

Sygn. akt: KIO 1625/19

POSTANOWIENIE

z dnia 29 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **GroMar sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzka Biblioteka Publiczna w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **BonaSoft sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **GroMar sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** poniesionej z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Wojewódzka Biblioteka Publiczna w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa nowoczesnej platformy internetowej służącej udostępnieniu zdigitalizowanych zasobów on-line, w ramach projektu n: Małopolska Biblioteka Cyfrowa w horyzoncie 21. wieku - stworzenie innowacyjnej platformy udostępniania regionalnych zasobów cyfrowych w Wojewódzkiej Bibliotece Publicznej w Krakowie". Oznaczenie sprawy SP-271-1/19.Nr ogłoszenia: 2019/S 115-282589

GroMar sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na bezpodstawnym unieważnieniu w dniu 12.08.2019 r. postępowania poprzez:

- 1.dokonanie błędnej wykładni art. 93 ust. 1 pkt 7 w kontekście art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp;
- 2.błędne uznanie za wiążącą odmowę publikacji sprostowania ogłoszenia o zamówienie poprzez przyjęcie niewiążącej i niezgodnej z przytoczonymi poniżej krajowymi przepisami odpowiedzi pracownika HelpDesk Dz.U. UE i w konsekwencji, niezgodne z ustawą Pzp, przyjęcie tej odpowiedzi jako podstawy do unieważnienia postępowania;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.Art. 7 ust. 1 PZP - poprzez zaniechanie uwzględnienia krajowych przepisów przy ocenie stanu faktycznego i uniemożliwienie Wykonawcy - GroMar Sp. z o.o., którego oferta z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością byłaby najkorzystniejsza, dalszego udziału w postępowaniu, przez co Wykonawca ten został pozbawiony szans na uzyskanie zamówienia

2.Art. 7 ust. 1 PZP - wobec zapowiadanego powtórzenia unieważnianego postępowania Odwołujący wskazuje, że wykonawcom będzie znana pozycja konkurencyjna pozostałych uczestników, co w konsekwencji prowadzi w prosty sposób do zaburzenia konkurencyjności;

3. Art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 i 6 PZP - przez uznanie, że brak sprostowania miałyby wpływ na wynik postępowania i ważność zawartej umowy;

4. Art. 7 ust. 1 w związku z art. 11c i art. 12a ust. 2 PZP - przez przyjęcie, że nadrzędnym wobec przepisów ustawy jest opinia pracownika HelpDesk Dz.U.U.E, osoby niemającej legitymacji do wydawania wiążących wykładni prawa i stwierdzania zaistnienia okoliczności stanowiących podstawę do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonania czynności badania oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego Odwołujący otrzymał w dniu 12.08.2019 r. Z zestawienia ofert opublikowanego w dniu

24.07.2019 i sprostowanego 30.07.2019 wynika, że oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza, a zatem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami PZP, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana. W przetargu złożono 4 oferty, co świadczy o zachowaniu wysokiej konkurencyjności w postępowaniu. Decyzja o udziale w postępowaniu podejmowana jest przez wykonawcę nie na podstawie samego tylko ogłoszenia, ale przede wszystkim na podstawie informacji zawartych w SIWZ, która w myśl regulacji art. 42 ust. 1 i art. 37 ust. 2 ustawy zamieszczana jest obowiązkowo na stronie internetowej Zamawiającego. Fakt równej dostępności do SIWZ dla wszystkich zainteresowanych, bez względu na kraj ich pochodzenia, pozostaje nie bez znaczenia dla oceny podniesionych przez Zamawiającego argumentów o utrudnionym dostępie do informacji wszystkich zainteresowanych wykonawców, z powodu uchybień w ogłoszeniu o zamówieniu, polegających na rozbieżności zapisów ogłoszenia o zamówieniu z treścią zapisów SIWZ.

W informacji o unieważnieniu postępowania z 12.08.2019 r. Zamawiający wskazał, że w „ogłoszeniu wskazano „usługi” jako rodzaj zamówienia, podczas; gdy z treści SIWZ wynika, iż przedmiot zamówienia to dostawa”. W przekonaniu Odwołującego fakt ten pozostaje bez znaczenia w niniejszej sprawie, z uwagi na prawidłowe i spójne określenie przedmiotu zamówienia za pomocą kodów CPV w dokumencie ogłoszenia (Sekcja II: Przedmiot) oraz SIWZ (pkt III OPZ z oznaczeniem wynikającym ze wspólnego słownika zamówień CPV).

Zamawiający jako główny przedmiot zamówienia podał następujący kod CPV: 48000000-8 Pakiety oprogramowania i systemy informatyczne oraz dodatkowe: 72263000-6 Usługi wdrażania oprogramowania, 72268000-1 Usługi dostawy oprogramowania, 805331000-0 Usługi szkolenia komputerowego.

Informacja o kodzie CPV jest kluczową dla wykonawcy, w szczególności zagranicznego, który na tej podstawie podejmuje decyzję. Oznaczenia mają charakter międzynarodowy. Powstaje pytanie, czy Zamawiający w ogóle dopuścił się zmiany ogłoszenia o zamówieniu, ocenionej jako zmiana nieuprawniona, skutkująca odmową publikacji. W opinii Odwołującego Zamawiający nie dokonywał zmiany. Przedmiot zamówienia pozostał niezmienny, a była i jest nim w dalszym ciągu „Budowa nowoczesnej platformy internetowej służącej /.../” określona przytoczonymi wyżej kodami CPV.

Zamawiający nie zmienił swoich planów zakupowych, nie zamierzał zrezygnować z jednego zakupu na rzecz innego, jedynie próbował doprowadzić treść ogłoszenia do pełnej zgodności z pozostałymi dokumentami postępowania, z których wynikało, co chce nabyć i jaki jest charakter umowy. W tym kontekście przekonanie Zamawiającego, wywiedzione na kanwie korespondencji mailowej z Panem D. F., piastującym stanowisko Helpdesk Dz.Urz.U.E., nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający nie miał uprawnień do przyjęcia jako przesłanki do unieważnienia opinii wydanej przez Pana D. F. TED Helpdesk. Odwołujący podnosi, że osoba reprezentująca Helpdesk nie ma ani uprawnień ani legitymacji do wydawania wykładni przepisów prawa, tym bardziej wiążących Zamawiającego.

Analizując treść enigmatycznej odpowiedzi jaką wysłał do Zamawiającego Pan D. F. Helpdesk TED, cyt.: „Sprostowanie zostało odrzucone, ponieważ próbujesz wykonać rodzaj umowy. Należy pamiętać, że nie można dokonać korekt rodzaju umowy ani rodzaju procedury. Będziesz zatem musiał anulować opublikowane ogłoszenie o zamówieniu i ponownie wysłać nowe prawidłowe ogłoszenie o zamówieniu do publikacji” w sposób, w jaki zinterpretował to Zamawiający, czemu wyraz dał w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 12.08.2019 r., cyt.: „W uzasadnieniu podniesiono, iż zgłoszenie zmiany zamówienia z „usługi” na „dostawę” uniemożliwia przeprowadzenie modyfikacji w drodze sprostowania do ogłoszenia stwierdzić należy, że: wykładnia dokonana przez Zamawiającego nie jest prawidłowa. Pomijając fakt uprawnień osoby, która ją wydała, została ona przetłumaczona w sposób nieprofesjonalny, niezgodny z zasadami języka polskiego, nie poparta tłumaczeniem urzędowym lub przysięgłym i w konsekwencji błędnie zinterpretowana, a zatem już z tej przyczyny nie może być uwzględniona; po drugie - krajowe i unijne przepisy nie sprzeciwiają się dokonywaniu zmian w ogłoszeniu o zamówieniu, nawet tych o charakterze istotnym.

Zamawiający może dokonywać zmian istotnych w ogłoszeniu o zamówieniu, pod warunkiem zachowania terminów ustawowych. Krajowy ustawodawca, w art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, jako jedną z dopuszczalnych zmian ogłoszenia uznaje zmianę określenia przedmiotu zamówienia. A określenie przedmiotu zamówienia wydaje się istotą samego zamówienia.

Dla uniknięcia wszelkich ewentualnych wątpliwości, niezależnie od przytoczonego wyżej przepisu krajowego, Odwołujący podkreśla, że należy przyjąć możliwość dokonywania zmian w ogłoszeniu w świetle zarówno prawa krajowego jak i prawa Unii Europejskiej.

Zgodnie z Art. 93: 1. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 7.) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w pierwszych akapitach pisma o unieważnieniu postępowania wskazuje, że to niespójności treści ogłoszenia o zamówieniu z treścią SIWZ są błędami skutkującymi koniecznością unieważnienia postępowania. Zamawiający przyjął mylną interpretację regulacji. Niespójności pomiędzy dokumentami nie mogą bowiem świadczyć o wadach postępowania uniemożliwiających zawarcie umowy. Ustawodawca powtórzył tożsame brzmienie i znaczenie słów „umowa podlegająca unieważnieniu” w art. 146 ust. 1 Pzp, wskazując wprost na wzajemną korespondencję tych regulacji prawnych.

Celem było wskazanie, że jedynie, zaistnienie sytuacji, w których umowa podlega unieważnieniu będzie skutkowało oceną, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest na tyle wadliwe, aby zaktualizowała się konieczność jego unieważnienia.

Przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle, a zatem pomiędzy zaistnieniem wady, do której należy odnosić przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, a zawarciem umowy musi istnieć związek, o którym mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie miał podstaw do wysnucia, że którakolwiek ze wskazanych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp przesłanek unieważnienia umowy zaistniała. Stwierdzona przez Zamawiających wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Zamawiający nie wykazał i nie udowodnił w jaki sposób rzekoma wada postępowania będzie miała wpływ lub mogłaby mieć wpływ na jego wynik. Ograniczył się do stwierdzenia, że wada skutkuje ograniczeniem kręgu wykonawców i negatywnie wpływa na konkurencyjność w postępowaniu. Odwołujący podnosi, że konkurencyjność w postępowaniu ucierpi najbardziej w sytuacji ponownego wszczęcia postępowania, a z uwagi na liczbę ofert złożoną w tym przetargu (4 oferty) trudno również mówić o ograniczeniu konkurencji. W rozpoznanej sprawie w postępowaniu zostało złożonych pięć ofert na porównywalnym poziomie finansowym co wskazuje na jednoznaczne rozumienie opisu przedmiotu zamówienia; znajomość przedmiotu postępowania oraz wykonanie wszystkich obowiązków jakie nałożył Zamawiający w tym dokonanie wizji lokalnej oraz niepodleganie wykluczeniu z postępowania. Wyjątkowość zatem instytucji unieważnienia postępowania nakazuje wykładnie ścisłą, a ponadto wymaga od Zamawiającego udowodnienia okoliczności faktycznych i prawnych, które mają uzasadniać unieważnienie postępowania. Aby dokonać oceny podstaw zasadności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający powinien był przeprowadzić analizę zdarzeń celem ustalenia, czy ewentualne zawarcie umowy w sprawie danego zamówienia w przyszłości nie spowoduje takiej sytuacji, że właściwy organ będzie mógł w oparciu o przesłanki ustawowe dokonać jej unieważnienia.

W przedmiotowej sprawie, biorąc pod uwagę określone okoliczności faktyczne sprawy należy uznać, że przesłanka z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp nie zaistniałaby, gdyby doszło do podpisania umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego.

Przy wskazanej przesłance należałoby ponadto wykazać, że gdyby nie określone rzekome naruszenie przepisów ustawy Pzp postępowanie zakończyłoby się wyborem innej oferty.

W niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał powyższych kwestii, ograniczył się jedynie do ogólnych twierdzeń i nie sprostował w ocenie Odwołującego ciężarowi dowodowemu.

O ile nawet zaistniały niespójności są z przyczyn od Zamawiającego niezależnych nieusuwalne (odmowa publikacji), o tyle nie są one na tyle istotne, aby mogły być podstawą do uznania, że umowa podlegałaby unieważnieniu, co wykazano.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca BonaSoft sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu uznając za słuszne zarzuty odwołania i za uzasadnione przedstawione żądania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniesionej dnia 29 sierpnia 2019 r. oświadczył, że po zapoznaniu się z zarzutami i żądaniami uwzględni zarzuty podniesione w odwołaniu w całości.

Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu bez udziału stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), z których wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed rozpoczęciem rozprawy, koszty postępowania znosi się wzajemnie.

Przewodniczący: