

Sygn. akt: KIO 3302/20

POSTANOWIENIE
z dnia 8 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem Stron w dniu **8 stycznia 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 grudnia 2020 roku** przez Odwołującego **Transition Technologies Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach z siedzibą w Katowicach**

przy udziale **wykonawcy Pixel Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**, zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. **nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu na rzecz Odwołującego - Transition Technologies Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 14 grudnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 i n. ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **Transition Technologies Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawę oprogramowania dla Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach prowadzi Zamawiający: **Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach z siedzibą w Katowicach**. Numer ogłoszenia o zamówieniu: Dz.U./S S142 - 348925-2020-PL z dnia 24/07/2020.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na rozstrzygnięciu postępowania wyborze oferty Pixel Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, o czym Odwołującego poinformowano w dniu 04 grudnia 2020 r., dla pakietu nr I.

Zamawiający dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania czynności polegających na:

- 1) wyborze oferty (zaniechaniu odrzucenia oferty) Pixel, która z uwagi na częściowe nieopatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest nieważna, z uwagi na naruszenie art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w związku z czym powinna zostać odrzucona;
- 2) uznaniu wyjaśnień Pixel zawartych w piśmie z dnia 01.12.2020r., dotyczących spełnienia warunków wskazanych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) w zakresie cz.VI ust.2 pkt 3 SIWZ, za wystarczające a w konsekwencji wyborze oferty (zaniechaniu odrzucenia oferty) Pixel, która z uwagi na jej treść nie odpowiada wymogom SIWZ w zakresie cz.VI ust.2 pkt 3 SIWZ, tj. w zakresie wymogu wykazania przez wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał m.in. jedną dostawę polegającą na dostawie i wdrożeniu bazodanowego systemu informatycznego o wartości nie mniejszej, niż 250 000 zł netto;
- 3) wyborze oferty (zaniechaniu odrzucenia oferty) Pixel, pomimo iż została ona w toku badania i oceny ofert zmieniona poprzez przedłożenie przez Pixel Zamawiającemu przy piśmie z dnia 01.12.2020r., dokumentu w postaci *Poświadczenia należytego wykonania dostawy* z dnia 17 kwietnia 2018 r. sporządzonego przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, który nie był wcześniej przedstawiony przez Pixel, a którego przedstawienie spowodowało uznanie przez Zamawiającego spełnienia przez Pixel warunków wskazanych w cz.VI ust.2 pkt 3 SIWZ;

4) wyborze oferty (zaniechaniu odrzucenia oferty) Pixel, pomimo iż nie spełnia ona warunków wskazanych w załączniku 3.1. do SIWZ w zakresie wymagania, o którym mowa w tabeli, lp. 5., że „*Oferowane oprogramowanie powinno reprezentować jego oficjalną najnowszą wersję*”, ewentualnie zaniechaniu polegającym na nieodjęciu przy ocenie prezentacji Pixel jakichkolwiek punktów za okoliczność, iż w prezentacji Pixel nie używano wyłącznie oprogramowania w najnowszej wersji zadeklarowanej przez Pixel w ofercie;

5) dokonania nieprawidłowej oceny oferty Pixel, w wyniku oceny i badania ofert, w ramach kryterium „B - ocena prezentacji systemu” poprzez przyznanie Pixel w tym zakresie zawyżonej punktacji w następstwie oceny jego oferty w sposób niezgodny SIWZ a w konsekwencji wyborze oferty Pixel i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego;

6) dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w ramach kryterium „B - ocena prezentacji systemu” poprzez przyznanie Odwołującemu zaniżonej punktacji.

Odwołujący zarzucał naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miały wpływ na wynik postępowania, tj.:

1) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą i jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów z uwagi na okoliczność, iż oferta Pixel częściowo nie została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym (w zakresie Załącznika 2.1. do SIWZ oraz w zakresie Załącznika 3.1. do SIWZ);

2) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8, art. 26 ust. 3 i 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie wyjaśnień Pixel dotyczących spełnienia warunków wskazanych w cz.VI ust.2 pkt 3 SIWZ, za wystarczające a w konsekwencji wyborze oferty (zaniechaniu odrzucenia oferty) Pixel, która z uwagi na jej treść nie odpowiada wymogom SIWZ w zakresie cz.VI ust.2 pkt 3 SIWZ, tj. w zakresie wymogu wykazania przez wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał m.in. jedną dostawę polegającą na dostawie i wdrożeniu bazodanowego systemu informatycznego o wartości nie mniejszej, niż 250 000 zł netto;

3) art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Pixel, pomimo iż została ona w toku badania i oceny ofert zmieniona poprzez przedłożenie dokumentu w postaci Poświadczenia należytego wykonania dostawy z dnia 17 kwietnia 2018 r. sporządzonego przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, który nie był wcześniej przedstawiony, a którego przedstawienie spowodowało uznanie przez Zamawiającego spełnienia warunków wskazanych w cz.VI ust.2 pkt 3 SIWZ;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez wybór oferty (zaniechaniu odrzucenia oferty) Pixel, pomimo iż nie spełnia ona warunków wskazanych w załączniku 3.1. do SIWZ w zakresie wymagania, o którym mowa w tabeli, lp. 5., stanowiącym, iż „*Oferowane*

oprogramowanie powinno reprezentować jego oficjalną najnowszą wersję", ewentualnie w przypadku nieuznania zasadności tego zarzutu

5) naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Pixel wyniku badania ofert, w ramach kryterium „B - ocena prezentacji systemu" poprzez przyznanie temu wykonawcy zawyżonej punktacji w następstwie oceny jego oferty (prezentacji) w sposób niezgodny z SIWZ i nieodjęciu przy ocenie prezentacji jakichkolwiek punktów za okoliczność, iż w prezentacji nie używano wyłącznie oprogramowania w najnowszej wersji zadeklarowanej przez Pixel w ofercie, co było warunkiem SIWZ (Załącznik 3.1. do SIWZ);

6) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Pixel, w wyniku oceny i badania ofert, w ramach kryterium „B - ocena prezentacji systemu" poprzez przyznanie Pixel w tym zakresie zawyżonej punktacji w następstwie oceny jego oferty w sposób niezgodny SIWZ a w konsekwencji wyborze oferty Pixel i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego;

7) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego, w wyniku oceny i badania ofert, w ramach kryterium „B - ocena prezentacji systemu" poprzez przyznanie Odwołującemu zaniżonej punktacji w następstwie oceny jego oferty w sposób niezgodny z SIWZ a w konsekwencji wyborze oferty Pixel i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty PIXEL jako najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia badania i oceny ofert;
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, którą jest oferta Odwołującego;
- 5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Pixel i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

V. Inne wnioski

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. Zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego naruszyły interes prawny Odwołującego, którego oferta spełnia wymagania SIWZ i powinna zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiły Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie złożono w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Wpis od odwołania został uiszczony w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Pixel Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Zamawiający w dniu 7 stycznia 2021 roku przesłał pisemną odpowiedź na odwołanie, w której zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wnosząc jednocześnie o oddaleniu odwołania, jako bezprzedmiotowego, ponieważ brak jest czynności będącej przedmiotem zaskarżenia.

Odwołujący, w dniu 7 stycznia 2021 roku o godz. 22.10, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na dzień 8 stycznia 2021 roku na godz. 9.30, złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972). Jednocześnie Izba odmówiła przyznania Odwołującemu kosztów zastępstwa procesowego oraz 10% wpisu z uwagi na brak złożenia rachunku, a w pozostałym zakresie z uwagi na brak regulacji prawnych umożliwiających takie działanie.

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. 90 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.*

Ponadto, przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. znajdują również zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Przewodniczący:

.....