

WYROK
z dnia 26 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2020 r. przez wykonawcę **Asseco Data System S.A., Podolska 21, 81-321 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet w Białymstoku, ul. Świerkowa 20B, 15-382 Białystok**

przy udziale wykonawców:

1. **4 System Polska Sp. z o.o., ul. Bohaterów Westerplatte 30, 65-034 Zielona Góra**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
2. **PCG Academia Sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów: bezzasadnego zaniechania udostępnienia odwołującemu dokumentów dotyczących wykonawcy PCG Academia Sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka (zarzut 2), zaniechania wykluczenia wykonawcy PCG Academia Sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka z uwagi na nieprzedłożenie dokumentów na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia

wykonawcy z udziału w postępowaniu (zarzut 3), zaniechania wykluczenia wykonawcy PCG Academia Sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka z uwagi na nieprzedłożenie dokumentów na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (zarzut 4) oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PCG Academia Sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka z uwagi na przedłożenie wraz z ofertą kopii pełnomocnictwa poświadczonej za zgodność z oryginałem, a zgodnie z SIWZ pełnomocnictwo winno być złożone w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym (zarzut 5); w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Asseco Data System S.A., Podolska 21, 81-321 Gdynia** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Data System S.A., Podolska 21, 81-321 Gdynia** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Asseco Data System S.A., Podolska 21, 81-321 Gdynia** na rzecz zamawiającego **Uniwersytetu w Białymstoku, ul. Świerkowa 20B, 15-382 Białystok** kwotę **4 028 zł 21 gr** (słownie: cztery tysiące dwadzieścia osiem złotych i dwadzieścia jeden groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok 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 Asseco Data Systems S.A., ul. Podolska 21, 81-321 Gdynia (dalej „odwołujący” albo „Asseco”) wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, poprzez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PCG Academia Sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka (dalej „Academia”) z uwagi na to, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), oraz z uwagi na to, że protokół z prezentacji próbki nie potwierdza, że oferowany system posiada wszystkie wymagania zadeklarowane w ofercie jako gotowe,
2. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 i art. 7 ust. 1, poprzez bezzasadne zaniechanie udostępnienia odwołującemu dokumentów dotyczących wykonawcy Academia,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i § 2 ust. 4 pkt 2 oraz § 16 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1282) [dalej „rozporządzenie”), poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Academia z uwagi na to, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale 5 ust. 2 SIWZ dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej,
4. art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Academia z uwagi na nieprzedłożenie dokumentów na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z rozdziałem 10 ust. 20 SIWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Academia z uwagi na przedłożenie wraz z ofertą kopii pełnomocnictwa poświadczonej za zgodność z oryginałem, a zgodnie z SIWZ pełnomocnictwo winno być złożone w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Academia,
2. dokonania ponownej oceny ofert, w tym:

- nakazanie udostępnienia dokumentów dotyczących wykonawcy Academia w postaci próbki oferowanego systemu, filmu z prezentacji oraz scenariuszy instruktażowych do wszystkich wymagań oznaczonych jako „S” w załączniku do oferty,
 - nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Academia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
3. alternatywnie – w przypadku nieuznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów nr 3 lub nr 4, poprzez nakazanie wykluczenia wykonawcy Academia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 14 i 21 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili: wykonawca PCG Academia Sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka (dalej nadal „Academia”) po stronie zamawiającego oraz wykonawca 4 System Polska Sp. z o.o., ul. Bohaterów Westerplatte 30, 65-034 Zielona Góra (dalej „4 System”) po stronie odwołującego.

Wykonawca Asseco skutecznie przystąpił także po stronie odwołującego do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem 4 System – sprawa o sygn. akt KIO 2524/20, która – wraz z rozpoznawaną przez skład orzekający Izby sprawą KIO 2540/20 – została przekazane do łącznego rozpoznania, zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2020 r.

W odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 2524/20 wykonawca 4 System (odwołujący w tej sprawie) podniósł zarzuty skierowane wobec oferty przystępującego Academia. W sprawie tej skład orzekający Izby wydał postanowienia z dnia 26 października 2020 r. o umorzeniu postępowania odwoławczego ze względu na częściowe wycofanie zarzutów oraz częściowe ich uwzględnienie przez zamawiającego, przy braku sprzeciwu przystępującego po stronie zamawiającego wykonawcy Academia.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do którego Asseco oraz 4 System złożył odwołanie zamawiający zastosował tzw. procedurę odwróconą (art. 24aa ustawy Pzp), tj. dokonał oceny ofert – wszystkich ofert (abstrahując w tym miejscu od zakresu tego badania i oceny), a następnie zbadał, czy wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, tj. oferta przystępującego Academia nie podlega wykluczeniu.

Zamawiający uznał, że ofertą najkorzystniejszą jest oferta przystępującego Academia oraz – w odniesieniu do pozostałych ofert – że oferta odwołującego jest trzecią w kolejności, klasyfikowaną bezpośrednio za drugą w rankingu ofertą przystępującego 4 System.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby zobowiązany był do oceny istnienia po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego, tj. oceny wypełnienia przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Czynności te skład orzekający Izby podejmuje z urzędu, a od wyniku tych ustaleń zależy dalszy tryb procedowania. Stwierdzenie braku legitymacji czynnej po stronie odwołującego skutkuje oddaleniem odwołania, ponieważ przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter materialnoprawny. W przypadku zaś stwierdzenia legitymacji do wniesienia odwołania dochodzi do rozpoznania zarzutów co do meritum.

Skład orzekający Izby ustalił, że na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania.

Po pierwsze, legitymacja do wniesienia odwołania badana jest na moment jego wniesienia.

Po drugie, odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, którego celem jest uzyskanie zamówienia, przy czym za utrwalony w orzecznictwie należy uznać pogląd, iż interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia oraz, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej nakierowanym na poprawę sytuacji odwołującego się wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Sytuacja wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje odzwierciedlenie w pozycji, jaką zajmuje jego oferta w rankingu wszystkich złożonych ofert.

Na moment wniesienia odwołania sytuacja Asseco w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do którego wniósł odwołanie jest taka, że jego oferta zajmuje trzecie miejsce w rankingu ofert.

Odwołujący podniósł zarzuty dotyczące oferty najkorzystniejszej, tj. sklasyfikowanej na miejscu pierwszym oferty Academia, nie zgłosił natomiast żadnych zarzutów dotyczących oferty bezpośrednio poprzedzającej ofertę odwołującego, tj. sklasyfikowanej na miejscu drugim oferty 4 System pomimo, że także w przypadku stosowania tzw. procedury odwróconej zamawiający bada i ocenia pozostałe złożone oferty – wszak wynikiem tego badania i oceny jest ranking ofert.

Uwzględniając powyższe, nie można twierdzić, że na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do którego Asseco złożył odwołanie nie jest możliwym podnoszenie jakichkolwiek zarzutów w odniesieniu do innych ofert niż oferta najkorzystniejsza. Zarzuty mogą dotyczyć tak zasadności przyznanej poszczególnym ofertom

punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, jak i zaistnienie przesłanek odrzucenia ofert na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Objęcie odwołaniem zarzutu zaniechania odrzucenie przez zamawiającego oferty przystępującego 4 System oraz zarzutów dotyczących oferty najkorzystniejszej – przystępującego Academia dawałoby odwołującemu Asseco szansę, w przypadku uwzględnienia takiego odwołania, na uzyskanie zamówienia – obie oferty musiałyby zostać odrzucone, a oferta odwołującego byłaby najwyżej w rankingu ofert.

W zakresie dokonanej już przez zamawiającego oceny oferty 4 System, odwołujący Asseco nie zgłosił zarzutu/zarzutów, a zatem przyjąć należy, że w tym zakresie uznał, że jego sytuacja nie wymaga ochrony.

Dostrzec także należy, że odwołujący skutecznie skorzystał z przysługującego mu prawa przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy 4 System jako odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2524/20 – był uczestnikiem postępowania odwoławczego, które zakończyło się umorzeniem postępowania w następstwie uwzględnienie zarzutów odwołania w części (i zobowiązaniem zamawiającego do ponowienia czynności badania i oceny ofert).

Tak długo, jak ofertę odwołującego poprzedza oferta sklasyfikowana wyżej odwołujący nie może uzyskać zamówienia. Gdyby natomiast na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do którego złożono to odwołanie doszło do wyboru oferty przystępującego 4 System jako najkorzystniejszej (w szczególności w następstwie ponowienia czynności badania i oceny ofert zapowiedzianej przez zamawiającego w następstwie uznania w części zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2524/20 oraz uznania w części zarzutów odwołania w tej sprawie) to, co istotne, odwołujący mógłby złożyć odwołanie wobec tej nowej czynności zamawiającego.

Stwierdzić zatem należy, że z jednej strony poprawa sytuacji odwołującego (czemu służyć ma odwołanie), poprzez zmianę rankingu ofert byłaby możliwa w wyniku uwzględnienia odwołania z zarzutami skierowanym wobec dwóch ofert poprzedzających ofertę odwołującego, z drugiej strony, poprawa sytuacji odwołującego, poprzez zmianę rankingu ofert będzie możliwa w wyniku uwzględnienia odwołania z zarzutami skierowanymi wobec oferty przystępującego 4 System (w sytuacji, gdyby doszło do wyboru wobec oferty tego przystępującego).

Podsumowując, na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie podniesione przez Asseco zarzuty nie mają wpływu na sytuację Asseco, wobec czego ochrona temu wykonawcy nie przysługuje.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz lit. b) 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).

Przewodniczący: