

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 8 grudnia 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 8 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020 r. przez wykonawcę Soflab Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum e-Zdrowia z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy TestArmy Group Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Soflab Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej 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 2019 r., poz. 1843 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**

Zamawiający Centrum e-Zdrowia z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wsparcie Zamawiającego w realizacji testów Systemu P1 w ramach projektu „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych” (Projekt P1) oraz innych systemów Zamawiającego” (nr ref. WZP.270.202.2020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 sierpnia 2020 r. pod numerem 2020/S 167-404513. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 16 listopada 2020 r. wykonawca Soflab Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę TestArmy Group S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Wykonawcą”;
2. zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy z uwagi na fakt, że w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, opisane w pkt V.1.2.3.1. i V.1.2.3.2. SIWZ;  
ewentualnie:
3. zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy z uwagi na fakt, że w wyniku co najmniej lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt V.1.2.3.1. i V.1.2.3.2. SIWZ;
4. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na okoliczność, że: (1) zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz ze względu na fakt, że (2) Wykonawca nie złożył, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, rzetelnych i popartych dowodami wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny, a (3) ocena złożonych wyjaśnień powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że potwierdzają one rażąco niską cenę oferty Wykonawcy;

5. ponownym wezwaniu Wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w sytuacji, w której Wykonawca, już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, powinien był przedstawić wyczerpujące i poparte dowodami wyjaśnienia w tym przedmiocie;
6. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo tego, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona, a Wykonawca wykluczony z postępowania;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z Ppostępowania pomimo okoliczności, że w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, opisane w pkt V. 1.2.3.1. i V.1.2.3.2. SIWZ, podczas gdy nie wykazał ich spełniania, posługując się nieprawdziwymi informacjami w tym zakresie;  
ewentualnie:
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania pomimo okoliczności, że w wyniku co najmniej lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt V.1.2.3.1. i V.1.2.3.2. SIWZ, podczas gdy nie wykazał ich spełniania, posługując się nieprawdziwymi informacjami w tym zakresie;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, w sytuacji, w której zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, w której zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, wyrażający się uwzględnieniem w planowanym zysku z realizacji zamówienia kwoty podatku od towarów i usług w kwocie co najmniej 1 588 690,41 zł;
6. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez dwukrotne wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Wykonawca powinien był złożyć szczegółową kalkulację wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, popartą dowodami dokumentującymi ich wysokość, podobnie jak to uczynił Odwołujący;
7. art 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny w wymaganym przez Zamawiającego zakresie,

wyrażające się w szczególności zaniechaniem przedstawienia wyliczenia wszystkich kosztów składających się na realizację zamówienia oraz poparcia takiego wyliczenia dowodami, podobnie jak to uczynił Odwołujący;

8. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, w której dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę, powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że potwierdzają one istnienie rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy;  
a w konsekwencji opisanych powyżej naruszeń:
9. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażające się w szczególności w zróżnicowaniu miernika staranności zastosowanego do oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę i Odwołującego, skutkującym - po pierwsze - ponownym wezwaniem Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a po drugie - uznaniem, że całość złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień potwierdza, jakoby jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wyrażające się dopuszczeniem do wyboru oferty Wykonawcy, wobec którego zachodziły obligatoryjne przesłanki wykluczenia z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy, ponownego badania i oceny ofert, w tym 1) wykluczenia Wykonawcy z postępowania z uwagi na fakt, że w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, opisane w pkt V.1.2.3.1. i V.1.2.3.2. SIWZ; ewentualnie 2) wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na fakt, że w wyniku co najmniej lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, a dotyczące spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt V.1.2.3.1. i V.1.2.3.2. SIWZ; 3) odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na fakt, że: (1) zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, (2) Wykonawca nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, a (3) ocena złożonych przezeń wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na fakt, że (4) zawiera błąd w obliczeniu ceny; wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Wobec spełnienia wymogów wynikających z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania wykonawcę TestArmy Group Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej jako „Przystępujący”).

Na posiedzeniu przed Izbą w dniu 8 grudnia 2020 r. stawił się Odwołujący i Zamawiający, Przystępujący nie stawił się. Izba ustaliła, iż Przystępujący został powiadomiony o terminie posiedzenia w sposób prawidłowy.

Zamawiający na posiedzeniu oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w całości oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Jednocześnie w trakcie posiedzenia do Izby wpłynęło pismo Zamawiającego zawierające oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Oznacza to, że oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania oraz okoliczność braku wniesienia sprzeciwu co do tej czynności przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 3 ustawy Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający na posiedzeniu przed Izbą oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w całości. Z kolei Przystępujący, który został w sposób prawidłowy zawiadomiony o terminie posiedzenia, co znajduje potwierdzenie w aktach postępowania odwoławczego, nie stawił się. Izba uznała, iż niestawiennictwo na posiedzenie wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. Stwierdzić bowiem należy, iż Przystępujący decydując się na takie działanie, czyni to ze świadomością skutków, jakie brak jego obecności może wywołać w sferze jego interesów procesowych. W konsekwencji uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego w całości powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 3 *in*

*fine* ustawy Pzp ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uznała, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp koszty te znoszą się wzajemnie. Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....