

POSTANOWIENIE
z dnia 11 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 11 odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2022 r. przez **wykonawcę HyperView spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Chorzowska 50** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Miasto Mszana Dolna z siedzibą w Mszanie Dolnej, ul. Marsz. Józefa Piłsudskiego 2**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Biuro Usług Komputerowych Softres spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. Zaciszna 44 i GIAP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Pasaż Ursynowski 1/126** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 826/22 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 6 750 zł. 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy HyperView spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Chorzowska 50** tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

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 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym bez negocjacji na wdrożenie e-usług publicznych dla mieszkańców Miasta Mszana Dolna zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 2022/BZP 00015373/01.

W dniu 18 marca 2022 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 23 marca 2022 r. wykonawca HyperView spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Chorzowska 50 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika konsorcjum działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez prezesa zarządu z dnia 21 lutego 2022 r. zgodnie z zasadami reprezentacji każdego z członków konsorcjum. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 23 marca 2022r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz pkt 5 ustawy przez nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz rzekomej niezgodności oferty z warunkami zamówienia;
2. z ostrożności - art. 223 ust. 1 ustawy oraz art. 128 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego odpowiednio do wyjaśnień treści oferty oraz treści zobowiązania podmiotu trzeciego;
3. z ostrożności - art. 253 ust. 1 pkt 2 poprzez brak wskazania podstawy faktycznej w zakresie braku zgodności oferty odwołującego z warunkami zamówienia w odniesieniu do systemu antywirusowego;

Zarzuty ewentualne:

4. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechane odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Biuro Usług Komputerowych Softres Sp. z o.o. oraz GIAP Sp. z o.o., pomimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia warunków zamówienia w zakresie zaoferowanego procesora;
5. art. 255 pkt 2 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu;
6. art. 16 pkt 1 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert przy udziale oferty odwołującego,
3. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
4. ewentualnie - odrzucenia oferty konsorcjum Biuro Usług Komputerowych Softres Sp. z o.o. oraz GIAP Sp. z o.o. oraz unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania i uzyskaniu zamówienia. Oferta odwołującego jest ofertą prawidłową i najkorzystniejszą w postępowaniu w świetle kryteriów oceny ofert. Odrzucenie oferty odwołującego wskutek nieuprawnionych czynności zamawiającego spowoduje utratę możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego, a w konsekwencji poniesienie szkody w postaci utraconych korzyści. Uwzględnienie odwołania będzie skutkowało wyborem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji uzyskaniem zamówienia.

Ponadto, z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów dotyczących odrzucenia oferty odwołującego, odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż uwzględnienie zarzutów ewentualnych doprowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Biuro Usług Komputerowych Softres Sp. z o.o. oraz GIAP Sp. z o.o., a w konsekwencji do unieważnienia postępowania, co umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia w ramach następnego postępowania. Powołał w tym zakresie wyrok TSUE z dnia 11 maja 2017 roku w sprawie C-131/16 Archus et Gama, wyrok TSUE C-689/13 oraz wyroki Izby: z dnia 3 stycznia 2017 roku, sygn. akt: KIO 2395/16, oraz z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1759/18, z dnia 4 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 137/22.

W dniu 23 marca 2022 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania. W dniu 25 marca 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Biuro Usług Komputerowych Softres spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. Zaciszna 44 i GIAP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Pasaż Ursynowski 1/126 wnosząc o oddalenie odwołania. Jako uzasadnienie swego interesu podali, że zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, a odrzucił ofertę odwołującego. Przystępujący jest więc bezpośrednio zainteresowany utrzymaniem w mocy ww. czynności oraz uważa, że są one prawidłowe. Ewentualne uwzględnienie odwołania przez KIO miałoby bezpośredni i negatywny wpływ na sytuację przystępującego – tj. uniemożliwiłoby mu realizację przedmiotu zamówienia publicznego, a tym samym uzyskanie z tego tytułu wynagrodzenia. Podniesione w odwołaniu zarzuty są niezasadne zarówno z prawnego, jak i faktycznego punktu widzenia – tym samym nie mogą stanowić podstawy dla uwzględnienia wniosków odwołującego. Szersza argumentacja w powyższym zakresie zostanie przedstawiona na etapie rozprawy przed KIO. Zgłoszenie zostało wniesione za Softres przez prezesa i członka zarządu, za GIAP przez prezesa za-

rządu, zgodnie z zasadami reprezentacji obu wykonawców wynikającymi z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania stronom kopii przystąpienia.

W dniu 7 kwietnia 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o :

- oddalenie odwołania
- zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego stosownie do załączonej faktury oraz kosztów dojazdu – wg zestawienia, które zostanie przedłożone na rozprawie.

W dniu 8 kwietnia 2022 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania wnosząc o zwrot 90% uiszczanego wpisu.

Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na dzień 11 kwietnia 2022 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania;.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiścił wpis w wysokości 7 500zł., to do zwrotu pozostała kwota 6 750 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

Przewodniczący:.....