

Sygn. akt: KIO 369/21

## POSTANOWIENIE

z dnia 3 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 3 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2021 r. przez wykonawcę **BONASOFT sp. z o.o. sp. k., ul. Bierutowska 57-59, 51-317 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Akademia Wychowania Fizycznego we Wrocławiu, Al. I. J. Paderewskiego 35, 51-612 Wrocław**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Opteam S.A., Tajęcina 113, 36-002 Jasionka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **„American Systems” Sp. z o.o., ul. 27 Grudnia 7, 61-737 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

### postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **BONASOFT sp. z o.o. sp. k., ul. Bierutowska 57-59, 51-317 Wrocław** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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

Akademia Wychowania Fizycznego we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wdrożenie Platformy Multiportalowej na Akademii Wychowania Fizycznego we Wrocławiu”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 grudnia 2020 r. pod pozycją 770156-N-2020.

W dniu 3 lutego 2021 r. wykonawca BONASOFT sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp) ze względu na zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez Opteam S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa w:

a) ofercie, budżecie i wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie:

1) szczegółowej kalkulacji oferty (budżet) uwzględniającej pełny zakres przedmiotu zamówienia ze wskazaniem elementów oraz sposobu w jaki elementy te wpłynęły na liczbę roboczogodzin;

2) kosztu wszelkich licencji niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania Systemu;

3) przygotowania szczegółowego projektu środowisk Systemu, Instalacji i konfiguracji Systemu wraz z oprogramowaniem systemowym, na wskazanej przez Zamawiającego infrastrukturze sprzętowej wraz z wyodrębnieniem i skonfigurowaniem dwóch środowisk produkcyjnego i testowego;

4) wykonania wymaganych integracji Systemu z innymi systemami obecnie eksploatowanymi w AWF Wrocław;

5) wykonania/dostarczenia systemu backupu poszczególnych elementów Systemu, tj. środowiska aplikacji Systemu, środowiska bazodanowego Systemu, środowisk systemów operacyjnych, na których zostanie uruchomiony System jako całość; integracja i współpraca

Systemu z planowaną/posiadaną przez Zmawiającego infrastrukturą sprzętowo-programową;

6) prowadzenia przez podwykonawców audytów i testów;

7) dostarczenia powykonawczej dokumentacji technicznej;

8) przeprowadzenia szkoleń dla operatorów i administratorów Systemu a także przygotowanie szkoleń w Systemie prezentacji;

9) świadczenia usług utrzymania gwarancyjnego przez okres 60 miesięcy;

10) świadczenia rękojmi-24 miesięcy;

11) kosztów zarządzanie projektem;

12) kosztów pracy osób przeznaczonych do realizacji zamówienia;

13) wpływu poszczególnych elementów koncepcji wykonania zamówienia na cenę;

14) uzasadnienia wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia przez wykonawcę;

pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Opteam S.A. oraz w zakresie oceny wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o ile taka dokumentacja została sporządzona;

3. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie oferty Opteam S.A. w zakresie określonym w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp niezgodnie z ustawą Pzp oraz zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez Opteam S.A.;

z ostrożności procesowej:

1. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Opteam S.A., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Opteam S.A. nie złożyła odpowiednich wyjaśnień, ponieważ złożone Wyjaśnienia RNC nie obalają domniemania, że oferta Opteam S.A. zawiera rażąco niską cenę;

2. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oceny Wyjaśnień RNC złożonych przez Opteam S.A. w trybie art. 90 ustawy Pzp;

3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Opteam S.A., pomimo, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
4. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na przyznaniu przez Zamawiającego ofercie Opteam S.A. zbyt dużej liczby punktów w kryterium „Cena”;
5. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oraz SIWZ czynności oceny i badania ofert,
6. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru oferty złożonej przez Opteam S.A., pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Opteam S.A.;
2. przeprowadzenie czynności oceny i badania ofert z naruszeniem przepisu art. 9 ust. 1, art. 90 ust. 3, art. 96 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp;
3. naruszenie art. 2 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Opteam S.A.;
4. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu ww. zastrzeżonych przez Opteam S.A. elementów dokumentacji postępowania, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
5. naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 9 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez ocenę oferty Opteam S.A. w kryterium „Cena” niezgodnie z określonymi w SIWZ i ustawie Pzp kryteriami oraz zasadami ocen ofert, tj. zaniechanie sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny oferty Opteam S.A.;
6. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Opteam S.A. w kryterium „Cena” w zakresie oceny wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o ile taka dokumentacja istnieje;
7. naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 9 ust. 1 oraz w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności, do której

Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechanie sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez Opteam S.A.;

8. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu);

9. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

z ostrożności procesowej:

10. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Opteam S.A. Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

11. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Opteam S.A., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Opteam S.A. nie złożył Wyjaśnień RNC spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp;

12. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Opteam S.A., pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;

13. naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez przyznanie ofercie Opteam S.A. nieprawidłowej liczby punktów w kryterium „Cena” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, tj. przyznanie zbyt dużej liczby punktów.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności oceny ofert,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. odtajnienie i udostępnienie dokumentów wskazanych w odwołaniu w zakresie wskazanym w odwołaniu,
4. dokonanie oceny oferty Opteam S.A. we wszystkich elementach w kryterium „Cena” zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i ustawy Pzp, tj. sporządzenie pisemnego uzasadnienia oceny oferty Opteam S.A. w kryterium „Cena”,

5. dokonanie oceny wyjaśnień złożonych przez Opteam S.A. w trybie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z ustawy Pzp, tj. sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny złożonych wyjaśnień,
6. dokonanie ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ,
7. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,  
z ostrożności procesowej:
8. odrzucenie oferty Opteam S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
9. odrzucenie oferty Opteam S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
10. udostępnienie Odwołującemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Opteam S.A. w kryterium „Cena”- o ile taka dokumentacja istnieje.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca „American Systems” Sp. z o.o., po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Opteam S.A.

Na posiedzeniu Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględni odwołanie w całości.

Wykonawca Opteam S.A. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego zaferowania przez Opteam S.A. rażąco niskiej ceny.

Zamawiający zadeklarował, że na skutek uwzględnienia zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia dokumentów, o których mowa w odwołaniu, dokona czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego, tj. unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, dokona ponownej oceny i badania ofert i udostępni Odwołującemu żądaną dokumentację.

Odwołujący wycofał odwołanie w zakresie zarzutów podniesionych z ostrożności dotyczących zaferowania przez Opteam S.A. rażąco niskiej ceny.

Izba stwierdziła, że do rozpoznania przedmiotowego odwołania, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp z 2019 r. umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 teje

ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący :** .....