

Sygn. akt: KIO 2233/20

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 14 października 2020 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **14 października 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 września 2020 roku** przez Odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) INGRIFO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (Lider konsorcjum) z siedzibą w Warszawie oraz (2) BETACOM Spółka Akcyjna (Partner konsorcjum) z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Ministerstwo Finansów w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: Euvic IT Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (Lider) oraz ITSM Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. **nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) INGRIFO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (Lider konsorcjum) z siedzibą w Warszawie oraz (2) BETACOM Spółka Akcyjna (Partner konsorcjum) z siedzibą w Warszawie;**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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

Dnia 7 września 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „Pzp”) odwołanie złożyli **wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: (1) INGRIFO sp. z o.o. sp. k. (Lider konsorcjum) z siedzibą w Warszawie oraz(2) BETACOM S.A. (Partner konsorcjum) z siedzibą w Warszawie** (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup usługi wsparcia i rozwoju systemu Centralny Service Desk w oprogramowaniu HPSM (nr ref. C/77/20/DI/B/38), prowadzi Zamawiający: **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Ministerstwo Finansów w Warszawie**. Ogłoszenie o Zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.06.2020 r. pod nr 2020/S 113 – 274394. Wartość postępowania jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, związanych z oceną ofert w postępowaniu, tj.:

1.1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Euvic IT S.A. i ITSM Group sp. z o.o. (dalej jako „Euvic- ITSM”), a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty, w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 lit. a) i b) SIWZ,

ewentualnie wobec pkt 1.1:

- zaniechaniu wezwania wykonawców Euvic-ITSM do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 lit. a) i b) SIWZ, w postaci Wykazu Usług oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie lub złożenia stosownych wyjaśnień treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

1.2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic-ITSM ze względu na podanie przez nich nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a) i b) SIWZ, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty,

1.3. zaniechaniu wezwania wykonawców Euvic-ITSM do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny wskazanej w złożonej przez nich ofercie - w zakresie kosztów Usługi Asysty Technicznej,

1.4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców Euvic - ITSM ze względu na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”);

1.5. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców Euvic-ITSM ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w związku z tym, że zakres zaoferowanego świadczenia w ramach Usługi Asysty Technicznej pozostaje niezgodny z zakresem objętym SIWZ i ze względu na brak rzetelnej, adekwatnej do wymogów SIWZ wyceny poszczególnych suwerennych komponentów zamówienia,  
ewentualnie wobec pkt 1.5.:

- zaniechaniu wezwania wykonawców Euvic-ITSM do wyjaśnienia treści złożonej oferty poprzez potwierdzenie zakresu zaoferowanego świadczenia odnośnie poszczególnych komponentów zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ,

1.6. w konsekwencji dokonaniu wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców Euvic-ITSM.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 24 ust. 4 i 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic - ITSM w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a) i b) SIWZ, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty,  
ewentualnie wobec pkt 2.1:

- art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców Euvic-ITSM do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a) i b) SIWZ, w postaci Wykazu Usług oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, lub przedstawienia stosownych wyjaśnień treści złożonych przez nich dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic- ITSM ze względu na podanie przez nich nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a) i b) SIWZ, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty,

3. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców Euvic-ITSM do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny wskazanej w złożonej przez nich ofercie - w zakresie kosztów Usługi Asysty Technicznej,

4. art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Euvic - ITSM ze względu na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk;

5. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Euvic-ITSM ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w związku z tym, że zakres zaoferowanego świadczenia w ramach Usługi Asysty Technicznej pozostaje niezgodny z zakresem objętym SIWZ i ze względu na brak rzetelnej i adekwatnej do wymagań SIWZ wyceny poszczególnych suwerennych komponentów zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ;

ewentualnie wobec pkt 2.5.:

- art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców Euvic - ITSM do przedstawienia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty poprzez potwierdzenie zakresu zaoferowanego świadczenia odnośnie poszczególnych komponentów zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i:

1.1. wykluczenia z postępowania wykonawców Euvic-ITSM na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 12) Pzp ze względu na brak wykazania spełnienia warunku udziału określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a) i b) SIWZ, a w konsekwencji odrzucenie złożonej przez nich oferty na podstawie art. 22 ust. 4 zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

ewentualnie:

- wezwania wykonawców Euvic-ITSM na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt. 1 lit. a) i b) SIWZ, w postaci Wykazu Usług oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, lub złożenia stosownych wyjaśnień treści złożonych przez nich dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

1.2. wykluczenia wykonawców Euvic-ITSM z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp ze względu na podanie przez nich nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 4 pkt 1 lit. a) i b) SIWZ, a w konsekwencji - odrzucenia złożonej przez nich oferty na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp;

1.3. wezwania wykonawców Euvic-ITSM do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w przedmiocie sposobu wyliczenia ceny wskazanej w złożonej przez nich ofercie - w zakresie kosztów Usługi Asysty Technicznej,

1.4. odrzucenia oferty wykonawców Euvic-ITSM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp ze względu na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk;

1.5. odrzucenia oferty wykonawców Euvic-ITSM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w związku z tym, że zakres zaoferowanego świadczenia w ramach Usługi Asysty Technicznej pozostaje niezgodny z zakresem objętym SIWZ oraz ze względu na nierzetelną i niezgodną z wymogami SIWZ wycenę poszczególnych komponentów zamówienia,  
ewentualnie:

- wezwania wykonawców Euvic-ITSM na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty poprzez potwierdzenie zakresu świadczeń poszczególnych komponentów zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ,

1.6. ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego.

O naruszeniu przepisów prawa Odwołujący dowiedział się w dniu 28.08.2020 r., kiedy to Zamawiający przesłał mu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołanie złożono w przepisany termin. Wpis od odwołania, w stosownej kwocie został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 Pzp, przesłał kopię odwołania do Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W postępowaniu wpłynęły bowiem tylko 2 oferty cenowe - oferta wykonawców Euvic-ITSM oraz oferta Odwołującego. Zamawiający wprowadził tylko jedno cenowe kryterium oceny ofert (Cena - 100%) i obie złożone oferty mieszczą się w kwocie, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (8.422.224,00 zł). Gdyby Zamawiający nie dopuścił się nieprawidłowości w toku oceny i badania ofert, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, zaś wykonawcy Euvic-ITSM zostaliby wykluczeni z postępowania, a złożona przez nich oferta - odrzucona. Brak zaskarżenia przez Odwołującego czynności i zaniechań Zamawiającego spowoduje poniesienie szkody w postaci utraty zamówienia, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia na zakładanym poziomie ofertowania.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

10 września 2020 roku odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: Euvic IT S.A. z siedzibą w Krakowie (Lider) oraz ITSM Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Partner). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia.

W dniu 12 października 2020 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o uwzględnieniu odwołania w części w zakresie zarzutów zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w kontekście zaniżenia kosztów. W pozostałym zakresie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Zamawiający poinformował, że w dniu 8 października 2020 roku unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28 sierpnia 2020 roku oraz wystosował do Odwołującego i Przystępującego wezwania do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, stosowanie do trybu określonego w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący, w dniu 12 października 2020 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na dzień 14 października 2020 roku, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500,00 zł, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972).

**Przewodniczący:**

.....