

Sygn. akt: KIO 85/21

WYROK
z dnia 12 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polski PCS Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Ensteam Sp. z o.o., z siedzibą w Łowisku**, w postępowaniu prowadzonym przez **Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni**, przy udziale wykonawcy **Sprint S.A., z siedzibą w Olsztynie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polski PCS Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Ensteam Sp. z o.o., z siedzibą w Łowisku** 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polski PCS Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Ensteam Sp. z o.o., z siedzibą w Łowisku** a rzecz zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 85/21

UZASADNIENIE

W dniu 7 stycznia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Konsorcjum firm: **Polski PCS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, oraz Ensteam sp. z o.o. z siedzibą w Łowisku (dalej „Odwołujący”)** zarzucając zamawiającemu Urzędowi Morskiemu w Gdyni (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

1. art. 82 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 68 kodeksu cywilnego (kc) poprzez jego niezastosowanie i dopuszczenie do złożenia przez wykonawcę Sprint S.A. więcej niż jednej oferty;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sprint S.A. mimo jej niezgodności z ustawą;
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie do stanu faktycznego niekwalifikującego się do zastosowania tego przepisu;
4. art. 85 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 66 § 2 kc poprzez dopuszczenie do przedłużenia terminu związania ofertą po jego upływie;
5. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do wprowadzenia istotnej zmiany w treści złożonej oferty;
6. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sprint S.A. z postępowania mimo podania w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą nieprawdziwych informacji mających istotne znaczenie na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
7. art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 353-354 kodeksu cywilnego oraz przepisów prawa ubezpieczeniowego, a także odpowiednio stosowanych regulacji dotyczących gwarancji bankowej określonej w art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1376 j .t. z późn. zm.);
8. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na fakt, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;
9. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez uznanie że wykonawca Sprint S.A. spełnia postawione warunki dotyczące doświadczenia zawodowego podczas gdy wykonawca Sprint S.A. ich nie spełnia;
10. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sprint S.A. z postępowania mimo podania w dokumentach składanych na wezwanie zamawiającego nieprawdziwych informacji mających istotne znaczenie na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
11. art. 7 ust 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania, proporcjonalności, bezstronności i obiektywizmu prowadzące do niegodnego z przepisami wyboru wykonawcy Sprint S.A.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania: unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Sprint S.A. jako najkorzystniejszej; odrzucenia oferty Sprint S.A. niezgodność oferty z ustawą oraz z uwagi na konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania wyboru oferty Odwołującego w razie pozytywnego dla Odwołującego wyroku sądu; zasądzenia kosztów postępowania wg. norm przepisanych.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o zamówienie, którego przedmiotem jest „Dostosowanie Systemu National Single Window do obsługi użytkowników zewnętrznych za pomocą interfejsu graficznego. Postępowanie zostało zakwalifikowane do postępowań prowadzonych na zasadach ogólnych, mimo że jego przedmiot bez wątplenia zakwalifikowany powinien być do zamówień sektorowych na podstawie art. 132 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że przepisy sektorowe stosuje się, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu prowadzenia jednego z następujących rodzajów działalności: (...) 2) zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim oraz śródlądowym. Przedmiotem zamówienia jest „Dostosowanie Systemu National Single Window do obsługi użytkowników zewnętrznych za pomocą interfejsu graficznego”, który ma zastąpić służącą temu celowi aplikację pod nazwą skróconą PHICS (Polish Harbours Information and Control System) czyli System Kontrolno-Informacyjny dla Portów Polskich. Specyfikacja przedmiotu zamówienia potwierdza, że rozbudowany NSW obejmie funkcjonalności Systemu Kontrolno- informacyjnego dla Portów Polskich par HI pkt 1. Przedmiot zamówienia. Ponadto w opisie przedmiotu zamówienia wskazuje się że projektowana rozbudowa NSW ma zapewnić realizację wymagań dyrektywy 2010/65/UE z dnia 20 października 2010 r. w sprawie

formalności sprawozdawczych dla statków wchodzących do portów lub wychodzących z portów państw członkowskich i uchylającej dyrektywę 2002/6/WE (Dz. Urz. UE L 283/1 z 29.10.2010). Porty morskie pobierają informacje z Systemu Kontrolno-informacyjnego dla Portów dla swoich celów statutowych, m.in., dla zabezpieczenia prawidłowego funkcjonowania portu, zachowania bezpieczeństwa w porcie oraz dla zabezpieczenia usług dla wpływających i wypływających statków., a zatem zamówienie jest realizowane w celu zarządzania portem i jako takie kwalifikuje się o zamówień sektorowych w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Oferta Odwołującego z ceną 545.000 zł oraz oferta Wykonawcy Sprint S.A. z ceną 848.085 zł, czyli o ponad 300.000 droższa niż oferta Odwołującego. W pierwszym etapie oceny to właśnie oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Wybór ten został zakwestionowany przez Wykonawcę Sprint S.A., który zarzucił m.in. niewłaściwe podpisanie oferty przez Odwołującego, który podpisał ofertę podpisem kwalifikowanym przez jednego z członków konsorcjum oraz profilem zaufanym przez drugiego. Odwołujący wskazał, że osoba podpisująca ofertę podpisem kwalifikowanym miała pełnomocnictwo do dokonania tej czynności. Pełnomocnictwo jednakże nie zostało dołączone do oferty. Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie nie dała wiary twierdzeniom Odwołującego, że w imieniu konsorcjum działał prawidłowo umocowany pełnomocnik i nakazała odrzucenie oferty jako niezgodnej z ustawą na podstawie art. 10 c ustawy Pzp, nie biorąc pod uwagę, że artykuł ten nie ma zastosowania w przedmiotowym postępowaniu. Wobec powyższego Odwołujący złożył skargę na wyrok KIO z dnia 01 grudnia 2020 r. przesyłając Zamawiającemu oraz Wykonawcy Sprint S.A. odpis skargi. Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu — w aktach postępowania, Opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ — w aktach postępowania, Wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 01 grudnia 2020 r. — załącznik do odwołania, Skarga do Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 21.12.2020 wraz z dowodami nadania do Prezesa KIO, Zamawiającego oraz Wykonawcy Sprint S.A. - załącznik do odwołania.

Odwołujący wskazał, że podstawą złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu była specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zgodnie z której pkt IX ust. 1 termin związania ofertą powinien wynosić 60 dni. Termin składania ofert upływał 14 sierpnia 2020 r. W złożonej przez Wykonawcę Sprint S.A. ofercie Wykonawca wskazał 30 dniowy termin związania ofertą, który upłynął 14 września 2020 r. i którego przed upływem terminu Wykonawca nie przedłużył. Dowód: Specyfikacja istotnych warunków zamówienia - w aktach postępowania, Oferta firmy Sprint S.A. - w aktach postępowania.

Odwołujący wskazał, że stan związania ofertą jest konstrukcyjnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia, a jego realizacji i zabezpieczeniu służyć ma m.in. sankcja wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (zob. wyrok z dnia 27 sierpnia 2014 r., KIO 1669/14). Upływ terminu związania ofertą powoduje, że wykonawca nie jest już uczestnikiem postępowania, a jego odwołanie jest złożone przez podmiot nieuprawniony (zob. postanowienie z dnia 7 października 2013 r., KIO 2288/13). Związanie ofertą trwa tylko przez czas oznaczony, po upływie którego oferta wygasa. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego okres, na jaki wykonawcy pozostają związani złożonymi ofertami został uregulowany w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie ustawodawca w ust. 2 tego przepisu dopuścił możliwość przedłużenia pierwotnego terminu związania ofertami w sposób nieograniczony co do ilości i okresu - samodzielnie przez wykonawców bądź jednokrotnie na wniosek zamawiającego, wystosowany na co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania oferta i tylko o oznaczony okres, nie dłuższy niż 60 dni. Tak szczegółowe uregulowania w zakresie możliwości przedłużenia terminu związania oferta, wskazują na doniosłość prawną instytucji terminu związania oferta i fakt, że jest ona immanentnym elementem złożonej oferty. Oferta wykonawcy wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym wykonawca był nią związany. Odwołujący wskazał, że na gruncie ustawy Pzp wybór oferty najkorzystniejszej musi nastąpić w terminie związania ofertą, a wykonawca musi być związany złożoną przez siebie ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert. Podkreślić także należy, że przepisy Pzp nie przewidują możliwości przywrócenia biegu terminu związania ofertą. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania oferta musi wpłynąć do zamawiającego przed upływem tego terminu. Jeżeli wykonawca chce dalej ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, powinien on złożyć w tym zakresie jednoznaczne oświadczenie zamawiającemu. Złożenie oświadczenia w tym zakresie w terminie późniejszym tj. po upływie terminu związania ofertą należy ocenić jako złożenie nowej oferty, niemożliwe do przyjęcia na gruncie przepisów ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę (art. 82 ust. 1 Pzp).

Odwołujący wskazał, że w toku postępowania wykonawca Sprint S.A. przed upływem terminu związania ofertą, który przypadał na 14 września 2020 r. nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Wynika z powyższego, że wykonawca nie wyraził takiej woli, powstrzymując się od podejmowania jakichkolwiek działań. Fakt niezłożenia przed datą 14 września 2020 r. oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą jest bezsporny, o czym najlepiej świadczą czynności Zamawiającego i wykonawcy Sprint podjęte w toku postępowania. Dowód: Pismo Wykonawcy Sprint S.A. z dnia 09.10.2020 r. wyrażające zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 06.10.2020 r. - w aktach postępowania.

W ocenie Odwołującego czynność wykonawcy Sprint S.A. z dnia 09.10.2020 r. wykonana po upływie trzech tygodni od zakończenia terminu związania ofertą winna zostać zakwalifikowana jako złożenie nowej oferty - po pierwsze z uchybieniem terminu przewidzianego na złożenie oferty, a po wtóre jako naruszająca zasadę, według której wykonawca może złożyć w postępowaniu tylko jedną ofertę. W konsekwencji dalsza ocena oferty wykonawcy Sprint S.A. obarczona jest nieusuwalną wadą i jako taka nie może prowadzić do wyboru tej oferty. Zamawiający tymczasem, zamiast dokonać odrzucenia oferty Sprint na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako niezgodnej z ustawą dokonał wyboru tej oferty poprzedzając wybór szeregami nieuprawnionych czynności. Do takich czynności, oprócz bezprawnego skierowania do Wykonawcy Sprint S.A. wniosku o przedłużenie terminu związania ofertą i przyjęcia oświadczenia od tego wykonawcy, o czym w poprzedzających pkt 4 i 5 należały w kolejności: zakwalifikowanie wskazanego terminu związania ofertą za omyłkę możliwą do naprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, uznanie nieaktualnej i wadliwej przedmiotowo gwarancji ubezpieczeniowej za prawidłową, nieuprawnione wezwanie do przedstawienia dokumentów, które miałyby potwierdzić brak podstaw wykluczenia wykonawcy oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu, odebranie i uwzględnienie niemożliwych do przyjęcia i wadliwych przedmiotowo dokumentów i dokonanie wyboru oferty wykonawcy Sprint S.A. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że związanie ofertą trwa tylko przez czas oznaczony, po upływie którego oferta wygasa. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą musi wpłynąć do zamawiającego przed upływem tego terminu. Nie można zatem sanować wygasłej czynności związania ofertą poprzez czynność dokonaną po upływie tego terminu. Oferta firmy Sprint, wskutek wyrażenia zgody na zmianę terminu związania ofertą, jest poczytywana za nową ofertę, o czym jednoznacznie przesądza art. 68 kc. Oferta zaś pierwotnie złożona przestała wiązać, zgodnie z § 2 art. 66 kc.

Odwolujący wskazał, że w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp jest mowa wyraźnie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Zgodnie ze słownikowym rozumieniem słowa „przedłużyć” (internetowy słownik języka polskiego - <http://sjp.pwn.pl/>: przedłużyć to znaczy „sprawić, że coś trwa dłużej, niż przewidywano”) uznać należy, że zamiarem ustawodawcy było zobligowanie wykonawcy do podjęcia działań, które zmierzałyby do utrzymania stanu związania złożoną przez niego ofertą przez kolejny, określony przez tego wykonawcę (lub zamawiającego, o czym wyżej) okres. W celu utrzymania stanu związania ofertą koniecznym jest zapewnienie jego ciągłości. Nie można bowiem mówić o utrzymaniu stanu związania ofertą (skutecznym jego przedłużeniu), gdy wyznaczony pierwotnie termin związania ofertą upływie, a wykonawca dopiero po jego upływie wyrazi wolę przedłużenia terminu związania go złożoną przez niego ofertą. W takim przypadku nie można bowiem mówić o przedłużeniu tegoż terminu, ale o podjęciu próby jego restytucji, odnowienia na mocy później wyrażonego oświadczenia woli. Przepis art. 85 ust. 2 Pzp nie uznaje takiego działania za dopuszczalne. W ocenie Odwołującego, konieczne jest zatem wyrażenie jednoznacznego stanowiska przez wykonawcę jeszcze przed upływem pierwotnie wyznaczonego terminu związania ofertą. Tylko w takim przypadku można mówić o przedłużeniu terminu, a więc utrzymaniu stanu związania wykonawcy ofertą, który to stan, w chwili składania oświadczenia przez wykonawcę musi jeszcze istnieć, aby mógł zostać przedłużony. Należy zwrócić ponadto uwagę, że nie istnieje przepis, który umożliwiłby żądanie od wykonawcy złożenia wyjaśnień w zakresie terminu związania ofertą. Przepisy ustawy Pzp zawierają bowiem dwie podstawy wezwania do złożenia wyjaśnień tj.: art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotem wyjaśnień mogą być oświadczenia i dokumenty określone w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotem wyjaśnień może być wyłącznie treść oferty. Termin związania ofertą nie stanowi treści oferty, a oświadczenie w tym zakresie nie zostało zawarte w katalogu oświadczeń i dokumentów z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym wezwanie do wyjaśnień w zakresie terminu związania ofertą oznaczałoby wyjście poza dopuszczalny zakres wskazany w przywołanych wyżej przepisach. Byłoby to więc działanie zamawiającego bez podstawy prawnej. Dowód: Pismo Zamawiającego - zawiadomienie z dnia 09.12.2020 r. o poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty - w aktach postępowania oraz pismo wykonawcy Sprint S.A. z dnia 11.12.2020 r. o wyrażeniu zgody na poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty - w aktach postępowania.

W ocenie Odwołującego konsekwencje błędnie wskazanego 30 - dniowego terminu związania ofertą rozciągają się na wadium wniesione wobec pierwotnie złożonej oferty. Zdaniem Odwołującego, złożenie oświadczenia o przyjęciu zmienionego terminu związania oferta należy pożytywać za nową ofertę, to wskazać wypada, że wadium z dnia 10.08.2020 r. złożone w postaci ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej dotyczyło wyłącznie pierwotnie wniesionej oferty, a przedstawiony do gwarancji wadialnej aneks z dnia 08.10.2020 r. przedłużający jej ważność do dnia 13.01.2021 r. także odnosi się do pierwotnie złożonej oferty, podczas gdy badaniem i oceną została objęta druga oferta, która, nie dość że niedopuszczalna i złożona po terminie składania ofert, to dodatkowo nie została zabezpieczona wadium. Ponadto Odwołujący podniósł, że gwarancja wadialna jest przedmiotowo wadliwa bowiem nie wskazuje konkretnej metryki aktu prawnego, do którego miałaby odnosić się roszczenie Beneficjenta gwarancji. Takie jej sformułowanie rodzi niepewność prawą i przeczy istocie samej gwarancji. Jak wskazuje się w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 marca 2017 r. (VI ACa 1799/15): „Gwarancja ubezpieczeniowa nie jest uregulowana ustawowo, stosuje się w jej kontekście przepisy innych aktów prawnych, w tym Kodeksu cywilnego oraz ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ich nowelizacje i obowiązujące modyfikacje. Podstawa prawna gwarancji ubezpieczeniowej to zwłaszcza artykuły 353 i 805 Kodeksu Cywilnego, Ustawa o działalności ubezpieczeniowej z 22.05.2003 roku, Jednolite reguły żądań gwarancyjnych przyjęte przez Międzynarodową Izbę Handlową w 1991 roku, ustawy Prawo bankowe z 29.08.1997 roku oraz Prawo zamówień publicznych z 29.01.2004 roku, a także Prawo celne z 19.03.2004 roku. Gwarancja ubezpieczeniowa jest rodzajem umowy wypracowanej przez praktykę gospodarczą (...) gwarancja ubezpieczeniowa stanowi pisemne zobowiązanie zakładu ubezpieczeń (gwaranta) do wypłaty na rzecz beneficjenta (podmiotu, na rzecz którego została wystawiona gwarancja) określonej sumy pieniężnej, na jego żądanie i oświadczenie, w sytuacji, w której dłużnik (wnioskodawca gwarancji) nie realizuje swoich zobowiązań (określonych w gwarancji) wobec beneficjenta. Jest więc gwarancja ubezpieczeniowa specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art. 353¹ k.c.). Treść gwarancji sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji (gwarantariusza) określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego”. Odwołujący powołał się na orzeczenie Izby z dnia 17 kwietnia 2018, sygn. akt: 627/18.

W ocenie Odwołującego w przypadku analizowanej gwarancji zakres przedmiotowy gwarancji został określony poprzez odwołanie do niesprecyzowanego stanu prawnego i jako taki nie może zostać uznany za prawidłowy. Na uwagę zasługuje dodatkowo fakt, że w dniu 29.10.2020 r. Zamawiający dokonał zwrotu wadium zwalniając wykonawcę Sprint S.A. ze zobowiązań wadialnych. Powtórne wadium nie zostało wniesione przez Sprint S.A. Dowód: wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) z dnia 10.08.2020 r.; Aneks nr 1 do Wadium (gwarancji ubezpieczeniowa) z dnia 10.08.2020 r., pismo Zamawiającego z dnia 29.10.2020 r. - Zwrot wadium.

Zdaniem Odwołującego w świetle nieprawidłowości wskazanych w punktach powyżej dalsze uporczywe działania Zamawiającego zmierzające do wyboru oferty Sprint należy uznać za nieuprawnione pod względem formalnym i jako takie nie korzystające z ochrony.

Ponadto Odwołujący wskazał, że dodatkowym argumentem jest uwzględnienie przez Zamawiającego otrzymanych dokumentów dotyczących doświadczenia wykonawcy i uznanie ich za prawidłowe. Na potwierdzenie wymaganego doświadczenia wykonawca Sprint S.A. złożył następujące dokumenty:

- 1.Referencja 1: Wdrożenie i integracja Systemu Wymiany Informacji Bezpieczeństwa Żeglugi (SWIBŻ). Przedstawione prace realizowane przed wymaganym przez Zamawiającego okresem. Zgodnie bowiem z wymaganiami z SIWZ Pkt V ust. 1 pkt 2) c) prace powinny być zrealizowane pomiędzy 2015-08-14 - 2020- 08-14. Prace realizowane były 23-07-2013 do 31-06-2015 a więc przed terminem wymaganym przez Zamawiającego i jako takie mogą być brane pod uwagę przy ocenie doświadczenia Wykonawcy Sprint S.A.
- 2.Referencja 2: Dostosowanie Systemu Wymiany Informacji Bezpieczeństwa Żeglugi (SWIBŻ) jako komponentu warstwy pośredniczącej Narodowego Systemu SafeSeaNet w celu zapewnienia przepływu informacji w ramach National Single Window (NSW). Zgodnie z treścią referencji otrzymanych od Urzędu Morskiego w Gdyni zrealizowane prace polegały na dostawie usług i oprogramowania którego efektem był system organizujący przepływ informacji pomiędzy interesariuszami w trybie system to system posiadający interfejs graficzny. Wymogiem Zamawiającego, zgodnie z powołanym wyżej pkt V ust. 1 pkt 2) c) SIWZ było wykazanie wykonania oprogramowania opartego na interfejsie sieci

Web. Aplikacja internetowa (ang. web application), zwana również aplikacją webową oznacza program komputerowy, który pracuje na serwerze i komunikuje się poprzez sieć komputerową z hostem użytkownika komputera z wykorzystaniem przeglądarki internetowej użytkownika, będącego w takim przypadku interaktywnym klientem aplikacji internetowej. Zdaniem Odwołującego, w SIWZ zamawiający wymagał zatem aby projekt był oparty na interfejsie sieci Web. Brak w referencji informacji by projekt był wykonany w jednej z technologii webowych, jest za to wskazanie że system działa w trybie system to system co wyklucza taką możliwość. Oprogramowanie działające w trybie system nie działa w oparciu o sieć Web. Późniejsze zapytania Urzędu Morskiego pokazują że system wykonany jest w języku Java oraz C++. Podane technologie działające w trybie system to system nie są językami webowymi. Są technologiami działającymi wyłącznie na serwerze przekazując informację przez interfejsy programistyczne, a nie przez przeglądarkę Web. Z tego powodu również i ta referencja nie może być uznana za spełniająca wymagania opisane w pkt V ust. 1 pkt 2) lit. c) SIWZ.

3. Referencja 3: Wsparcie techniczne oraz zmiany adaptacyjne Systemu Wymiany Informacji Bezpieczeństwa Żeglugi (SWIBZ). Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia opublikowaną w dniu 22.12.2016 r. będącą podstawą złożenia oferty w przetargu zakończonym zawarciem umowy i wykonaniem usługi, która jest przedmiotem tej referencji dokonano aktualizacji systemów w ramach wsparcia technicznego oraz zmian adaptacyjnych systemu wymiany informacji bezpieczeństwa żeglugi. W ocenie Odwołującego, w zakres zrealizowanej umowy nie wchodziły prace realizowane w technologiach webowych. W ramach umowy zapewniono ciągłość działania systemu, czyli wykonano prace typowo utrzymaniowe. Brak było prac opartych na technologiach sieci web. Wykonano zmiany adaptacyjne m.in. budowę nowej bazy danych czy budowę systemu raportowego (który jest również w wymaganiach obecnego przetargu). Zmiany adaptacyjne realizowane były głównie w warstwie integracji danych. Na 46 zamawianych prac jedynie jedna opisana jako „Poprawa ergonomii interfejsu dostępu dla autoryzowanych użytkowników NSW1 mogła być realizowana w technologii webowej. W ocenie Odwołującego ilość pozostałych prac pokazuje że prace nie były realizowane w oparciu o interfejs sieci web. Potwierdzają to referencje od Urzędu morskiego w których to zmiany w interfejsie wymienione są jako jeden z 9 pozostałych punktów. Dodatkowo w omawianym przetargu z 2016 r. Zamawiający zamawiał modyfikację modułu raportowego dostarczonego przez SPRINT S.A. W obecnym przetargu powtórzone jest zamówienie na moduł raportowy (SIWZ 3.3.24. Moduł raportowania). Reasumując praca ta jedynie w niewielkim fragmencie o niskiej wartości dotyczy technologii webowej i jako taka także nie spełnia wymaganego pkt V ust. 1 pkt 2) c) SIWZ doświadczenia wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego wykonawca Sprint S.A. nie wykazał spełnienia warunku opisanego w pkt V ust. 1 pkt 2) c) SIWZ i w konsekwencji powinien zostać wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Dowód: Specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w aktach postępowania, Specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 2016 r — załącznik do odwołania, Wykaz usług sporządzony przez Wykonawcę Sprint S.A. wraz z referencjami --w aktach postępowania.

Ponadto Odwołujący wskazał, że kwestionując pierwotnie dokonany przez Zamawiającego wybór oferty Odwołującego, w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą pełnomocnik firmy Sprint S.A. upoważniony do składania wszelkich oświadczeń w imieniu formy, co potwierdził na rozprawie, wprowadził w błąd skład rozpatrujący odwołanie stwierdzając, że wg jego najlepszej wiedzy jego mocodawca przedłużył termin związania ofertą przed jego upływem, co potwierdził na rozprawie pełnomocnik zamawiającego. Mimo złożenia przez Odwołującego działającego wówczas jako Przystępujący dowodów w postaci zrzutu z ekranów załączonych do pisma procesowego Izba stanęła na stanowisku, że: „nie zostały wykazane podstawy do uznania, że Odwołujący nie był związany ofertą” (str. 12 Wyroku KIO). Działania Zamawiającego podjęte po wydaniu wyroku przez KIO wyrażające się w próbie naprawienia błędu wykonawcy Sprint S.A. dowodzą, że w trakcie postępowania, wykonawca Sprint S.A. nie przedłużył skutecznie terminu związania ofertą, a w trakcie postępowania przed KIO będącego częścią postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca Sprint S.A. poświadczyl nieprawdę, co kwalifikuje go do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Dowód: Protokół z rozprawy - w aktach postępowania.

W ocenie Odwołującego działania Zamawiającego podjęte wobec wykonawcy Sprint S.A. w kontekście działań podjętych wobec Odwołującego wskazują na naruszenie zasady równego traktowania będącej jedną z podstawowych zasad traktatowych i naczelną zasadą całego systemu zamówień publicznych. Wyraża się ona w konieczności zagwarantowania wykonawcom biorącym udział w postępowaniu równego traktowania w trakcie całego procesu oceny ofert. Odwołujący powołał się na Wyrok TS z dnia 04 maja 2017 r. w sprawie C - 387/14 Esaprojekt. Zamawiający uwzględnił odwołanie wykonawcy Sprint S.A., co potwierdziła KIO wyłącznie z uwagi na jeden zarzut sprowadzający się do braku kwalifikowanego podpisu jednego z uczestników konsorcjum na ofercie. Pomijając wszystkie wywody świadczące o błędnym zakwalifikowaniu tej czynności Odwołujący podnosi, że skoro wobec niego zastosowano tak surową ocenę prawidłowości złożonej oferty, to taka sama miara winna mieć zastosowanie wobec wykonawcy Sprint S.A. Tymczasem, jak wynika z działań podjętych przez Zamawiającego tej miary nie zastosował Zamawiający wobec wykonawcy Sprint S.A. W ocenie Odwołującego wszelkie uchybienia tego wykonawcy zostały potraktowane jako nieistotne i możliwe do naprawienia. W kontekście oceny oferty złożonej przez Odwołującego należy wskazać na jeszcze jeden aspekt. Otóż, jak podkreślono w początkowych punktach uzasadnienia, Zamawiający wadliwie nie zakwalifikował postępowania do grupy sektorowych i zastosował art. 10c ustawy Pzp jako mający zastosowanie do prowadzonego postępowania, podczas gdy prawidłowe zakwalifikowanie postępowania do sektorowych plusuje takie postępowanie jako podprogowe, do którego art. 10c Pzp nie ma zastosowania. W tym świetle, nawet gdyby uznać kwalifikację KIO za prawidłową, oferta złożona przez Odwołującego jest prawidłowa i jako taka powinna być wybrana.

Izba ustaliła co następuje:

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Zgodnie natomiast z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „nPzp”.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art.

505 ust. 1 nPzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostosowanie systemu National Single Window do obsługi użytkowników zewnętrznych za pomocą interfejsu graficznego” w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 czerwca 2020 r. na stronie internetowej, przesłanego do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 26.06.2020 roku.

W Rozdziale V SIWZ Zamawiający określił Warunki udziału w postępowaniu. W pkt 2 lit. c) Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaże, że: wykonał w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie 2 (dwie) usługi których przedmiotem było wykonanie oprogramowania opartego na interfejsie sieci Web o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł (słowie: pięćset tysięcy złotych 00/100).

Zgodnie z pkt 6.1 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca miał obowiązek złożyć wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, według wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ.

Izba ustaliła, że w Rozdziale IX - Termin związania ofertą, Zamawiający wskazał, co następuje:

1. Wykonawca będzie związany ofertą przez okres 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert (art. 85 ust. 5 ustawy PZP).
2. Wykonawca może przedłużyć termin związania ofertą, na czas niezbędny do zawarcia umowy, samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego, z tym, że Zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres nie dłuższy jednak niż 60 dni.
3. Odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie powoduje utraty wadium.

Załącznik nr 1 do SIWZ stanowił Formularz oferty. W pkt D, Zamawiający zawarł szereg oświadczeń, które wykonawca potwierdzał składając podpis na formularzu, w tym m.in.

OSWIADCZENIA:

1) zamówienie zostanie zrealizowane nie później niż w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy – zgodnie z SIWZ;

2) w cenie naszej oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia;

3) zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wzorem umowy i nie wnosimy do nich zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w nich zawarte;

4) uważamy się za związanych niniejszą ofertą na okres 30 dni licząc od dnia otwarcia ofert (włącznie z tym dniem);

Izba ustaliła, że w postępowaniu wpłynęły do Zamawiającego dwie oferty: (i) oferta SPRINT S.A. o parametrach: Cena oferty brutto - 848 085,00 zł; Gwarantowany czas naprawy awarii o priorytecie krytycznym — 6 godzin; Termin uruchomienia produkcyjnego — 4 miesiące od daty podpisania umowy; oraz (ii) oferta Polski PCS Sp. z o. o i Ensteam Sp. z o. o. o parametrach: Cena ofertowa brutto - 545 000,00 zł; Gwarantowany czas naprawy awarii o priorytecie krytycznym — 6 godzin; Termin uruchomienia produkcyjnego — 4 miesiące od daty podpisania umowy, Wraz z ofertą Przystępujący złożył dokument wadium — gwarancję ubezpieczeniową Ergo Hestia S.A. (w aktach postępowania), której termin obowiązywania korespondował z 60-dniowym terminem związania ofertą, wynikający z postanowień SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał pierwotnie wyboru oferty konsorcjum oferta Polski PCS Sp. z o. o i Ensteam Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej w dniu 27 października 2020 r. Izba ustaliła, że w dniu 9 listopada 2020 r. do Zamawiającego wpłynęło odwołanie od wykonawcy SPRINT S.A. na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. W treści odwołania wykonawca SPRINT S.A. podniósł zarzuty m.in. w zakresie rażąco niskiej ceny oferty PCS/Ensteam, jak również zarzuty w zakresie błędnego podpisania oferty tych wykonawców, a tym samym konieczności jej odrzucenia. Odwołanie SPRINT S.A. z dnia 9 listopada 2020 roku zostało rozpoznane przez KIO na rozprawie w dniu 26 listopada 2020 roku w sprawie o sygn. KIO 2894/20. Wyrokiem z dnia 1 grudnia 2020 roku KIO uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: (i) nieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert; (iii) odrzucenie oferty wykonawców Polski PCS/Ensteam na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 16 grudnia 2020 roku wezwał wykonawcę SPRINT S.A. do złożenia dokumentów i oświadczeń. Wykonawca złożył w wyznaczonym terminie dokumenty i oświadczenia. Na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Przystępujący złożył wykaz w dniu 17 grudnia. W wykazie Przystępujący powołał się na realizację trzech usług:

1. Wdrożenie i integracja Systemu Wymiany Informacji Bezpieczeństwa Żeglugi (SWIBŻ) do pełnienia funkcji aplikacji centralnej w Krajowym Systemie Bezpieczeństwa Morskiego (KSBM). W ramach usługi Sprint wykonał oprogramowanie oparte na interfejsie sieci Web o wartości ponad 500 000 zł.
2. Dostosowanie Systemu Wymiany Informacji Bezpieczeństwa Żeglugi (SWIBŻ) jako komponentu warstwy pośredniczącej Narodowego Systemu SafeSeaNet w celu zapewnienia przepływu informacji w ramach National Single Window (NSW) zgodnie z wymaganiami Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/65/EU z dnia 20 października 2010 roku oraz obsługa i serwis modułu SSN W ramach usługi Sprint wykonał oprogramowanie oparte na interfejsie sieci Web o wartości ponad 500 000 zł;
3. Wsparcie techniczne oraz zmiany adaptacyjne Systemu Wymiany Informacji Bezpieczeństwa Żeglugi (SWIBŻ) jako komponentu warstwy pośredniczącej Narodowego Systemu SafeSeaNet (SSN) w celu zapewnienia przepływu informacji w ramach National Single Window (NSW) zgodnie z wymaganiami Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/65/UE z dnia 20 października 2010r. w sprawie formalności sprawozdawczych dla statków wchodzących do lub wychodzących z portów państw członkowskich i uchylająca dyrektywę 2002/6/WE. W ramach usługi Sprint wykonał oprogramowanie oparte na interfejsie sieci Web o wartości ponad 500 000 zł.

Wszystkie powyższe usługi były wykonane na rzecz Zamawiającego.

Izba ustaliła, że konsorcjum Polski PCS Sp. z o. o i Ensteam Sp. z o. o. wniosło skargę na orzeczenie KIO z dnia 1 grudnia 2020 roku w sprawie KIO 2890/20 wniesiona do Sądu Okręgowego w Gdańsku. W treści skargi zawarto również wniosek wykonawców Polski PCS/Ensteam o udzielenie zabezpieczenia poprzez zakazanie Zamawiającemu zawarcia umowy o wykonania zamówienia ze SPRINT S.A. Pismem z dnia 4 stycznia 2021 roku Zamawiający wniósł do Sądu Okręgowego w Gdańsku odpowiedź na skargę wnosząc o jej oddalenie w całości. Do chwili zamknięcia rozprawy skarga nie została rozpoznana przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, jak również nie został rozpoznany wniosek o udzielenie zabezpieczenia. Nie wyznaczono również terminu rozprawy.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 28 grudnia 2020 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postaci SPRINT S.A oraz wykonując wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2020 roku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy PZP odrzucił ofertę wykonawców Polski PCS/Ensteam.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzut dotyczący terminu zawiązania ofertą oraz wadium – naruszenie art. 82 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 68 kodeksu cywilnego (kc), art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, art. 85 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 66 § 2 kc, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 353-354 kodeksu cywilnego oraz przepisów prawa ubezpieczeniowego, a także odpowiednio stosowanych regulacji dotyczących gwarancji bankowej określonej w art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1376 j. t. z późn. zm.); art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył żadnego z ww. przepisów prawa. Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę w każdym wypadku, wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 1 na przedłużenie terminu zawiązania ofertą. Wskazać należy, że w treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp jest odniesienie do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym należy dokonać wykładni art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp poprzez odniesienie się do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający może zwrócić się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu zawiązania ofertą. Zatem wykładnia obu przepisów w zakresie ich obopólnej relacji prowadzi do wniosku, iż odrzucenie oferty wykonawcy może nastąpić jedynie w przypadku, gdy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie terminu zawiązania ofertą, mimo że zamawiający uprzednio zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody.

Izba wskazuje, że kwestia rozbieżności w zakresie skutków zawiązania ofertą została przesądzona przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który postanowieniem z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie Saferoad Grawil et Saferod Kabex o sygnaturze akt: C35/17, wydanym w trybie prejudycjalnym, przesądził, iż zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej ani z przepisów obowiązującego prawa. Omawiane postanowienie Trybunału oznacza zatem, że nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty wykonawcy, jeżeli podstawa odrzucenia nie wynika wprost z przepisów prawa. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają przesłanki zobowiązującej zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który samodzielnie nie przedłużył terminu zawiązania ofertą. Nie zawierają również regulacji zobowiązującej wykonawców do utrzymywania stanu zawiązania ofertą z równoczesnym jej zabezpieczeniem przez cały okres trwania postępowania przetargowego, jak również nie wyłączają możliwości wyboru oferty wykonawcy, który nie utrzymywał stanu zawiązania ofertą przez cały okres trwania postępowania przetargowego.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że Zamawiający nie naruszył licznych przepisów wskazanych przez Odwołującego jako podstawy prawnej do odrzucenia oferty z powodu rzekomego braku stanu ciągłości zawiązania ofertą. Po pierwsze, mając na uwadze przytoczone powyżej przepisy prawa oraz orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości, wobec braku wyraźnego uregulowania w ustawie Pzp skutków braku zawiązania ofertą przez cały okres trwania postępowania przetargowego, jak również braku uregulowania tej kwestii przez Zamawiającego w SIWZ, odrzucenie oferty Przystępującego z powodu rzekomego braku ciągłości zawiązania ofertą byłoby niedopuszczalne.

Po drugie, wskazać należy, że Zamawiający w dniu 9 października 2020 r. zwrócił się do wykonawców o przedłużenie terminu zawiązania ofertą na maksymalny możliwy do żądania termin tj. o kolejne 60 dni tj. do 14 grudnia 2020 roku. Wykonawca SPRINT taką zgodę wyraził, przedłużając jednocześnie ważność wniesionego pierwotnie wadium. Już ta okoliczność niweczy możliwość zastosowania wobec Przystępującego art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Wykonawca bowiem złożył oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu zawiązania ofertą.

Po trzecie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż: 30 dni - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8; 90 dni - jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług 10 000 000 euro; 60 dni jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2. W analizowanym stanie faktycznym, wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zamawiający kierując się zapisem ww. regulacją określił w SIWZ termin zawiązania ofertą na 60 dni – Rozdział IX SIWZ. Jednocześnie w Formularzu oferty, Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia szeregu oświadczeń o treści ustalonej przez Zamawiającego, w tym m.in. o tym, że wykonawca zapoznał się Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wzorem umowy i nie wnosimy do nich zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w nich zawarte oraz, że uważa się za związanych ofertą na okres 30 dni licząc od dnia otwarcia ofert (włącznie z tym dniem). Oświadczenia wymagane przez Zamawiającego pozostaje ze sobą w sprzeczności. Skoro bowiem Zamawiający określił w SIWZ termin zawiązania ofertą na 60 dni, zaś w Formularzu oferty wymagał złożenia oświadczenia o terminie zawiązania ofertą na 30 dni, przy jednoczesnym oświadczeniu wykonawcy o wyrażeniu zgody na brzmienie SIWZ i brak zastrzeżeń co do jej treści, to wykonawca postępując zgodnie z wytycznymi Zamawiającego złożył sprzeczne oświadczenia. Ta okoliczność jednak nie może skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego. Izba stoi na stanowisku, że błędy i nieścisłości dokumentacji przetargowej leżące po stronie Zamawiającego nie mogą obarczać negatywnymi skutkami wykonawców. Przystępujący, podobnie zresztą jak Odwołujący, zastosowali się do wymogów wskazanych w SIWZ, zgodnie z wolą Zamawiającego.

Po czwarte Izba wskazuje, że możliwość wyrażenie zgody na przedłużenie terminu zawiązania ofertą należy analizować w świetle norm Kodeksu cywilnego w związku z odesłaniem zawartym w art. 14 ustawy Pzp. Znajduje tu zastosowanie art. 60 Kodeksu cywilnego, który pozwala wyrazić wolę osoby dokonującej czynności prawnej w każdy sposób uzewnętrzniający ją w sposób dostateczny, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie. Wyjątki te odnoszą się do formy czynności prawnej. W kontekście czynności przedłużenia terminu zawiązania ofertą ustawodawca nie zastrzegł szczególnej formy pod rygorem nieważności. Tym samym czynność ta może być dokonana w każdej formie. Izba analizując okoliczności faktyczne sprawy nie ma wątpliwości, że Przystępujący był związany swoją ofertą pierwotnie przez 60 dni bowiem wyraził zgodę na brzmienie SIWZ, wniósł wadium na okres 60 dni, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 9 października 2020 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu zawiązania ofertą, przedłużając jednocześnie okres ważności wadium. Zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia terminu zawiązania ofertą nie po upływie terminu wskazanego w Formularzu oferty, ale terminu wynikającego ze SIWZ, obaj wykonawcy tożsamo postępowali w zakresie terminu zawiązania ofertą w trakcie postępowania przetargowego. Okoliczności te, zdaniem Izby,

potwierdzają, że Przystępujący wyrażał wolę związania swoją ofertą w sposób wymagany przez Zamawiającego i wynikający ze SIWZ i utrzymywał ciągłość tego zobowiązania przez cały wymagany okres postępowania przetargowego. Po piąte, twierdzenia Odwołującego, iż w okolicznościach omawianego stanu faktycznego doszło do złożenia nowej oferty przez Przystępującego Izba uznaje za bezpodstawne. Odwołujący w tym zakresie powołał się na art. 82 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 68 kodeksu cywilnego (kc). Odwołujący uzasadniał swój zarzut tym, iż czynność wykonawcy Sprint S.A. z dnia 09.10.2020 r. wykonana po upływie trzech tygodni od zakończenia terminu związania ofertą winna zostać zakwalifikowana jako złożenie nowej oferty - po pierwsze z uchybieniem terminu przewidzianego na złożenie oferty, a po wtóre jako naruszająca zasadę, według której wykonawca może złożyć w postępowaniu tylko jedną ofertę. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego. W ocenie Izby, z uwagi na okoliczności wskazane powyżej tj. błąd Zamawiającego w dokumentacji przetargowej co do terminu związania ofertą, zdaniem Izby nie ma żadnych wątpliwości, iż Przystępujący złożył jedną ofertę, w tym samym postępowaniu. Treść oświadczenia Przystępującego złożona w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą potwierdza tą okoliczność. Oświadczenie Przystępującego o przedłużeniu terminu związania ofertą nie może być interpretowane, jak chciałby Odwołujący, jako rzekomo nowa oferta wykonawcy. Stąd też zdaniem Izby zarzut naruszenia art. 82 ust. 1 ustawy Pzp uznać należy za bezpodstawny. W konsekwencji również za bezpodstawny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W okolicznościach omawianej sprawy nie mamy bowiem do czynienia z ofertą niezgodną z przepisami ustawy.

Zdaniem Izby zarówno dla Zamawiającego, jak również dla samego Odwołującego jak i Przystępującego było oczywiste, że pierwotny termin związania ofertą wynosi 60 dni. Czynności podejmowane przez Zamawiającego i wykonawców potwierdzają takie jednoznaczne rozumienia niespójnych zapisów. Należy podkreślić, na co zwrócił uwagę Zamawiający, iż sam Odwołujący po wydaniu wyroku przez Izbę w sprawie KIO 2898/20, działając w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał poprawki tzw. innej omyłki w treści oferty poprzez zastąpienie dotychczasowego brzmienia Załącznik nr 1 do SIWZ Formularz ofertowy lit. D pkt. 4) zamówienia o brzmieniu: „uważamy się za związanych niniejszą ofertą na okres 30 dni licząc od dnia otwarcia ofert (włącznie z tym dniem);” brzmieniem: „uważamy się za związanych niniejszą ofertą na okres 60 dni (licząc od dnia otwarcia ofert (włącznie z tym dniem)). Podnoszenie więc obecnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba uznaje za bezprzedmiotowe. Jak Izba wskazała powyżej, z okoliczności sprawy wynika, że Przystępujący działał zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SIWZ, wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przedłużył wadium, jego działania potwierdzało wolę bycia związanym ofertą złożoną w postępowaniu. Poprawienie oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie powoduje zdaniem Izby istotnej zmiany treści oferty wykonawcy. Przywołane bowiem okoliczności jednoznacznie wskazują, że omyłka wykonawcy była skutkiem omyłki samego Zamawiającego i sanowanie tej okoliczności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było zdaniem Izby jak najbardziej zasadne. Tym samym zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na fakt, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie doszło do naruszenia tego przepisu. Wskazać należy, że art. 89 ust. 1 pkt 7b stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę jeśli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego odnośnie rzekomo niewłaściwie wniesionego wadium. Z przyczyn wskazanych powyżej nie trafne są twierdzenia, jakoby złożona przez Sprint S.A. gwarancja ubezpieczeniowa zabezpieczała inną od rozpatrywanej przez Zamawiającego oferty. Jej sformułowania należy zatem określić jako precyzyjne, adekwatne i należyte zabezpieczające interesy Zamawiającego. Odwołujący nie wyjaśnił zresztą w żaden sposób, co rozumie poprzez brak wskazania: konkretnej metryki aktu prawnego, do którego miałyby odnosić się roszczenie Beneficjenta gwarancji. Odwołujący nie wytłumaczył również, dlaczego ten bliżej nieokreślony brak miałby skutkować wadliwością gwarancji, zwłaszcza, iż ma ona wg niego charakter kwalifikowany i skutkuje nieważnością dokumentu. Próżno również szukać w treści odwołania wyjaśnienia, jakie — kolejny raz nieokreślone przez Odwołującego — przepisy prawa ubezpieczeniowego zostały naruszone poprzez przedstawienie przedmiotowej gwarancji wadliwej. Przywołanie zaś przepisów ogólnych części trzeciej k.c. bez poparcia ich konkretnymi normami prawnymi, jakie miały być naruszone, nie może zaś być uznane za skutecznie sformułowany zarzut. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał wreszcie, w jaki sposób w sprawie ma znaleźć zastosowanie art. 81 prawa bankowego. Niezależnie od tego Odwołujący kolejny raz powołał się na przepis o charakterze ogólnym, a nie na konkretne naruszenie prawa.

Zdaniem Izby niezrozumiałym jest przy tym zarzut braku ciągłości zabezpieczenia. Zamawiający po wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zwrócił Przystępującemu złożone przez niego wadium. Działał w tym zakresie na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, która to norma ma charakter bezwzględnie obowiązujący i obowiązuje zamawiającego do niezwłocznego zwrotu złożonych wadium wszystkim wykonawcom poza tym, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Ewentualne zaniechanie w tym zakresie i oczekiwane przez Odwołującego przetrzymanie wadium stanowiłoby naruszenie ustawy Pzp. W świetle art. 184 ustawy Pzp Zamawiający nie miał również obowiązku wzywać Sprint S.A. do przedłużenia lub złożenia na nowo wadium w dacie złożenia przez wykonawcę odwołania w sprawie 2898/20.

Zarzuty dotyczące braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu – naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp

Zdaniem Izby Zamawiający nie naruszył/wyprzebił przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z kolei art. 24 ust. 1 pkt 17 stanowi, że Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby Przystępujący wykazał, w sposób wymagany w SIWZ, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, zaś Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych. Izba uznała, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zamawiający w spornym warunku udziału w postępowaniu wymagał od wykonawcy wykazania się wykonaniem dwóch usług, których przedmiotem było wykonanie oprogramowania opartego na interfejsie sieci Web. Izba uznała, że usługi wskazane w wykazie w pozycjach nr 2 i 3 spełniają warunku udziału w postępowaniu wskazany w Rozdziale V pkt 2 lit. c).

W zakresie usługi nr 2, Odwołujący kwestionując usługę stwierdził, iż usługa nie spełnia warunków dotyczących postępowania w zakresie wykonania oprogramowania posiadającego interfejs graficzny. Bezspornym pomiędzy stronami była okoliczność, że usługa wskazana przez Przystępującego w pozycji nr 2 została wykonana na rzecz

Zamawiającego. Zadanie to polegało na dostosowaniu Systemu Wymiany Informacji Bezpieczeństwa Żeglugi (SWIBŻ), jako komponentu warstwy pośredniczącej Narodowego Systemu SafeSeaNet w celu zapewnienia przepływu informacji w ramach National Single Window (NSW) zgodnie z wymaganiami Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/65/EU z dnia 20 października 2010 roku oraz obsługa i serwis modułu SSN.

Jak wyjaśnił Zamawiający i Przystępujący, Odwołujący zaś nie przedłożył dowodów przeciwnych, głównym przedmiotem zamówienia było opracowanie systemu informatycznego, na który składało się wiele składowych m.in. mechanizm wymiany danych w trybie system-to-system bazujący na protokołach wymiany informacji w standardzie SOAP/WebService oraz graficznego interfejsu użytkownika stanowiącego backend dla operatorów systemu w zakresie kontroli poprawności zgłaszanych danych. System SWIBŻ wykonany jest w technologii webowej. Przy użyciu przeglądarki internetowej uprawniony użytkownik ma dostęp do systemu i jego funkcji. W 2016 roku powstał system NSW, który również jest oparty na technologii webowej, wykorzystując aktualne biblioteki i rozwiązania. Główne prace programistyczne prowadzone w ramach realizowanej przez Sprint S.A. były wykonywane w technologii aplikacji webowej przy wykorzystaniu języka PHP (interpretowanego, skryptowego języka programowania zaprojektowanego do generowania stron internetowych i budowania aplikacji webowych), po stronie serwera WWW (HTTP/HTTPS/SOAP). Dł budowy interfejsu użytkownika wykorzystano HTML5 oraz JavaScript, interfejs użytkownika działa w oparciu o przeglądarkę internetową. Wykorzystanie powyższych technologii stanowi właśnie definicję technologii webowej. Bez interfejsu użytkownika i nadzoru ze strony administratorów, operatorów i innych użytkowników, żaden z systemów nie działałby. Odwołujący nie przedstawił dowód na wykazanie błędności powyższych twierdzeń.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, że w ramach usługi nr 2 Przystępujący wykonał wyłącznie dopasowanie systemu, nie zaś usługę wykonania oprogramowania. Zdaniem Izby, dopasowanie danego systemu do nowych wymagań oznacza wykonanie nowej wersji oprogramowania. Z żadnego zapisu SIWZ nie wynika, iż Zamawiający wymagał wykonania oprogramowania od podstaw. Zarzuty Odwołującego, iż w treści referencji nie został wskazany interfejs graficzny sieci Web są, w ocenie Izby, bezpodstawne. Referencje służy potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. W wykazie usług wykonawca składa oświadczenie o zakresie wykonanego zamówienia. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na wykazanie, iż oświadczenia Przystępującego zawarte w wykazie w zakresie usługi nr 2 nie odpowiadają prawdzie.

Odnosząc się do usługi wskazanej pod nr 3, to również zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał braku spełnienia wymagań Zamawiającego. Usługa wskazana pod nr 3 dotyczyła umowy nr WII-3800-1/20017 z dnia 29.03.2017 r. na „Wsparcie techniczne oraz zmiany adaptacyjne Systemu Wymiany Informacji Bezpieczeństwa Żeglugi (SWIBŻ) jako komponentu warstwy pośredniczącej Narodowego Systemu SafeSeaNet (SSN) w celu zapewnienia przepływu informacji w ramach National Single Window (NSW) zgodnie z wymaganiami Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/65/UE z dnia 20 października 2010 r. w sprawie formalności sprawozdawczych dla statków wchodzących do lub wychodzących z portów państw członkowskich i uchylająca dyrektywę 2002/6/WE”. Jak wskazał Zamawiający i Przystępujący, zgodnie ze Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia dla ww. zamówienia wyróżniono następujące pozycje które wymagały przebudowy lub wykonania oprogramowania opartego na interfejsie sieci web i potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postępowaniu niniejszym:

a)W punkcie 2.1 Aktualizacja systemów należało wykonać modyfikację dostosowującą m.in. interfejs użytkownika do obsługi nowych komponentów programowych. Prace wykonywane były głównie na komponencie SWIBZ-APP stanowiącym serwer front-end dla wszystkich użytkowników systemu. Modyfikacja dotyczyła również serwerów WWW. System wykonany jest w oparciu o interfejs sieci Web spełniając wszystkie wymagania stawiane w postępowaniu.

b)W punkcie 2.2.23 Modyfikacja mechanizmu informacji WASTE w zakresie przekazywania ich do systemów portowych, NSW i SSN w związku ze zmianami legislacyjnymi (zmiana formularza) pośrednio obejmowała przygotowanie nowego modułu programistycznego do obsługi formularza i odpowiedniej jego prezentacji w interfejsach graficznych.

c)W punkcie 2.3.1 środowisko systemu SWIBŻ wymagało przygotowania w całości nowych komponentów programistycznych w całym zakresie przedmiotowego punktu. W zakresie pkt. 2.3.111 zostało wykonane oprogramowanie do interpretowania strumienia systemu AIS pozyskanych z mechanizmu SAT-AIS oraz systemu VMS w całości oparte o interfejs sieci Web oraz interfejs mapowe zapewniający podgląd i wizualizację danych pozyskanych z nowych systemów. Komponent wszedł w skład oprogramowania po przeprowadzonym procesie wdrożeniowym.

d)W punkcie 2.3.1.3 oraz 2.3.1.4 opisano również dokładne zmiany i wymagania dotyczące nowego komponentu oprogramowania przeznaczonego do wykrywania anomalii zachowania jednostek nawodnych wraz z logiką ich działania. Implementacja tej funkcjonalności również sprowadza się do wytworzenia interfejsu użytkownika sieci Web przeznaczonego o obsługi funkcjonalności wykazanej w omawianym punkcie.

Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę zakres realizacji zadania oraz wartość zamówienia spełnia ona wymagania wskazane przez Zamawiającego. Jak wyjaśnił Zamawiający, okoliczność, iż w OPZ nie zostały wyszczególnione nazwy dotyczące interfejsów wynika z faktu, iż Zamawiający w dokumentach przetargowych opisuje i zaznacza funkcjonalność realizowanej aplikacji nie zaś opis interfejsu użytkownika, który jest określany na etapie projektowania systemów. Podkreślić również należy, że Odwołujący nie złożył żadnych dowodów na wykazanie zasadności podnoszonych zarzutów.

Izba uznała, że usługi wskazane w pozycjach nr 2 i 3 są wystarczające dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tym zakresie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp uznać należy za bezpodstawny. Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący przekazał Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących usługi wskazanej w pozycji nr 1, to zdaniem Izby Odwołujący błędnie określił czas wykonania usługi, wliczając w ten zakres również okres wykonywania prac gwarancyjnych. Z tego względu usługa wskazana w poz. Nr 1 nie spełnia warunku określonego przez Zamawiającego. Zdaniem Izby nie zostały spełnione przesłanki do zastosowania wobec Przystępującego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał, że działaniu Przystępującego można przypisać lekkomyślność czy niedbalstwo, jak również nie wykazał wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zdaniem Izby skoro pozostałe dwie pozycje wykazu spełniały wymagania Zamawiającego, nie sposób uznać, że błędne ustalenia czasu realizacji zamówienia przez Przystępującego miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 7 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślał, że Zamawiający odmiennie traktuje wykonawców i zastosował surowe sankcje wobec Odwołującego, zaś w stosunku do uchyleń Przystępującego nie podejmuje tożsamyh działań. Izba zauważa, że przywołane w treści odwołania rzekome uchybienia względem oferty Przystępującego mają odmienny charakter od tych jakie Izba stwierdziła względem oferty Odwołującego w sprawie KIO 2898/20, stąd też zastosowanie mają odmiennie

przepisu ustawy Pzp. Rodzaj sankcji wynika z przepisów ustawy Pzp, nie zaś z dobrej czy złej woli Zamawiającego. Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:.....