

WYROK

z dnia 1 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2022 r. przez wykonawcę Cristal Travelnet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Małopolska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie

przy udziale wykonawcy Omdexpo Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 338 zł 00 gr (trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 338 zł 00 gr (trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Małopolska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie prowadził w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zabudowy oraz organizację stoiska targowego na targach MWC

Barcelona, odbywających się w dniach 28 lutego - 3 marca 2022 r., w ramach projektu Power up Your Business in Małopolska 3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 stycznia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00024840.

I. W dniu 14 lutego 2022 r. wykonawca Cristal Travelnet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Omdexpo Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej także jako „wykonawca Omdexpo”),
2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Omdexpo w warunkach, w których oferta wykonawcy Omdexpo powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są lakoniczne i ogólnikowe, co jest równoznaczne z nieudzieleniem wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, co doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. czynności ponownego wezwania wykonawcy Omdexpo do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, poprzez wezwanie do doprecyzowania uprzednio złożonych wyjaśnień w warunkach, w których oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że pierwotne wyjaśnienia wykonawcy są ogólnikowe i lakoniczne, a tym samym nie potwierdzają, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, co jest równoznaczne z nieudzieleniem wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

1. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty sprzecznie z przepisami ustawy, z uwagi na fakt, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza podlega odrzuceniu;
2. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień wykonawcy Omdexpo w zakresie rażąco niskiej ceny, mimo że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę są lakoniczne, ogólnikowe i nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Omdexpo, pomimo że oferta wykonawcy Omdexpo podlega odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt, z uwagi na nieudzielenie wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, co stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie do doprecyzowania złożonych przez wykonawcę Omdexpo wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ramach wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty, co stanowi de facto niedozwolone w przedmiotowej sprawie ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

ewentualnie:

4. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Omdexpo, pomimo że oferta wykonawcy Omdexpo zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
5. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Omdexpo, pomimo że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenia oferty wykonawcy Omdexpo,
- dokonania ponownej oceny ofert.

II. Pismem wniesionym w dniu 21 lutego 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 w zw. z art. 505 ustawy Pzp, ewentualnie o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia ww. wniosków, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Omdexpo Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Wykonawca Omdexpo wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wykonawca wnoszący odwołanie obowiązany jest wykazać posiadanie legitymacji do jego wniesienia, tj. obowiązany jest wykazać istnienie po jego stronie przesłanek składających się na tę legitymację zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Niewykazanie przez odwołującego posiadania legitymacji do wniesienia odwołania pociąga za sobą skutki w postaci oddalenia odwołania przez Izbę.

W treści odwołania odwołujący wskazał, że jego interes wyraża się w tym, że złożył on ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia i gdyby zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący stwierdził, że ma zatem interes we wniesieniu odwołania, gdyż może ponieść szkodę w związku z nieudzieleniem mu zamówienia. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w zakresie kryteriów oceny ofert. W związku z tym, gdyby zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę wykonawcy Omdexpo, to oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał posiadania legitymacji do wniesienia odwołania.

Po pierwsze:

Odwołanie zostało wniesione w dniu 14 lutego 2022 r. Zakładając, że kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego zostałaby przesłana wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu jeszcze tego samego, to termin na zgłoszenie przystępień upływałby w dniu 17 lutego 2022 r. (art. 525 ust. 1 ustawy Pzp). Biorąc zatem po uwagę, że zawiadomienie o miejscu i terminie rozprawy przekazuje się co najmniej na 3 dni przed wyznaczonym terminem rozprawy [§ 19 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453)], pierwszy możliwy termin na rozpoznanie odwołania wypadłby 22 lutego 2022 r. Wprawdzie zamawiający mógłby złożyć oświadczenie o uwzględnieniu odwołania, jednakże w takiej sytuacji wykonawcy zgłaszającemu przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przysługiwałoby wniesienie sprzeciwu. Zakładając, że byłoby możliwe wydanie przez Izbę orzeczenia jeszcze tego samego dnia, to w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę zamawiającemu pozostałyby trzy dni robocze na przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, co stanowi niezwykle krótki okres na przeprowadzenie tych czynności. Zastosowanie miałby tu przepis art. 577 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. A zatem zamawiający obowiązany byłby się wstrzymać z zawarciem umowy do

czasu upływu terminu na wniesienie odwołania wobec ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przy założeniu najbardziej optymistycznego scenariusza opisanego powyżej, termin na wniesienia odwołania upływałby już po rozpoczęciu targów. Tak samo, gdy chodzi o zawarcie umowy, nawet w przypadku braku odwołania (a nawet w przypadku dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie krótszym niż 3 dni robocze), co oczywiście byłoby całkowicie bezcelowe. Wprawdzie zamawiający mógłby skorzystać z uprawnienia przysługującego mu na podstawie art. 578 ustawy Pzp, tj. mógłby złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 ustawy Pzp - jednakże złożenie takiego wniosku przez zamawiającego byłoby celowe jedynie w przypadku, w którym wykonawca wybrany po przeprowadzeniu powtórzonej czynności badania i oceny ofert miałby jeszcze szanse zrealizowania zamówienia. Odwołujący jednak nie wykazał, aby w tak krótkim czasie, był jeszcze w stanie przygotować i zrealizować zamówienie.

Po drugie:

Postanowieniem z dnia 18 lutego 2022 r. (sygn. akt: KIO/W 3/22) Izba uchyliła zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego zamawiający oświadczył, że umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta. Odwołujący nie wykazał posiadania legitymacji, o której mowa art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z zaistniałą istotną zmianą stanu faktycznego sprawy.

Należy podkreślić, że nie można całkowicie wykluczyć posiadania przez odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, jednakże mając na uwadze szczególne okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, posiadanie tej legitymacji winno zostać przez odwołującego w sposób dostateczny wykazane, co w ocenie Izby nie miało miejsca.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 505 ust. 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: