

POSTANOWIENIE

z dnia 26 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 26 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2020 r. przez wykonawcę **4 System Polska Sp. z o.o., ul. Bohaterów Westerplatte 30, 65-034 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet w Białymstoku, ul. Świerkowa 20B, 15-382 Białystok**

przy udziale wykonawców:

1. **Online-skills Sp. z o.o., ul. Świętego Marcina 29 lok. 8, 61-806 Poznań,**
2. **Asseco Data System S.A., Podolska 21, 81-321 Gdynia,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

3. **PCG Academia Sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **4 System Polska Sp. z o.o., ul. Bohaterów Westerplatte 30, 65-034 Zielona Góra** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i wdrożenie platformy edukacyjnej dla Uniwersytetu w Białymstoku na potrzeby projektu Nowoczesny Uniwersytet szansą na rozwój przyszłych kadr regionu”, przez Uniwersytet w Białymstoku ul. Świerkowa 20B, 15-328 Białystok (dalej „zamawiający”) wykonawca 4 system Polska Sp. z o.o., ul. Bohaterów Westerplatte 30 65-034 Zielona Góra (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy PCG Academia Sp. z o.o. (dalej „Academia”) i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy pomimo tego, że podlegał wykluczeniu, ewentualnie poprzez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazania braku podstaw wykluczenia podmiotu trzeciego, użyczającego wykonawcy Academia swoich zdolności (Blackboard International B.V. – dalej „Blackboard”) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”],
2. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Academia i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, ewentualnie, poprzez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej związanej z doświadczeniem, w związku z brakiem wykazania, że podmiot trzeci użyczający wykonawcy swoich zdolności zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności były wymagane zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, a tym samym z brakiem wykazania realności udostępnienia zasobu,
3. zaniechania wezwania wykonawcy Academia do wyjaśnień dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej związanej z doświadczeniem podmiotu trzeciego, doświadczeniem wymaganym dla osoby pełniącego rolę konsultanta,
4. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Academia pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską ceną, ewentualnie, poprzez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień z zakresu rażąco niskiej ceny, szczególnie w zakresie III etapu realizacji zamówienia,
5. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Academia pomimo tego, że wykonawca ten nie dostarczył próbek i scenariuszy instruktarzowych do próbek, a więc jego oferta zgonie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) podlegała odrzuceniu,

6. zaniechania odtajnienia i udostępnienia próbki, scenariuszy instruktażowych do próbki i nagrania z prezentacji systemu pomimo, iż wykonawca Academia nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 3, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Academia w związku z brakiem wykazania, że wobec podmiotu trzeciego użyczającego swoje zdolności nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, ewentualnie
2. art. 26 ust. 3, po przez zaniechanie wezwania wykonawcy Academia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów dotyczących braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w związku z brakiem wykazania, że podmiot trzeci, użyczający wykonawcy swoich zdolności nie podlega wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Academia ze względu na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu związanego ze zdolnością techniczną lub zawodową w zakresie doświadczenia wykonawcy w związku z brakiem wykazania, że podmiot trzeci, użyczający swoich zdolności w zakresie doświadczenia, zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności były wymagane w postępowaniu, ewentualnie
4. art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Academia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy w związku z brakiem wykazania, że podmiot trzeci, użyczający wykonawcy swoich zdolności zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności były wymagane zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp,
5. art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Academia do wyjaśnień dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej związanej z doświadczeniem podmiotu trzeciego – doświadczeniem wymaganym dla osoby pełniącego rolę konsultanta,
6. art. 89 ust. 1 pkt, 4 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Academia pomimo, że zawiera rażąco niską cenę,

ewentualnie

7. art. 90 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Academia o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu,
8. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenie oferty wykonawcy Academia pomimo, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ,
9. art. 8 ust. 1-3, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom próbki, scenariuszy instruktażowych do próbki i nagrania z prezentacji systemu pomimo, iż wykonawca Academia nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownej oceny ofert,
2. wykluczenie wykonawcy Academia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp w związku z brakiem wykazania, że wobec podmiotu trzeciego użyzającego swoje zdolności nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14,

ewentualnie

3. wezwania wykonawcy Academia do uzupełnienia dokumentów, wykazania, że wobec podmiotu trzeciego, użyzającego wykonawcy swoich zdolności nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp,
4. wykluczenie wykonawcy Academia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu związanego ze zdolnością techniczną lub zawodową w zakresie doświadczenia wykonawcy,

ewentualnie

5. wezwania wykonawcy Academia do uzupełnienia dokumentów, dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu związanego ze zdolnością techniczną lub zawodową w zakresie doświadczenia wykonawcy, w związku z brakiem wykazania, że podmiot trzeci użyzający wykonawcy swoich zdolności zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności były wymagane zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp,
6. wezwania wykonawcy Academia do wyjaśnień dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej związanej z doświadczeniem podmiotu trzeciego – zrealizowanych zamówień,
7. odrzucenia oferty wykonawcy Academia w związku z tym, że zawiera rażąco niską cenę,

ewentualnie

8. wezwania wykonawcy Academia do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności ceny zaoferowanej dla III etapu realizacji zamówienia,
9. odrzucenie oferty wykonawcy Academia w związku z tym, że treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ – wykonawca nie dostarczył w wyznaczonym terminie próbki i scenariuszy instruktażowych,
10. odtajnienia próbki, scenariuszy instruktażowych do próbki i nagrania z prezentacji systemu, zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa”;

Pismem z dnia 23 października 2020 r. – Odpowiedź na odwołanie – zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów:

1. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Academia i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy pomimo tego, że podlegał wykluczeniu, ewentualnie, poprzez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazania braku podstaw wykluczenia podmiotu trzeciego, użyczającego wykonawcy Academia swoich zdolności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp (zarzut 1),
2. zaniechania odtajnienia i udostępnienia próbki, scenariuszy instruktażowych do próbki i nagrania z prezentacji systemu pomimo, iż wykonawca Academia nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa (zarzut 6).

W piśmie z dnia 23 października 2020 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w części zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, co potwierdził na posiedzeniu.

Na posiedzeniu wykonawca Academia – przystępujący po stronie zamawiającego oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu w przedmiocie uwzględnienia odwołania w części (zarzuty 1 i 6).

Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zamawiający złożył skuteczne oświadczenie o uwzględnieniu w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a odwołujący złożył skuteczne oświadczenie o cofnięciu odwołanie w pozostałym zakresie, tj. zakresie, który nie został przez zamawiającego uwzględniony.

Przystępujący złożył skuteczne oświadczenie, iż nie wnosi sprzeciwu w przedmiocie uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Stosownie do wskazanego przepisu ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie pod warunkiem, że wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp i art. 186 ust. 3a w zw. z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp, orzekając jednocześnie o konieczności zwrotu odwołującemu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący