

Sygn. akt: KIO 603/22

POSTANOWIENIE
z dnia 18 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu 18 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) VULCAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz 2) Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź z siedzibą w Łodzi**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego kwoty **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) VULCAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz 2) Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku** uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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

Dnia 02 marca 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w związku z art. 513 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp”), odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: 1) VULCAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz 2) Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, dalej jako „Odwołujący”

Zamawiający: Miasto Łódź z siedzibą w Łodzi, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przeprowadzenie elektronicznego naboru do przedszkoli i szkół na rok 2022/2023”. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00054236/01 w dniu 11 lutego 2022 r.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz zaniechania podjęcia czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie PZP, a polegających na:

1. wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Instytut Chemii Bioorganicznej PAN Poznańskie Centrum Superkomputerowo Sieciowe z siedzibą w Poznaniu (dalej: „PCSS”), pomimo iż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu;
2. nieprawidłowej ocenie wyjaśnień złożonych przez PCS w trybie art. 224 PZP, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PCSS, pomimo, że oferta PCSS zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PCSS, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.) .

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenia:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w związku z art. 224 ust. 6 PZP w związku z art. 16 pkt 1) PZP, a w konsekwencji także art. 239 ust. 1 PZP, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez PCSS wyjaśnień w trybie art. 224 PZP dotyczących rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty PCSS, pomimo że przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. art. 16 pkt 1) PZP, a w konsekwencji także art. 239 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PCSS, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.) tj. stanowi

działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz narusza interes Odwołującego (jako innego przedsiębiorcy).

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności polegających na:

1. unieważnieniu czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzeniu czynności badania i oceny ofert,
3. odrzuceniu oferty PCSS:
 - a) z uwagi na to, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - b) lub z uwagi na to, że jej złożenie przez PCSS stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołującemu wskazał, że przysługuje mu prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej w postaci odwołania zgodnie z treścią art. 504 ust. 1 PZP. Odwołujący jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia, który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana przez Zamawiającego jako druga w rankingu ofert, natomiast niezgodne z przepisami PZP czynności Zamawiającego pozbawiają go możliwości uzyskania zamówienia. W sytuacji gdyby Zamawiający zachował się zgodnie z obowiązującymi go przepisami prawa i odrzuciłby ofertę PCSS, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia lub z uwagi na to, że jej złożenie przez PCSS stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wówczas oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana jako pierwsza w rankingu ofert, natomiast on sam mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie. Ponadto objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu uzyskania przez Odwołującego zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia korzyści w postaci zysku, który Odwołujący zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, określonego w art. 515 ust. 2 pkt a) PZP. Podstawę odwołania stanowi czynność Zamawiającego z dnia 25 lutego 2022 roku – zamieszczenie na stronie „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty”. Odwołujący uiszczył wymagany wpis od odwołania. Czyniąc zadość obowiązkowi przewidzianemu w art. 516 ust. 2 pkt 2 PZP, Odwołujący przedstawił dowód doręczenia odwołania Zamawiającemu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu, spełniało wymogi formalne i możliwe było jego merytoryczne rozpoznanie.

Ustalono, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp. Gdyby Zamawiający prawidłowo wezwał do wyjaśnień ceny wybranego wykonawcę, mogłoby okazać się, że ceny wskazane przez PCSS są rażąco niskie i oferta podlegałyby odrzuceniu. Oferta Odwołującego jest na 2 miejscu, więc w przypadku prawidłowego zbadania ofert, wezwania do złożenia wyjaśnień i odrzuceniu ofert zawierających rażąco niską cenę, oferta Odwołującego wygrałaby. W konsekwencji działań Zamawiającego istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego tj. utraty zamówienia publicznego.

Ustalono także, że w aktach postępowania do momentu wydania niniejszego postanowienia nie ujawniono żadnego zgłoszenia przystąpienia. Zamawiający zawiadomił pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 3 marca 2022 roku (co wynika z dokumentacji postępowania), zatem termin na zgłoszenie przystąpień upływał w dniu 7 marca 2022 roku.

Ustalono następnie, że 17 marca 2022 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izłą na dzień 18 marca 2022 roku, Zamawiający przesłał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że uwzględni odwołanie w całości.

Wobec braku przystąpień po stronie Zamawiającego, nie zachodziła konieczność wezwania przystępującego do złożenia sprzeciwu. Skoro tak, to postępowanie odwoławcze mogło zostać umorzone.

Skoro zatem Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił ważnego przystąpienia żaden wykonawca, to mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem *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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 1 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: