

POSTANOWIENIE

z dnia 8 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

Anna Chudzik

Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 8 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pentacomp Systemy Informatyczne S. A. w Warszawie, Stowarzyszenie SWI w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Mazowieckie w Warszawie

przy udziale wykonawcy KPMG Advisory Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesionej z tytułu wpisu od odwołania na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pentacomp Systemy Informatyczne S. A. w Warszawie, Stowarzyszenie SWI w Warszawie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Mazowieckie w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług informatycznego doradztwa technicznego w ramach projektu E-zdrowie dla Mazowsza 2. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 9 października 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 197-476480. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający pismem z 8 marca 2021 r. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Signea Sp. z o.o. Sp. k. we Wrocławiu, dalej jako „Signea” w związku z czym 18 marca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Pentacomp Systemy Informatyczne S. A. w Warszawie, Stowarzyszenie SWI w Warszawie wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. art. 8 ust. 1 - 3 ustawy oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2020 poz. 1913 ze zm.), dalej jako „uznk” przez zaniechanie odtajnienia części oferty Signea, dokumentów i wyjaśnień obejmujących informacje zawarte w wykazie usług (wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie w odniesieniu do poz. 4-6), wykazie osób, wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (wraz z dowodami i uzasadnieniem zastrzeżenia poufności), wyjaśnieniach i uzupełnionych dokumentach dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie), uzupełnieniach wykazu osób podczas gdy dokumenty te w rzeczywistości nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, a ponadto Signea nie wykazała przesłanek koniecznych dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez co informacje te winny podlegać ujawnieniu;
2. art. 90 ust. 3 ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty złożonych przez Signea i wyborze tej oferty, podczas gdy oferta ta winna być odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę, jako że nie jest możliwym by wyjaśnienia złożone przez Signea mogły potwierdzać, że cena oferty nie jest rażąco niska, tym samym Signea nie udowodniła, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska;

3. art. 22 ust. 1 ustawy w zw. z art. 24 ust. 12 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez nieprawidłową ocenę spełnienia przez Signea warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej w zakresie wykonanych usług oraz wyborze oferty Signea, zamiast wykluczenia Signea z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w § 5 ust. 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ”, i uznania jego oferty za odrzuconą;

4. art. 22 ust. 1 ustawy w zw. z art. 24 ust. 12 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez nieprawidłową ocenę spełnienia przez Signea warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie odnoszącym się do doświadczenia Kierownika Projektu, zamiast wykluczenia Signea z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w § 5 ust. 2 pkt 8 SIWZ i uznania jego oferty za odrzuconą;

5. art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Signea z postępowania z uwagi na wprowadzenie w błąd zamawiającego w drodze podania nieprawdziwych informacji, z których wynika, że Signea spełnia warunek udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie uznania oferty Signea za odrzuconą;

6. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Signea, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

7. art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Signea.

Na wypadek nieuwzględnienia tych zarzutów z ostrożności procesowej odwołujący podnieśli zarzut ewentualny - naruszenia przez zamawiającego art. 23 ust. 3 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez błędną ocenę spełnienia przez Signea warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

a) posiadanych zdolności zawodowych i zaniechania wezwania Signea do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie w sytuacji, gdy przedłożone przez Signea dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku określonego w § 5 ust. 1 SIWZ. Odwołujący wskazał przy tym, że zamawiający pismem z dnia 17 lutego 2021 r. dokonywał już wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, tak więc ponowne wezwanie nie może być wezwaniem powtórny;

b) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do roli Kierownika Projektu w sytuacji, gdy przedłożone przez Signea dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku określonego w § 5 ust. 2 pkt 8 SIWZ.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3. odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w:

- wykazie usług (wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie) (poz. 4-6) i wykazie osób;

- wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (wraz z dowodami i uzasadnieniem zastrzeżenia poufności);

- wyjaśnieniach i uzupełnionych dokumentach dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie) - w części utajnionej i uzupełnieniach wykazu osób;

4. wykluczenia Signea i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą;

5. odrzucenia oferty Signea jako zawierającej rażąco niską cenę;

6. odrzucenia oferty Signea, jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

7. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej odwołujący wnieśli o nakazanie zamawiającemu wezwania do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie - przy czym wezwanie nie może obejmować okoliczności wskazywanych w wezwaniu z dnia 17 lutego 2021 r. oraz do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia wykazu osób w części dotyczącej roli Kierownika Projektu. Odwołujący wnieśli ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wymienionych w treści odwołania celem wykazania wskazanych faktów i o zasądzenie od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wykonawca KPMG Advisory Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przesłania stronom postępowania kopii odwołania. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zarządzeniem z 1 kwietnia 2021 r. skład orzekający wezwał zamawiającego do złożenia odpowiedzi na odwołania oraz odwołujących się i przystępującego po jego stronie do pisemnego ustosunkowania się do odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby pismem z 6 kwietnia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania oraz oświadczył, że wykona czynności zgodnie z żądaniami odwołania. Z treści pisma wynika, że zamawiający przekazał kopię odwołującym się, przystępującemu po stronie odwołującego oraz „Przystępującemu – Signea Sp. z o.o.”

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające

ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r. a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”. Z uwagi na powyższe, Izba rozpoznając odwołanie wniesione w dniu 18 marca 2021 r., zastosowała przepisy nowej ustawy.

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień po stronie zamawiającego postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 nPzp. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Zgodnie z art. 522 ust. 1 *in fine* nPzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba uwzględniła, że do dnia rozpoznania odwołania do Prezesa Izby nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia Signea Sp. z o.o. Sp. k. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Przesłanki zgłoszenia przystąpienia wskazane są w art. 525 ust. 1 i 2 nPzp. Są nimi: posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłasza się przystąpienie, zachowanie terminu przewidzianego na zgłoszenie przystąpienia oraz przekazanie kopii zgłoszonego przystąpienia stronom. Przystąpienie doręcza się Prezesowi Izby w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zamawiający o wniesieniu odwołania poinformował wykonawców 18 marca 2021 r., zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upływał 22 marca 2021 r. (art. 525 ust. 1 w zw. z art. 509 ust.2 nPzp). W konsekwencji, nawet jeśli sam zamawiający otrzymał przystąpienie lub kopię przystąpienia wykonawcy, który złożył ofertę w tym postępowaniu, czyli Signea Sp. z o.o. Sp. k., a nie Signea Sp. z o. o., to oświadczenie takie nie może być skuteczne. Stosowne oświadczenie nie wpłynęło bowiem do Prezesa Izby.

Terminy na dokonanie czynności w postępowaniu odwoławczym przewidziane w nowej ustawie mają charakter prekluzyjny i nie mogą zostać przywrócone. Brak zgłoszenia przystąpienia w terminie ustawowym powoduje utratę możliwości wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przez Signea Sp. z o.o Sp. k., a tym samym złożenia przez tego wykonawcę sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości, nie jest możliwe.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 nPzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 nPzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 nPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2010 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Przewodniczący: