Sygn. akt: KIO 321/20

WYROK

z dnia 3 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2020 r. przez wykonawcę Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Komenda Główna Straży Granicznej w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T-Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Computex Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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) 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 321/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Komenda Główna Straży Granicznej prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Usprawnienie procesu odpraw granicznych z wykorzystaniem platformy integrującej - Infrastruktura sieciowo-serwerowa” (znak: 57/BF/BŁil/19). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 grudnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 237-582502. Postępowanie dotyczy zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa i prowadzone jest z zastosowaniem regulacji właściwych dla zamówień o wartości większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”.

I. W dniu 17 lutego 2020 r. wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechanie podjęcia czynności przez zamawiającego w ww. postępowaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem postępowania z naruszeniem zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji;

2) art. 131 bc ustawy Pzp poprzez wadliwą interpretację i zastosowanie;

3) art. 50 zdanie drugie ustawy Pzp poprzez zwrot złożonego w terminie wniosku (odwołujący wyjaśnił, że do dnia złożenia odwołania zwrot wniosku nie nastąpił, jednak zamawiający oświadczył, iż dokona tej czynności - jednocześnie złożenie odwołania nie wstrzymuje zwrotu);

4) Art. 51 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia odwołującego do złożenia oferty pomimo spełnienia postawionych w postępowaniu warunków i złożenia wniosku

w terminie.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zakazanie zamawiającemu dokonania zwrotu wniosku, ewentualnie jeżeli do czasu rozpoznania odwołania zamawiający zwróci wniosek - unieważnienie czynności zwrotu wniosku, nakazanie zamawiającemu dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego oraz nakazanie zaproszenia odwołującego do złożenia oferty.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał w szczególności, że zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej firmy kurierskiej DHL, z której usług skorzystał w celu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wniosek ten został doręczony zamawiającemu w dniu 31 stycznia 2020 r. o godz. 8:31. Ta sama data doręczenia wniosku wynika z treści listu przewozowego. Termin złożenia wniosków został ostatecznie ustalony na dzień 3 lutego 2020 r., co oznacza, iż zgodnie z informacjami posiadanymi przez odwołującego nie uchybił on terminowi na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie przedstawionych w tym zakresie twierdzeń odwołujący załączył do odwołania dowody w postaci: 1) potwierdzenia nadania i doręczenia - wydruk ze strony internetowej DHL (śledzenie przesyłki) oraz 2) potwierdzenie doręczenia - wypełniony list przewozowy z datą doręczenia 31 stycznia 2020 r. Niezależnie od powyższego odwołujący stwierdził, iż w jego ocenie zamawiający błędnie interpretuje regulację art. 131 bc ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego z normy zawartej w pierwszym zdaniu tego artykułu nie wynika obowiązek, lecz uprawnienie wykonawcy poinformowania wykonawcy o fakcie złożonego wniosku. Ponadto regulacja ta dopuszcza w tym przypadku drogę telefoniczną jako formę komunikacji z zamawiającym. W ocenie odwołującego podstawy do zwrotu wniosku należy upatrywać w normie zawartej w zdaniu drugim ww. artykułu, odnoszącej się do daty wysłania wniosku (przed upływem terminu na ich składanie) oraz do daty otrzymania go przez zamawiającego (nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków). Powiązanie tej regulacji z obowiązkiem notyfikacji faktu wysłania wniosku stanowi zdaniem odwołującego wykreowanie

dodatkowego warunku nie wskazanego w przepisach ustawy Pzp i dokonywanie

rozszerzającej wykładni przepisów o charakterze sankcyjnym.

II. Odpowiedzi na odwołanie zamawiający udzielił ustnie do protokołu rozprawy.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Uzasadniając zajęte w sprawie stanowisko zamawiający stwierdził w szczególności, iż przedstawiony w odwołaniu stan faktyczny sprawy jest niezgodny z rzeczywistością. Wskazał, że wniosek odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został mu doręczony w dniu 4 lutego 2020 r., a nie w dniu 31 stycznia 2020 r. jak twierdzi odwołujący. Przed upływem terminu składania wniosków odwołujący nie poinformował zamawiającego o wysłaniu wniosku. W związku z tym zamawiający zawiadomił odwołującego, iż jego wniosek zostanie zwrócony. Na potwierdzenie swoich twierdzeń i celem zaprzeczenia twierdzeniom odwołującego zamawiający wniósł o dopuszczenie następujących dowodów: 1) nagrania z systemu nadzoru wizyjnego z biura przepustek potwierdzającego okoliczność, że w dniu 31 stycznia 2020 r. o godz. 8:30 żadna firma przesyłkowa nie pojawiła się na biurze przepustek z jakąkolwiek przesyłką; 2) oświadczenia Dyrektora Biura Kadr i Szkolenia KGSG potwierdzającego, że w KGSG nie pracuje osoba o nazwisku K., która to miała jakoby odebrać przesyłkę od odwołującego w dniu 31 stycznia 2020 r.; 3) oświadczenia pracownika Kancelarii Biura Ochrony o tym, że w dniu 31 stycznia 2020 r. do kancelarii BOI KGSG nie wpłynęła przesyłka od odwołującego; 4) nagrania z systemu nadzoru wizyjnego z biura przepustek potwierdzającego okoliczność, że w dniu 4 lutego 2020 r. o godz. 12:15 firma przesyłkowa DHL pojawiła się na biurze przepustek i doręczyła pracownicy Kancelarii BOI KGSG przesyłkę; 5) oświadczenia pracownicy kancelarii BOI KGSG, która w dniu 4 lutego 2020 r. odebrała przesyłkę od odwołującego, przy czym data i godzina złożenia przesyłki zawierającej wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołującego została zarejestrowana w Książce doręczeń przesyłek miejscowych - oferty; 6) kserokopii strony z Książki doręczeń przesyłek miejscowych - oferty, zawierającej informacje o datach i godzinach przyjęcia do kancelarii poszczególnych wniosków złożonych w przedmiotowym postępowaniu; 7) zapytania Zastępcy Dyrektora Biura Finansów KGSG kierowanego do Zastępcy Dyrektora Biura Ochrony Informacji KGSG odnośnie uzyskania zapisu z monitoringu Biura Przepustek Służby Ochrony Państwa z dnia 18 lutego 2020 r. wraz z odpowiedzią z dnia 27 lutego 2020 r. Ponadto zamawiający nie zgodził się z interpretacją przepisu art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp przedstawioną przez odwołującego. Powołując się na poglądy przedstawione w komentarzu autorstwa E. Wiktorowskiej oraz w komentarzu autorstwa W. Dzierżanowskiego, M. Stachowiak i J. Jerzykowskiego, publikacje Urzędu Zamówień Publicznych oraz normę art. 36 ust. 6 dyrektywy 2009/81/WE stwierdził, iż w świetle regulacji zawartej w przepisie art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp wykonawca ma obowiązek powiadomienia zamawiającego o złożeniu wniosku, natomiast fakultatywny jest sposób tego powiadomienia. Uprzednie powiadomienie zamawiającego o wysłaniu wniosku warunkuje możliwość dopuszczenia wniosku złożonego po wyznaczonym przez zamawiającego terminie składania wniosków.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 20 lutego 2020 r. wykonawca S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Ww. wykonawca nie stawił się na posiedzenie niejawne z udziałem stron i rozprawę wyznaczone na dzień 28 lutego 2020 r. i nie przedstawił swojego stanowiska w sprawie.

IV. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 20 lutego 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T-Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Computex Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Ww. wykonawcy nie stawili się na posiedzenie niejawne z udziałem stron i rozprawę wyznaczone na dzień 28 lutego 2020 r. i nie przedstawili swojego stanowiska w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba oddaliła zgłoszoną przez odwołującego opozycję przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykonawcy S&T Poland Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T-Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Computex Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie. Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje wykonawca, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, rozumiany jest szeroko. W ocenie składu orzekającego Izby za interes ten może być uważane dążenie do zmniejszenia liczby wykonawców uprawnionych do złożenia oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, a tym samym zwiększenie swoich szans na uzyskanie zamówienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz przedstawionych przez strony dowodów Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zawarł następujące postanowienia dotyczące miejsca i sposobu składania wniosków:

„20. Miejsce i sposób składania wniosków:

Wniosek wraz ze wszystkimi podpisanymi załącznikami, należy umieścić w kopercie zapieczętowanej w sposób gwarantujący zachowanie poufności jego treści oraz zabezpieczający jego nienaruszalność.

21. Koperta winna być zaadresowana oraz opisana według poniższego wzoru:

Komenda Główna Straży Granicznej, 00-463 Warszawa, ul. Podchorążych 38,

Biuro Finansów - Zamówienia Publiczne, Postępowanie nr 57BF/BŁil/19 - Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym pn.: „Usprawnienie procesu odpraw granicznych z wykorzystaniem platformy integrującej - Infrastruktura sieciowo-serwerowa”. Na kopercie należy podać numer/numery części zamówienia, na które składany jest wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

22. Koperta poza oznakowaniem jak wyżej powinna być opatrzona dokładną nazwą i adresem Wykonawcy.

23. Kopertę zawierającą wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z pozostałymi wymaganymi dokumentami należy złożyć w Kancelarii Biura Ochrony Informacji Komendy Głównej Straży Granicznej w Warszawie przy ul. Podchorążych 38, budynek nr 5, pokój nr 42, w godz. 8:30-15:30 (od poniedziałku do piątku), tel. kontaktowy - po linii miejskiej: +48 225004372 lub +48 225005337, z biura przepustek - po linii resortowej 76604372 lub 76605337.

24. Wykonawca (na żądanie) otrzyma pisemne potwierdzenie złożenia wniosku.

25. Informacja o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może być przekazana telefonicznie przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wniosek uważa się za złożony w terminie, jeżeli przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostanie on wysłany i zamawiający otrzyma go nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków.

26. Konsekwencje złożenia wniosku niezgodnie z ww. opisem (np. potraktowanie wniosku jako zwykłej korespondencji i nie dostarczenie jej na miejsce składania wniosków w terminie określonym w ogłoszeniu) ponosi Wykonawca.

27. Wykonawca może wprowadzić zmiany lub wycofać złożony wniosek przed upływem terminu składania wniosków.

28. Zamawiający niezwłocznie powiadomi Wykonawcę, którego wniosek wpłynął po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Zamawiający zwróci wniosek po upływie terminu do wniesienia odwołania.”

Termin złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został przez zamawiającego wyznaczony na 3 lutego 2020 r. godz. 10:00.

Pismem z dnia 5 lutego 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego, iż jego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wpłynął do zamawiającego w dniu 4 lutego 2020 r. o godz. 12:50, tj. po terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż do upływu terminu wyznaczonego przez zamawiającego na składanie wniosków, tj. do dnia 3 lutego 2020 r. do godz. 10:00, zamawiający nie otrzymał od odwołującego żadnego powiadomienia o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z powyższym zamawiający poinformował odwołującego, iż jego wniosek zostanie zwrócony po upływie terminu do wniesienia odwołania.

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 5 lutego 2020 r. odwołujący poinformował zamawiającego, iż nie zgadza się z decyzją zamawiającego. Wskazał, iż dysponuje kopią listu przewozowego podpisanego przez pracownika Komendy Głównej Straży Granicznej [w liście przewozowym figuruje nazwisko: K.], który w dniu 31 stycznia o godzinie 08:31 potwierdził odbiór przesyłki zawierającej wniosek odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dodał, iż datę i godzinę odbioru przesyłki przez zamawiającego potwierdzają również informacje dostępne na stronie firmy kurierskiej DHL.

Pismem z dnia 7 lutego 2020 r., stanowiącym ustosunkowanie się do ww. pisma odwołującego, zamawiający podtrzymał stanowisko w sprawie. Jednocześnie zamawiający przekazał odwołującemu szczegółowe informacje odnośnie dokonanych w tym zakresie ustaleń. W szczególności zamawiający wskazał, iż zarówno w Kancelarii Biura Ochrony Informacji Komendy Głównej Straży Granicznej jak i w całej Komendzie Głównej Straży Granicznej nie pracuje osoba o nazwisku K., która figuruje w podpisie przedstawionego przez odwołującego listu przewozowego. Pracownikami Kancelarii BOI KGSG są wyłącznie kobiety i są to jedyne osoby uprawnione do odbioru przesyłek dostarczanych do Komendy Głównej Straży Granicznej przy ul. Podchorążych 38. Zamawiający stwierdził, iż w dniu 31 stycznia 2020 r. o godz. 08:30 żaden kurier firmy doręczającej przesyłki nie kontaktował się z kancelarią BOI KGSG przy ul. Podchorążych 38 w sprawie doręczenia przesyłki do Zamówień Publicznych do KGSG, co może potwierdzić pracownica Kancelarii BOI KGSG. Potwierdzają to również zapisy z systemu dozoru wizyjnego (monitoringu) zainstalowanego w pomieszczeniu biura przepustek przy ul. Podchorążych 38.

Izba ustaliła, iż doręczenie zamawiającemu wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu miało miejsce w dniu 4 lutego, a nie 31 stycznia 2020 r. Powyższego ustalenia Izba dokonała na podstawie dowodów przedstawionych przez zamawiającego, tj. 1) oświadczenia pracownicy Kancelarii BOI KGSG o odebraniu w dniu 4 lutego 2020 r. ok. godz. 12:30 od kuriera DHL przesyłki zawierającej wniosek odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 2) nagrań z systemu nadzoru wizyjnego z biura przepustek (z których wynika, że mężczyzna ubrany w odzież jaką zwykle noszą kurierzy DHL nie stawił się w biurze przepustek w dniu 31 stycznia 2020 r. ok. godz. 08:31, a stawił się w dniu 4 lutego 2020 r. ok. godz. 11:59 i przekazał przesyłkę pracownicy KGSG ok. godz. 12:09); 3) oświadczenia Zastępcy Dyrektora Biura Kadr i Szkolenia KGSG, iż w systemie kadrowym tego biura nie występuje jako funkcjonariusz lub pracownik Komendy Głównej Straży Granicznej osoba o nazwisku K., tj. osoba, której podpis widnieje na liście przewozowym przedstawionym przez odwołującego oraz 4) wyciągu z Książki doręczeń przesyłek miejscowych - oferty, w której zarejestrowano doręczenie wniosku odwołującego w dniu 4 lutego 2020 r. o godz. 12:50. Ww. dowody Izba uznała za wiarygodne. Wprawdzie z dowodów tych wynikają pewne różnice co do konkretnej godziny doręczenia zamawiającemu wniosku odwołującego, jednakże w ocenie Izby spowodowane to jest tym, iż proces odbioru od kuriera i rejestracji wniosku odbywał się w pewnym odcinku czasowym i, jak wynika ze złożonych przez zamawiającego dowodów (wskazanych powyżej pod pozycją 1 i 4), rejestracji wniosku w Książce doręczeń przesyłek miejscowych - oferty dokonała inna osoba niż osoba odbierająca od kuriera przesyłkę zawierającą ten wniosek. Niemniej jednak w ocenie składu orzekającego Izby ww. rozbieżności co do godziny doręczenia przesyłki - w świetle całokształtu materiału dowodowego - nie mają istotnego znaczenia dla poczynionych ustaleń faktycznych. Izba wzięła bowiem pod uwagę również fakt, iż odwołujący miał szczegółową wiedzę co do stanowiska zamawiającego co najmniej od dnia 7 lutego 2020 r. Odwołujący miał zatem wystarczająco dużo czasu, aby kwestię terminu doręczenia wniosku przez kuriera dokładnie wyjaśnić zwracając się do podmiotu, z którego usług kurierskich skorzystał. Zaniechanie przestawienia dalszych dowodów w ww. zakresie (co odwołujący zapowiadał w treści odwołania) stanowi okoliczność obciążającą procesowo odwołującego, bez względu na powody takiego stanu rzeczy. Uwzględniając powyższą okoliczność, a z drugiej strony sprzeczność z dowodami przedstawionymi przez zamawiającego, Izba uznała, iż dowody złożone przez odwołującego nie mogą stanowić podstawy ustaleń faktycznych w niniejszej sprawie. Ponadto Izba pominęła jako dowód w sprawie oświadczenie pracownicy kancelarii Biura Ochrony Informacji KGSG dotyczące braku wpływu wniosku odwołującego w dniu 30 stycznia 2020 r., albowiem według twierdzeń odwołującego miało to mieć miejsce nie w dniu 30, lecz w dniu 31 stycznia 2020 r.

Bezsporna pomiędzy stronami była okoliczność niepowiadomienia zamawiającego przez odwołującego o wysłaniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przed upływem terminu składania wniosków.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W niniejszej sprawie pomiędzy stronami istniał spór co do faktu w odniesieniu do daty doręczenia zamawiającemu wniosku odwołującego o dopuszczenie go do udziału w postępowaniu oraz spór co do prawa w zakresie interpretacji przepisu art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp. Ustalenia faktyczne Izby w zakresie daty doręczenia zamawiającemu wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały przedstawione powyżej.

W odniesieniu do sporu prawnego dotyczącego art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp Izba nie podzieliła sposobu wykładni tej regulacji zaprezentowanego przez odwołującego. Zdaniem składu orzekającego Izby odwołujący błędnie oddziela regulację zawartą w zdaniu pierwszym art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp od unormowania zawartego w zdaniu drugim tego artykułu. Uregulowania te zostały przez ustawodawcę umieszczone w ramach jednej jednostki redakcyjnej (ten sam ustęp art. 131bc ustawy Pzp) i winny być interpretowane łącznie. Ratio legis tego przepisu widoczne jest w przypadku ścisłego powiązania treści zawartej w zdaniu pierwszym z treścią zawartą w zdaniu drugim. Polega ono na wprowadzeniu do ustawy wyjątku od zasady, zgodnie z którą uznanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu za złożonego w terminie ma miejsce wtedy, gdy wniosek ten zostanie zamawiającemu doręczony przed upływem terminu na złożenie wniosków wyznaczonego w ogłoszeniu o zamówieniu. Natomiast przepis art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp ustanawia wyjątek, zgodnie z którym za złożony w terminie może zostać uznany wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który został doręczony po upływie terminu na złożenie wniosków wyznaczonego w ogłoszeniu o zamówieniu, lecz nie później niż siódmego dnia od upływu tego terminu, w przypadku gdy przed upływem wyznaczonego terminu został on wysłany, o czym wykonawca poinformował zamawiającego drogą telefoniczną. Powyższa regulacja ma znaczenie w sytuacji, gdy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w formie pisemnej składany jest za pośrednictwem operatora pocztowego. W każdym jednak przypadku z chwilą upływu terminu wyznaczonego na złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć wiedzę co do wniosków złożonych w postępowaniu, czemu służy omawiany przepis. Należy podkreślić, iż istotna jest kolejność regulacji zawartych w art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp. W pierwszym zdaniu ustawodawca wprowadził uprawnienie (stąd wyrażenie „informacja [...] może być przekazana") wykonawcy do telefonicznego poinformowania zamawiającego o wysłaniu (złożeniu) przez niego wniosku. W sytuacji skorzystania przez wykonawcę z tego uprawnienia aktualizuje się regulacja zawarta w zdaniu drugim art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp, zawierającym przesłanki (warunki) uznania wniosku za złożony w terminie - w tym przypadku, tj. w przypadku powiadomienia telefonicznego zamawiającego o złożeniu wniosku. Należy zatem częściowo zgodzić się z odwołującym, iż w norma zawarta w zdaniu pierwszym art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp statuuje jedynie uprawnienie, a nie obowiązek wykonawcy. Jednakże skorzystanie z tego uprawnienia jest jednocześnie warunkiem koniecznym, aby wniosek wykonawcy mógł zostać uznany za złożony w terminie na zasadach określonych w zdaniu drugim art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp, a nie na zasadach ogólnych, zgodnie z którymi znaczenie ma doręczenie wniosku zamawiającemu przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyznaczonego przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Dodatkowo należy zauważyć, iż odczytywanie regulacji zawartej w pierwszym zdaniu art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp w oderwaniu od regulacji zawartej w drugim zdaniu tego artykułu prowadziłoby do konieczności postawienia pytania o racjonalną przyczynę wprowadzenia takiej regulacji do ustawy Pzp, której to w ocenie składu orzekającego nie sposób się doszukać.

W niniejszej sprawie Izba ustaliła, że wniosek odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został zamawiającemu doręczony w dniu 4 lutego 2020 r., podczas gdy wyznaczony przez zamawiającego termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upływał w dniu 3 lutego 2020 r. Bezsporna pomiędzy stronami była okoliczność niepowiadomienia zamawiającego przez odwołującego o wysłaniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przed upływem terminu składania wniosków - w związku z tym nie może znaleźć zastosowania unormowanie zawarte w art. 131bc ust. 4 ustawy Pzp, w tym wskazane w tym przepisie przesłanki (warunki) uznania wniosku za złożony w terminie, pomimo doręczenia go po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W konsekwencji

powyższego brak jest podstawy prawnej do uznania wniosku odwołującego za wniosek złożony w terminie i niepodlegający zwrotowi przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak

w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: .....