

Sygn. akt: KIO 2628/12

## WYROK

z dnia 13 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2012 r. przez wykonawcę: **Sygnity S.A. w Warszawie (02-486), Al. Jerozolimskie 180** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie (00-184), ul. Stanisława Dubois 5a**

przy udziale wykonawcy: **Atos IT Services Sp. z o.o. w Warszawie (02-675), ul. Wołoska 5** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Sygnity S.A. w Warszawie (02-486), Al. Jerozolimskie 180** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Sygnity S.A. w Warszawie (02-486), Al. Jerozolimskie 180** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: **Sygnity S.A. w Warszawie (02-486), Al. Jerozolimskie 180** na rzecz zamawiającego: **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie (00-184), ul. Stanisława Dubois 5a** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Przeniesienie wraz z migracją danych Krajowego Rejestru Dawców Krwi (KRDK) na infrastrukturę techniczną Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia” zostało wszczęte przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2012/S 178-293347) w dniu 15 września 2012 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia wniósł wykonawca Sygnity S.A. w Warszawie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec naruszenia „art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz przepisów:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 [ustawy] Pzp poprzez niewykluczenie z Postępowania wykonawcy Atos IT Services sp. z o.o. [zwanego dalej również Przystępującym] pomimo iż nie wykazał się spełnianiem warunków udziału w Postępowaniu.
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Atos IT Services sp. z o.o. pomimo iż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z Postępowania,
- art. 9 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady pisemności i dokonywanie z wykonawcą Atos IT Services sp. z o.o. telefonicznych ustaleń dotyczących wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp,
- art. 46 ust. 4a Pzp poprzez zaniechanie zatrzymania wadium w sytuacji w której wykonawca Atos IT Services sp. z o.o. nie złożył dokumentów na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym przez niego terminie,
- art. 61 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp poprzez odwołanie oświadczenia woli w kwestii uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp pomimo iż oświadczenie to dotarło już do wykonawcy Atos IT Services sp. z o.o.

- art. 26 ust. 4 Pzp poprzez nieuprawnione wezwanie do wyjaśnienia dokumentu Wykazu zamieszczonego w ofercie wykonawcy Atos IT Services sp. z o.o. pomimo, iż istniały przesłanki do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp i wezwania do uzupełnienia tego dokumentu w wyznaczonym terminie,
- art. 14 Pzp w związku z art. 104 kodeksu cywilnego poprzez uznanie za skuteczne działania osoby nieupoważnionej do dokonania jednostronnej czynności prawnej w imieniu wykonawcy Atos IT Services sp. z o.o.
- art. 26 ust. 4 w z art. 24 ust. 1 pkt 8 i 25 ust. 2 Pzp w związku z § 2 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane [(Dz. U. Nr 226 poz. 1817), zwanego dalej Rozporządzeniem w sprawie dokumentów] poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Atos IT Services sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentu KRK dotyczącego Prezesa Zarządu Atos IT Services sp. z o.o., a w szczególności ustalenia, czy osoba ta posiada miejsce zamieszkania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej”

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o „uwzględnienie odwołania i:

- unieważnienie czynności wy boru najkorzystniejszej oferty,
- unieważnienia czynności z dnia 14 listopada 2012 roku wzywającej wykonawcę Atos IT Services sp. z o.o. do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnień w zakresie dokumentu Wykazu
- wykluczenie wykonawcy Atos IT Services sp. z o.o. z Postępowania wobec nie wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a następnie odrzucenia jego oferty
- nakazanie wezwania wykonawcy Atos IT Services sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień odnośnie miejsca zamieszkania Prezesa Zarządu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, a w przypadku uzyskania potwierdzenia, iż miejscem zamieszkania tej osoby jest terytorium RP o wezwanie do uzupełnienia polskiego KRK. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. chyba, że zachodzi przesłanka odrzucenia oferty Atos IT Services sp. z o.o. w związku z uwzględnieniem zarzutów zamieszczonych w pkt 1 uzasadnienia odwołania,
- wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.”

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie,

z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający, w pkt IV.I.2) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), skonkretyzował warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia.

Przed upływem terminu składania ofert Zamawiającemu swoje oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący i Przystępujący.

Przystępujący wraz ze swoją ofertą złożył m.in. odpis z KRS, zaświadczenie o niekaralności Prezesa Zarządu wystawione przez Biuro Policji Federalnej w Wiedniu – Biuro Informacyjne Rejestru Karnego wraz z tłumaczeniem na język polski, a także objęty zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa wykaz usług wraz z dokumentami mającymi potwierdzać należyte wykonanie wykazywanych prac.

Pismem z dnia 31 października 2012 r. Zamawiający wezwał Przystępującego m.in. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykaz usług wraz z dokumentami mającymi potwierdzać należyte wykonanie wykazywanych prac, wyznaczając przy tym termin wykonania tej czynności na dzień 5 listopada 2012 r. na godzi. 12:00.

W dniu 5 listopada 2012 r., po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu, wpłynęło do Zamawiającego pismo z tego samego dnia, w którym zawarte zostały wyjaśnienia złożone w imieniu Przystępującego oraz prośba o zmianę terminu złożenia wyjaśnień.

Pismem z dnia 15 listopada 2012 r. Zamawiający wezwał Przystępującego m.in. do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnień odnoszących się do złożonego wykazu usług

oraz złożonych wraz z nim dokumentami mającymi potwierdzać należyte wykonanie wykazywanych prac

W dniu 19 listopada 2012 r. wpłynęło do Zamawiającego pismo Przystępującego zawierające odpowiedź na zadane mu pytania.

Zamawiający w dniu 20 listopada 2012 r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia o uznaniu oferty złożonej przez Przystępującego za najkorzystniejszą.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Pismem, doręczonym w dniu 26 listopada 2012 r., wykonawca: Atos IT Services Sp. z o.o. w Warszawie doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ażeby rozstrzygnąć o zasadności zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 9 ust. 1, art. 46 ust. 4a, art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, art. 61 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 104 kodeksu cywilnego, w pierwszej kolejności zdaniem składu orzekającego rozstrzygnąć należy o posiadaniu przez Zamawiającego prawa do samodzielnego weryfikowania podjętych przez siebie decyzji.

W ocenie Izby Zamawiający takie prawo posiada. Pamiętać bowiem należy, że celem postępowania o udzielenie zamówienia jest udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W toku prowadzonej przez siebie procedury Zamawiający zobowiązany jest zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców. Kierując się tymi zasadami Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy nie potwierdzili spełniania warunków opisanych w SIWZ, a także odrzucić oferty, co do których stwierdzi zaistnienie przesłanek ku takiemu działaniu. Podejmując decyzje rozstrzygające o pozbawieniu wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia, Zamawiający jest też zobowiązany stosować przewidziane

przepisami prawa odpowiednie procedury sanacyjne, które umożliwiają uwzględnienie w ostatecznej ocenie oferty obarczone różnego rodzaju błędami lub brakami (np. 26 ust. 3 lub 4, czy też art. 87 ustawy Pzp). Uwzględniając te podstawowe zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia, pamiętać również należy o tym, iż kolejno następujące po sobie czynności Zamawiającego mają w głównej mierze charakter wynikowy, są naturalnym następstwem czynności wcześniej dokonanych. Istotnym jest też to, aby czynności podejmowane przez Zamawiającego podejmowane były w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny, innymi słowy, aby ustalenia te nie były obciążone błędem. W innym przypadku może to oddziaływać na podejmowane przez Zamawiającego decyzje, a tym samym wpływać na wynik postępowania. Skład orzekający podziela w tym miejscu pogląd wyrażony w wyroku KIO 1529/11, iż Zamawiający „winien kierować się w swoich działaniach przepisami prawa, postanowieniami SIWZ i opierać swoje działania na prawidłowo ustalonym stanie faktycznym. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa Zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.” Postępowanie odmienne, o co zdaje się postulować Odwołujący, byłoby nadmiernie formalistyczne i prowadziłoby do utrzymywania w mocy błędnie podjętych decyzji, nawet za cenę późniejszego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. A jak to już zostało wskazane wcześniej, celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest formalizm sam w sobie, ale wybór oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad w ustawie określonych.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż w rozpoznawanym przypadku, Zamawiający, który pierwotnie w sposób nieprawidłowy ustalił stan faktyczny, uznając, że zachodzą okoliczności uzasadniające wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, miał prawo do zweryfikowania swej błędnej decyzji. W ocenie Izby dostrzeżony przez Zamawiającego błąd dotyczył treści czynności prawnej (zgodnie z poglądem wyrażanym w doktrynie błąd może dotyczyć każdego składnika czynności prawnej), był przedmiotowo istotny (ukierunkowywał dalsze działania Zamawiającego i rodził określone konsekwencje dla Przystępującego), a ponadto jego zaistnienie było z łatwością zauważalne dla adresata wezwania, tj. Przystępującego. Okoliczności te stanowią realizację normy prawnej zawartej w art. 84 kodeksu cywilnego. Skorzystanie przez Zamawiającego z podmiotowego prawa kształtującego, pozwoliło mu uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli, tzn. doprowadzić do jego nieważności ze skutkiem *ex tunc*. Co istotne kodeks cywilny

nie wymaga, aby oświadczenie woli podmiotu powołującego się na działanie pod wpływem błędu wyrażone zostało w ściśle określony, sformalizowany sposób. Tym samym za wystarczające uznać należy takie działanie Zamawiającego, z którego w świetle art. 65 kodeksu cywilnego, wywieść można wolę uchylecia się przez Zamawiającego od skutków złożonego wcześniej wezwania do uzupełnienia dokumentów. Za takowe działanie w rozpoznawanym przypadku, uznać w ocenie Izby należy skierowanie do Przystępującego kolejnego wezwania odnoszącego się do tych samych dokumentów, tym razem nie do ich uzupełnienia, a jedynie do złożenia wyjaśnień do nich się odnoszących w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Taką interpretację potwierdza jednoznacznie treść protokołu z komisji przetargowej (CSIOZ-WZP.221.35.2012).

Tak dokonana ocena prawna działań podjętych przez Zamawiającego, czyni bezprzedmiotowymi zarzuty podnoszone przez Odwołującego. Stwierdzając bowiem, iż Zamawiający skutecznie skorzystał z podmiotowego prawa kształtującego, co pozwoliło mu uchylić się od skutków prawnych swojego wcześniejszego oświadczenia woli, oraz mając na uwadze poczynione wcześniej uwagi o wynikowym charakterze poszczególnych czynności przez Zamawiającego dokonywanych, uznać należało, iż nie mogły w rozpoznawanej sprawie zaistnieć wnioskowane przez Odwołującego czynności wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu, odrzucenia złożonej przez niego oferty czy też zatrzymania wadium. Czynności te były bowiem naturalnym następstwem niezastosowania się przez Przystępującego do wezwania do uzupełniania dokumentów, a to wezwanie, jak już to zostało wskazano, zostało przez Zamawiającego skutecznie uchylone. Przesądzenie, iż Zamawiający w sposób uprawniony skorzystał z instytucji prawa ustanowionej w art. 84 kodeksu cywilnego, czyni również bezprzedmiotowym zarzut naruszenia art. 61 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, bowiem zgodnie z art. 88 kodeksu cywilnego uprawnienie do powołania się na błąd upływa z upływem roku od jego wykrycia. Odwołujący nie wykazał, iż termin ten został naruszony. Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż Odwołujący nie podjął próby samodzielnego udowodnienia twierdzenia, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu – swe zarzuty oparł jedynie na fakcie skierowania przez Zamawiającego do Przystępującego wezwania do uzupełnienia dokumentów.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 104 kodeksu cywilnego Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, że podnoszone przez niego naruszenia miały jakikolwiek wpływ na wynik postępowania. Faktem jest, iż zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Niemniej jednak nie zostało wykazane, aby w toku przywoływanej



przez Odwołującego rozmowy telefonicznej Zamawiającego z pracownikami Przystępującego dokonano jakichkolwiek ustaleń, które nie znalazłyby swego odzwierciedlenia w pisemnej dokumentacji postępowania, ani też, że ustalenia takie wpłynęły w jakikolwiek sposób na kolejne decyzje Zamawiającego. Tak bowiem treść rozmowy, jak i pismo z dnia 5 listopada 2012 r., zdaniem Odwołującego podpisane przez osobę nieuprawnioną do działania w imieniu Przystępującego, odnosiły się do faktu niewywiązania się przez Przystępującego z terminu na złożenie uzupełnionych dokumentów. Jak zostało to już rozstrzygnięte powyżej, wezwanie to ostatecznie zostało uznane za niebyłe, stąd też i składane przez Przystępującego wyjaśnienia w tym zakresie, jako wynik tegoż wezwania, uznać należało za nieistotne dla ustalenia wyniku postępowania, a co za tym idzie rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów podnoszonych przez Odwołującego.

Niezależnie od powyższego Izba rozpoznała zarzut odnoszący się do przedstawionych przez Przystępującego dokumentów, które to dokumenty miały potwierdzać, że urzędującego Prezesa Zarządu Przystępującego nie skazano za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił (co samo w sobie byłoby niewystarczającym), słuszności twierdzeń przez siebie formułowanych. Co ważniejsze nie wykazał on, że naruszone zostały przez Zamawiającego jakiegokolwiek przepisy ustawy Pzp. Dla uznania za nieistotne dla rozstrzygnięcia zgłaszanych przez Odwołującego wątpliwości co do istnienia możliwości sprawowania funkcji urzędującego członka zarządu przez osobę, która ma miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, za rozstrzygającą Izba uznała regulację § 2 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Przepis ten wprost dopuszcza zaistnienie okoliczności, które w wątpliwość poddawał Odwołujący. Co istotne, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie stawianego przez niego zarzutu. Co więcej wprost przyznał w toku rozprawy przez Izbę, iż nie twierdzi on, że Prezes Zarządu Przystępującego ma miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ani też nie kwestionuje on prawdziwości złożonych przez przystępującego dokumentów. Mając to na uwadze Izba uznała, iż rozpoznawany zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 w z art. 24 ust. 1 pkt 8 i 25 ust. 2 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....