

Sygn. akt: KIO 256/21

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania w dniu **17 lutego 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 stycznia 2021 roku przez wykonawcę Odwołującego - GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Skarb Państwa, Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Apex IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego;**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 1) nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu **na rzecz Odwołującego: GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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 22 stycznia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 514 ustawy z dnia 24.10.2019r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Nową Ustawą” lub „Nową Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** (dalej jako „Odwołujący”).

Zamawiający: Skarb Państwa, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie na „Zakup usługi wsparcia dla posiadanego oprogramowania VMware” w ramach przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.10.2020r., pod nr 2020/S 212-518450. Wartość szacunkowa postępowania przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 92 ust. 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019 poz. 2020) - do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Przedmiotowe odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia wszczętego przed dniem 1 stycznia 2021 r. Wobec powyższego stosuje się do niego przepisy ustawy „nowej ustawy Pzp”.

Jednocześnie zgodnie z art. 90 ust. 1 w/w ustawy do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe - w związku z powyższym podstawą prawną zarzutów jest naruszenie przepisów odnoszących się do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dalej pzp.

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego z treści zawiadomienia przekazanego w dniu 12.01.2021 r. oraz korespondencji przekazanej za pośrednictwem Platformy zakupowej w dniu 18.01.2021 r.

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Wpis od odwołania został uiszczony w prawidłowej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust.3 pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu dokumentów dotyczących wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Apex IT

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Apex IT”), mimo że wyjaśnienia te nie zostały skutecznie utajnione przez Apex IT, gdyż nie zawierały wymaganego uzasadnienia objęcia ich tajemnicą;

2. art. 7 ust. 1 pzp w związku z prowadzeniem postępowania z naruszeniem zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji, w związku z działaniami Zamawiającego opisanymi w odwołaniu;

3. art. 87 ust. 1 pzp poprzez dokonanie czynności niezgodnej z ustawą polegającej na nieuprawnionych negocjacjach z Wykonawcą prowadzących do istotnej zmiany treści oferty.

Z ostrożności procesowej:

4. art. 89 ust 1 pkt 2 pzp w związku z art. 7 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Apex IT, jako niezgodnej z SIWZ.

5. art. 89 ust. 1 i pkt 4 pzp w związku z art. 7 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Apex IT, jako zawierającej rażąco niską cenę.

6. art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp w związku z art. 36b ust. 1 pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Apex IT w związku z przedstawieniem przez niego, informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Odwołujący zaznaczył, że posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 505 ust. 1 Nowej Ustawy Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp. Szkoda będzie polegać na niezyskaniu zamówienia, gdyż Zamawiający niezasadnie zaniechał wykluczenia wykonawcy Apex IT i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Odtajnienia i udostępnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu;

3. Dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

4. Wykluczenia wykonawcy Apex IT w związku z wprowadzeniem w błąd Zamawiającego w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności, co miało wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje;

5. Odrzucenie oferty Apex IT jako niezgodnej z SIWZ i/lub zawierającej rażąco niską cenę;

6. Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej z pośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

7. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;

W uzasadnieniu odwoływania podniesiono, że termin składania ofert został ustalony na 4.12.2020 r. godz. 12.00. Zamawiający przed terminem otwarcia ofert poinformował, że na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 1 397 864,25 zł brutto. W postępowaniu zostało złożonych 7 ofert, a oferta Odwołującego zajmuje drugą pozycję pod względem kryteriów oceny ofert i nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający pismem z dnia 12.01.2021 r. poinformował o wyborze oferty wykonawcy Apex IT, co w ocenie Odwołującego jest niezgodne z ustawą pzp, gdyż wybrana oferta podlega odrzuceniu a Wykonawca podlega wykluczeniu.

Odwołujący w dniu 13.01.2021 r. zwrócił się do Zamawiającego o wgląd do korespondencji pomiędzy nim a Wykonawcami, po terminie złożenia ofert. W odpowiedzi Zamawiający, w dniu 18.01.2021 r. udostępnił Odwołującemu wnioskowaną korespondencję z pominięciem wyjaśnień rażąco niskiej ceny Apex IT. Odwołujący w tym samym dniu ponownie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie brakującego dokumentu, gdyż z udostępnionych pism nie wynikała przyczyna niedołączenia wyjaśnień. W dniu 19.01.2021 r. Zamawiający w wiadomości przekazanej za pośrednictwem Platformy zakupowej poinformował Odwołującego o tym, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie zostaną udostępnione. W celu wyjaśnienia i uzyskania rzetelnych informacji na temat podstaw nieudostępnienia choćby uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny w dniu 19.01.2021 r., przedstawiciel Odwołującego przeprowadził rozmowę telefoniczną z przedstawicielem Zamawiającego tj. z Panią I.H. W trakcie rozmowy Zamawiający poinformował Odwołującego, że uzasadnienie zostało już Odwołującemu przekazane wraz z ofertą Apex IT. Odwołujący zwrócił uwagę, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących treść oferty dotyczyło jedynie wykazu dostaw i nie mogło dotyczyć wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż na etapie składania ofert żaden wykonawca nie wie, czy będzie wezwany do złożenia takich wyjaśnień. Wobec takiego uzasadnienia przedstawiciel Zamawiającego poinformował (zmieniając pierwotną wersję), że uzasadnienie znajduje się w samej treści wyjaśnień i w ocenie Zamawiającego są podstawy do zachowania w poufności przedstawionych dokumentów przez Apex IT. Biorąc pod uwagę lakoniczne tłumaczenie Zamawiającego, Odwołujący powziął wątpliwość co do słuszności działań Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie dokonał prawidłowego badania i oceny ofert oraz kwalifikacji Wykonawców. Zamawiający nie przeanalizował zakresu złożonej oferty Apex IT.

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

Odwołanie złożono w ustawowym terminie z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 24 grudnia 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

W dniu 27 stycznia 2021 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Apex IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (dalej jako „Przystępujący”). Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. W części I ustosunkował się do części jawnej, natomiast w części II odniósł się do elementów oferty Przystępującego stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, w dniu 17 lutego 2021 roku, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenia o cofnięciu zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu Wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w 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 Izba.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce w dniu, na który został wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania, ale Zamawiający nie złożył innych wniosków kosztowych, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 3b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami).

Przewodniczący:

.....