

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 10 maja 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **10 maja 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 marca 2021 r.** przez wykonawcę **BonaSoft Sp. z o.o. Sp. k., ul. Bierutowska 57-59, 51-317 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Akademie Wychowania Fizycznego we Wrocławiu, Al. Ignacego Jana Paderewskiego 35, 51-612 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **OPTeam SA, Tajęcina 113, 36-002 Jasionka** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy **BonaSoft Sp. z o.o. Sp. k., ul. Bierutowska 57-59, 51-317 Wrocław.**

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Wdrożenie Platformy Multiportalowej na Akademii Wychowania Fizycznego we Wrocławiu*” (Sprawa KZ-20/2020) realizowanego w ramach projektu „*Zintegrowany program AWF Wrocław dla Rozwoju Regionalnego*” POWR.03.05.00-00ZR65/18 współfinansowany przez Unię Europejską Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój na lata 2014-2022” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 770156-N-2020, data zamieszczenia 22.12.2020 r. przez: przez Zamawiającego – Akademie Wychowania Fizycznego we Wrocławiu, Al. Ignacego Jana Paderewskiego 35, 51-612 Wrocław.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało 22.12.2020 r., ile-kroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: „Pzp”). Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31.12.2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 01.01.2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. (zwana dalej: „NPzp”).

Dnia 23 marca 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy OPTeam SA, Tajęcina 113, 36-002 Jasionka zwanej dalej: „OPTeam SA” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu zajęła oferta firmy: BonaSoft Sp. z o.o. Sp. k., ul. Bierutowska 57-59, 51-317 Wrocław zwana dalej: „BonaSoft Sp. z o.o. Sp. k.” albo „Odwołującym”.

Dnia 29 marca 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożył – BonaSoft Sp. z o.o. Sp. k. Termin na wniesienie odwołania został zachowany (art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy NPzp). Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu 29 marca 2021 r. /e-mailem/ (art. 514 ust. 2 i 3 ustawy NPzp). Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Odwołanie zostało podpisane przez P.Z. komplementariusza, tj. osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonymi wydrukami KRS-ów. Odwołujący wniósł odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Opteam S.A.;
  2. niezgodnej z przepisami Pzp czynności oceny Wyjaśnień RNC złożonych przez Opteam S.A. w trybie art. 90 Pzp;
  3. zaniechania odrzucenia oferty Opteam S.A. pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp
  4. zaniechanie braku wezwania Opteam S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie zadeklarowanego w ofercie Kierownika Projektu, oraz finalnie zaniechanie wykluczenia wykonawcy Opteam S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp
  5. zaniechanie wykluczenia Opteam S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 Pzp z uwagi na celowe wprowadzenie w błąd Zamawiającego, co do spełniania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu. Zarzucił naruszenie:
1. art. 91 ust. 1 z zw. z art. 7 Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Opteam S.A.;
  2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Opteam S.A. Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Dodatkowo pismo Opteam S.A. nazwane „wyjaśnienia RNC” w żaden sposób nie odpowiada na szczegółowe wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 Pzp.
  3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez brak wykluczenia Opteam S.A. z uwagi na niespełnienie warunków udziału w przetargu i finalnie brak odrzucenia oferty tego wykonawcy.
  4. a gdyby Izba uznała, że wykluczenie jest przedwczesne. Zarzucamy naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez brak wezwania Opteam S.A. do uzupełnienia dokumentacji w zakresie podmiotowych warunków udziału w postępowania w odniesieniu do Kierownika Projektu.
  5. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez brak wykluczenia Opteam, S.A. pomimo, że wykonawca ten celowo wprowadził Zamawiającego w błąd i nadal

utrzymuje ten stan (pismo wykonawcy z dnia 22 marca 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 marca 2021 r.), że osoba wskazana jako Kierownik Projektu p. W. C. posiada doświadczenie w projekcie „webowym połączonym z bazami danych”. Wnosił o:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert;
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. Odrzucenie oferty Opteam S.A. – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp oraz wykluczenie Opteam S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16-17 Pzp.
4. Ponowną ocenę ofert;
5. Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołujący żądał od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił, iż do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego, na podstawie art. 525 ustawy NPzp, złożył w dniu 2 kwietnia 2021 r./ (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) / (na wezwanie z 30 marca 2021 r.) OPTeam SA, Tajęcina 113, 36-002 Jasionka zwana dalej: „OPTeam SA” albo „Przystępującym”. Zgłoszone przystąpienie zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 05.02.2021 r. udzielonego przez P. i V-ce P. Z. osoby ujawnione w załączonym do sprzeciwu wydruku KRS-u i umocowane do łącznej reprezentacji. Izba potwierdziła skuteczność złożonego przystąpienia.

W dniu 20 kwietnia 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający na podstawie trybie art. 521 ustawy NPzp złożył odpowiedź na odwołanie. Stwierdził, że: *„Zamawiający, (...), odnosząc się do treści odwołania, wniesionego w dniu 29 marca 2021r., przez Odwołującego, (...), wobec niezgodnych z przepisami prawa czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie ww. zamówienia publicznego, po analizie treści odwołania, zarzutów sformułowanych przez Odwołującego, uzasadnieniem tych zarzutów oraz żądaniami określonymi w odwołaniu: **wnosi o uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wnosi o umorzenie postępowania.**”*

1. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 91 ust. 1 z zw. z art. 7 sPZP, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Opteam;
- b) art. 89 ust. 1 pkt 4 sPZP w związku z art. 90 ust. 3 sPZP poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Opteam Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Dodatkowo pismo Opteam nazwane „wyjaśnienia RNC”

w żaden sposób nie odpowiada na szczegółowe wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 sPZP.

c) art. 24 ust. 1 pkt 12 sPZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 sPZP poprzez brak wykluczenia Opteam z uwagi na niespełnienie warunków udziału w przetargu i finalnie brak odrzucenia oferty tego wykonawcy.

d) art. 26 ust. 3 sPZP poprzez brak wezwania Opteam do uzupełnienia dokumentacji w zakresie podmiotowych warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do Kierownika Projektu.

e) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 sPZP z art. 89 ust. 1 pkt 5 sPZP poprzez brak wykluczenia Opteam, pomimo, że ten celowo wprowadził Zamawiającego w błąd i nadal utrzymuje ten stan (pismo wykonawcy z dnia 22 marca 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 marca 2021 r.), że osoba wskazana jako Kierownik Projektu p. W. C. posiada doświadczenie w projekcie „webowym połączonym z bazami danych”.

2. W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

a) Unieważnienia czynności oceny ofert;

b) Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

c) Odrzucenie oferty Opteam — na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 sPZP oraz wykluczenie Opteam na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16-17 sPZP.

d) Ponowną ocenę ofert;

e) Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający, ustosunkowując się do treści postawionych zarzutów Odwołującego, uwzględniając w całości zarzuty z punktu 1, wnosi o:

1. Uwzględnienie zarzutu określonego w pkt 1 ppkt a) i b).

Zamawiający podziela stanowisko Odwołującego, że przedłożone przez Wykonawcę OPTeam S.A. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są wyjaśnieniami opartymi wyłącznie na oświadczeniach wykonawcy i nie są poparte żadnymi dokumentami mogącymi wskazywać na konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć miałyby realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny. Załączone do wyjaśnień dokumenty miały na celu raczej uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie wykazanie czynników mających wpływ na cenę oferty. Mając na uwadze powyższe oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 3 sPZP.

3. Uwzględnienie zarzutu określonego w pkt 1 ppkt c)-e).

Zarzut jest nowym zarzutem nie podniesionym w odwołaniu KIO 369/21. Zgodnie z zapisami siwz, Zamawiający w postępowaniu przewidział procedurę opisaną w art. 24aa sPZP. W przypadku uwzględniana zarzutu wskazanego w pkt 1 ppkt b) oraz wynikających

*z tego faktu skutków (odrzuconiu oferty), bezprzedmiotowe stało się badanie czy wykonawca OPTeam S.A. podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Również wezwanie wynikające z art. 26 ust 3 sPZP nie będzie miało zastosowania ponieważ oferta wykonawcy i tak będzie podlegała odrzuceniu.*

*W sytuacji uznania przez Izbę zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny jako niezasadnego Zamawiający wskazuje, że Odwołujący słusznie wskazała na rozbieżności pomiędzy czynnościami przewidzianymi dla Kierownika Projektu i Dyrektora ds. Realizacji Projektu. Jednocześnie należy przyznać rację Odwołującemu, że przedłożona przez niego analiza i załączone dokumenty wskazują że system GEMOS nie jest rozwiązaniem webowym połączonym z systemem bazodanowym.”. Odpowiedź na odwołanie została podpisana z up. Rektora przez Kierownika Biura Zamówień Publicznych na podstawie załączonego do odpowiedzi pełnomocnictwa udzielonego przez Rektora AWF we Wrocławiu.*

*W dniu 20 kwietnia 2021 r. (e-mailem) Prezes KIO w związku z zarządzeniem Izby z 20 kwietnia 2021 r. wezwał OPTeam SA. na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.*

*W dniu 26 kwietnia 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) OPTeam SA. złożył sprzeciw od uwzględnienia w całości odwołania. Sprzeciw został podpisany przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 05.02.2021 r. udzielonego przez P. i V-ce P. Z. osoby ujawnione w załączonym do sprzeciwu wydruku KRS-u i umocowane do łącznej reprezentacji. Załączył również wezwanie z którego wynika, jakoby otrzymał je 26 kwietnia a nie 20 kwietnia 2021 r. Kopie sprzeciwu przekazał Zamawiającemu oraz Odwołującemu.*

*W dniu 29 kwietnia 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Odwołujący złożył pismo procesowe w ramach którego stwierdził, że: „(...) mając na uwadze Wezwanie do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu z dnia 20 kwietnia 2021 r. zaadresowane do Przystępującego oraz sprzeciw z dnia 26 kwietnia 2021 r. wnoszące o - umorzenie postępowania odwoławczego w części uwzględnionej przez Zamawiającego. (...) 1. Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 984/21 uwzględniając zarzut nr 1 dotyczący odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na RNC.*

*2. Wezwanie do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu z dnia 20 kwietnia 2021 r. KIO zwróciło się do Przystępującego, aby w terminie 3 dni od daty*

doręczenia wezwania Przystępujący złożył sprzeciw pod rygorem umorzenia postępowania w części.

3. Przystępujący złożył sprzeciw w dniu 26 kwietnia 2021 r. dołączając do sprzeciwu skan Wezwania z 20 kwietnia 2021 r. na którym „widnieje” pieczętka OPTeam S.A. wpłynęło 26 kwietnia 2021 r.

4. Warto wskazać, że takie pieczętki zasadniczo „przybija się” na dokumentach, które wpływają do biura w klasycznej formie. KIO doręcza korespondencję elektronicznie na wskazany przez Strony adres e-mail. Z praktyki Odwołującego należy wskazać, że zasadniczo data dokumentu pokrywa się z daną doręczenia elektronicznego.

5. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący zwraca uwagę, że Przystępujący prawdopodobnie uchybił terminowi wskazanemu w Wezwaniu z dnia 20 kwietnia 2021 r.”. Pismo zostało podpisane jak odwołanie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

W dniu 10 maja 2021 r. na mocy zarządzenia z 14 kwietnia 2021 r. odbyło się posiedzenie z udziałem stron oraz uczestnika postępowania. W toku posiedzenia Zamawiający na wniosek przewodniczącego składu orzekającego Izby jednoznacznie dwukrotnie oświadczył, że czynnością z 20 kwietnia 2021 r. uwzględnił w całości, a nie w części zarzuty odwołania. Stwierdził, że w wypadku odrzucenia oferty z racji pierwszego (drugiego) zarzutu wzywaniem do ewentualnego uzupełnienia w zakresie pozostałych zarzutów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp będzie bezprzedmiotowe.

Jednocześnie Przystępujący podtrzymał, że otrzymał wezwanie do sprzeciwu nie 20 kwietnia, ale 26 kwietnia 2021 r. Izba poinformowała Przystępującego, że po zweryfikowaniu niniejszych okoliczności, także w kontekście stanowiska Odwołującego z 29 kwietnia 2021 r., ustaliła, iż Przystępujący został skutecznie poinformowany o uwzględnieniu odwołania dnia 20 kwietnia 2021 r. (wezwanie do sprzeciwu). Na potwierdzenie powyższej okoliczności okazano dowód skutecznego przekazania wezwania do sprzeciwu na adres e-mailowy – [opteam@opteam.pl](mailto:opteam@opteam.pl) - wskazany w zgłoszonym przystąpieniu. Zgodnie z nim wezwanie nie tylko zostało przekazane, ale odebrane i odczytane – 20 kwietnia 2021 r. (w aktach postępowania). W konsekwencji powyższego Izba uznała, że złożony w dniu 26 kwietnia 2021 r. sprzeciw przez Przystępującego został przekazany po upływie 3 dni (termin mijał 23 kwietnia 2021 r.), czyli po terminie. Jednocześnie, Izba wskazuje, że zgodnie z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020r., poz. 2453):



*„Pisma w postaci elektronicznej kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby, w toku postępowania odwoławczego, do stron oraz uczestników postępowania odwoławczego przekazuje się na adres poczty elektronicznej wskazany odpowiednio w odwołaniu albo w pierwszym piśmie przekazanym do Izby przez zamawiającego albo w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego.”*

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający uznał w całości słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie w całości, natomiast przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, nie skorzystał z przysługującego mu prawa w terminie, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 2 NPzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca, który nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437), orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący:**

.....