

Sygn. akt: KIO 2383/20

POSTANOWIENIE
z dnia 27 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 27 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. przez **wykonawcę A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Skarb Państwa: Prokuraturę Krajową z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 ze zm. z późn. 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

Zamawiający: - Prokuratura Krajowa z siedzibą w Warszawie wszczęła i prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Dostawę licencji, aktualizację licencji i subskrypcji oprogramowana oraz usług wsparcia lub produktów równoważnych w ramach programu licencjonowania grupowego dla podmiotów rządowych”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 21 września 2020 r. wykonawca: A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie, (zwany dalej „Odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie wniesiono wobec czynności odrzucenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo braku wezwania Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co uniemożliwiło Odwołującemu wykazanie, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej i jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia w sposób gwarantujący jego należyte wykonanie i jednocześnie osiągnięcie zysku w związku z realizacją przedmiotu umowy. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert, dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert odrzuconych.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy T-Systems Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Wykonawca ten nie wykazał umocowania pełnomocnika składającego zgłoszenie przystąpienia. Dodatkowo oferta wykonawcy T-Systems została odrzucona przy pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez Zamawiającego w maju 2020 r., a wykonawca nie skorzystał ze środków ochrony prawnej i nie wniósł odwołania na czynność

Zamawiającego. W konsekwencji wykonawca T-Systems nie ma już możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a z chwilą odrzucenia jego oferty przestał być wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Jak ustalono, w dniu 18 maja 2020 r. wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu m. in. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców: A.P.N. Promise S. A. z siedzibą w Warszawie oraz SoftwareOne Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, 4, 6 ustawy Pzp. Odwołujący Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 7 maja 2020 r., odrzucenia ofert ww. wykonawców jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odrzucenia ofert ww. wykonawców jako ofert których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, odrzucenia ofert jako zawierających błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wobec zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie wniósł ewentualnie o wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający również takiego wezwania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie kierował do ww. wykonawców.

W dniu 1 lipca 2020 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

Na posiedzeniu wyznaczonym na dzień 2 lipca 2020 r. – wobec uwzględnienia odwołania w całości - wykonawca A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł o wyjaśnienie przez Zamawiającego w jakim zakresie uwzględnił żądania Odwołującego i nie jest wiadomym czy Zamawiający będzie wzywał wykonawcę do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, albowiem takie wezwanie do wykonawcy A.P.N. Promise S. A. nie było do tej pory kierowane.

Zamawiający wyjaśnił, że wykona wszystkie czynności zgodnie z procedurą i obowiązującymi przepisami. Oświadczył również, że zamierza przeprowadzić procedurę w zakresie wyjaśnienia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W następstwie uwzględnienia odwołania w całości wykonawca SoftwareOne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł sprzeciw wobec tej czynności. Sprzeciwu – wobec

uwzględnienia odwołania – nie wniósł wykonawca A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 7 lipca 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza wobec uwzględnienia odwołania Zamawiającego umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn.. akt KIO 1079/20 w części dotyczącej zarzutów wykonawcy A.P.N. Promise S.A. Ponadto uwzględniła odwołanie w sprawie o sygn.. akt KIO 1079/20 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny złożonych ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę SoftwareONE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w dniu 11 września 2020 r. odrzucił ofertę wykonawcy A.P.N. Promise S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na niniejszą czynność Zamawiającego wykonawca A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 21 września 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Na posiedzeniu niejawnym wyznaczonym na dzień 27 października 2020 r. Zamawiający złożył pismo w którym oświadczył, że uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2383/20 w całości. Wobec niniejszego oświadczenia Zamawiającego Odwołujący Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł sprzeciw, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego w niniejszej sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Na wstępie zauważenia wymaga, że zgodnie z art.189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający

wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający uwzględnił odwołanie o sygn. akt KIO 1079/20 oraz KIO 1095/20 w całości (jednocześnie odwołanie nie obejmowało żądań ewentualnych nakazujących Zamawiającemu wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

Zauważenia wymaga, że Izba w wyroku o sygn. akt KIO 1079/20 oraz KIO 1095/20 Izba – wobec uwzględnienia odwołania oraz braku sprzeciwu wykonawcy A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie - umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1079/20 w części dotyczącej zarzutów wykonawcy A.P.N. Promise S.A. Ponadto Izba uwzględniła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1079/20 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny złożonych ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę SoftwareONE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W ocenie Izby odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, jeżeli zamawiający wykonał wszystkie czynności zgodnie z żądaniem wyrażonym w odwołaniu – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Bez znaczenia pozostaje oświadczenie Zamawiającego złożone na posiedzeniu niejawnym w dniu 2 lipca 2020 r. wskazujące, że Zamawiający wezwie wykonawcę A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiającemu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 1079/20 oraz KIO 1095/20 nie pozostawało nic innego, jak odrzucenie oferty wykonawcy A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie, gdyż zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie był ani zarzutem wiodącym odwołania o sygn. akt KIO 1079/20 oraz KIO 1095/20, ani również zarzutem ewentualnym tego odwołania. Zamawiający uwzględniając odwołanie – wobec braku sprzeciwu wykonawcy - zobowiązał się zatem w świetle przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (a takim żądaniem było kategoryczne odrzucenie oferty wykonawcy A.P.N. Promise S.A. z siedzibą w Warszawie bez uprzedniego wzywania do wyjaśnień).

Zamawiający jednocześnie nie cofnął swojego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w całości, a uwzględniając je, zobowiązał się do odrzucenia oferty wykonawcy

A.P.N. Promise (bez wzywania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) co miało miejsce w dniu 11 września 2020 r.).

Jednocześnie wykonawca A.P.N. Promise S.A – w przeciwieństwie do wykonawcy SoftwareONE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – nie wniósł sprzeciwu, wyrażając tym samym zgodę na odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - bez kierowania wobec niego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Skoro Izba w sentencji wyroku o sygn. akt KIO 1079/20 oraz KIO 1095/20 umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1079/20 w części dotyczącej zarzutów wykonawcy A.P.N. Promise S.A., zatem w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2383/20 zarzuty dotyczące odrzucenia oferty wykonawcy A.P.N. Promise S.A. nie mogą być ponownie przedmiotem rozstrzygnięcia Izby – gdyż powyższe postępowanie - wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego oraz wobec braku sprzeciwu zostało przez Izbę umorzone.

Wykonanie czynności zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu nie przesądza o poprawności dokonanych czynności. Owszem odrzucenie oferty wykonawcy A.P.N. Promise S.A. miało miejsce bez uprzedniego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ale skoro czynność odrzucenia oferty ww. wykonawcy nie została zakwestionowana przez niego wniesionym sprzeciwem, to Zamawiający - w świetle przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp - zobowiązany był czynności te wykonać – co miało miejsce w dniu 11 września 2020 r.

Ponadto wykonawca Integrated Solution Sp. z o.o. jako przystępujący po stronie Zamawiającego – wobec uwzględnienia odwołania o sygn. akt KIO 2383/20 – wniósł sprzeciw na działania Zamawiającego. Zatem bez znaczenia pozostaje fakt uwzględnienia tego odwołania przez Zamawiającego. Niemniej jednak istotne znaczenie ma to, że Izba z urzędu – niezależnie od wniosku uczestnika postępowania odwoławczego - bada czy zaistniały przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania, a uwzględnienie odwołania w całości przez Zamawiającego nie uchyla w żaden sposób nałożonego na Izbę obowiązku odrzucenia odwołania – w przypadku ziszczenia się przesłanek wynikających chociażby z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe okoliczności odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. jest odwołaniem wniesionym z

naruszeniem przepisu ustawy i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy
Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: