

WYROK

z dnia 9 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Red Alert P. B. z siedzibą w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Chynów

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Red Alert P. B. z siedzibą w Lublinie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Red Alert P. B. z siedzibą w Lublinie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Red Alert P. B. z siedzibą w Lublinie na rzecz zamawiającego Gminy Chynów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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: .....

Gmina Chynów, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Montaż instalacji fotowoltaicznej w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy Chynów. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 marca 2022 r. pod numerem 2022/S 043-110853.

W dniu 21 kwietnia 2022 r. wykonawca P. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Red Alert P. B. z siedzibą w Lublinie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 225 ust. 6 ustawy Pzp przez uznanie, że postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdy tymczasem brak było wad postępowania, które obliowały Zamawiającego do unieważnienia postępowania,

2. art. 457 ust. 1 ustawy Pzp przez uznanie, że umowa zawarta w wyniku postępowania podlegała unieważnieniu z uwagi na udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy, w sytuacji gdy brak jest podstaw do przyjęcia, że ewentualne uchybienia Zamawiającego mogłyby prowadzić do unieważnienia umowy w świetle zamkniętego katalogu przesłanek unieważniania umów, zawartego w tym przepisie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania czynności badania i oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 29 kwietnia 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska

stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, złożonych ofert, informacji o unieważnieniu postępowania. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 maja 2022 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest montaż instalacji fotowoltaicznej w budynkach użyteczności publicznej na terenie Gminy Chynów.

Zgodnie z Rozdziałem 11 Szczegółowych Warunków Zamówienia: „11.1 Wykonawca składa ofertę w postępowaniu za pośrednictwem formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty - dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu lub bezpośrednio poprzez stronę <https://obywatel.gov.pl/nforms/ezamowienia>. 11.2 Wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych, elektronicznych kopii dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu opisane zostały w Regulaminie korzystania z systemu miniPortal oraz Warunkach korzystania z elektronicznej platformy usług administracji publicznej (ePUAP).”

Szczegółową instrukcję korzystania z miniPortalu, w tym wskazówki dotyczące wypełnienia poszczególnych pól formularzy określa Instrukcja użytkownika systemu , opublikowana na stronie internetowej miniPortalu pod adresem:

Zgodnie z Rozdziałem VII.1 ww. Instrukcji „Złożenie oferty” (s. 22): „Wykonawca, aby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i złożyć ofertę do postępowania musi założyć konto na Platformie ePUAP. Po założeniu konta Wykonawca ma dostęp do formularzy do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku oraz do formularza do komunikacji. Aby złożyć ofertę użytkownik wybiera formularz do złożenia, zmiany, wycofania oferty.”

Termin składania ofert został wyznaczony na 4 kwietnia 2022 r. godz. 9.00. Dnia 4 kwietnia 2022 r. od godzin porannych pracownik Zamawiającego ds. zamówień publicznych - pani K. A.-K. - otrzymała szereg telefonów od wykonawców, informujących o problemach technicznych, uniemożliwiających złożenie ofert. Zamawiający otrzymał również maile od wykonawców, którym nie udało się złożyć ofert.

Usunięcie awarii nastąpiło w godzinach wieczornych 4 kwietnia 2022 r. Wykonawca Energia Taniej Sp. z o. o., który zgłosił na e-Puap „Brak możliwości wprowadzenia miejscowości do formularza” o godzinie 07:52 w dniu 4 kwietnia 2022 r. (wniosek nr 2214099), otrzymał informację o rozwiązaniu zgłoszonego problemu o godz. 20:11 w dniu 4 kwietnia 2022 r. Wykonawca Atum Energy Sp. z o. o. dokonał zgłoszenia telefonicznego nr 2215225, otrzymując o godz. 8:57 dnia 4 kwietnia 2022 r. informację mailową z e-Puap, że „Service Desk ePUAP zajmuje się obecnie problemem technicznym związanym z brakiem podstawiania się miejscowości na platformie e-Puap oraz profil zaufany.” Wykonawca ten nie mając możliwości złożenia oferty zgodnie z wymogami SWZ, przesłał ją na e-mail Zamawiającego, z prośbą o jej uwzględnienie. Wykonawca ten wpłacił również wadium na konto Zamawiającego. Również wykonawca LUBIE OZE Sp. z o.o. w dniu 4 kwietnia 2022 r. o godz. 8:57 przesłał Zamawiającemu informację o dokonaniu zgłoszenia reklamacyjnego skierowanego do e-Puap wraz z widokiem ekranu (print screen) z błędem widocznym w formularzu zgłoszenia oferty (wniosek nr 2214391). Informację z e-Puap o rozwiązaniu problemu ww. wykonawca otrzymał 4 kwietnia 2022 r. o godz. 20:11.

Ponadto, na konto Zamawiającego wpłynęło wadium wykonawcy ECO4PLANET Sp. z o.o., której oferta do Zamawiającego nie wpłynęła. Po terminie składania ofert ww. wykonawca, powołując się w rozmowie telefonicznej z pracownikiem Zamawiającego na fakt braku technicznej możliwości złożenia ofert, wniósł o zwrot tego wadium.

Dodatkowo zgłoszenia ofert dokonane przez dwa podmioty, którym udało się skutecznie złożyć oferty, tj. przez wykonawców Sungrant Sp. z o. o. oraz ML System+ Sp. z o. o. zawierają uwagi potwierdzające problemy techniczne. Pierwszy z nich umieścił w pozycji „Twoje uwagi” informację: „Oferta firmy Sungrant, był problem ze złożeniem oferty jako podmiot nie zagraniczny, system nie mógł wpisać miejscowości.” Drugi wpisał z kolei: „Wpisano formularz jako podmiot zagraniczny z uwagi na problemy techniczne platformy - brak możliwości wyboru z listy rozwijanej nazwy miejscowości co uniemożliwiło prawidłowe złożenie oferty. Podmiot krajowy wskazany adres i nr NIP”.

Następnie, dnia 6 kwietnia 2022 r. spółka Energia Taniej Sp. z o. o. wystosowała do Zamawiającego informację o problemach ze złożeniem oferty, opisującą błędy pojawiające się w trakcie składania oferty (niemożliwość wpisania adresu i wybrania miejscowości).

Zamawiający dnia 6 kwietnia 2022 r. samodzielnie wystąpił do e-Puap na adres mailowy: , opisując problemy ze złożeniem ofert, powołując się na konkretne zgłoszenia dokonane przez wykonawców, z zapytaniem, czy wystąpiła awaria techniczna uniemożliwiająca złożenie ofert w postępowaniu.

W odpowiedzi Zamawiający otrzymał informację: „Występował problem z wpisywaniem adresu zamieszkania. Usterka nie występowała na przeglądarce Firefox. Problem został rozwiązany tego samego dnia w dniu wystąpienia.”

Również Odwołujący, w wiadomości mailowej skierowanej do Zamawiającego w dniu 8 kwietnia 2022 r., potwierdził istnienie problemów ze składaniem ofert, wskazując, że: „błąd” (który również zauważyliśmy (...)) nie powodował automatycznego braku jakiegokolwiek możliwości złożenia ważnej oferty”.

W dniu 11 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o

unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp, wskazując że powziął informację od trzech wykonawców o awarii technicznej portalu wskazanego do składania ofert - e-Puap Zamawiającego - uniemożliwiającej im złożenie ofert we wskazanym w SWZ terminie. Brak dostępu części wykonawców do narzędzia umożliwiającego im prawidłowe złożenie ofert, w sytuacji, gdy brak ten spowodowany był okolicznościami niezawinionymi przez wykonawców, doprowadził do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dalsze prowadzenie postępowania w opisanym powyżej stanie rzeczy spowodowałoby naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający przywołał również art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, stwierdzając że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia. W opisanych okolicznościach faktycznych, dalsze prowadzenie przez Zamawiającego postępowania i udzielenie zamówienia, spowodowałoby naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 Pzp, tj. zasad przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a umowa zawarta w wyniku przeprowadzenia procedury obciążonej taką wadą podlegałaby unieważnieniu.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że postępowanie nie było obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, a brak możliwości złożenia oferty przez trzy podmioty nie wynikał z awarii portalu, ale z ich nieumiejętnego posługiwania się funkcjonalnością portalu. Co więcej, o ile w ogóle doszło do awarii portalu, to zgodnie z informacją przekazaną Zamawiającemu przez jego administratora, została ona usunięta w tym samym dniu, a zatem przez pozostałe 31 dni terminu do składania ofert brak było jakichkolwiek przeszkód w funkcjonowaniu narzędzia.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyżej wymieniona przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po trzecie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady, kończyć się powinno wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy o udzielenie zamówienia, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady i jako takie, musi być ono dokonywane przez Zamawiającego z należyłą starannością. Staranność ta, w ocenie Izby, objawiać się powinna w pogłębionej analizie czynności podjętych w postępowaniu w kontekście zamiaru podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a jej wynikiem powinno być wyczerpujące uzasadnienie takiej decyzji, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli możliwość weryfikacji prawidłowości podjętej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania. (vide: wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 967/16).

W ocenie składu orzekającego w ustalonym stanie faktycznym Zamawiający miał podstawy, aby unieważnić postępowanie. Doszło bowiem do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania) - w ustalonym stanie rzeczy doszło do naruszenia art. 16 ustawy Pzp. Jak trafnie wskazał Zamawiający, jest on odpowiedzialny za narzędzia informatyczne, z których korzysta, więc awaria platformy jest okolicznością obciążającą jego. W wyniku awarii technicznej uniemożliwiającej złożenie oferty kilku wykonawcom naruszono zasady ustawy Pzp, dotyczące konieczności zapewnienia równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji. W niniejszym postępowaniu Zamawiający uzyskał informacje o awarii platformy e-Puap od trzech wykonawców, a czwarty telefonicznie potwierdził istnienie braku technicznej możliwości złożenia oferty.

Na uwagę zasługuje również fakt, że Odwołujący nie przedstawił żadnego kontrdowodu, by podważyć oświadczenie e-Puap, uzyskane przez Zamawiającego. Odpowiedź z e-Puap potwierdza natomiast istnienie w terminie składania ofert problemów technicznych po stronie e-Puap. Wprawdzie Zespół Service Desk wskazał, że usterka nie występowała na przeglądarce Firefox, jednakże nie poinformował o tej okoliczności wykonawców, którzy zgłaszali awarię systemu. Nie mieli oni więc świadomości o możliwości skutecznego złożenia ofert przez tę przeglądarkę. Jak słusznie zauważył Zamawiający, nie można czynić im zarzutu, że składając oferty, nie skorzystali z tego narzędzia, w sytuacji, gdy Zamawiający nie narzucił wykonawcom obowiązku korzystania z konkretnej przeglądarki w celu złożenia oferty.

Ponadto, naruszenie stanowi wadę niemożliwą do usunięcia (brak możliwości naprawienia błędu Zamawiającego przy użyciu instrumentów ustawy Pzp, w które wyposażył go ustawodawca). Po terminie na składanie ofert nie ma możliwości konwalidowania wady postępowania, więc uniemożliwienie złożenia oferty innym wykonawcom wywołuje nieodwracalny skutek.

Następnie, wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nie ma możliwości zawarcia ważnej umowy na podstawie postępowania, w którym doszło do naruszenia zasad ustawowych. Zaistniałe problemy techniczne mogły mieć wpływ na wynik przetargu, więc zamawiający nie mógł ignorować sposobu funkcjonowania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, jak też nie mógł ignorować skutków tego działania i ich wpływu na prowadzenie i rozstrzygnięcie postępowania.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego wykazano, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno zostać unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 457 ust. 1 ustawy Pzp Izba dostrzega, że przepisy obecnie obowiązującej ustawy Pzp nie zawierają odpowiednika art. 146 ust. 6 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, który stanowił, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Niemniej, w sytuacji kiedy oferty w postępowaniu zostały już otwarte, a doszło do awarii, uniemożliwiającej złożenie oferty kilku podmiotom, kontynuowanie postępowania prowadziłoby do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miało wpływ na wynik tego postępowania.

W tej sytuacji Izba uznała za zasadne wskazanie na art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70<sup>5</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Jak zauważono w Komentarzu do PZP wydanym w 2021 r., pod. red. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych H. Nowaka (strony 1230-1231): „enumeratywne wyliczenie wad powodujących nieważność względną umowy (wzruszalność) w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 Pzp nie wyklucza natomiast możliwości zaistnienia wad czynności prawnej, powodujących nieważność bezwzględną, w szczególności w świetle art. 58 Kc. Powództwo przewidziane w art. 189 Kpc można wnosić w każdym przypadku, w którym zachodzi nieważność bezwzględna umowy w sprawie zamówienia publicznego.” (...) Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 70<sup>5</sup> Kc, należy przy tym definiować niezależnie, na podstawie ogólnych uregulowań Kodeksu cywilnego. Te ostatnie nie wskazują szczegółowych rozwiązań proceduralnych, a wynika z nich jedynie, że aukcja lub przetarg to postępowania otwarte, konkurencyjne, poprzedzone ogłoszeniem. Mając to na uwadze, należy wskazać, że dyspozycja art. 70<sup>5</sup> Kc znajdzie

zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp. Nie stoi więc na przeszkodzie stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o ww. przepisy, brak wystąpienia przesłanek zawartych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym przypadku.

Dlatego też powołanie się przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania na art. 457 ust. 1 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zarzut, który okazał się zasadny, nie ma wpływu na wynik postępowania, dlatego orzekła jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....