Sygn. akt KIO 336/22

POSTANOWIENIE
z dnia 22 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 22 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2022 r. przez wykonawcę BPROG Sp. z o.o. w Ząbkach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

postanawia:

1. umarza postępowania odwoławcze;

2. znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej wartość wpisu od odwołania na rzecz BPROG Sp. z o.o. w Ząbkach.

Stosownie do art. 579 oraz 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 niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt KIO 336/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy - prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako ustawa" albo „P.z.p.", postępowanie o udzielenie zamówienia na modernizację stron internetowych wraz z opracowaniem i wdrożeniem nowych funkcjonalności umożliwiających optymalizację pracy nad dokumentacją dla Biura Współpracy Międzynarodowej Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój 2014-2020 na realizację projektu „Stawiamy na rozwój UKW" dofinansowanego ze środków Unii Europejskiej". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało pod numerem 2021/BZP 00339200/01 w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 grudnia 2021 r.

7 lutego 2022 r. wykonawca BPROG Sp. z o.o. w Ząbkach wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 4 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p. przez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do dokumentu pełnomocnictwa sporządzonego rzekomo w dniu 4 stycznia 2022 r. przez Prezesa Zarządu wykonawcy, w sytuacji, w której:

- pobieżna weryfikacja dokumentu pełnomocnictwa wskazuje, że dostarczony przez wykonawcę dokument jest skanem ewentualnego dokumentu pełnomocnictwa, który następczo został opatrzony podpisem zaufanym przez Pana Piotra Szczęsnego tj. przez ustanowionego pełnomocnika, a co w sposób oczywisty jest niezgodny z SWZ w ramach postępowania;

- zamawiający mając na względzie dyspozycję art. 63 ust. 2 P.z.p. zgodnie z treścią pkt 2 działu XI SWZ jednoznacznie sformułował obowiązek w stosunku do podmiotów biorących udział w postępowaniu, aby „Ofertę, oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowe środki dowodowe, pełnomocnictwa, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby sporządza się w postaci elektronicznej, w ogólnie dostępnych formatach danych, w szczególności w formatach .txt, .rtf, .pdf, .doc, .docx, .odt . Ofertę, a także oświadczenie o jakim mowa w Rozdziale VIII ust. 1 SWZ składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym";

2. art. 128 ust. 4 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p. przez zaniechanie wezwania

Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do usługi wskazanej w pkt. 1 „Wykazu doświadczenia" (Załącznik nr 5a) oraz listu referencyjnego sporządzonego przez firmę ALAB, w sytuacji, w której:

- nawet samo wpisane przez Zamawiającego adresu wskazanego w wykazie

http://alab.mediacom.pl) przekierowuje od razu na stronę:
a tym samym w innej niż Wykonawca domenie ;

- weryfikacja właściciela domeny 4ict.pl za pośrednictwem publicznego dostępnego i bezpłatnego narzędzia na stronie
pozwala na ustalenia właściciela domeny tj. 4 ICT K. P.z siedzibą w Józefosławiu - będącego podwykonawcą wskazanym w ust. 1 pkt. 6 ppkt. 2 „Oferty" Wykonawcy,

- Zamawiający zgodnie z treścią pkt. 3 działu IX SWZ jednoznacznie sformułował obowiązek w stosunku do podmiotów biorących udział w postępowaniu, którzy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału planuje w polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, aby „Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów";

- Wykonawca nie złożył w raz z ofertą jakiegokolwiek zobowiązania podmiotu trzeciego jako udostępniającego zasoby Wykonawcy do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego;

3. art. 128 ust. 4 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p. przez zaniechanie wezwania

Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do usługi wskazanej w pkt. 2 lit. a „Wykazu doświadczenia" (Załącznik nr 5a) w sytuacji, w której:

- nawet samo wpisane przez zamawiającego adresu wskazanego w wykazie () przekierowuje od razu na stronę:
a tym samym w innej niż Wykonawca domenie;

- weryfikacja właściciela domeny 4ict.pl za pośrednictwem publicznego dostępnego i bezpłatnego narzędzia na stronie
pozwala na ustalenia właściciela domeny tj. 4 ICT K. P. z siedzibą w

Józefosławiu - będącego podwykonawcą wskazanym w ust. 1 pkt. 6 ppkt. 2 „Oferty" Wykonawcy,

- Zamawiający zgodnie z treścią pkt 3 działu IX SWZ jednoznacznie sformułował obowiązek w stosunku do podmiotów biorących udział w postępowaniu, którzy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału planuje w polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, aby „Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów";

- Wykonawca nie złożył w raz z ofertą jakiegokolwiek zobowiązania podmiotu trzeciego jako udostępniającego zasoby Wykonawcy do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego;

4. art. 128 ust. 4 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p. przez zaniechanie wezwania

Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do usługi wskazanej w pkt. 2 lit. b „Wykazu doświadczenia" (Załącznik nr 5a) w sytuacji, w której:

- nawet samo zweryfikowanie przez Zamawiającego przez którykolwiek z

dostępnych publicznie narzędzi pozwalających na weryfikację narzędzi używanych na stronie internetowej np. wtyczki Wappalyzer pozwala na stwierdzenie, że serwis został wykonany przy
użyciu Open Source Software/Free Software tj. CMS Joomla, który zgodnie z definicją, jest systemem zarządzania treścią napisany w języku PHP, wykorzystującym bazę danych MySQL, rozprowadzanym na zasadach wolnego oprogramowania, Joomla! jest pochodną systemu Mambo.

- Zamawiający zgodnie z treścią pkt. 4 lit. b) działu VI SWZ jednoznacznie sformułował warunki w stosunku do podmiotów biorących udział w postępowaniu, w zakresie doświadczenia, stwierdzając iż „Wykonawca powinien przedstawić wykaz minimum 5 realizacji obejmujących projekt, wykonanie, wdrożenie oraz wsparcie autorskich i dedykowanych aplikacji webowych, z wyłączeniem systemów działających w modelu Open Source Software/Free Software. W wykazie niezbędne informacje: opis projektu (omówienie autorskich i dedykowanych rozwiązań, w tym dotyczących np.

integracji z innymi aplikacjami), okres realizacji projektu, nazwa klienta, adres www systemu.";

5. art. 224 ust. 2 pkt. 1 i 2 P.z.p. w zw. z art. 224 ust. 1 P.z.p. i art. 224 ust. 5 P.z.p. polegające na:

- braku zażądania przez Zamawiającego od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie a w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, w sytuacji gdy Zamawiający był do tego zobowiązany;

- ewentualnie na wypadek, gdyby w okazało się, że Zamawiający dokonał w dniu 04.02.2022 r. wadliwego tj. wybiórczego dostarczenia Odwołującego Oferty Wykonawcy, pomijając ew. Wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt. 1 i 2 P.z.p. w zw. z art. 225 ust. 1 P.z.p. (tzw. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny) oraz odpowiedź Wykonawcy na takowe Wezwanie:

- nieprawidłowej ocenie ewentualnych wyjaśnień udzielonych przez Wykonawcę tj. w zakresie rażąco niskiej ceny Oferty, a w konsekwencji przyjęciu, że

Wykonawca - składając ewentualne rzekome Wyjaśnienia - zdołał zadośćuczynić obowiązkowi w zakresie wykazania, że Oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

6. art. 74 ust. 2 pkt. 2 P.z.p. poprzez zwłokę w udostępnieniu przez Zamawiającego niezwłocznie oferty Wykonawcy wraz z wszystkimi załącznikami (część dokumentów zostało doręczona Odwołującemu w dniu 04.02.2022 r. o godz. 19.42, a reszta w dniu 07.02.2022 o godz. 20:10 tj. na 3 godz. 50 min przed

upływem ustawowego terminu do wniesienia przedmiotowego Odwołania), a w konsekwencji świadome i celowe ograniczenie czasu i możliwości zapoznania się przez Odwołującego z Ofertą Wykonawcy, w sytuacji w której Postępowanie prowadzone jest z wykorzystaniem profesjonalnego narzędzia na zarządzenia i prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego a zgodnie z dyspozycją pkt. 3 działu XI SWZ „zawiadomienia, oświadczenia, wnioski lub informacje Wykonawcy przekazują drogą elektroniczną poprzez Platformę"

7. art. 16 pkt 1 P.z.p. poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w jego toku, polegającego na:

- nieprawidłowym zaniechaniu wezwania Wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych

- nieprawidłowym zaniechaniu wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie

- udostępnieniu Odwołującemu Oferty Wykonawcy w sposób ograniczający Odwołującemu zapoznanie się z całością Oferty, weryfikację kompletności otrzymanej przez Odwołującego dokumentacji od Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w toku postępowania oraz powtórzenia czynności badania ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w toku postępowania, a w szczególności - oferty złożonej przez Wykonawcę.

Nie zgłoszono przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Pismem z 16 lutego 2022 r. zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania opisane w pkt 1 i 4. W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z 18 lutego 2022 r. odwołujący wycofał odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego. Wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego bez obecności stron i zniesienie kosztów postępowania odwoławczego.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 3 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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, albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Natomiast zgodnie z art. 568 pkt 3) Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522.

W sprawie zaistniały przesłanki wskazane w art. 522 ust. 1 Pzp. Przywołany przepis stanowi o obowiązku unieważnienia postępowania odwoławczego dając jedynie możliwość wydania postanowienia na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania. Umorzenie postępowania może zatem nastąpić również na posiedzeniu z udziałem stron.

W tym stanie rzeczy Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522

ust 1 Pzp. Orzeczenie zapadło w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 oraz art. 568 pkt 1) Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....