się po stronie drugiego Protestującego firma: Biuro Informatyczno – Wdrożeniowego „KONCEPT” Spółka z o. o. (pisemnie 11 stycznia 2008 r.). W dniu 10 stycznia 2008 r. wpływ bezpośredni do postępowania protestacyjnego przyłączył się po stronie pierwszego Protestującego firma: Consortia Spółka z o. o., także w tym dniu faxem zgłosiło przystąpienie Konsorcjum: Makronet Sp. z o.o., ul. Okrężnej 56, 02-952 Warszawa, Assec System SA, ul. 17 stycznia 74, 02-146 Warszawa reprezentowana przez Makronet Sp. z o.o. (pisemnie 16 stycznia 2008 r.) zwane dalej Makronet Sp. z o.o.

W ramach pierwszego przyłączenia do protestu Consortii Spółka z o. o., Przystępujący: Biuro Informatyczno – Wdrożeniowego „KONCEPT” Spółka z o. o.; wskazał, iż posiada interes prawny, albowiem w przypadku uznania protestu jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą w prowadzonym postępowaniem

W ramach drugiego przyłączenia do protestu Biura Informatyczno – Wdrożeniowego „KONCEPT” Spółka z o. o. Przystępujący: Consortia Spółka z o. o. wskazała, iż wnosi o uwzględnienie protestu w całości. Interes prawny firmy wyraża się w tym, iż oferta firmy jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu Pzp w zadaniu 3, a uwzględnienie protestu może doprowadzić do uzyskania przedmiotowego zamówienia we wspomnianym zadaniu.

W ramach kolejnego przyłączenia do protestu Biura Informatyczno – Wdrożeniowego „KONCEPT” Spółka z o. o. Przystępujący: Makronet Sp. z o.o. wskazał, iż wnosi o uwzględnienie protestu w całości. Interes prawny firmy wynika z faktu, iż każdy podmiot ubiegający się o zamówienie ma prawo do jego uzyskania i realizacji (prawo podmiotowe), przy poszanowaniu zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji, nieuwzględnienie przez Zamawiającego protestu w całości w oczywisty sposób narusza to prawo.

Kopie niniejszych przystąpień zostały stosownie przekazane Protestującym w tych samych dniach.

Rozstrzygnięcie obu protestów nastąpiło przez Zamawiającego pismem z dnia 14 stycznia 2008 r. poprzez ich oddalenie (niniejsze pismo przekazano uczestnikom postępowania protestacyjnego faxem tego samego dnia – pocztą 16 stycznia 2008 r.).

W ramach rozstrzygnięcia Zamawiający wyjaśnił, iż unieważnienie postępowania nastąpiło ze względu na: 1) wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, w wyniku której

2) prowadzenie postępowania oraz wykonanie zamówienia, w obecnym kształcie projektu, nie leży w interesie publicznym, a ponadto 3) Zamawiający wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania nie mógł, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, przewidzieć tychże zmian.

Odnosnie Ad.1. Zamawiający podnosi, iż Projekt PESEL 2 jest współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego a realizowany w ramach Narodowego Programu Rozwoju na lata 2004-2006, którego częścią jest Sektorowy Program Operacyjny Wzrost Konkurencyjności Przedsiębiorstw (SPO WKP), Działanie 1.5 Rozwój systemu dostępu przedsiębiorców do informacji i usług publicznych on-line. Umową o dofinansowanie nr WKP_1/1.5.0/1/2004/14/14/26/U zawartą w dniu 02 sierpnia 2005 r. pomiędzy MSWiA oraz Ministerstwem Nauki i Szkolnictwa Wyższego, jako Instytucją Wdrażającą, Zamawiający został zobowiązany do udostępnienia określonych usług oraz uzyskania określonych skwantyfikowanych wskaźników realizacji celów projektu. W związku z dotychczasowymi niepowodzeniami i ogromnym opóźnieniem rozważano, jak wyjaśnia Zamawiający, dwie opcje - całkowite przerwanie realizacji programu albo urealnienie celów programu i ograniczenie projektu do części, która rokuje wykonanie. Kolejne aneksy do umowy o dofinansowanie projektu ograniczały zarówno wartość, jak i zakres projektu: - w grudniu 2006 r.- Aneks nr 2 zmieniał wartość: do 167 mln zł., - w październiku 2007 r. - Aneks nr 3 zmieniał wartość realizacji projektu do 126 mln zł. oraz zmniejszał zakres realizowanych usług z planowanych ośmiu do pięciu,- w grudniu 2007 r. - Aneks nr 4 (z dnia 21.12.2007 r.) zmieniał wartość realizacji projektu do kwoty 31 mln zł oraz ograniczył zakres rzeczowy realizowanych usług do dwóch. Realizacja Projektu PESEL2 w ostatecznym kształcie polega na udostępnieniu dwóch usług - "dostęp w formie elektronicznej on-line do wydanych i unieważnionych dokumentów" oraz "weryfikację danych adresowych on-line", pozwalających na osiągnięcie zakładanych celów operacyjnych i strategicznych oraz integrację z rejestrem PESEL. Realizacji zadań posłuży rozbudowanie istniejącej infrastruktury technicznej i technologicznej systemu PESEL, jednak wyłącznie na poziomie centralnym. Projekt będzie kontynuowany w swoim pierwotnym kształcie, w tym realizacji zadań na poziomie lokalnym, których elementem jest dostawa stacji roboczych, w nowej perspektywie finansowej, dzięki przeniesieniu zadań i usług do Projektu pl. ID. Następnie, Zamawiający uznał w dalszej części, stwierdzenia Protestującego o wprowadzaniu błęd jako niezgodne z rzeczywistością.

Odnosnie Ad.2. Zamawiający podnosi, iż ograniczenie rzeczowo-finansowe projektu poprzez realizację zadań odnoszących się wyłącznie do systemu centralnego w Centrum Podstawowym i Centrum Zapasowym, tym samym konieczność zaniechania realizacji projektu na poziomie lokalnym (urzędy stanu cywilnego, urzędy gmin) i przeniesienie zadań do następnego Projektu (pl. ID) w nowej perspektywie finansowej (POiG) powoduje istotną

zmianę okoliczności, bezpośrednio wpływającą na prowadzone postępowanie. Ograniczenie projektu powoduje, iż kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w części projektu, która podlega wyłączeniu) naruszałoby interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie, a środki nań przeznaczone nie powinny być wydane lecz przeznaczone na pozostałe cele strategiczne projektu. W przypadku kontynuowania postępowania oraz zakupu sprzętu komputerowego do Gmin i USC Zamawiający nie uzyskałby finansowania z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (środki niekwalifikowalne) tego przedsięwzięcia, naruszając jednocześnie przepisy ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którymi wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokości określonej w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych oraz powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów - w tej sytuacji, dostarczony sprzęt komputerowy byłby przez urzędy niewykorzystany i do czasu wykonania systemu na poziomie lokalnym nie miałby zastosowania.

Po wykonaniu systemu na poziomie lokalnym, w ramach nowego Projektu pl. ID, sprzęt byłby przestarzały i prawdopodobnie niezdatny do wykorzystania. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, decyzja o unieważnieniu pozostaje zgodna z interpretacją Protestującego – istotność zmiany okoliczności, jaka zaszła wskazuje, iż zachodzi konieczność ochrony interesu publicznego, na tyle istotnego, że niezbędne jest jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania.

Odnosnie Ad.3. Zamawiający podnosi, iż oczywistym jest fakt, iż w momencie wszczęcia postępowania nie mógł przewidzieć, że zmienią się okoliczności, w wyniku których kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Projekt zakładał wykonanie systemu na poziomie lokalnym, jak i całkowity koszt nie budził wątpliwości (166 mln. zł.)

Odnosnie zarzutu dotyczącego art. 92 ust.1, iż wyrok Zespołu Arbitrów zobowiązywał go do ponownego badania i oceny ofert, powyższy nakaz został wykonany. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może zakończyć się tak podpisaniem umowy i wykonaniem zamówienia, jak i unieważnieniem postępowania. Wybór najkorzystniejszej oferty wobec unieważnienia postępowania byłby zdaniem Zamawiającego bezcelowy.

W dniu 19 stycznia 2008 r. (data nadania pisma na pocztę) firma: Biuro Informatyczne – Wdrożeniowego „KONCEPT” Spółka z o. o. na oddalenie protestu (otrzymane faxem 14 stycznia 2008 r.) wniosła odwołanie (dowód wniesienia wpisu z dnia 18 stycznia 2008 r.) do Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty podniesione w proteście i wnosi o: 1. uznanie oddalenia protestu za bezpodstawny i bezzasadny; 2. unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania; 3. dokonanie wyboru i wskazania najkorzystniejszej oferty w danym postępowaniu; 4. zasądzenie na rzecz Odwołującego

kosztów postępowania.

Ponadto, nie zgadza się z oddaleniem protestu wobec udowodnienia i wykazania w nim bezzasadności i bezpodstawności działań Zamawiającego. Podnosi, iż czynność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego została dokonana między innymi w celu uniemożliwienia uzyskania przez Odwołującego zamówienia objętego postępowaniem, którego oferta jest ofertą najkorzystniejszą aż w 5 z 6 zadań postępowania. Dodatkowo, podkreśla iż, Zamawiający celowo pominął pkt.1 art. 92 ust.1 Pzp. Wykonał jedynie część wyroku Zespołu Arbitrów jaki zapadł w przedmiotowym postępowaniu, a wskazanie ofert odrzuconych i wykonawców wykluczonych, miało na celu ograniczyć ewentualność wystąpienia z roszczeniami przeciwko Zamawiającemu, gdyby okazało się, że postępowanie zostanie unieważnione z winy Zamawiającego. Odwołujący podnosi, także, iż wykonawcy których oferty zostały odrzucone zostali pozbawieni w sposób pośredni możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż najpierw muszą oni wykazać, że oferta nie podlega odrzuceniu, a dopiero w następnej kolejności, iż czynność unieważnienia postępowania narusza jego interes prawny. Uważa, iż powyższe rozumowanie wraz z faktem iż oferty odrzucone były znacznie droższe od oferty Odwołującego świadczy o celowych i zamierzonym działaniu Zamawiającego naruszającym art. 7 ust.1 i 2 Pzp. Odwołujący, powtórzył zarzut ograniczenia dostępu do rynku zamówień publicznych. Podkreślił, iż Zamawiający celowo opóźniał wykonywanie jakichkolwiek czynności, aby doprowadzić do unieważnienia postępowania. Uważa, iż jest to wynikiem faktu iż oferuje sprzęt innego producenta niż oferta uznana pierwotnie za najkorzystniejszą. Podnosi, także naruszenie zasady równości pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, tzw. uprzywilejowana pozycja Zamawiającego, przejawiająca się w ustalaniu przez niego terminów realizacji dyspozycji żądań kierowanych do Wykonawców, głównie w zakresie poddania oferowanego sprzętu testom. Odnośnie naruszenia art. 93 ust.1 pkt. 6 dodaje, iż Zamawiający powołuje się na wnioski i informacje innych resortów, których nawet nie raczył wskazać, świadczy o braku chęci ujawnienia prawdziwych przyczyn podejmowanych decyzji.

Względem oddalenia protestu, Odwołujący stwierdza, iż nadal Zamawiający nie wykazał interesu publicznego, który miałyby stać w sprzeczności z realizacją przedmiotowego postępowania, jak również nie wykazał jaka to istotna zmiana okoliczności wystąpiła, której nie można było wcześniej przewidzieć. Odwołujący podkreśla, iż wyłącznie w gestii Zamawiającego było wykonać swe zadania z należytą starannością i to Zamawiający już w dacie wszczęcia postępowania wiedział – a przynajmniej mógł przewidzieć – iż powstały niepowodzenia i ogromne opóźnienia. Uważa, iż trudno przyjąć za prawdziwe, iż w dacie 17 lipca 2007 r. Zamawiający nie wiedział o niepowodzeniach i ogromnych opóźnieniach, o których nie wiedział nawet w dniu 12 listopada 2007 r., czy też 29 listopada 2007 r. – dacie poddania testom sprzętu Odwołującego. Powyższe wskazuje jego zdaniem,

iż istotna zmiana okoliczności miał miejsce między 30 listopada a 28 grudnia 2007 r. Podnosi, iż w dacie 29 listopada 2007 r. de facto Zamawiający powziął informacje o istotnej zmianie okoliczności, którą było stwierdzenie poprzez wyniki testów sprzętu Odwołującego, iż jego oferta jest najkorzystniejsza, czego wcześniej nie przewidywał. Odwołujący podtrzymując swoje zarzutu podkreśla, iż to resort odpowiedzialny za realizację projektu doprowadził do powstania niepowodzeń i ogromnych opóźnień, co świadczy, iż to w odniesieniu do Zamawiającego może mieć zastosowanie brak odpowiedniej wiedzy w tematyce zarządzania projektami. Opóźnienia nie są okolicznościami, których nie można było przewidzieć, tym bardziej iż jeżeli terminy są nadal zgodne z Pzp oraz z terminami zakreślonymi w SIWZ, jak również w innych wskazanych w proteście dokumentach i przepisach. Odwołujący uważa, także iż Zamawiający nie odniósł się do tego czy przesłanki unieważnienia postępowania muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. Jego zdaniem, Zamawiający całkowicie je pominął i nie wykazał aby wszystkie te przesłanki zaistniały. Podkreśla, iż interes publiczny nie jest tożsamy z interesem Zamawiającego. Nie wskazano i nie wykazano o jaki interes publiczny chodzi i nie udowodniono, że jest on na tyle ważny i znaczący, że musi ograniczyć uprawnienia wykonawców. Ponadto, Odwołujący uważa iż Zamawiający zanegował poprzez swoje rozstrzygnięcie przesłankę nieprzewidywalności, poprzez wskazanie na dwie opcje odnośnie realizacji projektu.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu faxem - w dniu 18 stycznia 2008 r.

Zawiadomienie o złożeniu odwołania zostało przekazane uczestnikom postępowania protestacyjnego faxem w dniu 21 stycznia 2008 r. (pocztą 22 stycznia 2008 r.). W dniu 28.01.2008 r. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpiła firma: Consortia Spółka z o. o.

Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości. Przystępujący podnosi zarzut braku podstawy do unieważnienia postępowania. Zgadza się ze stwierdzeniem Odwołującego, iż między istotną zmianą okoliczności a stanem, w którym postępowanie nie może być kontynuowane musi zachodzić związek przyczynowy, natomiast zmiana okoliczności musi być istotna i nie przewidywalna. Przystępujący uważa, iż Zamawiający z własnej winy przedłużał przedmiotowe postępowanie, po tym jak miał obowiązek przeprowadzić ponowną czynność badania i oceny ofert. Popiera także zarzut naruszenia zasady równego traktowania uczestników przetargu. Jego zdaniem świadczy o tym odrzucenie ofert części wykonawców przed unieważnieniem postępowania. Powyższe może świadczyć o świadomej próbie ograniczenia kręgu podmiotów mających wolę skorzystania ze środków ochrony prawnej. Powyższe twierdzenie potwierdza także fakt, iż Zamawiający uznał że zachodzi istotna zmiana okoliczności dopiero, jak w związku z przeprowadzonymi

testami okazało się iż najkorzystniejsze oferty złożyły stosownie Odwołujący i Przystępujący.

Wykazując interes prawny, przywołał fakt, iż w wypadku uwzględnienia odwołania, przystępujący w zadaniu 3 może uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonymi w sprawie dowodami i po wysłuchaniu stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W toku rozprawy skład orzekający Izby dopuścił następujące dowody:

1) pismo z Ministerstwa Rozwoju Regionalnego z dnia 29 stycznia 2008 r., podpisane przez Minister Elżbietę Bieńkowską – przedłożone przez Odwołującego; 2) umowę o dofinansowanie projektu nr WKP_1/1.5.0/1/2004/14/14/26/U zawartą w dniu 02 sierpnia 2005 r. pomiędzy MSWiA oraz Ministerstwem Nauki i Szkolnictwa Wyższego wraz z czterema aneksami oraz pismo z dnia 04 lutego 2008 r. z Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego Departament Funduszy Europejskich – przedłożone przez Odwołującego; 3) umowę pożyczki nr SPOWKP/1.5.0/26/71 z dnia 23 września 2005 r. wraz z pismem z dnia 11 lutego 2008 r. z Ministerstwa Finansów Departament Rozwoju Systemów Informatycznych – przedłożone przez Odwołującego; 4) Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 stycznia 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-143/05; Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 marca 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-545/05; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1993 r., sygn. akt: III ARN 49/1993 – przedłożone przez Odwołującego; 5) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 marca 2007 r. w sprawie Planu Informatyzacji Państwa na lata 2007-2010 (Dz. U. z 2007 r. Nr 61, poz. 415) – przedłożone przez Przystępującego do odwołania po stronie Odwołującego; 6) pismo w sprawie z dnia 13 lutego 2008 r. wraz z załącznikami: wyjaśnieniami rzecznika prasowego Ministerstwa Rozwoju Regionalnego stanowiącym załącznik do artykułu oraz niniejszy artykuł z dnia 09 stycznia 2008 r. umieszczonego na portalu www.pb.pl – „Action walczy z urzędasami”, jak i Podstawowym Dokumentem Programu PESEL 2 „Przebudowa i Integracja Rejestrów Państwowych” – Sposób Budowy Systemu; kwiecień 2007 r., znajdującym się pod adresem:

http://www.pesel2.mswia.gov.pl/dat/MZ_PDP_02_10_20070416_KomSterujacy.pdf;

– przedłożone przez Przystępującego do odwołania po stronie Odwołującego; 7) umowę w pełnym zakresie o dofinansowanie projektu nr WKP_1/1.5.0/1/2004/14/14/26/U zawartą w dniu 02 sierpnia 2005 r. pomiędzy MSWiA oraz Ministerstwem Nauki i Szkolnictwa

Wyższego wraz z czterema aneksami, jak również wraz z wszystkimi załącznikami tak do umowy, jak i poszczególnych aneksów – przedłożoną przez Zamawiającego; 8) Wniosek o dofinansowanie realizacji projektu w ramach działania 1.5: Rozwój systemu dostępu przedsiębiorców do informacji i usług publicznych on-line; Priorytet 1; Rozwój przedsiębiorczości i wzrostu innowacyjności poprzez wzmocnienie instytucji otoczenia biznesu z dnia 24 stycznia 2005 r. – przedłożone przez Zamawiającego; 9) pismo z dnia 06 listopada 2007 r. Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego Departament Funduszy Europejskich – przedłożone przez Zamawiającego. Ponadto, skład orzekający Izby wziął pod uwagę ogólnie dostępne informacje i komunikaty dostępne na stronie internetowej: <http://www.pesel2.mswia.gov.pl>.

W odniesieniu do naruszenia art. 7 ust.1 i 2 Pzp – w zakresie prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak i w zakresie zachowania bezstronności i obiektywizmu przy przeprowadzeniu postępowaniu. Skład orzekający Izby uznał, iż miało miejsce naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez brak czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w poszczególnych zadaniach i unieważnienie postępowania, mimo braku przesłanek wynikających z art. 93 ust.1 pkt. 6 Pzp. Żadna z trzech kumulatywnych przesłanek warunkujących zastosowanie przywołanej podstawy prawnej nie została przez Zamawiającego wykazana ani udowodniona, w szczególności odnosi się niniejsze do przesłanki trzeciej „nieprzewidywalności”.

Odnosnie podniesionego przez Odwołującego w kontekście naruszenia art. 7 Pzp zarzutu podjęcia lub też opóźnienia przez Zamawiającego wykonywania określonych czynności – co miało zmierzać do unieważnienia całego postępowania, skład orzekający uznał iż nie ma wystarczających dowodów na wykazanie słuszności takiego zarzutu. Wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego podczas rozprawy odnośnie czasookresu między 30 listopadem a 28 grudnia 2007 r. w określony sposób uzasadniają zaistniałą zwłokę.

Odnosnie kolejnego zarzutu podniesionego w proteście i odwołaniu w kontekście naruszenia art. 7 Pzp, tj. zachowania Zamawiającego, stawiającego siebie w uprzywilejowanej pozycji i zaburzającego równość stron stosunku cywilnoprawnego – jakim jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, o czym miały świadczyć jakoby ustalone przez niego terminy realizacji dyspozycji i żądań kierowanych do Wykonawców, skład orzekający uznał zarzut powyższy za nieudowodniony. Podczas rozprawy Odwołujący nie odniósł się do niego.

W odniesieniu do art. 92 ust.1 Pzp należy zauważyć za doktryną, iż „Zarówno w przypadku informacji o wykluczeniach, jak i o odrzuceniu oferty zamawiający jest obowiązany w każdym przypadku podać wszystkim wykonawcom uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności. (.....) Zamawiający w tym samym czasie informuje ponadto wykonawców o dokonanym wyborze najkorzystniejszej oferty, (.....). Przepis ten czyni informację o wyborze oferty kompletną. Informacja zawiera bowiem dane o wykonawcach wykluczonych, odrzuconych ofertach oraz o kolejności ofert niepodlegających odrzuceniu”. (patrz: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz” wyd. 3, W-wa 2007, str.241-242 w programie Lex 2007). „Rozwiązanie powyższe (art. 92) ma sprzyjać koncentracji postępowania protestacyjno-odwoławczego i zapobiegać rozbieżnościom w rozstrzyganiu ewentualnych protestów. (.....). Wszystkie zatem czynności poprzedzające wybór mają charakter przygotowawczy i początkowo wyłącznie wewnętrzny. (.....). Odroczenie powiadomienia o wykluczeniu z ubiegania się o zamówienie dopiero na czas końcowego oświadczenia w sprawie wyboru oferty możliwe jest tylko przy przetargu nieograniczonym, negocjacjach bez ogłoszenia i zapytaniu o cenę(.....). Połączenie zawiadomienia o wyborze z informacjami dotyczącymi wcześniejszych czynności zamawiającego(.....) (patrz: R. Szostak: „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji. Komentarz do nowelizacji” W-wa 2006, str.177-178). Jeżeli jednak wykonawca stwierdzi, że jego interes prawny na skutek czynności wykluczenia go z postępowania albo odrzucenia jego oferty; tudzież wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego został naruszony, może wnieść protest do zamawiającego. Dlatego jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest zawiadomienie wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, a także o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Z zasady równego traktowania wynika, że o każdej z tych czynności należy powiadomić jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Zawiadomień należy dokonać niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty. (G. Wicik, P. Wiśniewski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny”, C. H. Beck, W-wa 2007, s.484-485).

Z powyższego wynika, iż niedopuszczalne jest dokonanie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu i odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu bez czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż są to czynności wcześniejsze, które zostają uzewnętrznione wobec uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopiero z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe dotyczy przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia i zapytaniu o cenę.

Działanie Zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu było naganne i wskazujące co najmniej na nieznamość intencji ustawodawcy w tym zakresie. Jeżeli

celem Zamawiającego było od początku unieważnienie postępowania, to powinien on albo zrezygnować w ogóle z badania i oceny złożonych ofert i unieważnić postępowanie w wypadku zaistnienia uzasadnionych przesłanek ku temu albo dokonać badania i oceny złożonych ofert w sposób prawidłowy, tj. z wyborem oferty najkorzystniejszej na poszczególne zadania - gdyż czynności wykluczenia i odrzucenia są z wyborem nierozdzielnie związane - i następnie unieważnić postępowanie, także z zastrzeżeniem zaistnienia uzasadnionych przesłanek ku temu. Zgodnie bowiem z doktryną: „Omawiana przesłanka unieważnienia ze względu na nieprzewidywalny charakter wspomnianych w niej okoliczności może wystąpić na każdym etapie postępowania, aż do momentu podpisania umowy. Nawet po wyborze najkorzystniejszej oferty i poinformowaniu, zgodnie z art. 92, wykonawców zamawiający może - powołując się na jej wystąpienie - unieważnić postępowanie” (patrz: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz” wyd. 3, W-wa 2007, str.247 w programie Lex 2007).

Skład orzekający Izby uznał za niedostatecznie udowodnione tezy Odwołującego o celowym działaniu Zamawiającego poprzez wykluczenie części uczestników z udziału w postępowaniu i odrzuceniu ich ofert mającym ograniczyć możliwość składania przez nich protestów i odwołań, należy uznać iż powyższe działanie wynikało raczej z konieczności wykonania Wyroku Zespołu Arbitrów z 11 listopada 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1322/07; UZP/ZO/0-1323/07; UZP/ZO/0-1327/07; UZP/ZO/0-1330/07). Należy jednak zaznaczyć, iż czynności dokonane przez Zamawiającego, tak jak było o tym mowa powyżej były naganne i nie realizowały w sposób pełny nakazu wynikającego z w/w orzeczenia, a ponadto były niezgodne z intencjami ustawodawcy odnośnie art. 92 ust.1 Pzp.

W związku z powyższym, skład orzekający Izby uznał za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust.1 Pzp i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zaniechanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w poszczególnych zadaniach w przedmiotowym postępowaniu.

Odnośnie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, należy zauważyć, iż Zamawiający ma możliwość unieważnienia postępowania, jeżeli:

1. wystąpiła istotna zmiana okoliczności
2. powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym,
3. czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.01.2008, sygn. akt: KIO/UZP 114/07) pogląd, iż dla

zastosowania powołanego przepisu należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający powołując się na tę przesłankę musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym (W. Dzierżanowski w: Prawo zamówień publicznych, komentarz, wyd. II, Zakamycze 2005, s. 320.)

Ponadto, bezsprzecznie: „Udzielenie zamówienia publicznego ma na celu pozyskanie przez jednostkę zamawiającą określonego świadczenia niepieniężnego (produktu, usługi lub robót budowlanych) umożliwiającego jej wywiązanie się z zadań publicznych, składających się ogólnie na realizację dobra publicznego. Zaplanowanie, a potem uruchomienie zamówienia powinno być więc celowe i odpowiednie pod względem wysokości nakładów ekonomicznych względem zadań jednostki zamawiającej. Po wszczęciu postępowania może jednak dojść do takiej zmiany warunków, że odpada już w ogóle potrzeba udzielenia zamówienia albo nasuwa się zupełnie inny jego przedmiot bądź zachodzą inne przeszkody takie, że prowadzenie wszczętego postępowania lub wykonanie zamówienia nie leżą już w interesie publicznym. Jeżeli zmiana okoliczności jest istotna (doniosła, poważnie rzutuująca na interesy publiczne i grożąca stratą), której nie można było wcześniej przewidzieć (ocena zobiektywizowana), zamawiający może unieważnić postępowanie o zamówienie publiczne jako bezcelowe”. (Praca Zbiorowa: „Praktyczny przewodnik po procedurach zamówień publicznych. Część Szczegółowa.”, Ministerstwo Gospodarki i Pracy, Warszawa 2004, str.185)

Nadto,: „Unieważnienie postępowania może nastąpić ze względu na interes publiczny, który sprawia, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew temu interesowi. Aby zamawiający mógł powołać się na tę przesłankę, musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany kontynuować postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny. Powołanie się na powyższą przesłankę unieważnienia wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem "interes publiczny", który nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego. Zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r.: za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych

w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Powołując się na komentowaną przesłankę unieważnienia, zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania. Tylko w ten sposób będzie bowiem w stanie udowodnić, że przesłanka ta rzeczywiście wystąpiła. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 lipca 2002 r. (V Ca 960/02) uznał, że nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Należy więc przyjąć, że inne (.....) potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny, może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone. Ponadto nie zawsze interes publiczny musi przeważać nad interesem indywidualnym. Aby taka sytuacja miała miejsce, interes publiczny musi być na tyle istotny, że niezbędne jest jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania.” (patrz: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz” wyd. 3, W-wa 2007, str.246-247 w programie Lex 2007).

W przedmiotowym postępowaniu odnośnie zaistnienia pierwszej z przesłanek, tj. wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, skład orzekający Izby uznał iż nie miała ona miejsca. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 1 grudnia 2003 r. o sygnaturze akt: V Ca 2224/03. Zgodnie z nim; „istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie”. Należy wyraźnie zaznaczyć, iż czymś innym jest cel projektu (stanowiący interes publiczny), który należało wykonać, a czymś innym środki finansowe na jego wykonanie przeznaczone. Pierwszy z nich jest ważniejszy od drugiego. Wynikająca z rozprawy oraz przedłożonych dowodów sprzeczność względem nieprzekraczalnego charakteru terminu realizacji projektu (pismo z Ministerstwa Rozwoju Regionalnego z dnia 29 stycznia 2008 r.- pismo z dnia 06 listopada 2007 r. Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego Departament Funduszy Europejskich) ma charakter pozorny. Jest rzeczą zrozumiałą, iż na osiem miesięcy przed terminem zakończenia projektu (30 czerwca 2008 r.) jedyną odpowiedzią jaką mogła udzielić Instytucja Zarządzająca odpowiedzialna za koordynację i finansowanie projektów unijnych w Polsce poprzez Instytucję Wdrażającą był nakaz dotrzymania ustalonego terminu i odmowa jego przesunięcia. Sama umowa o dofinansowanie projektu nr WKP_1/1.5.0/1/2004/14/14/26/U zawarta w dniu 02 sierpnia

2005 r. pomiędzy Zamawiającym, czyli MSWiA oraz Ministerstwem Nauki i Szkolnictwa Wyższego w § 13 ust. 4 mówi, iż Zamawiający miał obowiązek wystąpienia z pisemnym wnioskiem o wydłużenie terminu na realizację projektu lub jego etapu nie później niż 30 dni przed terminem zakończenia realizacji projektu, czyli w maju 2008 r., do tego terminu naturalnym obowiązkiem beneficjenta, czyli Zamawiającego jest osiągnięcie co najmniej minimalnych wskaźników realizacji projektu lub takich wskaźników które mogłyby stanowić argument względem tak Instytucji Wdrażającej, jak i Zarządzającej za ewentualnym przesunięciem terminu realizacji projektu. Należy zaznaczyć, bazując na wiedzy składu orzekającego Izby, iż w drodze praktyki przyjmuje się występowaniem z takim wnioskiem de facto najwcześniej dwa miesiące przed upływem terminu realizacji projektu. Biorąc powyższe pod uwagę należy przyjąć, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego i bazując na stanowisku Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (dowód pismo z dnia 29 stycznia 2008 r.) istniała i nadal istnieje możliwość przesunięcia terminu realizacji projektu, a więc istotna zmiana okoliczności nie miała miejsca.

Odnosnie zaistnienia drugiej z przesłanek, tj. iż prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, skład orzekający Izby uznał, iż także nie miała ona miejsca. Trzeba bowiem pamiętać, że ocena, czy coś dzieje się w interesie publicznym, czy nie, dokonywana jest w momencie wszczynania postępowania. Wówczas bowiem podejmowana jest decyzja o rozpisaniu postępowania. Ewentualne uznanie niniejszej przesłanki musiałoby być związane ze zmianą interesu publicznego, czyli celu projektu.

W tym wypadku należy zdecydowanie stwierdzić, iż mimo prób wykazania zmiany celu projektu, czyli interesu publicznego podczas rozprawy przez Zamawiającego, powyższe nie znajduje potwierdzenia w przedstawionych dowodach. Żaden z przedłożonych aneksów, a zwłaszcza wielokrotnie powoływany aneks nr 4 wraz z załącznikami nie zmienia celu projektu, czyli interesu publicznego. Zgodnie z dowodem, tj. wnioskiem o dofinansowanie realizacji projektu w ramach działania 1.5. celem planowanego projektu jest umożliwienie przedsiębiorcom oraz obywatelom korzystania z usług administracyjnych on-line oferowanych przez administracje różnych szczebli i rodzajów.

Wspomniane wyżej aneksy a zwłaszcza aneks nr 4 zmieniają pkt. 13 i 16 powołanego wyżej wniosku stanowiącego załącznik nr 1 do umowy o dofinansowanie projektu, ale nie zmieniają pkt. 15. Powyższy cel projektu został także potwierdzony na stronie 5 „Podstawowego Dokumentu Programu PESEL 2 „Przebudowa i Integracja Rejestrów Państwowych” – Sposób Budowy Systemu”.

Działanie Zamawiającego, który pozbawiony środków finansowych postanawia zmienić zakres rzeczowy, aby osiągnąć cel nie jest właściwe. Skład orzekający Izby, pragnie zauważyć iż celem publicznym nie jest pozyskanie środków unijnych, lecz cel określony

w pkt. 15 wniosku o dofinansowanie realizacji projektu. Środki unijne są po to przyznawane, aby zmniejszać bariery istniejące między państwami członkowskimi. Wydaje się więc tak jak twierdzi w swoim piśmie z dnia 13 lutego 2008 r. Przystępujący, iż interes publiczny (wykazany powyżej) w realizacji zamówienia istnieje mimo braku środków na jego realizację. Co więcej Zamawiający sam podkreśla jego kontunacje w ramach projektu pl. ID – POLSKA ID KARTA, wskazując tym samym jego dalsze istnienie i nie zmienia go fakt, iż Zamawiający nie zdołał w odpowiedni sposób zabezpieczyć środków na jego realizację w momencie wszczęcia postępowania przetargowego.

Ponadto, mimo dążeń Zamawiającego aby ignorować wcześniejsze harmonogramy, nie bez znaczenia jest fakt, iż zgodnie harmonogramem do wniosku stanowiącym załącznik nr 2 do umowy o dofinansowanie projektu wydatkowanie miało rozpocząć się od stycznia 2007 r. (dowód strona trzecia od końca).

Odnosnie zaistnienia trzeciej z przesłanek, tj. nieprzewidywalności, skład orzekający Izby uznał, iż w szczególności powyższa przesłanka nie miała miejsca. Zamawiający wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania mógł, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, przewidzieć zmianę na którą się powołuje, gdyż: „Okoliczności o których mowa powyżej (wynikające z pierwszej przesłanki) muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny dla zamawiającego w chwili otwarcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (patrz: E. Norek: „Prawo Zamówień Publicznych Komentarz”, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, W-wa 2005, str.141). Z dowodów, tak z pisma Ministerstwa Rozwoju Regionalnego z dnia 29 stycznia 2008 r., jak i pisma tegoż ministerstwa z dnia 26 listopada 2007 r. (to ostatnie zostało załączone do dokumentacji przetargowej przekazanej do Urzędu Zamówień Publicznych), także z wyjaśnień rzecznika prasowego Ministerstwa Rozwoju Regionalnego stanowiących załącznik do artykułu z dnia 09 stycznia 2008 r. umieszczonego na portalu www.pb.pl – „Action walczy z urzędasami” oraz informacji ogólnie dostępnych na stronie internetowej projektu PESEL 2: <http://www.pesel2.mswia.gov.pl>, wynika w sposób nie budzący wątpliwości, iż niski poziom (3,3% do listopada 2007 r., według innych danych niecałe 3%) wskaźnika realizacji zamówienia (wydatkowania) był powszechnie znany w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. 17.07.2007 r. Tak samo były znane problemy organizacyjne w ramach Komitetu Sterującego programem PESEL 2 „trzykrotna zmiana kierownika projektu”, czy też „konflikty w Zespole realizacyjnym”.

Tzw. szczególnie złożony charakter przedsięwzięcia jest w programach finansowanych ze środków unijnych normą a nie wyjątkiem. Zaś wyjątkowo przedłużające się procedury przetargowe są sytuacją wynikającą z przysługujących jego uczestnikom środków ochrony prawnej i w interesie Zamawiającego jest podjęcie wszelkich działań aby nie dawać podstaw faktycznych do korzystania z nich.

Nadto, należy stwierdzić wyraźnie, iż Interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem Zamawiającego (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 stycznia 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-143/05 oraz Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 marca 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-545/05). W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców. Zarówno istnienie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny podlegać muszą zawsze wnikliwej kontroli (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1993 r., sygn. akt: III ARN 49/1993, OSNC 1994, nr 9, poz. 181).

Zdaniem składu orzekającego Izby, Zamawiający nie wykazał ani nie udowodnił zaistnienia omówionych powyżej przesłanek, co więcej na podstawie przedłożonych dowodów wynika, iż nadal istnieje szansa uzyskania minimalnych wskaźników realizacji projektu przy założeniu terminu realizacji projektu do końca 2008 r., a wykonanie zamówienia które byłoby rezultatem niniejszego postępowania przetargowego, szansę tę zwiększają (według deklaracji Odwołującego podczas rozprawy wykonanie zamówienia w ciągu 120 dni – termin z SIWZ – do końca VI 2008 r.). Z zebranych dokumentów wynika, iż nie ma przeszkód aby wrócić do stanu z czasu obowiązywania aneksu nr 3, przy jednoczesnym przesunięciu terminu realizacji projektu. Zgodnie z informacją Zamawiającego podczas rozprawy o pierwotnie planowanych 4 przetargach. Biorąc powyższe pod uwagę, jest rzeczą możliwą przy zachowaniu należytej staranności i odpowiedniego wysiłku ukierunkowanego na osiągnięcie zamierzonego celu zakończenie niniejszych postępowań w ramach projektu do końca roku 2008, a przynajmniej części z nich. Pozwoliłoby to na osiągnięcie takiego stopnia realizacji projektu, iż dawałoby to szansę na osiągnięcie zamierzonego celu projektu i uniknięcie groźby utraty środków unijnych.

Odnosnie argumentu naruszenia ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którą wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokości określonej w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych oraz powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, skład orzekający Izby pragnie zauważyć, iż zgodnie z art. 17 ust.3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania. Kwestie zasad odpowiedzialności za naruszenia dyscypliny finansów publicznych regulują następujące przepisy art. 19, 24, 27 i 28, kary art. 31, 34 i 35 wymienionej wyżej ustawy.

Jednocześnie, skład orzekający Izby informuje Odwołującego, iż w oparciu o art. 93 ust. 4 Pzp w wypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, może skierować on postępowanie odszkodowawcze na drogę sądową. Do uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu zaliczyć można np. koszty przygotowania oferty, koszty jej doręczenia, koszty próbek, dojazdu Odwołującego na otwarcie ofert (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20.06.2005 r., sygn. Akt. UZP/ZO/0-1372/05). Do powyższych kosztów można z całą pewnością zaliczyć każdorazowy koszt kuriera lub transportu stacji roboczej do testów w obie strony, noclegu i wyżywienia osób towarzyszących jeśli takowe były oraz inne uzasadnione koszty których wykazanie jest możliwe.

W związku z potwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1, art. 92 ust.1 oraz art. 93 ust.1 pkt. 6 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) uznając za uzasadnione koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez rozporządzenie 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. Nr 128, poz. 886).

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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* niepotrzebne skreślić