

Sygn. akt: KIO 722/22

WYROK

z dnia 29 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2021 r. przez wykonawcę BPROG Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 18 lok. 1, 05-091 Ząbki w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, ul. Jana Karola Chodkiewicza 30, 85-064 Bydgoszcz

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BPROG Sp. z o.o. i zalicza w poczet

kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną wykonawcę BPROG Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez wykonawcę BPROG Sp. z o.o. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 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:

Sygn. akt: KIO 722/22

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja 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”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”.

W dniu 14 marca 2021 r. wykonawca BPROG Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Media Com S.A. z siedzibą w Warszawie jako oferty

nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, ewentualnie - od zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Media Com S.A. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem, a w konsekwencji od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Media Com S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp w zw. z art. 63 ust. 2 ustawy

Pzp w zw. z art. 99 § 1 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Media Com S.A. jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów - tj. art. 99 § 1 K.c. z uwagi na złożenie oferty przez osobę (Pana P. S.), która na dzień złożenia oferty - tj. na dzień 5.01.2022 r., nie była osobą uprawnioną do reprezentowania Media Com S.A. w toku postępowania, a w szczególności - do złożenia w jego toku oferty, mając na uwadze okoliczność, stosownie do której pełnomocnictwo datowane na dzień 4.01.2022 r., udzielone Panu P. S. przez Media Com S.A., nie zostało sporządzone w formie wymaganej przez art. 63 ust. 2 ustawy Pzp dla dokonania czynności złożenia oferty (tj. w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym), wymaganej przez Zamawiającego także na gruncie obowiązującej w postępowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ),

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp polegające na nieprawidłowej ocenie wyjaśnień złożonych przez Media Com S.A. w zakresie ceny oferty, poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że wykonawca Media Com

S.A. - składając wyjaśnienia - zadośćuczynił obowiązkowi w zakresie wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w sytuacji, w której obiektywnie istniejące na gruncie niniejszej sprawy okoliczności potwierdzają uzasadnioną wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem za cenę zaproponowaną przez Media Com S.A., co przemawia za koniecznością uznania ceny oferty złożonej przez Media Com S.A. jako rażąco niskiej, co doprowadziło do nieprawidłowego zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Media Com S.A. w toku postępowania.

3. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w jego toku, polegającego na nieprawidłowym zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Media Com S.A. jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów ewentualnie - zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji - nieprawidłowym wyborze oferty złożonej przez Media Com S.A. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Media Com S.A. jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Media Com S.A., ewentualnie - powtórzenia czynności badania ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w toku postępowania, a w szczególności - oferty złożonej przez Media Com S.A.

Odwołujący podał, że w następstwie uwzględnienia części zarzutów podniesionych

w uprzednio wniesionym odwołaniu (sprawa o sygn. akt KIO 336/22) Zamawiający wezwał Media Com S.A. do złożenia dokumentu wykazującego umocowanie osoby składającej ofertę do złożenia oferty oraz reprezentowania Media Com S.A. w toku postępowania. Zamawiający w dniu 9.03.2022 r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o ponownym wyborze oferty Media Com S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, której podjęciu towarzyszyło zaniechanie odrzucenia oferty jako nieważnej z mocy prawa (a przynajmniej jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia), odbyła się

z naruszeniem szeregu imperatywnych przepisów ustawy Pzp, co warunkuje niemożliwość jej utrzymania w obrocie prawnym.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp w zw. z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 § 1 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał na dyspozycję art. 63 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że

z uwagi na okoliczność, że przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają regulacji mających za przedmiot formę pełnomocnictwa udzielanego w zakresie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w doktrynie polskiego prawa zamówień publicznych oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się na konieczność sięgnięcia w powyższym zakresie - na podstawie odesłania prawnego sformułowanego w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - do odpowiednich przepisów K.c. Stosownie do treści art. 99 § 1 K.c. - „Jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie”.

Jak wskazał Odwołujący, w piśmiennictwie oraz orzecznictwie sądów powszechnych jednolicie i zgodnie przyjmuje się, że niedochowanie formy pochodnej pełnomocnictwa pociąga za sobą nieważność bezwzględną pełnomocnictwa. Odwołujący powołując się na poglądy wyrażone w doktrynie stwierdził, że konsekwencją niedochowania wymaganej formy udzielenia pełnomocnictwa jest jego nieważność (pomimo braku wyraźnego zastrzeżenia - również w wypadku zastosowania, a zatem brak kompetencji do dokonywania czynności prawnych w cudzym imieniu. Nie działa zatem jako pełnomocnik zarówno ten, komu udzielono dowolnego rodzaju pełnomocnictwa, nie dochowując przy tym formy przepisanej ad solemnitatem dla dokonania określonej czynności prawnej, jak i ten, komu udzielono pełnomocnictwa ogólnego bez wymaganej formy pisemnej. Odwołujący podkreślił ponadto, że jeżeli oświadczenie woli o udzieleniu pełnomocnictwa nie czyni zadość formie szczególnej wymaganej dla ważności czynności prawnej, do której pełnomocnictwo miało umocowywać, czynność udzielenia pełnomocnictwa jest nieważna. Odwołujący wskazał również, że jeżeli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferta lub oświadczenie z art. 125 ustawy Pzp są podpisywane przez pełnomocnika, to forma pełnomocnictwa powinna, zgodnie z art. 99 § 1 k.c., być taka sama, jak forma wymagana dla czynności, do której pełnomocnik ma być umocowany. W wypadku wymienionych dokumentów ustawa wymaga dla skutecznego złożenia oświadczeń zachowania postaci elektronicznej oraz szczególnej formy: elektronicznej lub, dla postępowań o wartości niższej niż progi unijne, z podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. W związku z tym również pełnomocnictwo powinno być udzielone w takiej samej formie. Nieważne będzie więc pełnomocnictwo udzielone w formie pisemnej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że oferta Media Com S.A. nie została złożona zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, przez uprawniony do tego organ, lecz przez pełnomocnika w osobie Pana P. S. (pełniącego jednocześnie funkcję Członka Zarządu wykonawcy). Pełnomocnictwo do złożenia oferty w imieniu Wykonawcy, datowane na dzień 4.01.2022 r., udzielone zostało przez Prezesa Zarządu Media Com S.A., Pana K. L. P.. Miało ono formę wydruku podpisanego odręcznie przez udzielającego pełnomocnictwo, dokument powyższy został następnie zeskanowany.

Jak zauważył Odwołujący, na dzień złożenia oferty zasady reprezentacji Media Com S.A. przedstawiały się w następujący sposób: „do reprezentowania spółki uprawnieni są: Prezes Zarządu samodzielnie lub dwóch Członków Zarządu działających łącznie”. Odwołujący wskazał, że nawet gdyby przyjąć, że składając ofertę, Pan P. S. działał

w charakterze piastuna organu (a nie - pełnomocnika), nie był on uprawnionym do złożenia ofert z uwagi na obowiązujące w Media Com S.A. zasady reprezentacji (wariant reprezentacji samodzielnej dotyczył wyłącznie Prezesa Zarządu; w odniesieniu do Członków Zarządu przewidziano natomiast wariant reprezentacji łącznej).

Odwołujący wskazał, że ww. wątpliwości stały się podstawą jednego z zarzutów stanowiących przedmiot odwołania wniesionego na gruncie sprawy o sygn. akt: KIO 336/22 (zarzut nr 1). Podniesiony w powyższym zakresie zarzut, został uwzględniony przez Zamawiającego, w związku z czym powstała po stronie Zamawiającego konieczność wykonania czynności postulowanej w treści powyższego odwołania, polegająca na wezwaniu Media Com S.A. do udzielenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym umocowania osoby wnoszącej ofertę do działania w imieniu tego wykonawcy - istniejącego na dzień wniesienia oferty. W wykonaniu powyższego wezwania, Media Com S.A. przedłożyła dokument pełnomocnictwa, również datowanego na dzień 4.01.2022 r. Analiza treści powyższego pełnomocnictwa doprowadza do konkluzji, że zostało ono podpisane - podpisem zaufanym - przez osobę uprawnioną do samodzielnej reprezentacji Media Com S.A. - tj. przez Prezesa Zarządu Media Com S.A., Pana K. L. P. w dniu 3.03.2022 r. Rzeczywisty moment opatrzenia podpisem zaufanym powyższego pełnomocnictwa w dacie 3.03.2022 r. potwierdza stanowiące załącznik do odwołania - Elektroniczne Poświadczenie Walidacji (EPW).

Odwołujący stwierdził, że złożone przez Media Com S.A. wyjaśnienia (obejmujące dokument pełnomocnictwa) nie potwierdziły w jakikolwiek sposób, iżby osoba składająca ofertę - tj. Pan P. S., na dzień jej złożenia w postępowaniu (tj. 5.01.2022 r.) była uprawniona do reprezentacji Media Com S.A.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwołującego, z uwagi na nieważność udzielonego w powyższym zakresie pełnomocnictwa, jako nieważna winna zostać także uznana czynność dokonana przez rzekomego pełnomocnika, co powoduje konieczność stwierdzenia nieważności oferty złożonej przez Media Com S.A. Oferta podlegała obligatoryjnemu odrzuceniu, mającym za podstawę dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp Odwołujący przywołał pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.07.2021 r., zgodnie z którym „Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Powyższe ma bardzo istotne znaczenie, ponieważ to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 p.z.p.)” (sygn. akt KIO 1679/21). Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.06.2021 r. Odwołujący wskazał także, że „Jeśli zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, żądając jednocześnie aby ten przedstawił szczegółową kalkulację kosztów oraz złożył dowody na jej poparcie to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w przetargu, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Brak staranności w tym zakresie tj. składanie wyjaśnień ogólnych, nie popartych dowodami powoduje, że wykonawcy ponoszą negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń. Wykonawca zobligowany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie” (sygn. akt KIO 1197/21). Odwołujący zgodził się również, że „Poddając wyjaśnienia wykonawcy badaniu zamawiający musi mieć na względzie, że składane wyjaśnienia muszą być spójne, logiczne, oparte na poprawnych, gwarantujących wykonanie przedmiotu zamówienia (zgodnie z SWZ), założeniach. Tylko bowiem takie wyjaśnienia, poparte dodatkowo dowodami, mogą doprowadzić do obalenia zaofferowania ceny rażąco niskiej” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.06.2021 r., sygn. akt KIO 1344/21).

Odwołujący zwrócił uwagę na brak załączenia jakichkolwiek dowodów (w postaci np. umów o pracę) mających potwierdzić wysokość przyjętych przez Media Com S.A. stawek wynagrodzenia godzinowego specjalistów oraz stawek należnych wykonawcy za roboczo-godzinę. Odwołujący stwierdził przy tym, że przedstawione przez Media Com S.A. stawki roboczo-godzin są dość niskie i nierealne na rynku dla tego typu specjalistów. W ocenie Odwołującego, tak niskie stawki mogą wskazywać na zatrudnienie pracowników, którzy dopiero się uczą zawodu i wykonywania tego typu specjalistycznych prac, co nie daje rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania.

Ponadto, Odwołujący wskazał na:

- brak uwzględnienia w kalkulacji ceny oferty kosztu zakupu zdjęć,
- przyjętą przez Media Com S.A. zbyt małą liczbę godzin na zaprojektowanie 9 projektów (tj.

60 h, co w przeliczeniu daje wynik 6h na jeden projekt) oraz brak uwzględnienia przez Media Com S.A. czasu na ewentualne zmiany do projektów po konsultacjach z Zamawiającym. Odwołujący wskazał przy tym, że z przedstawionych przez Media Com S.A. wyjaśnień wynika, że wykonawca znacząco zaniżył liczbę godzin przewidzianych na poszczególne etapy. Jako przykład Odwołujący podał zbyt małą liczbę godzin przewidzianą na projekty graficzne (9 projektów). Odwołujący podkreślił, że zamówienie stanowiące przedmiot postępowania obejmuje wykonanie 3 kompletnych serwisów, z których każdy ma odmienną specyfikę, szatę graficzną i funkcjonalności. Media Com S.A. będzie musiała uwzględnić w projekcie uwagi

i oczekiwania przedstawicieli każdej jednostki. Przy takim zaangażowaniu osób w projekt ze strony Zamawiającego będzie to bardzo czasochłonne,

- brak wskazania przez Media Com S.A. co do tego, czy w koszt roboczogodziny wliczają się koszty związane z prowadzeniem działalności, koszty biura, koszt serwera testowego itp.,
- brak uwzględnienia przez Media Com S.A. kosztu gwarancji na 4 lata,
- brak wyszczególnienia przez Media Com S.A. kosztów dojazdów do Zamawiającego itp.

Odwołujący podniósł, że Media Com S.A. nie wyszczególnił w żaden sposób specjalistów zajmujących się bezpieczeństwem informacji znajdujących się w serwisach, systemach CMS, a także zabezpieczeniem przed atakami hakerskimi mogącymi wystąpić w sieci internetowej, wskazując jednocześnie, że takie osoby powinny być zaangażowane

w projekt na każdym etapie jego realizacji, bowiem wnioski, umowy oraz inne formularze, które będą wypełniane na stronie, bezwzględnie wymagają, aby serwisy oraz CMS spełniały najwyższe standardy bezpieczeństwa zgodnie z najlepszymi praktykami branżowymi. Bez zatrudnienia osób, które posiadają wymagane doświadczenie serwis nie przejdzie testów a tym bardziej nie zostanie uruchomiony produkcyjnie. Zdaniem Odwołującego, ze złożonych przez Media Com S.A. wyjaśnień wynika, że część tych prac została pominięta i nie uwzględniona w ofercie.

Odwołujący zauważył, że w treści udzielonych wyjaśnień wykonawca Media Com S.A. wskazał, że jest w posiadaniu wielu gotowych komponentów (nie wymieniając konkretnej ich liczby). Odwołujący stwierdził, że moduły takie jak:

- „Wniosek wyjazdowy na wyjazd zagraniczny pracownika UKW”,
- „Wniosek wyjazdowy na wyjazd zagraniczny studenta/doktoranta”,
- „Umowa na wyjazd zagraniczny eksperta”,
- „Formularze zgłoszeniowe pracowników do programu Erasmus+”,
- „Zarządzanie dokumentacją zagranicznych pracowników przyjeżdżających na UKW (Visiting profesor, staż naukowy, dydaktyczny, stypendium Erasmus+)”,
- „Spis umów międzynarodowych i programów mobilnościowych”,
- „Wniosek do Prorektora o nawiązanie formalnej współpracy”,
- „List intencyjny, umowa o współpracy akademickiej”,
- „Formularze zgłoszeniowe do programu Mentor”,

wymagają od konkretnego wykonawcy stworzenia ich od podstaw zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (możliwość wprowadzania, zarządzania, obliczania kosztów, generowania wydruków lub statystyk oraz eksportu danych). W ocenie Odwołującego, sama już liczba

wymaganych modułów może sugerować, że wykonawca Media Com S.A. nie zapoznał się zbyt szczegółowo z potrzebami projektu i wskazuje na to, że będzie miał „wiele gotowych komponentów”, ale o wiele mniej gotowego kodu, niż to, co prognozuje wyżej. Odwołujący stwierdził, że nawet gdyby przyjąć, że Media Com S.A. rzeczywiście nimi dysponuje, obowiązkiem tego wykonawcy wynikającym z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp było wykazanie powyższej okoliczności, czemu Media Com S.A. nie zadośćuczyniła.

Odwołujący podkreślił, że złożone przez Media Com S.A. wyjaśnienia nie potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem.

Zdaniem Odwołującego, obowiązkiem Zamawiającego - wobec istnienia poważnych wątpliwości co do realności wykonania zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania za cenę zaproponowaną przez Media Com S.A. oraz niespełnienia ciężaru dowodu przewidzianego w treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp - było odrzucenie oferty złożonej przez Media Com S.A., na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp w zw. z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 § 1 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Media Com S.A. jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów - tj. art. 99 § 1 K.c. z uwagi na złożenie oferty przez osobę, która na dzień złożenia oferty nie była osobą uprawnioną do reprezentowania Media Com S.A.

Niesporna między stronami jest okoliczność, że wykonawca Media Com S.A. wraz z ofertą złożył pełnomocnictwo datowane na dzień 4 stycznia 2022 r. udzielone P. S.. przez Prezesa Zarządu Media Com S.A. K. P., a pełnomocnictwo to zostało własnoręcznie podpisane przez udzielającego pełnomocnictwa, a następnie zeskanowane i w takiej formie przesłane Zamawiającemu. Poza sporem pozostaje również treść pełnomocnictwa, a także ustalenie, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, wykonawca Media Com S.A. przekazał Zamawiającemu pełnomocnictwo o takiej samej treści, udzielone P. S., datowane na ten sam dzień, podpisane podpisem zaufanym w dniu 3 marca 2022 r. przez K. P..

Zgodnie z art. 61 ust. 1 ustawy Pzp, komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak również składanie ofert, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Art. 63 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Stosownie do art. 99 § 1 Kc, jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest

szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia (art. 128 ust. 2 ustawy Pzp).

Nie ulega wątpliwości, że w świetle przytoczonych wyżej przepisów, oferta składana jest w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym pod rygorem nieważności, w związku z czym pełnomocnictwo do jej złożenia powinno być udzielone w tej samej formie.

Pomimo braku wyraźnego wskazania, że dyspozycją art. 128 ust. 1 ustawy Pzp objęte jest również usunięcie nieprawidłowości w wykazaniu umocowania do złożenia oferty, w orzecznictwie i doktrynie ugruntowany jest pogląd, że w katalogu innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, mieści się pełnomocnictwo uprawniające do złożenia oferty. Przedłożone na wezwanie zamawiającego pełnomocnictwo powinno potwierdzać istnienie umocowania do złożenia oferty na dzień dokonania tej czynności oraz spełniać wymagania co do jego formy. Co za tym idzie, możliwe jest przedłożenie pełnomocnictwa z datą adekwatną do daty dokonania czynności, a także z datą późniejszą, jeżeli z treści pełnomocnictwa wynika, że pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili jej dokonania (patrz: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1443/19, wyrok z dnia 27 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2280/19, wyrok z dnia 10 marca 2020 r., sygn. akt KIO 405/2020).

Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało oceny, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że uzupełnione przez Media Com S.A. pełnomocnictwo spełnia ustawowe wymagania.

Izba przychyliła się do poglądu wyrażanego w orzecznictwie, że do oceny pełnomocnictw składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje zastosowanie - na mocy art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - art. 65 § 1 K.c., określający zasady wykładni oświadczeń woli. Zgodnie z tym przepisem, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ponadto, zwrócić należy uwagę na wpływające z orzecznictwa Sądu Najwyższego dyrektywy co do powinności dokonywania życzliwej interpretacji oświadczeń woli, wspomagającej uznanie czynność prawną za ważną (patrz: wyrok Sądu Najwyższego

z dnia 14 grudnia 2016 r., sygn. akt II PK 276/15). Nieuwzględnienie tych wytycznych w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego może prowadzić do wniosków i ocen godzących w określoną w art. 16 ustawy Pzp zasadę proporcjonalności.

Ocena umocowania pełnomocnika do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinna być dokonana z uwzględnieniem okoliczności, w jakich pełnomocnictwo zostało udzielone. W związku z tym, ocena taka nie może abstrahować od treści pierwotnie istniejącego umocowania, przyczyn uznania za nieprawidłowe pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą ani od treści wezwania do jego uzupełnienia i sposobu zastosowania się do tego wezwania.

Zdaniem Izby, brak jest podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający uchybił przepisom ustawy Pzp przy ocenie skuteczności uzupełnienia pełnomocnictwa przez Media Com S.A. Izba stwierdziła, że pomimo tego, że z punktu widzenia aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp ustanawiających tzw. elektroniczną postępowania o udzielenie zamówienia, pełnomocnictwo w formie pisemnej, zeskanowane i potwierdzone przez pełnomocnika nie może być uznane za prawidłowe, to jednak wyrażało ono wolę mocodawcy ustanowienia

pełnomocnika do podpisania i złożenia oferty, która to wola została uzewnętrzniona przed dokonaniem tych czynności przez tego pełnomocnika. Pełnomocnictwo elektroniczne złożone w wyniku wezwania wykonawcy do uzupełnienia, nie było zatem pierwotnie udzielonym umocowaniem, a zostało sporządzone w celu dochowania formy, która jest wymagana jako wyłączna dla oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że pierwotnie przekazane pełnomocnictwo nie zostało sporządzone we właściwej formie, ale odzwierciedlało wolę mocodawcy udzielenia pełnomocnictwa Panu P. S.. m.in. do złożenia oferty. Izba miała na uwadze również okoliczność, że uzupełnione na wezwanie Zamawiającego pełnomocnictwo posiadało tę samą treść, jak pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą, oraz nosiło datę 4 stycznia 2022 r., co stanowi potwierdzenie woli umocowania Pana P. S.. do złożenia oferty już w tej dacie. Dodatkowo, pełnomocnictwo złożone na wezwanie Zamawiającego zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania spółki podpisem zaufanym w dniu 3 marca 2022 r., co jest zgodne z dyspozycją art. 128 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto, Izba uwzględniła fakt, że pełnomocnictwo złożone na skutek wezwania usuwało zaistniały we wcześniej złożonym pełnomocnictwie brak formalny.

Z uwagi na powyższe, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp polegającego na nieprawidłowej ocenie wyjaśnień złożonych przez Media Com S.A. w zakresie ceny oferty.

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców:

- sm32 STUDIO M. M. - 180.158,10 zł,
- BPROG Sp. z o.o. - 336.551,75 zł,
- Media Com S.A. - 141.450,00 zł.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 224.000,00 zł.

W dniu 11 stycznia 2022 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp kierował do Media Com S.A. wezwanie do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wycieszenia ceny złożonej oferty. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o:

- 1) wskazanie zarządzania procesem świadczonych usług, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług, oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę.
- 2) wskazanie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej,

ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym

wynagrodzenia za pracę (Dz. U. z 2020 r., poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Zamawiający zwrócił się o przedstawienie dowodów na poparcie wycieszeń.

Media Com S.A. odpowiedziała na ww. wezwanie pismem z dnia 14 stycznia 2022 r. Wykonawca wskazał na szereg okoliczności uzasadniających zaoferowaną cenę, w tym m.in. dwudziestoletnie doświadczenie w produkcji dedykowanego i autorskiego oprogramowania, uczestnictwo w projektach rozbudowy autorskiego systemu CRM, działalność polegającą na integracji systemów e-learning z systemami klasy ERO przedsiębiorstwa, oraz wdrażaniu nowatorskiego systemu działającego w modelu Saas służącego do promocji nauki. Wykonawca podał, że ww. doświadczenie jest ważne, stanowi istotną wartość dodaną, ponieważ umożliwi przygotowanie systemu uwzględniającego szerokie potrzeby zamawiającego, tj. nie tylko dotyczące funkcjonalności systemu CMS. Media Com S.A. oświadczyła, że wypracowała wiele metod zarządzania procesem produkcji

i wdrożenia oprogramowania, zaś w przedmiotowym projekcie, w związku z założonym krótkim okresie jego trwania, będzie rekomendowała podejście iteracyjne. Jako korzyść dla Zamawiającego, wykonawca wskazał możliwość integracji systemu przygotowanego dla Zamawiającego

z innymi systemami Uczelni. Wykonawca zwrócił również uwagę na okoliczność, że od wielu lat współpracuje z uczelniami w Polsce i w Europie, w tym np. z Wyższą Szkołą Informatyki, Zarządzania i Administracji w Warszawie, Uniwersytetem Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Katholieke Universiteit Leuven w Belgii. Co za tym idzie, doskonale zna specyfikę uczelni, rozumie dobrze funkcjonowanie uczelni w obszarach działalności naukowej, dydaktycznej oraz administracyjnej. Media Com S.A. przedstawiła Zamawiającemu szacowane koszty pracy w odniesieniu do zadań określonych dla projektu. Wykonawca ten podał przy tym, że posiada wiele gotowych komponentów, które są przedmiotem zamówienia, stąd liczba godzin, która zostanie poświęcona na oprogramowanie funkcjonalności, będzie odpowiednio niższa niż gdyby takie elementy były pisane i testowane od podstaw. Dodatkowo, Media Com S.A. przedstawiła Zamawiającemu założenia, jakie przyjęła do kalkulacji poszczególnych pozycji. Na potwierdzenie realności założeń przyjętych do kalkulacji ceny Media Com S.A. załączyła do wyjaśnień dowody w postaci dwóch umów na przygotowanie serwisów internetowych o podobnych funkcjonalnościach.

Izba stwierdziła, że złożone przez Media Com S.A. wyjaśnienia potwierdzają rzetelność kalkulacji. Treść wyjaśnień nie pozwala na stwierdzenie, że zaoferowana cena jest niewiarygodna, odbiegająca bardzo istotnie od warunków rynkowych, nie pozwalająca na wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego. W orzecznictwie

ugruntowany jest pogląd, iż oceny wyjaśnień wykonawcy dotyczących zaoferowanej ceny należy dokonywać w świetle treści wezwania zamawiającego. Analizowane wyjaśnienia odpowiadają na wszystkie pytania zadane przez Zamawiającego, odnoszą się do zgłoszonych przez Zamawiającego wątpliwości. Za przekonujące Izba uznała w szczególności argumenty dotyczące bogatego doświadczenia Media Com S.A. we współpracy z uczelniami, oraz posiadania wielu gotowych komponentów objętych przedmiotem zamówienia. Izba nie dopatrzyła się także uchybień w przedstawionych Zamawiającemu składnikach ceny, w tym

w szczególności w wysokości stawek za godzinę pracy, które są zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Ponadto, załączone do wyjaśnień dowody potwierdzają realność zaoferowanej ceny. Jak wskazano powyżej, zakres wyjaśnień oraz poziom ich szczegółowości odpowiada treści wezwania do wyjaśnień. Wobec powyższego, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty Media Com S.A.

Na skutek powyższego, nie znalazł potwierdzenia także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 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, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. W takim przypadku Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania wykonawcę

BPROG Sp. z o.o.

Przewodniczący: