Sygn. akt KIO 3171/20

WYROK
z dnia 18 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Suntar Sp. z o.o.** z siedzibą w Tarnowie przy ul. Boya-Żeleńskiego 5B (33-100 Tarnów)
w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Centrum Obsługi Administracji Rządowej** z siedzibą w Warszawie przy ul. Powsińskiej 69/71 (02-903 Warszawa), działającego w imieniu i na rzecz następujących jednostek: Biura do Spraw Substancji Chemicznych, Biura Rzecznika Prawa Pacjenta, Centrum Obsługi Administracji Rządowej Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego, Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad wraz z Oddziałami, Generalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska, Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego, Głównego Inspektoratu Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych, Głównego Inspektoratu Ochrony Roślin i Nasiennictwa, Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska, Głównego Inspektoratu Sanitarnego, Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego, Głównego Inspektoratu Weterynarii, Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, Głównego Urzędu Miar, Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego, Głównego Urzędu Statystycznego, Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej, Kujawsko-Pomorskiego Urzędu Wojewódzkiego, Lubelskiego Urzędu Wojewódzkiego w Lublinie, Lubuskiego Urzędu Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim, Łódzkiego Urzędu Wojewódzkiego w Łodzi, Małopolskiego Urzędu Wojewódzkiego w Krakowie, Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie, Ministerstwa Cyfryzacji, Ministerstwa Edukacji Narodowej, Ministerstwa Energii, Ministerstwa Finansów, Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej, Ministerstwa Infrastruktury, Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju, Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, Ministerstwa Obrony Narodowej, Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii, Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi, Ministerstwa Sportu i Turystyki, Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, Ministerstwa Spraw Zagranicznych, Ministerstwa Sprawiedliwości, Ministerstwa Środowiska, Ministerstwa Zdrowia, Naczelnej Dyrekcji Archiwów Państwowych, Opolskiego Urzędu Wojewódzkiego w Opolu, Państwowej Agencji Atomistyki, Podkarpackiego Urzędu Wojewódzkiego w Rzeszowie, Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego w Białymstoku, Pomorskiego Urzędu Wojewódzkiego w Gdańsku, Rządowego Centrum Bezpieczeństwa, Rządowego Centrum Legislacji, Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego w Katowicach, Świętokrzyskiego Urzędu Wojewódzkiego w Kielcach, Urzędu do Spraw Cudzoziemców, Urzędu do Spraw Kombatantów i Osób Represjonowanych, Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Urzędu Lotnictwa Cywilnego, Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Urzędu Patentowego Rzeczpospolitej Polskiej, Urzędu Prokuratorii Generalnej Rzeczpospolitej Polskiej, Urzędu Regulacji Energetyki, Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, Urzędu Transportu Kolejowego, Urzędu Zamówień Publicznych, Warmińsko-Mazurskiego Urzędu Wojewódzkiego w Olsztynie, Wielkopolskiego Urzędu Wojewódzkiego w Poznaniu, Wyższego Urzędu Górniczego, Zachodniopomorskiego Urzędu Wojewódzkiego w Szczecinie

przy udziale wykonawcy **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o.** z siedzibą
w Zielonej Górze przy ul. Fabrycznej 13/1 (65-410 Zielona Góra),zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 19 listopada 2020 r. polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy Suntar Sp. z o.o. z siedzibą
w Tarnowie oraz dokonanie ponownego badania i oceny oferty ww. wykonawcy w ramach części II i III postępowania.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Skarb Państwa – Centrum Obsługi Administracji Rządowej** z siedzibą w Warszawie i:
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Suntar Sp. z o.o.**
z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od zamawiającego **Skarbu Państwa – Centrum Obsługi Administracji Rządowej** z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy **Suntar Sp. z o.o.** z siedzibą
w Tarnowie kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 3171/20

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa – Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie zwane dalej: „zamawiającym”, działające w imieniu i na rzecz jednostek wskazanych w sentencji orzeczenia, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na *dostawę urządzeń biurowych na potrzeby jednostek administracji państwowej* (nr 2019/2),

zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lutego 2019 r., pod numerem 2019/S 038-085138.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, zwany dalej: „odwołującym" w dniu 30 listopada 2020 r. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty. Czynności tej postawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 10b Pzp w zw. z art. 46 ust. 3 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 61 § 2 k.c. przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, mimo że odwołujący samodzielnie wniósł wadium na okres związania ofertą, ponieważ wezwanie zamawiającego do wniesienia wadium nie zostało przekazane odwołującemu, ewentualnie wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na jego wniesienie.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:
- dokonał unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert wraz z ofertą odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ"). W ocenie odwołującego jego oferta została przez zamawiającego odrzucona w sposób bezpodstawny. Ponadto gdyby zamawiający dokonał wszystkich żądanych w odwołaniu czynności, to oferta odwołującego posiada najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert. Zdaniem odwołującego przez dokonanie zaskarżonych czynności zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji *(lucrum cessans).* Powyższe stanowiło w opinii odwołującego wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Zdaniem Odwołującego wezwanie z 21 października 2020 r. nie zostało mu przekazane w sposób pozwalający adresatowi na zapoznanie się z jego treścią z powodów obciążających zamawiającego. Z uwagi na (zapewne) przejściowe trudności w działaniu systemu automatycznego powiadamiania o dodanej korespondencji w ramach Platformy, odwołujący nie został powiadomiony o przesłaniu wezwania. Odwołujący zaznaczył, że działając w zaufaniu do zamawiający mógł oczekiwać, że Platforma poinformuje o zamieszczeniu korespondencji (tak jak miało to miejsce w przypadku wszystkich wcześniejszych wezwań i powiadomień – w każdym takim przypadku platforma informowała odwołującego o nowej korespondencji).
Jak wyjaśnił odwołujący z informacji o odrzuceniu wynika przy tym, że taki sam stan faktyczny istnieje po stronie zamawiającego, który wskazuje w informacji o odrzuceniu o samodzielnym wniesieniu wadium przez odwołującego (nie zaś o spóźnionym jego wniesieniu w odpowiedzi na rzekome wezwanie zamawiającego). W ocenie odwołującego z informacji o odrzuceniu wynika zatem jednoznacznie, że wezwanie zamawiającego do wniesienia wadium nie zostało przekazane skutecznie odwołującemu.
Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 46 ust. 3 Pzp zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego. W ocenie odwołującego z treści przepisów jednoznacznie wynika, że zamawiający winien skutecznie wezwać odwołującego do wniesienia wadium w zakreślonym terminie. Ponadto zgodnie z art. 61 § 2 k.c. oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. W przypadku platformy, na której zamawiający prowadzi postępowania, w przypadku każdego wezwania i zawiadomienia odwołujący otrzymywał stosowne powiadomienia, którego w przypadku wezwania do wniesienia wadium nie otrzymał. Jednocześnie zgodnie z art. 10b Pzp zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie odwołującego, działając w zaufaniu do systemu, z którego korzysta zamawiający, mógł on oczekiwać, tak jak dotychczas, otrzymania stosownego powiadomienia na wskazany adres mailowy.
Odwołujący zaznaczył, że dopiero w dniu 28 października 2020 r. o godz. 16:32 zamawiający poinformował odwołującego o skierowaniu do niego wezwania do wniesienia wadium z wyznaczeniem terminu na dzień 27 października 2020 r. (tj. w terminie wcześniejszym niż samo wezwanie, co było niemożliwe do wykonania). Odwołujący niezwłocznie po otrzymaniu wezwania drogą mailową wniósł wadium przelewem na konto zamawiającego.
W ocenie odwołującego odrzucenie dokonane przez zamawiającego w dniu 19 listopada 2020 r. było wyrazem skrajnego formalizmu bowiem oferta wiązała i wiąże Odwołującego do dnia 31 grudnia 2020 r., zaś zamawiający był w posiadaniu wniesionego wadium i dalej jest bowiem nie dokonano jego zwrotu. Jeśli zamawiający byłby w stanie skutecznie zabezpieczyć okoliczności związane z zawarciem umowy to brak jest podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Nie dochodzi jednocześnie do naruszenia jakichkolwiek zasad zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców, bowiem tylko odwołujący wzywany był do wniesienia wadium.
Jednocześnie odwołujący wskazał, że jeśli zamawiający nie zabezpieczył i nie sprawdził prawidłowości działania platformy wykorzystywanej do prowadzenia postępowania to wyznaczony termin na wniesienie wadium należy uznać za zbyt krótki, mając na uwadze, że termin ten zawierał w sobie również dni wolne od pracy kiedy banki nie przekazują przelewów w systemie elixir.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze. Niniejszy wykonawca w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia przedstawił swoje stanowisko dla okoliczność słuszności czynności zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego spełniało wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestnika postepowania odwoławczego wykonawcę GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (zwanego dalej: „przystępującym").

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:
1)dokumentacji przekazanej w postaci papierowej, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 11 grudnia 2020 r. oraz dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej, zapisanej na płycie DVD przesłanej przez zamawiającego w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2848/20, w tym w szczególności z treści:
- SIWZ;
- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w ramach II i III części postępowania z dnia 18 września 2020 r.;
- wezwania z dnia 21 października 2020 r. skierowanego do odwołującego w trybie art. 46 ust. 3 Pzp, zawierającego prośbę o wniesienie wadium dla części II i III zamówienia;
- wydruku z platformy zakupowej zamawiającego opatrzonego nagłówkiem *Pytania/Informacje do postępowania nr: 2019/2*, zawierającego informację dotyczącą *Pytania nr 61* skierowanego do odwołującego oznaczonego tematem *Wezwanie do złożenia wadium*;
- wydruku korespondencji z poczty elektronicznej prowadzonej pomiędzy zamawiającym a odwołującym, obejmującej dwie wiadomości e-mail: z dnia 28 października 2020 r. z godz. 16:32 skierowanej od zamawiającego do odwołującego oraz z 29 października 2020 r. z godz. 21:38 stanowiącej odpowiedź odwołującego na powyższą wiadomość wraz z załącznikiem;
- zawiadomienia o unieważnieniu czynności w postępowaniu i odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 19 listopada 2020 r.;
2)złożonych na posiedzeniu przez zamawiającego wydruków korespondencji prowadzonej za pomocą poczty elektronicznej z administratorem platformy zakupowej stanowiącej narzędzie do obsługi postępowania;
3)złożonych na posiedzeniu przez odwołującego wydruków raportów logów serwerowych z dni 21 października, 24 listopada oraz 10 grudnia 2020 r.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający podpisał umowy ramowe z wykonawcami, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze w częściach zamówienia: I (drukarki), II (skanery i drukarki przenośne) i III (urządzenia wielofunkcyjne). Czynność zamawiającego stanowiła wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13 sierpnia 2019 r. w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 1399/19 i KIO 1400/19. Odwołujący w dniu 2 września 2019 r. zaskarżył wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1400/19 do Sądu Okręgowego w Warszawie. W dniu 28 maja 2020 r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał wyrok (sygn. akt XXIII Ga 1548/19), którym zmienił wyrok w sprawie KIO 1400/19 nakazując zamawiającemu poprawienie innej omyłki w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie szerokości taśmy barwiącej oraz powtórzenie czynności oceny oferty odwołującego w zakresie części II oraz III zamówienia. Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2020 r. zawiadomił o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego w ramach części II i III zamówienia. Zamawiający w dniu 18 września 2020 r. poinformował o wyborze oferty odwołującego w części II i III zamówienia przedstawiając ponowną ocenę punktową ofert wykonawców kwalifikując do zawarcia umowy ramowej: w części II wykonawców: Egida IT Solutions Sp. z o.o., Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., Suntar Sp. z o.o., a w części III wykonawców: Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., Suntar Sp. z o.o. Powyższe ustalenia zostały poczynione przez Izbę w związku z rozpatrzeniem sprawy o sygn. KIO 2474/20. Sprawa o sygn. akt KIO 2474/20 dotyczyła odwołania wniesionego w dniu 28 września 2020 r. przez wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (przystępującego w przedmiotowym postępowaniu) wobec ponownej czynności oceny ofert dla części II i III zamówienia, zakończonej wyborem oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 18 września 2020 r. Rozprawa w ww. sprawie odbyła się w dniu 22 października 2020 r., a wyrok został ogłoszony w dniu 27 października 2020 r. W przedmiotowym wyroku Izba oddaliła odwołanie wniesione przez Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o.

Rozdział III SIWZ określał sposób komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w postępowaniu. Zgodnie z ust. 3 ww. rozdziału – *Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy w zakładce „Pytania/Informacje". Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich zamieszczenia na Platformie*.

Pismem z dnia 21 października 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 46 ust. 3 Pzp do wniesienia wadium w wysokości:
- dla części II zamówienia – 30 000,00 zł,
- dla części III zamówienia – 200 000,00 zł,
w terminie do dnia 27 października 2020 r.
Jak wynika z wydruku z platformy zakupowej używanej w postępowaniu przez zamawiającego, opatrzonego nagłówkiem *Pytania/Informacje do postępowania nr: 2019/2*, zawierającego informację dotyczącą *Pytania nr 61* skierowanego do odwołującego oznaczonego tematem *Wezwanie do złożenia wadium,* ww. wezwanie zostało przesłane do odwołującego w dniu 21 października 2020 r. o godz. 14:47.
W dniu 28 października 2020 r. o godz. 16:32, czyli już po terminie wyznaczonym na wniesienie wadium, zamawiający przesłał odwołującemu za pomocą poczty elektronicznej wiadomość o następującej treści:
Szanowni Państwo,
w związku z wyborem Państwa oferty na część II i III w postępowaniu nr 2019/2 pn.: „Dostawa urządzeń biurowych na potrzeby Jednostek Administracji Państwowej" oraz pismem z dnia 21.10.2020 r. wysłanym do Państwa firmy za pośrednictwem platformy zakupowej eb2b dot. wezwania do wniesienia wadium, bardzo proszę o pilną odpowiedź wyjaśniającą brak wniesienia wadium w wyznaczonym terminie do dnia 27.10.2020 r..
Jednocześnie informuję, iż brak wniesienia wadium skutkuje odrzuceniem oferty.
Odwołujący w dniu 29 października 2020 r. o godz. 21:38 również za pośrednictwem poczty elektronicznej przekazał

zamawiającemu odpowiedź o treści:
Szanowni Państwo,
Zgodnie ze złożonym oświadczeniem o przedłużeniu terminu związania ofertą informujemy, że oświadczenie jest ważne a SUNTAR Sp. z o.o. jest związana złożoną ofertą do 31.12.2020.
W załączniku przesyłam potwierdzenie wniesienia wadium w pieniądzu, co zabezpiecza złożoną ofertę.
Jednocześnie wyjaśniamy, że z przyczyn od nas niezależnych wykonawca nie odpowiedział na przesłane wezwanie ponieważ nie otrzymał powiadomienia z platformy.
W związku z powyższym potwierdzamy dopełnienie procedury i zabezpieczenie oferty wadium oraz deklarujemy, że podpiszemy umowę niezwłocznie po jej otrzymaniu od Zamawiającego.
Do ww. wiadomości odwołujący załączył potwierdzenie przelewu o numerze zlecenia 1264355383, z którego wynikało, że wpłacił w dniu 29 października 2020 r. na rachunek wskazany przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 21 października 2020 r., kwotę 230 000,00 zł, stanowiącą wadium w postępowaniu dla części II i III.
W piśmie z dnia 19 listopada 2020 r., opatrzonym nagłówkiem, *ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU CZYNNO. W POSTĘPOWANIU I ODRZUCENIU OFERTY* Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla II i III części zamówienia, dokonanej w dniu 18 września 2020 r. Ponadto zamawiający poinformował, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, *Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, gdy Wykonawca nie wniósł wadium lub wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Wykonując dyspozycje ww. przepisu, Zamawiający niniejszym odrzuca ofertę SUNTAR Sp. z o.o. w zakresie części II i III postępowania* W uzasadnieniu tej czynności zamawiający wskazał, że w dniu 21 października 2020 r. działając na podstawie art. 46 ust. 3 Pzp, przez platformę elektroniczną wezwał odwołującego w wyznaczonym siedmiodniowym terminie do złożenia wadium dla części II i III postępowania, a odwołujący nie wniósł wadium w wyznaczonym terminie, tj. do dnia 27 października 2020 r. Ponadto zamawiający wskazał w uzasadnieniu, że odwołujący w dniu 29 października 2020 r. dokonał wpłaty kwoty odpowiadającej kwocie wadium, jednak czynność to dokonana została przez odwołującego samodzielnie bez wezwania zamawiającego w tym przedmiocie. W konkluzji w związku z faktem niewniesienia przez odwołującego wadium w wyznaczonym terminie na podstawie art. 46 ust. 3 Pzp, mając na uwadze treść art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w zakresie części II i III postępowania.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 7 ust. 1 Pzp –*Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;*
- art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium*;
- art. 10b Pzp – *Zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia*;
- art. 46 ust. 3 Pzp – *Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego*;
- art. 14 ust. 1 Pzp – *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*;
- art. 61 § 2 k.c. – *Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.
W ocenie składu orzekającego punktem wyjścia dla rozpoznania przedmiotowej sprawy była treść art. 46 ust. 3 Pzp. W związku z tym należy wskazać, że zgodnie z poglądem mającym swoje oparcie w orzecznictwie oraz w doktrynie uznaje się, że wezwanie wynikające z ww. przepisu powinno być poprzedzone wyborem oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy, do którego jest kierowane (zob. wyroki z 22 maja 2014 r. o sygn. akt KIO 844/14 oraz z 4 marca 2011 r., o sygn. akt KIO 350/11). Zasadność takiego postępowania została również potwierdzona w piśmiennictwie, w którym stwierdzono, że: *biorąc pod uwagę ratio legis nowelizacji art. 46 ust. 3 p.z.p. za wskazane należałoby uznać domaganie się wniesienia wadium od nowego wykonawcy dopiero po »prawomocności« decyzji o jego wyborze. Skoro bowiem celem analizowanej regulacji było zminimalizowanie obciążeń dla wykonawców związanych z wnoszeniem wadium, nie ma potrzeby obciążania ich tym obowiązkiem zbyt wcześnie. Podobny pogląd przedstawił J. Balcewicz, wskazując, że chociaż treść art. 46 ust. 3 nie wskazuje jednoznacznie terminu, w jakim wykonawca powinien wnieść wadium, to jednak uwzględniając ratio legis nowelizacji wydaje się, że właściwsze byłoby żądanie wniesienia wadium po uprawomocnieniu się decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty* (zob. I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2018, s. 430).
Jak wynika z ustaleń dokonanych przez Izbę zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wadium na podstawie art. 46 ust. 3 Pzp w dniu 21 października 2020 r., czyli po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty dla części II i III zamówienia, który miał miejsce 18 września 2020 r., ale przed „uprawomocnieniem" się tej czynności, ponieważ w dniu 28 września 2020 r. odwołanie od tej czynności wniósł inny wykonawca składający ofertę w postępowaniu na obie ww. części, oznaczone sygn. akt KIO 2474/20. Rozprawa w sprawie KIO 2474/20 została przeprowadzona w dniu 22 października 2020 r., czyli dzień po wezwaniu do złożenia wadium, a wyrok zapadł w dniu 27 października 2020 r., czyli w dniu w którym upłynął wyznaczony przez zamawiającego termin na złożenie wadium. W związku z tym termin na wniesienie wadium wyznaczony zgodnie z art. 46 ust. 3 Pzp, właściwie pokrywał się z prowadzonym postępowaniem odwoławczym toczącym się przed Izbą w sprawie KIO 2474/20, w której wykonawca Suntar Sp. z o.o. (odwołujący w przedmiotowej sprawie) uczestniczył jako wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego.
W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że zamawiający nieprawidłowo zastosował wobec odwołującego dyspozycję wynikającą z art. 46 ust. 3 Pzp. Zgodnie z poglądem zaprezentowanym powyżej, który

w pełnej rozciągłości został przez skład orzekający zaaprobowany, zamawiający powinien wstrzymać się ze stosowaniem ww. przepisu do czasu ogłoszenia wyroku w sprawie KIO 2474/20. Stanowisko Izby powinno było determinować działania zamawiającego i od tego powinny być uzależnione dalsze jego czynności. Dopiero w przypadku oddalenia odwołania w powyższej sprawie zamawiający powinien był zastosować treść art. 46 ust. 3 Pzp wobec odwołującego lub odstąpić od tej czynności gdyby tamto odwołanie zostało uwzględnione, ponieważ to skutkowałoby odrzuceniem oferty odwołującego. Okolicznością przemawiającą za słusznością tego stwierdzenia było niewątpliwie to, że termin na wniesienie wadium pokrywał się z rozpoznaniem ww. sprawy co mogło mieć wpływ na odwołującego, który w tamtym czasie mógł być skoncentrowany głównie na „obronie swojej oferty" i rozstrzygnięciu dotyczącym sprawy o sygn. akt KIO 2474/20.
Skoro Izba zaaprobowała zacytowane powyżej stanowisko wskazujące, że celem regulacji zawartej w art. 46 ust. 3 Pzp było zminimalizowanie obciążeń dla wykonawców związanych z wnoszeniem wadium, to należy stwierdzić, że w stanie niniejszej sprawy wezwanie z dnia 21 października 2020 r. stanowiło dla odwołującego nadmierne obciążenie, które wynikało z nieprawidłowego zastosowania przez zamawiającego ww. przepisu i skutkowało dla odwołującego negatywnymi konsekwencjami.

Izba uznała także, że zamawiający dopuścił się do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w tym szczególnie wynikającej z tego przepisu zasadny proporcjonalności. Zasada ta przejawia się w stosowaniu środków adekwatnych do zamierzonego celu. Skoro Izba uznała, że wezwanie do złożenia wadium z dnia 21 października 2020 r. stanowiło nadmierne obciążenie odwołującego, stanowiące naruszenie art. 46 ust. 3 Pzp, to w związku z tym oznacza, iż było ono nieadekwatne do zamierzonego celu.

W konsekwencji zamawiający naruszył także art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, ponieważ niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego. W związku z uznaniem, że zamawiający naruszył treść art. 7 ust. 1 i 46 ust. 3 Pzp w wyniku wezwania odwołującego do wniesienia wadium to także skarżona przez odwołującego czynność odrzucenia jego oferty była nieprawidłowa. Izba przy tym dopatrzyła się niekonsekwencji w działaniu zamawiającego. Potwierdzeniem tej niekonsekwencji było to, że zamawiający z jednej strony wezwał odwołującego do wniesienia wadium na podstawie 46 ust. 3 Pzp, a następnie już po upływie terminu zakreślonego w przedmiotowym wezwaniu zwrócił się do odwołującego za pośrednictwem poczty elektronicznej z prośbą o pilną odpowiedź, wyjaśniającą brak wniesienia wadium w wyznaczonym terminie. Dopiero w tej prośbie wystosowanej za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 28 października 2020 r. zamawiający określił sankcję za brak wniesienia wadium.
Skoro zamawiający zdecydował się zastosować przepis art. 46 ust. 3 Pzp, który dotyczy szczególnej i wyjątkowej sytuacji jaką jest wezwanie do złożenia wadium, to powinien do niej zastosować reguły wynikające z bogatego orzecznictwa Izby dotyczącego wadium, które zakazują uzupełniać lub wyjaśniać okoliczności związane z wadium. Informacja z dnia 28 października 2020 r. przekazana odwołującemu po wyznaczonym terminie na złożenie wadium stanowiła w ocenie Izby próbę wyjaśnienia przyczyn braku wniesienia wadium, co w powiązaniu z informacją wskazującą, iż brak wniesienia wadium skutkuje odrzuceniem oferty, spowodowało, że odwołujący wpłacił wymaganą dla wadium w ramach II i III części zamówienia kwotę, na wskazany przez zamawiającego wcześniej numer konta.
Jak wskazano powyżej wezwanie z dnia 21 października 2020 r. nastąpiło z naruszeniem art. 46 ust. 3 Pzp. Podobnie informacji przekazanej za pomocą poczty elektronicznej w dniu 28 października nie można było potraktować jako prawidłowego wezwania w myśl ww. przepisu, ponieważ nie wyznaczało terminu na wniesienie wadium. Tym samym Izba uznała, że działania zamawiającego doprowadziły do niestandardowej sytuacji polegającej na tym, iż mimo nieprawidłowego wezwania do wniesienia wadium, odwołujący wpłacił wadium przelewem na konto w kwocie wymaganej przez zamawiającego. W tym kontekście w związku z uwzględnieniem zarzutu, nieracjonalnym byłoby nakazywanie zamawiającemu dokonanie zwrotu wpłaconego wadium i wzywanie odwołującego do jego wniesienia. W okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający powinien potraktować wpłacone przelewem środki jako wadium wniesione w wyznaczonym terminie i w ten sposób dokonać badania i oceny oferty odwołującego.

W ocenie składu orzekającego zamawiający nie naruszył podniesionych w treści zarzutu art. 10b Pzp, art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 61 § 2 k.c., przez przekazanie wezwania z dnia 21 października 2020 r. Ww. przepisy odnoszą się do prowadzenia komunikacji za pomocą środków elektronicznych. Odwołujący przyznał, że otrzymał ww. wezwanie za pośrednictwem platformy zakupowej, ale nie zapoznał się z nim, ponieważ nie dostał powiadomienia z platformy o otrzymaniu wezwania. Zgodnie z cytowanym powyżej rozdziałem III ust. 3 SIWZ wysłanie takiego powiadomienia nie było wymagane dla skutecznej komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, ponieważ za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji należało przyjąć datę ich zamieszczenia na platformie, co oznacza, że to wykonawca powinien sprawdzać na bieżąco zakładkę wskazaną w ramach platformy do prowadzenia komunikacji. Tym samym Izba pominęła dowody złożone przez zamawiającego i odwołującego na posiedzeniu z uwagi na to, że dotyczyły one kwestii prowadzenia komunikacji i prawidłowego powiadomienia o wezwaniu. Z racji tego, że Izba uznała, iż już samo wezwanie do złożenia wadium przed „uprawomocnieniem" się czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, naruszało dyspozycję art. 46 ust. 3 Pzp, złożone przez strony dowody okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia.

W związku z powyższym Izba doszła do przekonania, że odwołanie należy uwzględnić. Skład orzekający wziął pod uwagę, że na skarżoną przez odwołującego czynność, polegającą na odrzuceniu jego oferty składały się wcześniejsze czynności zamawiającego, które doprowadziły do tego, iż ostatecznie, działanie zamawiającego naruszało wskazane w odwołaniu art. 7 ust. 1, art. 46 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, co miało wpływ na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000,00 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) na podstawie faktury złożonej przez odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący:……