

WYROK
z dnia 3 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw
Bogdan Artymowicz
Barbara Bettman

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2012 r. przez wykonawcę **AGN Polska Sp. z o.o., ul. Zbójnogórska 36a, 04-802 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa,**

przy udziale:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Infovide-Matrix S.A. (pełnomocnik), (2) DahliaMatic Sp. z o.o., (3) Oracle Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Prosta 51, 00-838 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) it Works S.A. (pełnomocnik), (2) AlmavivA S.p.A., adres dla pełnomocnika: ul. Jana Pawła II 41C, 31-864 Kraków** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. **wykonawcy Comarch S.A. Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- D. **wykonawcy Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **AGN Polska Sp. z o.o., ul. Zbójnogórska 36a, 04-802 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **AGN Polska Sp. z o.o., ul. Zbójnogórska 36a, 04-802 Warszawa** 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 2010 r. 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

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa (dalej "Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu ograniczonego w procedurze przyspieszonej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Utrzymanie, modyfikacje i ulepszanie systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, RG-PROW". Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 marca 2012 r. pod nr 2012/S 56-091672.

W dniu 19 września 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy AGN Polska Sp. z o.o., ul. Zbójnogórska 36A, 04-802 Warszawa (dalej "Odwołujący") wobec zaniechania czynności zaproszenia do złożenia oferty Odwołującego wraz z przekazaniem Odwołującemu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej "SIWZ") oraz z ostrożności procesowej od traktowania Odwołującego jak wykluczonego z niniejszego postępowania. W ocenie Odwołującego Zamawiający tym samym naruszył następujące przepisy ustawy Pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 51 ust. 1 w związku z treścią ww. ogłoszenia o zamówieniu, art. 51 ust. 2, art. 51 ust. 4.

Tym samym Odwołujący wykazywał swój interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz fakt, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a także interes w złożeniu odwołania w tym, iż ww. czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku zaniechania czynności Zamawiającego przejawiającej się w niezaproszeniu Odwołującego do złożenia oferty.

Odwołujący zauważał, iż dnia 11 września 2012 r. wysłał do Zamawiającego wezwanie do dokonania czynności zaproszenia do złożenia oferty wraz z wyznaczeniem Zamawiającemu terminu na dokonanie czynności do dnia 17 września 2012 r. Wobec czego od dnia 18 września 2012 r. należy rozpocząć liczenie terminu na dokonanie czynności przez Zamawiającego. Termin na wniesienie niniejszego odwołania od zaniechania dokonania

czynności przez Zamawiającego upływał dnia 27 września 2012 r. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 18 września 2012 r., co oznacza, iż Odwołujący uczynił zadość wymaganiom określonym w art. 182 ustawy Pzp (tj. w terminie 10 dni).

Z powyższych względów Odwołujący wnosił o:

- I. uwzględnienie odwołania, poprzez:
 - A. nakazanie Zamawiającemu zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu,
 - B. nakazanie Zamawiającemu przekazanie SIWZ oraz ewentualnej innej dokumentacji postępowania wraz z zaproszeniem do składania ofert Odwołującemu,
 - C. nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności traktowania Odwołującego jak wykluczonego z postępowania,
 - D. z ostrożności procesowej Odwołujący wnosił o uznanie go za dopuszczony do dalszego udziału w niniejszym postępowaniu,
oraz
- II. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący zauważał, że Zamawiający zgodnie z brzmieniem IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu wszczynającego przedmiotowe postępowanie ograniczył do siedmiu liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert. Według najlepszej wiedzy Odwołującego dnia 27 lipca 2012 r. Zamawiający zaprosił do złożenia oferty siedmiu pierwszych wykonawców sklasyfikowanych na liście po dokonaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący został sklasyfikowany na ósmej pozycji. Odwołujący do dnia dzisiejszego nie otrzymał od Zamawiającego pisma wskazującego na wykluczenie go z udziału w postępowaniu.

Następnie pismem z dnia 10 września 2012 r. wykonawca Hewlett - Packard Polska Sp. z o.o. (dalej „HP”) wycofał wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczył, iż nie będzie składał oferty, co należy również uznać za uchylenie się od ewentualnego zawarcia umowy. Wobec powyższego zgodnie z brzmieniem art. 51 ust 1 ustawy Pzp Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję.

Wobec wycofania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wykonawcę zaproszonego do złożenia oferty (HP), zgodnie z procedurą określoną w art. 51 ust. 1, 3 i 4 i treścią ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający jest zobowiązany do zaproszenia do złożenia ofert Odwołującego jako wykonawcę obecnie zajmującego siódme miejsce na liście wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. Wskazać należy, że art. 51 ust. 2 ustawy Pzp nie określa, iż wykonawcę niezaproszonego do składania ofert wyklucza się z postępowania, lecz jedynie „traktuje się jak wykluczonego”. Wobec czego skutki prawne zastosowania art. 51 ust. 2 oraz art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie mogą być tożsame. Gdyby zamiarem ustawodawcy było wykluczenie wykonawcy na skutek niezaproszenia go do składania ofert przepis art. 51 ust. 2 wprost określałby, iż Zamawiający wyklucza wykonawcę z udziału w postępowaniu. Tymczasem wykonawca taki traktowany jest za wykluczonego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający wobec ograniczenia w ogłoszeniu liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert poprzez zaniechanie zaproszenia do złożenia oferty Odwołującego dopuścił się naruszenia art. 51 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający jest zobowiązany zaprosić do złożenia ofert Odwołującego w celu zachowania liczby wykonawców zaproszonych, wobec wycofania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez HP.

Ponad wszystko zaniechanie zaproszenia do złożenia oferty przez Odwołującego stanowi naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu na skutek braku spełnienia warunków. Wobec czego w celu zachowania zasad równego traktowania wykonawców, których wnioski spełniają warunki określone przez Zamawiającego, winien zaprosić Odwołującego do złożenia oferty jako jednego z wykonawców spełniającego warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdzał, iż podziela pogląd wyrażony w poniżej przytoczonym orzecznictwie w tym zakresie.

1. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 maja 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1024/11:

„Na zamawiających ciąży obowiązek zapewnienia, aby warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji”.

2. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 października 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 2106/10:

"Jednocześnie art. 7 ust. 11 p.z.p. nakazuje zamawiającemu przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców. Zasady te winny być respektowane przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem zamawiający winien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania. Działanie przeciwne, nie tylko ogranicza konkurencję, ale pozostaje też w sprzeczności z oczywistym interesem zamawiającego. Większa konkurencja w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty."

Odwołujący zauważał, że w zaistniałym stanie prawnym i faktycznym należy uznać, iż odwołanie jest w pełni zasadne, a zatem zasługuje na uwzględnienie poprzez nakazanie Zamawiającemu zaproszenia Odwołującego do składania oferty.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 19 września 2012 r.

W dniu 21 września 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 24 września 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Infovide-Matrix S.A. (pełnomocnik), (2) DahliaMatic Sp. z o.o., (3) Oracle Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Prosta 51, 00-838 Warszawa,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) it Works S.A. (pełnomocnik), (2) AlmavivA S.p.A., adres dla pełnomocnika: ul. Jana Pawła II 41C, 31-864 Kraków,
- 3) wykonawcy Comarch S.A. Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,
- 4) wykonawcy Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa.

Na rozprawie w dniu 3 października 2012 r. Zamawiający złożył pismo procesowe zawierające dodatkowe stanowisko w sprawie, w którym wnosił o oddalenie odwołania.

Zamawiający zauważał, iż w dniach 10 i 11 września 2012 r. drogą faksową do Zamawiającego wpłynęły pisma HP oraz Odwołującego. Pierwszy z podmiotów złożył poprzez prokurenta spółki A..... W..... oświadczenie woli stanowiące rezygnację z

dalszego udziału w postępowaniu. W późniejszej części pisma oświadczono także, iż spółka cofa swój wniosek. Odwołujący w piśmie datowanym na 11 września 2012 r. w związku z cofnięciem wniosku przez HP zażądał zaproszenia go do złożenia oferty w postępowaniu, przekazania SIWZ oraz ewentualnej innej dokumentacji wraz z zaproszeniem do złożenia oferty.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przed dniem wpływu ww. pism dokonał oceny złożonych wniosków w przedmiocie dopuszczenia do udziału w postępowaniu. Zamawiający poczynił także w rozumieniu art. 51 ustawy Pzp czynność zaproszenia do złożenia ofert wraz z podaniem wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i SIWZ. Zamawiający, mając na uwadze warunki przetargu ukonstytuowane w ogłoszeniu, dokonał stosownej kwalifikacji wykonawców. Liczba uczestników postępowania podlegających zaproszeniu do drugiego etapu przetargu wypełniała postanowienia ogłoszenia o zamówieniu. Na czynność tą nie wniesiono środków ochrony prawnej. W grupie wykonawców zaproszonych znajdowała się spółka HP, zaś Odwołujący na mocy art. 51 ust. 2 ustawy Pzp *in fine* w związku z brakiem jej akcesji do dalszego etapu postępowania traktowany był jak wykonawca wykluczony z postępowania.

W tym miejscu podnieść trzeba, iż zasadnicza część regulacji ustawy Pzp dotyczącej problematyki dwuetapowego postępowania o udzielanie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego znajduje się w Dziale 2 Rozdział 3 Oddział 2 nie istnieją w nim jednak uregulowania w zakresie problematyki cofnięcia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Analiza treści całej ustawy Pzp doprowadza do konkluzji, że brak w niej przepisów stanowiących dyspozycję sposobu postępowania wobec takowego oświadczenia uczestnika procedury. Jedynie w art. 84 ustawy Pzp normodawca przewidział możliwość wycofania oferty, lecz wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Nawet jeśli za dozwolone uznać by można odpowiednie stosowanie tego przepisu w zakresie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (zdaniem Zamawiającego interpretacja taka jest nieuprawniona), to konsekwentnie do cofnięcia takiego wniosku musiałoby dojść odpowiednio do upływu terminu składania wniosków, a nie jak literalnie brzmi przepis do upływu terminu składania ofert. Odmienna interpretacja tego przepisu, choć potencjalnie możliwa, nie mogłaby się ostać i byłaby pełnym wypaczeniem istoty regulacji.

W ocenie Zamawiającego przy analizie niniejszej sprawy koniecznym i prawidłowym jest jednak zwrócenie uwagi na art. 14 ustawy Pzp, który stanowi, że „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.4), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”. Mając zatem na

uwadze fakt braku szczególnej regulacji omawianej kwestii w przepisach ustawy Pzp oraz, iż w ocenie Zamawiającego oświadczenie o cofnięciu wniosku, uznać należy za czynność wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozwiązania zaistniałej problematyki należy poszukiwać w przepisach Kodeksu cywilnego właściwych dla oświadczeń woli.

Ustawa ta w Tytule IV. Czynności prawne, Dział I. Przepisy ogólne w art. 61 §1. stanowi, iż „Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej”.

Przenosząc przedmiotową regulację na grunt omawianego stanu faktycznego stwierdzić potrzeba, iż oświadczenie woli za jakie bezspornie uznać należy „wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” może być wobec braku odrębnej regulacji w ustawie Pzp odwołane jedynie w sposób przewidziany ww. przepisem, tj. odwołanie oświadczenia woli można uznać za skuteczne, jedynie w przypadku gdy doszło ono do adresata oświadczenia woli jednocześnie z nim bądź wcześniej. Taka czynność nie miała miejsca w omawianym przypadku.

Rekapitulując podkreślić potrzeba, że oświadczenie woli w przedmiocie cofnięcia wniosku o udział w przedmiotowym przetargu złożone za pismem datowanym na 10 września 2012 r. uznać należy za bezskuteczne, a co za tym idzie nie wywołujące skutków prawnych jakie przewidziane zostały dla cofnięcia oświadczenia woli. Wywody HP odczytywać należy, jako temporalny bądź długotrwały brak zainteresowania dalszym udziałem w postępowaniu, jednakże wobec bezskuteczności złożonego oświadczenia woli o cofnięciu wniosku w ocenie wystawcy opinii wykonawca ten winien być przez Zamawiającego traktowany jako pełnoprawny, aktywny uczestnik postępowania ze wszelkimi tego przywilejami i konsekwencjami przewidzianymi ustawą Pzp. Jednocześnie nie oznacza to, że wykonawca ten zobligowany jest do wykazywania się aktywnością, np. poprzez złożenie oferty. Zamawiający nie posiada instrumentów prawnych mogących wymusić takie oświadczenie woli na wykonawcy.

Wobec wykazanego braku skuteczności cofnięcia wniosku o udział w przedmiotowym postępowaniu za całkowicie bezzasadne i niedopuszczalne w świetle unormowań ustawy Pzp uznać należy żądania Odwołującego. Odwołującemu w ocenie Zamawiającego nieprzerwanie i w dalszym ciągu przysługuje na mocy art. 51 ust. 2 ustawy Pzp status wykonawcy traktowanego jak wykluczony z postępowania. W związku z czym odwołanie

tegoż wykonawcy zasługuje na oddalenie.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W ogłoszeniu o zamówieniu przewidziano:

"IV.1.2 Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału

Przewidywana liczba wykonawców: 7

Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów: Zamawiający zaprosi do składania ofert 7 Wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 7, Zamawiający zaprosi do składania ofert Wykonawców, którzy uzyskają najwyższą końcową ocenę punktową wniosku obliczoną według poniższych zasad (...)"

Dnia 27 lipca 2012 r. Zamawiający zaprosił do składania ofert 7 wykonawców oraz przekazał im SIWZ.

W SIWZ w Rozdziale XVIII Inne istotne informacje Dział XVIII.I Zmiana i wycofanie złożonej oferty Zamawiający przewidział:

1. Wykonawca może wprowadzić zmiany do złożonej oferty pod warunkiem, że Zamawiający otrzyma pisemne powiadomienie o wprowadzeniu zmian, przed terminem składania ofert.
2. Powiadomienie o wprowadzeniu zmian musi być złożone wg takich samych zasad jak składana oferta tj. w zamkniętej kopercie, odpowiednio oznakowanej z dopiskiem „ZMIANA”.
3. Koperty oznakowane dopiskiem „ZMIANA” zostaną otwarte przy otwieraniu oferty Wykonawcy, który wprowadził zmiany i po stwierdzeniu poprawności procedury dokonania zmian, zostaną dołączone do oferty.

4. Wykonawca ma prawo przed upływem terminu składania ofert wycofać się z postępowania poprzez złożenie pisemnego powiadomienia (wg takich samych zasad jak wprowadzanie zmian) z napisem na kopercie „WYCOFANIE”.
5. Koperty oznakowane w ten sposób będą otwierane w pierwszej kolejności i po stwierdzeniu poprawności postępowania Wykonawcy, koperty ofert wycofywanych nie będą otwierane”.

Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, ale został sklasyfikowany na ósmym miejscu i nie uzyskał zaproszenia do składania ofert.

Pismem z dnia 10 września 2012 r. jeden z wykonawców zaproszonych do składania ofert - HP - poinformował Zamawiającego oraz innych uczestników postępowania, iż wycofuje swój wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W konsekwencji rezygnuje z dalszego w nim udziału. Zauważał, że z uwagi na skrajnie niekorzystne warunki, odbiegające w sposób znaczący od standardów na rynku usług IT, HP nie ma możliwości złożenia oferty.

Dnia 11 września 2012 r. Odwołujący skierował pismo do Zamawiającego, iż w związku z informacją uzyskaną od HP, zgodnie z którą wykonawca ten wycofał swój wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wnosi o zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty z jednoczesnym przesłaniem dokumentacji postępowania. Odwołujący zauważał, że zgodnie z brzmieniem art. 51 ustawy Pzp Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w liczbie określonej w ogłoszeniu, zapewniającej konkurencję. Zamawiający zgodnie z brzmieniem IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu wszczynającego przedmiotowe postępowanie ograniczył do siedmiu liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert. W wyniku oceny zgłoszonych wniosków Odwołujący został sklasyfikowany na ósmej pozycji. Wobec wycofania wniosku przez wykonawcę zaproszonego do składania ofert zgodnie z procedurą przewidzianą w art. 51 ust. 1, 3 i 4 i treścią ogłoszenia Zamawiający jest zobowiązany do zaproszenia do złożenia oferty Odwołującego jako wykonawcę obecnie zajmującego pozycję siódmą na liście wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. Podkreślał, że jego wniosek został już pozytywnie zweryfikowany pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego. Oświadczał, że podtrzymuje oświadczenia woli złożone we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wnosząc jednocześnie o zaproszenie do złożenia oferty oraz przekazanie SIWZ oraz ewentualnej innej dokumentacji wraz z zaproszeniem do złożenia oferty w nieprzekraczalnym terminie do 17 września 2012 r. godz. 12.00.

Zamawiający w piśmie z 24 września 2012 r. skierowanym do HP zauważył, iż przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości cofnięcia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wobec braku szczególnej regulacji w przepisach ustawy Pzp dokonano również na mocy art. 14 ustawy Pzp analizy przepisów Kodeksu cywilnego w części właściwej dla oświadczeń woli. Oświadczenie woli, za jakie bezspornie należy uznać „wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, może być, wobec braku odrębnej regulacji w ustawie Pzp, odwołane jedynie w przypadku, gdy doszło ono do adresata oświadczenia woli jednocześnie z nim bądź wcześniej, co nie miało miejsca w przedmiotowych okolicznościach. W związku z powyższym Zamawiający uznawał oświadczenie woli w przedmiocie cofnięcia wniosku wyrażone w piśmie z 10 września 2012 r. za bezskuteczne, a co za tym idzie nie wywołujące skutków prawnych jakie zostały przewidziane dla cofnięcia oświadczenia woli. Wobec bezskuteczności złożonego oświadczenia woli o cofnięciu wniosku, Zamawiający informował, że traktować będzie nadal wykonawcę HP jako pełnoprawnego uczestnika postępowania ze wszelkimi tego przywilejami i konsekwencjami przewidzianymi w ustawie Pzp. Nie oznacza to jednak, że wykonawca jest zobligowany do aktywnego uczestnictwa w dalszych czynnościach postępowania ani do złożenia oferty.

Dnia 3 października 2012 r. na rozprawie Odwołujący złożył pismo HP z 27 września 2012 r., zgodnie z którym wykonawca HP podtrzymał swoje stanowisko zawarte w piśmie do Zamawiającego z 10 września 2012 r. co do wycofania się z dalszego udziału w postępowaniu. Wykonawca HP wskazywał, że dla uniknięcia wątpliwości oświadcza, że wycofuje się z postępowania w trybie przewidzianym w Rozdziale XVIII Inne istotne informacje Dział XVIII.I. pkt 4 SIWZ. Wykonawca HP wskazywał, że pismo zawierające oświadczenie o wycofaniu się z postępowania zostało złożone do Zamawiającego w dniu 27 września 2012 r.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis. Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesionego po upływie ustawowego terminu. Zamawiający argumentował, iż odwołanie dotyczy zaniechania zaproszenia Odwołującego do składania ofert, która to czynność miała miejsce 27 lipca 2012 r. Odwołanie należy zatem uznać za spóźnione. Izba nie podziela tego poglądu. Zdaniem Izby odwołanie w swojej istocie dotyczy zaniechania przez Zamawiającego zaproszenia Odwołującego do składania ofert, pomimo istnienia, według Odwołującego, takiego

obowiązku z uwagi na wycofanie się z postępowania jednego z wykonawców już zaproszonych do składania ofert (HP). Oświadczenie HP, na którym buduje swoje odwołanie Odwołujący, miało miejsce 10 września 2012 r. i dopiero z tą datą Odwołujący powziął o nim wiadomość. Data 27 lipca 2012 r. nie jest zatem miarodajna dla oceny zasadności odwołania, z uwzględnieniem podnoszonych w nim okoliczności. Przyjęcie argumentacji Zamawiającego uniemożliwiłoby merytoryczne rozpoznanie odwołania, pomimo iż w dacie 27 lipca 2012 r. Odwołujący nie mógł posiadać wiedzy o okolicznościach, które stały się podstawą jego argumentacji w postępowaniu odwoławczym. Izba zauważa, że data, która wyznacza początek biegu terminu na wniesienie powyższego odwołania, może być problematyczna. Możliwe jest bowiem ustalenie jako daty początkowej, tj. daty powzięcia wiadomości o okoliczności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, dnia powiadomienia o wycofaniu się z postępowania przez HP, przy czym powyższe nie uwzględnia czasu na ewentualną reakcję Zamawiającego. Z kolei ustalanie terminów w postępowaniu w oparciu o oświadczenia wykonawców (tu: oświadczenie Odwołującego wyznaczające Zamawiającemu termin na przekazanie zaproszenia do składania ofert) należy ocenić jako wadliwe. W okolicznościach niniejszej sprawy wyznaczenie daty początkowej na 11 lub 18 września 2012 r. nie ma jednak znaczenia przesądzającego, gdyż odwołanie zostało wniesione 19 września 2012 r., zatem z zachowaniem 10-dniowego terminu przewidzianego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp liczonego od daty wcześniejszej.

Odwołujący spełnia także przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Argumentacja jakoby brak było naruszenia przez Zamawiającego przepisu ustawy Pzp stanowi w opinii Izby merytoryczną ocenę zasadności odwołania. Odwołujący wskazał bowiem, jakie przepisy ustawy Pzp zostały przez Zamawiającego jego zdaniem naruszone, a rzeczą Izby jest odniesienie się do prawidłowości przedstawionej argumentacji.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Infovide-Matrix S.A. (pełnomocnik), (2) DahliaMatic Sp. z o.o., (3) Oracle Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Prosta 51, 00-838 Warszawa,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) it Works S.A. (pełnomocnik), (2) AlmavivA S.p.A., adres dla pełnomocnika: ul. Jana Pawła II 41C, 31-864 Kraków,
- 3) wykonawcy Comarch S.A. Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,
- 4) wykonawcy Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,

z uwagi na spełnienie przez nich warunków skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu wszystkich wykonawców, którzy zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, gdyż nie uprawdopodobnił on, że wykonawcy ci nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, tj. w oddaleniu odwołania, co warunkuje uwzględnienie opozycji przez Izbę (art. 185 ust. 4 ustawy Pzp). Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępujących, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego należy rozumieć szeroko i nie pokrywa się on z interesem w uzyskaniu danego zamówienia warunkującym dopuszczalność wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp), w szczególności może być to interes ekonomiczny. Zdaniem Izby wykonawcy zgłaszający przystąpienie, którzy zostali zaproszeni przez Zamawiającego do składania ofert, mają interes w oddaleniu odwołania wykonawcy, który pierwotnie zaproszenia takiego nie uzyskał, a który wywodzi swoje uprawnienie do otrzymania zaproszenia z oświadczenia wykonawcy zaproszonego rezygnującego z dalszego udziału w postępowaniu. W ocenie Izby o istnieniu takiego interesu świadczy samo ograniczenie konkurencji w postępowaniu (wykonawca HP rezygnuje ze złożenia oferty, co zwiększa szanse pozostałych wykonawców na uzyskanie zamówienia). Nie bez znaczenia są także okoliczności związane z koniecznym przedłużeniem terminów w postępowaniu (np. termin na złożenie oferty), co musiałoby być skutkiem uwzględnienia odwołania, wpływającym na ekonomiczne interesy, jak i koszty przygotowania ofert/uczestnictwa w postępowaniu przez wykonawców już zaproszonych.

Izba przyjęła również, iż stan faktyczny sprawy nie jest sporny pomiędzy stronami i w wystarczający sposób został przedstawiony powyżej.

Działając w granicach wyznaczonych regulacją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty zawarte w odwołaniu.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis ten przewiduje, iż zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Zamawiający dokonał czynności zaproszenia 7 wykonawców zgodnie z warunkami ogłoszenia o zamówieniu dnia 27 lipca 2012 r. Odwołującemu prawo do uzyskania zaproszenia nie przysługiwało, gdyż

zajmował ósmą pozycję w rankingu, czego nie kwestionował wówczas ani nie kwestionuje obecnie.

Zdaniem Izby czynność zaproszenia do składania ofert dokonywana przez Zamawiającego w oparciu o wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymane oceny spełniania tych warunków ma charakter jednorazowy. Art. 51 ust. 1 ustawy Pzp ani pozostałe wskazywane przez Odwołującego przepisy nie nakazują ponawiania tej czynności ani zapraszania dodatkowych wykonawców na skutek oświadczeń składanych przez wykonawców zaproszonych, iż rezygnują oni z udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby takie oświadczenia nie kreują po stronie Zamawiającego żadnych obowiązków, co najwyżej sygnalizują zamiar niezłożenia oferty.

Odnosząc się do kwestii skuteczności oświadczenia wykonawcy HP z dnia 10 września 2012 r., w którym wycofywał swój wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, stwierdzić należy, iż słusznie podnosili Zamawiający i Przystępujący jego bezskuteczność. Istotnie przepisy ustawy Pzp nie regulują, jak czynią to w odniesieniu do oferty, kwestii możliwości i zasad wycofania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Możliwe jest tu zatem stosowanie zarówno reguł wynikających w Kodeksu cywilnego (poprzez art. 14 ustawy Pzp), który w art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego dopuszcza odwołanie oświadczenia woli, o ile dotrze ono do adresata wraz oświadczeniem woli lub wcześniej, jak i *per analogiam* regulacji art. 84 ust. 1 ustawy Pzp dotyczącej terminu wycofania złożonej oferty (przed upływem terminu do składania ofert). Niezależnie od przyjętego rozwiązania nie sposób uznać, aby skuteczne i rodzące określone obowiązki po stronie Zamawiającego było oświadczenie wykonawcy w tej mierze złożone nie tylko po terminie składania wniosków, ale co więcej - po uzyskaniu zaproszenia do składania ofert. Sam zresztą Odwołujący pytany o to na rozprawie wyrażał wątpliwość, czy oświadczenie o wycofaniu wniosku złożone po terminie składania wniosków, lecz przed otrzymaniem zaproszenia do składania ofert wraz z SIWZ, byłoby skuteczne, a swoje uprawnienia opierał przede wszystkim na treści SIWZ zawartej w Rozdziale XVIII Dziale XVIII.I ust. 4, z którego zdaniem Odwołującego wynikało uprawnienie wykonawcy do skutecznego wycofania się z postępowania rozumianego jako wycofanie złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z powyższego zatem wynika, że to przede wszystkim w regulacji SIWZ, interpretowanej w określony sposób, Odwołujący dopatruje się podstawy dla obowiązków Zamawiającego, a nie w treści wskazywanych przez siebie przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby argumentacja ta w żaden sposób nie potwierdza, aby w przedmiotowym stanie faktycznym przepisy kreowały po stronie Zamawiającego obowiązek ponawiania zaproszenia do składania ofert czy też dodatkowego zaproszenia do składania ofert

skierowanego do Odwołującego. Przyjęcie rozumowania Odwołującego oznaczałoby bowiem, że treść oświadczeń wykonawców składanych na dowolnym etapie postępowania (także po ujawnieniu rankingu wykonawców) miałyby mieć znaczenie konstytutywne dla określonych zdarzeń w postępowaniu oraz powstania dodatkowych obowiązków po stronie Zamawiającego. Taką sytuację należy ocenić nie tylko jako niedopuszczalną, lecz przede wszystkim nie przewidzianą przepisami ustawy Pzp. Ustawa Pzp przewiduje bowiem pewną chronologię postępowania o udzielenie zamówienia i brak jest przesłanek dla uznania, iż tylko skutek określonych oświadczeń wykonawców chronologia ta miałaby ulegać zaburzeniu. Nie sposób bowiem nie zauważyć, iż gdyby wykonawca HP nie złożył oświadczenia o wycofaniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lecz poprzestał na niezłożeniu oferty (do czego jest w pełni uprawniony) lub też treść jego oświadczenia obejmowałby jedynie zamiar niezłożenia oferty w postępowaniu, Odwołującemu byłoby trudno kreować na tej podstawie obowiązek zaproszenia go do złożenia oferty w miejsce wykonawcy rezygnującego z dalszego uczestnictwa w postępowaniu. Brak jest bowiem przepisu ustawy Pzp, który taki obowiązek weryfikacji listy podmiotów zaproszonych do składania ofert poprzez jej uzupełnianie do liczby wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu by nakazywał. Takiego obowiązku nie sposób wywieść z art. 51 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjęcie powyższego rozumowania i prezentowanej przez Odwołującego wykładni art. 51 ust. 1 ustawy Pzp mogłoby mieć także określone konsekwencje praktyczne w postaci konieczności przedłużania postępowania, ponieważ kolejni zapraszani przez zamawiającego wykonawcy muszą na zasadach równości otrzymać dodatkowy termin na składanie ofert, a obowiązek przedłużenia postępowania wynikałby nie z wadliwości działań zamawiającego, lecz oświadczeń podmiotów trzecich.

Co do szczególnej sytuacji, z którą zdaniem Odwołującego mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu z uwagi na dopuszczenie przez Zamawiającego w treści SIWZ możliwości wycofania się przez wykonawcę przed upływem terminu składania ofert z postępowania poprzez złożenie pisemnego powiadomienia Izba zauważa, że przedmiotowa argumentacja nie była podnoszona w odwołaniu, lecz stała się przedmiotem wyводу Odwołującego dopiero na rozprawie. Niezależnie jednak od powyższego, nie sposób uznać, aby podnoszona przez Odwołującego treść SIWZ mogła stanowić potwierdzenie szczególnych okoliczności, na które powoływał się Odwołujący, a które to okoliczności skutkują obowiązkiem zaproszenia przez Zamawiającego Odwołującego do składania ofert z uwagi na oświadczenie HP o wycofaniu się z postępowania. Należy zauważyć, iż postanowienie SIWZ, które stało się osią wyводу Odwołującego, zawarte jest w dokumencie przekazywanym w przetargu ograniczonym po zakończeniu procedury oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i stworzeniu rankingu wykonawców.

SIWZ przekazywana jest bowiem zgodnie z art. 51 ust. 4 ustawy Pzp wraz z zaproszeniem do składania ofert. Tym samym postanowienia zawarte w tym dokumencie winny być oceniane z uwzględnieniem określonego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto dla wykładni spornego ust. 4 Rozdziału XVIII Działu XVIII.I SIWZ istotne jest nie tylko jego literalne brzmienie, lecz również kontekst i usytuowanie w SIWZ. Należy podkreślić, iż Rozdział XVIII Inne istotne informacje składa się z dwóch Działów: Dział XVIII.I Zmiana i wycofanie złożonej oferty oraz Działu XVIII.II Podwykonawcy. Dział XVIII.I w samym już tytule zawiera wyraźne określenie zakresu przedmiotowego, jakim są warunki zmiany i wycofania złożonej oferty. Odwołujący nie może zatem opierać się jedynie na literalnym, wyrwanym z kontekstu i rozpatrywanym fragmentarycznie brzmieniu ust. 4. Należy wskazać, iż ust. 4 przewiduje: „Wykonawca ma prawo przed upływem terminu składania ofert wycofać się z postępowania poprzez złożenie pisemnego powiadomienia (wg takich samych zasad jak wprowadzanie zmian) z napisem na kopercie „WYCOFANIE”. Istotnie Zamawiający posłużył się tu określeniem „wycofać się z postępowania”, a nie „wycofać złożoną ofertę”, co jednak nie oznacza, aby wbrew tytułowi Działu przewidywał procedurę inną niż wycofanie się z postępowania poprzez wycofanie złożonej oferty. Interpretacja Odwołującego opiera się zatem tylko na zastosowanej przez niego wykładni sformułowania „wycofać się z postępowania”, a nie na literalnym brzmieniu SIWZ przewidującym możliwość wycofania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po otrzymaniu zaproszenia do składania ofert i SIWZ. Zdaniem Izby taka wykładnia jest nieuprawniona nie tylko z uwagi na tytuł Działu, w którym zawarte jest sporne postanowienie, lecz także dalsze brzmienie SIWZ, tj. treść ust. 5 odnoszącego się do procedury weryfikacji skuteczności wycofania się z postępowania rozumianego jako wycofanie złożonej oferty. W ust. 5 wyraźnie bowiem przewidziano: „Koperty oznakowane w ten sposób będą otwierane w pierwszej kolejności i po stwierdzeniu poprawności postępowania Wykonawcy, koperty ofert wycofywanych nie będą otwierane”. Z powyższego jednoznacznie wynika, iż tak jak ust. 1-3 dotyczące zmiany złożonej oferty należy rozpatrywać łącznie, tak samo łącznie należy rozpatrywać ust. 4 i 5. W przeciwnym razie ust. 5 pozbawiony byłby merytorycznego odniesienia. W ocenie Izby brak jest przekonującego uzasadnienia, iż w ust. 4 przewidziano szeroką możliwość wycofania się z postępowania obejmującą także wycofanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zaś w ust. 5 uregulowano tylko procedurę wycofania złożonej oferty. Oznaczałoby to bowiem, że procedura weryfikacji skuteczności wycofania się z postępowania bez złożenia oferty pomimo jej dopuszczenia nie byłaby w ogóle uregulowana, natomiast istniałaby taka regulacja dla procedury wycofania złożonej oferty. Takie działanie Zamawiającego należałoby uznać za nieracjonalne. Ponadto w ust. 5 zawarto stwierdzenie „koperty tak oznaczone” (tj. oznaczone napisem „WYCOFANIE”), co

jednoznacznie wskazuje na powiązanie z ust. 4.

Dodatkowo należy zauważyć, iż Zamawiający przewidział w SIWZ określoną procedurę wycofania się z postępowania, która musiała być zachowana, aby uznać wycofanie za skuteczne. Do wycofania stosowane miały być zasady dotyczące zmian w złożonej ofercie (w zamkniętej kopercie, odpowiednio oznaczonej), a nadto procedura zakładała weryfikację skuteczności wycofania dopiero na etapie otwarcia ofert. Tym samym nie sposób uznać, aby oświadczenie o wycofaniu się z postępowania złożone w dniu 10 września 2012 r. (nie zachowujące właściwej formy) oraz z dnia 27 września 2012 r. (wskazujące na złożenie pisma we właściwej formie) obligowało Zamawiającego do weryfikacji listy podmiotów zapraszanych do składania ofert, skoro podlegało weryfikacji dopiero na etapie otwarcia ofert. Odwoływanie się zatem przez Odwołującego do szczególnej regulacji SIWZ jako podstawy dla kreowania uprawnienia wykonawców do skutecznego wycofania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy zatem uznać za bezpodstawne. Inne rozumienie określenia „wycofania się z postępowania” niż wycofanie złożonej oferty nie znajduje racjonalnego uzasadnienia, jako że złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie obliguje wykonawcy do złożenia oferty. Nie musi on w żaden formalny sposób informować Zamawiającego o braku zamiaru złożenia oferty. Natomiast w przypadku złożenia oferty, która ma charakter wiążący, dla wycofania się z zobowiązania, które oferta kreuje, niezbędne jest formalne wycofanie złożonej oferty przed upływem terminu składania ofert (art. 84 ust. 1 ustawy Pzp). W braku takiego oświadczenia oferta jest dla wykonawcy wiążąca. Izba podkreśla, iż w jej ocenie skutki określonych oświadczeń wykonawców należy oceniać biorąc pod uwagę określony etap postępowania, a nie tylko ich literalne brzmienie, które nie może samodzielnie kreować określonych obowiązków po stronie Zamawiającego. Tym samym nie sposób uznać zarzut naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy Pzp za zasadny.

W konsekwencji za niezasadny uznać należy także zarzut naruszenia art. 51 ust. 2 i 4 ustawy Pzp. Status Odwołującego, który jako wykonawca niezaproszony do składania ofert traktowany jest jak wykluczony z postępowania, nie podlega zmianie. Z kolei ust. 4 odnosi się do obowiązku przekazania SIWZ wraz z zaproszeniem do składania ofert oraz wskazania miejsca i terminu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, który to obowiązek w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiającego względem Odwołującego nie obciąża. Odwołujący nie wykazał także naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a cytowane przez Odwołującego orzecznictwo należy uznać za nieadekwatne do przedmiotu niniejszej sprawy.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 4 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).

Przewodniczący:

.....

.....