

POSTANOWENIE
z dnia 4 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2020 r. przez wykonawcy MobileMS Sp. z o.o., ul. Chochola 23, 91-230 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Pałacu Króla Jana III w Wilanowie, ul. Stanisława Kostki Potockiego 10/16, 02-958 Warszawa

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy MobileMS Sp. z o.o., ul. Chochola 23, 91-230 Łódź kwoty 6 750 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone trybie przetargu nieograniczonego pn: „Usługa budowy dwujęzycznej strony internetowej z systemem zarządzania treścią (CMS) - łącznie zwane „Systemem” i gwarancja jakości na ich prawidłowe działanie oraz opracowanie identyfikacji wizualnej dla projektu ””.”, Znak sprawy UD-IV-WZP.271.21.2020.DKO zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 555946-N-2020, data zamieszczenia 09.07.2020 r. przez Muzeum Pałacu Króla Jana III w Wilanowie ul. Stanisława Kostki Potockiego 10/16, 02-958 Warszawa, zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 06.08.2020 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - BPROG Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 18/1, 05-091 Ząbki zwane dalej: „BPROG Sp. z o.o.” albo „BPROG”. Drugą pozycję w rankingu zajęła oferta: Migomedia Sp. z o.o., ul. Mokotowska 4/6 lik 3,4; 00-641 Warszawa zwana dalej: „Migomedia Sp. z o.o.” albo „MIGOMEDIA”. Trzecią pozycję w rankingu zajęła oferta: JCD.pl Sp. z o.o., ul. Rudnickiego 1/35; 01-858 Warszawa zwana dalej: „JCD.pl Sp. z o.o.” albo „JCD”. Czwartą pozycję w rankingu zajęła oferta: MobileMS Sp. z o.o., ul. Chochola 23, 91-230 Łódź zwana dalej: „MobileMS Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 11.08.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za

pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) MobileMS Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynność z 06.08.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 11.08.2020 r. (e-mailem). Pismo zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i umocowanego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS-u. Stwierdził, że zaskarża niezgodne z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” czynności wobec oferty BPROG (oferta wyłoniona jako najkorzystniejsza)

1. niezgodnej z przepisami Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez BPROG, pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp.
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę BPROG, jako niejawnych wyjaśnień RNC złożonych w trybie art. 90 Pzp, pomimo, że wykonawca ten nieskutecznie (dosłownie w 2 zdaniach) zastrzegł tajemnicę przedsiębiorcy.
3. Zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty BPROG, pomimo iż oferta nie zawiera opisu „Organizacji zespołu” zgodnie z wytycznymi Zamawiającego zawartymi w dokumentacji postępowania, co zgodnie z Pzp i skutkiem opisanym w SIWZ powinno powodować odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.
4. Niezgodnej z przepisami Pzp czynności oceny Wyjaśnień RNC złożonych przez BPROG w trybie art. 90 Pzp;
5. Niezgodnego z przepisami Pzp ponownego wezwania BPROG do wyjaśnień RNC (druga szansa) z uwzględnieniem nowych elementów, których BPROG nie zawarł w pierwotnych wyjaśnieniach (skutkiem powinno być odrzucenie oferty a nie ponowne wezwanie w którym Zamawiający wskazuje ewidentne braki pierwszego wezwania)
6. Zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty BPROG, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a BPROG nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ponieważ złożone Wyjaśnienia RNC nie obalają domniemania, że oferta BPROG zawiera rażąco niską cenę;
7. Niezgodną z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty BPROG jako oferty najkorzystniejszej;

Niezgodne z Pzp czynności wobec oferty MIGOMEDIA (oferta nr 2 w rankingu)

8. Zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty MIGOMEDIA, pomimo iż oferta nie zawiera opisu „Organizacji zespołu” zgodnie z wytycznymi Zamawiającego zawartym w dokumentacji postępowania, co zgodnie z Pzp i skutkiem opisanym w SIWZ powinno powodować odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.
9. Niezgodnej z przepisami Pzp czynności oceny Wyjaśnień RNC złożonych przez MIGOMEDIA w trybie art. 90 Pzp;
10. Zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty MIGOMEDIA, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a MIGOMEDIA nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ponieważ złożone Wyjaśnienia RNC nie obalają domniemania, że oferta MIGOMEDIA zawiera rażąco niską cenę;

Niezgodne z Pzp czynności wobec oferty JCD (oferta nr 3 w rankingu)

11. Zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty JCD, pomimo iż oferta nie zawiera opisu „Organizacji zespołu” zgodnie z wytycznymi Zamawiającego zawartymi w dokumentacji postępowania, co zgodnie z Pzp i skutkiem opisanym w SIWZ powinno powodować odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.
12. Niezgodnej z przepisami Pzp czynności oceny Wyjaśnień RNC złożonych przez JCD w trybie art. 90 Pzp;
13. Niezgodnego z przepisami Pzp ponownego wezwania JCD do wyjaśnień JCD (druga szansa) z uwzględnieniem nowych elementów, których JCD nie zawarł w pierwotnych wyjaśnieniach (skutkiem powinno być odrzucenie oferty a nie ponowne wezwanie w którym Zamawiający wskazuje ewidentne braki pierwszego wezwania)
14. Zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty JCD, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a JCD nie złożył odpowiednich wyjaśnień, ponieważ złożone Wyjaśnienia RNC nie obalają domniemania, że oferta JCD zawiera rażąco

niską cenę;

15.prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Pzp).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

CZYNNOŚCI/ZANIECHANIA WOBEK OFERTY BPROG:

1.naruszenie art. 91 ust. 1 z zw. z art. 7 Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty BPROG;

2.naruszenie art. 8 ust. 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez BPROG jako tajemnica przedsiębiorstwa w szczególności wyjaśnień RNC, dlatego, że Wykonawca ten nieskutecznie zastrzegł ten dokument jako tajemnica (2 zdania - brak spełnienia wymogów Pzp)

3.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty BPROG, podczas gdy oferta ta nie zawiera opisu „Organizacji zespołu” zgodnie z wytycznymi Zamawiającego zawartymi w dokumentacji postępowania, a SIWZ wskazuje, że skutkiem tego powinno być odrzucenie oferty.

Zarzuty ewentualne dotyczące czynności dot. oferty BPROG (Odwołujący wnosil o rozpoznanie ich przez KIO, w przypadku oddalenia zarzutu naruszenia art. 8 Pzp, tj. zarzut nr 2)

4.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez BPROG Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

5.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp, poprzez niezgodne z przepisami PONOWNE WEZWANIE, BPROG do wyjaśnień w sytuacji gdy pierwsze wyjaśnienia były zbyt ogólne a umow dołączone do wyjaśnień, jak stwierdził sam Zamawiający, zawierają za niskie/nierealne stawki.

6.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BPROG, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca BPROG nie złożył Wyjaśnień RNC spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 Pzp;

CZYNNOŚCI/ZANIECHANIA WOBEK OFERTY MIGOMEDIA:

7.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty MIGOMEDIA, podczas gdy oferta ta nie zawiera opisu „Organizacji zespołu” zgodnie z wytycznymi Zamawiającego zawartymi w dokumentacji postępowania, a SIWZ wskazuje, że skutkiem tego powinno być odrzucenie oferty.

8.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez MIGOMEDIA Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

9.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MIGOMEDIA, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca MIGOMEDIA nie złożył Wyjaśnień RNC spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 Pzp; (BRAK JAKIEGOKOLWIE DOWODU)

CZYNNOŚCI/ZANIECHANIA WOBEK OFERTY JCD:

10.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty JCD, podczas gdy oferta ta nie zawiera opisu „Organizacji zespołu” zgodnie z wytycznymi Zamawiającego zawartymi w dokumentacji postępowania, a SIWZ wskazuje, że skutkiem tego powinno być odrzucenie oferty.

11.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez JCD Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

12.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp, poprzez niezgodne z przepisami PONOWNE WEZWANIE, JCD do wyjaśnień w sytuacji gdy pierwsze wyjaśnienia były bardzo lakoniczne.

13.naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty JCD, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca JCD nie złożył Wyjaśnień RNC spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 - 3 Pzp; (BRAK JAKIEGOKOLWIEK DOWODU)

WNOSI O UWZGLĘDNIENIE ODWOŁANIA I NAKAZANIE ZAMAWIAJĄCEMU:

1.Unieważnienia czynności oceny ofert;

2.Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3.Odtajnienie dokumentów złożonych przez BPROG, zastrzeżonych jako tajemnica, w szczególności wyjaśnień RNC

4.Odrzucenie oferty BPROG, MIGOMEDIA oraz JCD - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw

z art. 90 ust. 3 Pzp;

5. Ponowną ocenę ofert;

6. Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Pzp) Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Zamawiający w dniu 11.08.2020 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13.08.2020 r. (e-mailem) BPROG Sp. z o.o zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez P. i Cz. Z. osoby ujawnione w KRS-ie i umocowane do łącznej reprezentacji.

Izba nie uznała skuteczność przystąpienia: BPROG Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: BPROG Sp. z o.o. z uwagi na przesłanie zgłoszonego przystąpienia jedynie e-mailem. Wobec powyższego Wykonawca nie został wskazany na pierwszej stronie niniejszego postanowienia. Mimo, że załączony do e-maila sam plik „pdf” przystąpienia był podpisany podpisem kwalifikowanym, to Izba nie mogła uznać takiej formy za skuteczną z uwagi na nie zachowanie wymogu przesłania za pomocą skrzynki podawczej Urzędu, przy użyciu której obsługiwana jest korespondencja Izby - tj. e-PUAP, jak stanowi przepis rozporządzenia. Przesłanki przystąpienia uregulowane zostały w art. 185 ust. 2 Pzp, który stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Dodatkowo, zgodnie § 5 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992) Odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnoszone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej postaci przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu, przy użyciu której obsługiwana jest korespondencja Izby.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, jak Izba ustaliła bezspornie wynika, że zgłoszenie przystąpienia zostało przesłane, nie za pośrednictwem skrzynki podawczej Urzędu, przy użyciu której obsługiwana jest korespondencja Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu, jak wymaga ww. rozporządzenie, ale za pomocą poczty elektronicznej. Zgłaszający przystąpienie nie załączył żadnych dowodów potwierdzających czasowe niedziałanie skrzynki podawczej Urzędu, przy użyciu której obsługiwana jest korespondencja Izby, w wyniku awarii lub zaistnienia innych okoliczności powodujących niemożność z jej skorzystania np. przerwę techniczną. Gdyby takowe miały miejsce zgłaszający przystąpienie mógł przesłać komunikat o czasowej awarii skrzynki lub zrobić zrzut z ekranu, na którym potwierdzona zostałaby informacja o niemożności z jej skorzystania. W związku z tym Izba uznała, że zgłaszający przystąpienie przesłał swoje pismo w sposób niezgodny z dyspozycją art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp w związku z § 5 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992) w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Podobnie, Izba uznała w wyroku KIO z 20.11.2019 .. sygn. akt: KIO 2223/19.

W dniu 01.09.2020 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględnił odwołanie w zakresie jednego zarzutu - naruszenia art. 8 ust. 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez BPROG jako tajemnica przedsiębiorstwa w szczególności wyjaśnień RNC, dlatego, że Wykonawca ten nieskutecznie zastrzegł ten dokument jako tajemnica (2 zdania - brak spełnienia wymogów Pzp, w pozostałym wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez adwokata umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 28.08.2020 r.

W dniu 03.09.2020 r. (e-mailem) BPROG Sp. z o.o. przekazało pismo procesowe, w którym stwierdził, że nie wnosi sprzeciwu w zakresie częściowego uwzględnienia odwołania, w pozostałym zakresie wnosząc o oddalenie

odwołania. Izba wskazała niniejsze jedynie informacyjnie, gdyż z uwagi na okoliczności przedstawione powyżej, Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przystąpienia po stronie Zamawiającego - BPROG Sp. z o.o.

W dniu 03.09.2020 r. (e-mailem) Odwołujący wycofał odwołanie wniesione w dniu 11.08.2020 r. Wycofanie zostało podpisane przez osobę umocowaną, jak odwołanie. Wskazał, że: „na podstawie art. 187 ust. 8 (...) cofa odwołanie wniesione (...) w dniu 11 sierpnia 2020 r (...) wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego oraz zwrot 90 % wpisu na rachunek odwołującego, z którego został przekazany przelew”. Izba mając na względzie niniejsze oświadczenie uznała, że Odwołujący wycofał całe odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo wycofujące odwołanie o sygn. akt: KIO 1931/20 zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osobę umocowaną, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1931/20.

Postanowienie zostało ogłoszone poprzez jego wywieszenie na tablicy ogłoszeń w trybie § 32 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992). Na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 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), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: