

Sygn. akt: KIO 2570/15

POSTANOWIENIE
z dnia 30 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 30 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2015 r. przez wykonawcę **DahliaMatic sp. z o.o. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Sygnity S.A. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę DahliaMatic sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DahliaMatic sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „utrzymanie, rozwój i modyfikacja aplikacji EBS oraz zmiana wersji Aplikacji EBS z wersji nr 11 na wersję nr 12”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lutego 2015 r. nr 2015/S 024-040243. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Jak wynikało z pkt 4.2. SIWZ przedmiotem zamówienia jest: *„Zadanie migracji Systemu Informatycznego EBS (EBS UE, SGW/KiP, B2B oraz BI). Na zadanie migracji Systemu Informatycznego składa się:*

- 1) *Podniesienie wersji aplikacji EBS SGW/KIP do wersji 12 lub wyższej (podzadanie A),*
- 2) *Podniesienie wersji aplikacji EBS UE do wersji 12 lub wyższej (podzadanie C),*
- 3) *Modernizacja modułu B2B (Aplikacji B2B) (podzadanie B).*

Wyżej opisane zadania mają na celu podniesienie wersji oprogramowania Standardowego EBS z wersji 11 na wersję 12 wraz z przeniesieniem danych oraz wszystkich funkcjonalności Systemu EBS, dobudowanych do standardowego EBS oraz przeniesienie Systemu na nową infrastrukturę serwerową.”.

Jak wynikało z § 2 ust. 6 wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 4 do SIWZ, pierwsze trzy miesiące obowiązywania umowy stanowią Okres Przejściowy.

Zamawiający wraz z SIWZ przekazał wykonawcom kody źródłowe i dokumentację systemu EBD 14 lipca 2015 r.

W piśmie z dnia 7.09.2015 r. znak ZP-1/76-DZP-2611-3/HŻ/2014 zamawiający udzielił następujących odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ.

Pytanie 1438. *Prosimy o potwierdzenie, że Wykonawca przejmie system do utrzymania po okresie przejściowym w stanie zgodnym z kodami źródłowymi przekazanymi na etapie postępowania.*

Odpowiedź

Nie. Zamawiający wyjaśnia, że w Okresie Przejściowym na bieżąco będzie przekazywał aktualne kody źródłowe.

Pytanie 1439. Prosimy o wyjaśnienie, czy w okresie pomiędzy przekazaniem Wykonawcom kodów źródłowych w trakcie postępowania, a przejęciem systemu do utrzymania przez nowego wykonawcę. Zamawiający nie będzie wprowadzał do systemu istotnych zmian, które mogłyby skutkować destabilizacją systemu?

Odpowiedź

Zamawiający nie planuje wprowadzania istotnych zmian do systemu. Należy jednak mieć na uwadze, że potrzeby Zamawiającego w tym zakresie są zależne od okoliczności zewnętrznych (np. zmiany legislacyjne).

Pytanie 1440. Czy Zamawiający zobowiąże się, że:

a) W Okresie Przejściowym nie dokona instalacji żadnej modyfikacji systemu?

Odpowiedź

Zamawiający nie może zagwarantować, że w Okresie Przejściowym nie dokona instalacji żadnej modyfikacji systemu.

Ostatnia modyfikacja SIWZ miała miejsce w dniu 25 września 2015 r.

30 września 2015 r. zamawiający zawarł z wykonawcą DahliaMatic sp. z o.o. w Warszawie, zwanym dalej „odwołującym”, umowę o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki nr 62/DI/2015/2615. Przedmiotem umowy jest modyfikacja systemu EBS. Termin realizacji modyfikacji zamawianych mocą tej umowy upływa 8 stycznia 2016 r.

Zamawiający nie poinformował wykonawców o fakcie zawarcia ww. umowy z odwołującym.

W dniu 5 października 2015 r. upłynął termin składania ofert. Do upływu terminu składania ofert swe oferty złożyli m.in. odwołujący, wykonawca Asseco Poland S.A. i wykonawca Sygnity S.A. w Warszawie, zwany dalej „przystępującym”.

W dniu 26 października 2015 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego Sygnity. Zawiadomił także odwołującego, że na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta złożona przez Asseco Poland S.A. oraz że oferta odwołującego plasuje się na trzecim miejscu.

Wobec m.in. zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego i oferty wykonawcy Asseco Poland S.A. odwołujący wniósł w dniu 5 listopada 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia ofert ww. wykonawców odwołujący podniósł, że żaden z ww. wykonawców nie skalkulował prawidłowo ceny ofertowej, składając ofertę zawierającą rażąco niską cenę za którą nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotowego zamówienia. W uzasadnieniu odwołujący podniósł

m.in., że zamawiający 7 września 2015 r. odpowiedział wykonawcom iż nie gwarantuje, że nie dokona instalacji żadnej modyfikacji systemu, deklarując jednak, że nie planuje wprowadzania istotnych zmian do systemu (odpowiedź na pytanie 1439). Podniósł, że zamawiający wbrew odpowiedzi na pytanie numer 1439 w dniu 30.09.2015 roku zawarł z odwołującym umowę o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki znak 62/DI/2015/2615, której przedmiotem jest – zdaniem odwołującego - istotna modyfikacja systemu EBS. Wywiódł, że modyfikacje będące przedmiotem umowy 62/DI/2015/2615 (z wolnej ręki) w znaczący sposób powiększą zakres opisu przedmiotu zamówienia, czego ani przystępujący Sygnity, ani wykonawca Asseco nie skalkulowały w swoich cenach ofertowych. Argumentował, że termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 5 października 2015 r. Wywodził, że zamawiający nie poinformował ww. wykonawców o zawarciu umowy nr 62/DI/2015/2615 (z wolnej ręki) przed upływem terminu tego terminu.

W dniu 23 listopada 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2409/15, w którym oddaliła ww. odwołanie.

W dniu 16 listopada 2015 r., zamawiający w odpowiedzi na wniosek odwołującego udostępnił mu protokół postępowania wraz z załącznikami. Odwołującemu udostępniono m.in. pismo wykonawcy Asseco Poland S.A., w którym to piśmie wykonawca ten m.in. informuje, iż nie wiedział o umowie z dnia 30.09.2015 roku nr 62/DI/2015/2615 zawartej przez zamawiającego z odwołującym w trybie z wolnej ręki.

W dniu 25 listopada 2015 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący,
- 2) przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie modyfikacji treści SIWZ, a jej modyfikacja jest niemożliwa w sytuacji, w której doszło do upływu terminu składania ofert,
- 3) przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł m.in, że zamawiający 7 września 2015 r. odpowiedział wykonawcom iż nie gwarantuje, że nie dokona instalacji żadnej modyfikacji systemu, deklarując jednak, że nie planuje wprowadzania istotnych zmian do systemu (odpowiedź na pytanie 1439). Podniósł, że zamawiający, wbrew odpowiedzi na pytanie

numer 1439, w dniu 30.09.2015 roku zawarł z odwołującym umowę o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki znak 62/DI/2015/2615, której przedmiotem jest – zdaniem odwołującego – istotna modyfikacja systemu EBS. Wywiódł, że modyfikacje będące przedmiotem umowy 62/DI/2015/2615 w znaczący sposób powiększą zakres opisu przedmiotu zamówienia, czego ani przystępujący Sygnity, ani wykonawca Asseco nie skalkulowały w swoich cenach ofertowych. Argumentował, że termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 5 października 2015 r. Zamawiający przed upływem terminu tego terminu nie poinformował ww. wykonawców o zawarciu umowy 62/DI/2015/2615 ani nie dokonał modyfikacji postanowień SIWZ.

Odwołujący, uzasadniając zachowanie terminu do wniesienia odwołania w analizowanej sprawie wskazał, że w dniu 16 listopada 2015 r. dokonał wglądu do dokumentacji postępowania. Z treści udostępnionego wtedy pisma wykonawcy Asseco Poland S.A. z dnia 13 listopada 2015 r. wywnioskował, że wykonawca ten – kalkulując cenę ofertową – nie wiedział o umowie z dnia 30.09.2015 roku zawartej przez zamawiającego z odwołującym.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca Sygnity S.A. w Warszawie. Wniósł o odrzucenie odwołania jako spóźnionego.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego z uchybieniem ustawowego terminu.

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez zamawiającego w analizowanej sprawie, jak również w sprawie o sygn. akt KIO 2409/15, w tym w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, postanowień protokołu postępowania, postanowień SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, umowy z 30 września 2015 r. nr 62/DI/2015/2615 zawartej przez zamawiającego z odwołującym w trybie z wolnej ręki, rozstrzygnięcia postępowania z 26 października 2015 r., odwołania wniesionego przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2409/15, protokołu posiedzenia i rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 2409/15, wyroku KIO z 23 listopada 2015 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2409/15, odwołania, zgłoszenia przystąpienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w świetle którego *Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Nie ulega wątpliwości, że o wszystkich okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął wiadomość już w dniu 5 października 2015 r., a nie w dniu 16 listopada 2015 r. O fakcie zawarcia umowy z 30 września 2015 r. nr 62/DI/2015/2615 wiedział już w dacie jej zawarcia, gdyż był stroną tej umowy. Natomiast w dacie 5 października 2015 r., to jest dacie upływu terminu składania ofert wiedział, że zamawiający nie dokonał żadnej modyfikacji postanowień SIWZ w związku z faktem zawarcia tej umowy i że nie informował innych wykonawców o jej treści. Jak słusznie wskazał odwołujący w odwołaniu, w świetle art. 38 ust. 4 ustawy Pzp modyfikacja treści SIWZ jest możliwa tylko w sytuacji, w której nie doszło do upływu terminu składania ofert. Skoro zatem odwołujący uważał, że zamawiający w związku z zawarciem umowy z wolnej ręki zaniechał dokonania modyfikacji SIWZ, co mogło nastąpić tylko przed upływem terminu składania ofert, to przysługiwało mu prawo do wniesienia odwołania.

Zapoznanie się odwołującego w dniu 16 listopada 2015 r. z pismem wykonawcy Asseco Poland S.A., w którym ten wykonawca oświadcza, że nie wiedział o umowie z dnia 30.09.2015 roku zawartej przez zamawiającego z odwołującym, nie oznacza żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby liczenie terminu do wniesienia odwołania od dnia zapoznania się z tym pismem. Stan opisany w odwołaniu, polegający na zaniechaniu dokonania modyfikacji SIWZ i niepoinformowania wykonawców o fakcie zawarcia umowy z 30 września 2015 r., istniał bowiem już w dniu 5 października 2015 r. i był znany odwołującemu. Oświadczenie wykonawcy Asseco Poland S.A., nie ujawniło żadnych okoliczności, istotnych z punktu widzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów, które uzasadniałyby liczenie terminu do wniesienia odwołania od dnia zapoznania się odwołującego z tym pismem. W piśmie tym wykonawca ten potwierdza jedynie, że o fakcie zawarcia umowy z 30 września 2015 r. nie wiedział. Trudno jednak uznać, aby dopiero to potwierdzenie umożliwiło odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej. O tym, że odwołujący mógł wnieść w stosownym terminie odwołanie najdobitniej świadczy zaś treść jego odwołania z 5 listopada 2015 r. W odwołaniu tym odwołujący opisał bowiem zarzut zaniechania odrzucenia ofert przystępującego i wykonawcy Asseco. W uzasadnieniu tego zarzutu wskazywał m.in. że zamawiający nie poinformował ww. wykonawców przed upływem terminu składania ofert o fakcie zawarcia umowy z 30 września 2015 r. i że nie dokonał stosownej modyfikacji.

W świetle przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiącym podstawę jego wniesienia - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 5 października 2015 r. minął termin składania ofert, do upływu którego zamawiający nie zawiadomił wykonawców o fakcie zawarcia umowy nr 62/DI/2015/2615 i nie dokonał modyfikacji SIWZ z tego powodu. Termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania czynności unieważnienia postępowania z tego powodu upłynął zatem odwołującemu w dniu 15 października 2015 r. Tymczasem odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 25 listopada 2015 r.

Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 25 listopada 2015 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący: