

WYROK

z dnia 30 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2022 r. przez wykonawcę: Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, ul. Chodkiewicza 30, 85-064 Bydgoszcz

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w całości, tzn. tak w zakresie zarzutu naruszenia art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 266 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia wykonawcy nie są w stanie stwierdzić, jaki minimalny okres gwarancji jest wymagany przez Zamawiającego; jak i naruszenia art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 240 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 266 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której w związku z udzieleniem odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia kryterium oceny ofert w zakresie oferowanej przez wykonawcę gwarancji opisane

jest w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały oraz naruszenia art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 266 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) oraz art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 240 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 266 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 09 czerwca 2022 r. i doprowadzenie do sytuacji, w której Odwołujący nie ma możliwości zadeklarowania konkretnej wartości przedłużenia gwarancji w kryterium: Okres gwarancji i rękojmi za wady; nie wiadomo również, jak Zamawiający będzie przyznawał punkty w świetle udzielonej przez siebie odpowiedzi na pytanie, z której wynika inny okres maksymalnej gwarancji, niż z kryteriów oceny ofert i nakazuje Zamawiającemu - Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w

konsekwencji podnoszonych przez Odwołującego zarzutów, mając na uwadze, że Zamawiający w dniu 17 czerwca 2022 r. dokonał otwarcia ofert w

przedmiotowym postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, ul. Chodkiewicza 30, 85-064 Bydgoszcz i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę: Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego - Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, ul. Chodkiewicza 30, 85-064 Bydgoszcz na rzecz wykonawcy: Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 1600/22

UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „„Usługa zaprojektowania, wykonania i utrzymania systemu informatycznego w ramach projektu współfinansowanego z UE „Stawiamy na rozwój UKW”, numer referencyjny: UKW/DZP-281-U-28/2022”, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP

00191775/01 z 02.06.2022 r. przez Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, ul. Chodkiewicza 30, 85-064 Bydgoszcz zwane dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „p.z.p”. Odpowiedzi na pytania dotyczące Specyfikacji Istotnych Zamówień zwanych dalej: „SWZ” zostały opublikowane w dniu 10.06.2022 r. na www.platformiezakupowej.pl

Dnia 15.06.2022 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) odwołanie względem czynności z 26.04.2022 r. złożył Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków

zwany dalej: „Comarch Polska S.A.” albo „Odwołującym”. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1) art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści SWZ wykonawcy nie są w stanie stwierdzić, jaki minimalny okres gwarancji jest wymagany przez Zamawiającego;

2) art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 240 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez

doprowadzenie do sytuacji, w której w związku z udzieleniem odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści SWZ kryterium oceny ofert w zakresie oferowanej przez wykonawcę gwarancji opisane jest w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały.

3) art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP oraz art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 240 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 9.06.2022 r. i doprowadzenie do sytuacji, w której

Odwołujący nie ma możliwości zadeklarowania konkretnej wartości przedłużenia gwarancji w kryterium: Okres gwarancji i rękojmi za wady; nie wiadomo również, jak Zamawiający będzie przyznawał punkty w świetle udzielonej przez siebie odpowiedzi na pytanie, z której wynika inny okres maksymalnej gwarancji, niż z kryteriów oceny ofert.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ zgodnie z żądaniami określonymi w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący w dniu 09.06.2022 r. zadał Zamawiającemu pytanie o wyjaśnienie treści SWZ, wnosząc o wskazanie przez Zamawiającego minimalnego wymaganego przez Zamawiającego okresu zobowiązania wykonawcy w zakresie udzielanej gwarancji:

Pytanie 4.1. Prosimy o wyjaśnienie, jakiego okresu gwarancji wymaga Zamawiający czy jest to 12 miesięcy czy też 36 miesięcy?

Pytanie 4.2. Prosimy o wyjaśnienie, że wobec wskazania o „udzieleniu przedłużenia gwarancji jakości” to dla jakiego okresu gwarancji Wykonawca otrzyma 5 punktów? Czy będzie to dla okresu podstawowego (albo 12 albo 36 miesięcy), czy też dla podstawowego i przedłużonego? Przykładowo przyjmując okres podstawowy 3 lata i okres przedłużony 3 lata - w sumie 6 lat, czy dla tak zaoferowanego okresu gwarancji Zamawiający przyzna Wykonawcy 5 punktów w kryterium Gwarancja jakości (G) -waga 20%?

Pytanie 4.3. Prosimy o potwierdzenie, że ww. okres gwarancji dotyczy oferowanego oprogramowania, natomiast okres gwarancji dla dostarczanego sprzętu jest zgodny z gwarancją producenta.

Pytanie 4.4. Prosimy o potwierdzenie, że w kryterium Gwarancja jakości (G) -waga 20%, okres przedłużenia dotyczy dostarczanego w ramach niniejszego postępowania oprogramowania.

Zamawiający w dniu 10.06.2022 r. udzielił następującej odpowiedzi na zadane pytanie:

Odpowiedź:

Minimalny i maksymalny okres gwarancji jakości został określony w dokumentach postępowania min. 12 miesięcy maksimum 36 miesięcy.

Punktacja zostanie przyznana, zgodnie z założeniem Zamawiającego za okres „przedłużenia gwarancji jakości”.

Gwarancja i jej przedłużenie dotyczy całego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie zmodyfikował jednak dokumentacji postępowania tak, aby była zgodna z udzieloną odpowiedzią na pytanie. W dokumentacji postępowania (Specyfikacji Warunków Zamówienia i załącznikach do niej) obecnie funkcjonują trzy różne wymagania dla minimalnego okresu gwarancji, jaki powinien zostać zaoferowany przez Wykonawcę:

1) W Specyfikacji Warunków Zamówienia, Rozdział IV, punkt 2 określone jest wymaganie udzielenia 36 miesięcznej gwarancji liczonej od daty odbioru końcowego:

2. Zamawiający wymaga udzielenia gwarancji na rozbudowany system na okres: 36 miesięcy od daty odbioru końcowego. Szczegółowe warunki świadczenia serwisu gwarancyjnego określa Załącznik

nr 5 do SWZ - Wzór umowy.

2) W kwestii szczegółowych warunków świadczenia serwisu gwarancyjnego Zamawiający odsyła do Załącznika nr 5 do SWZ - wzór Umowy (wersja publikowana 10.06.2022 r.), gdzie w §1 Definicje znajduje się definicja Okresu Gwarancyjnego określająca, że jest to minimum okres 12 miesięcy, rozpoczynający bieg od dnia Odbioru Końcowego.

Okres gwarancyjny	Minimum okres 12 miesięcy, rozpoczynający bieg od dnia Odbioru Końcowego.
-------------------	---

3) Natomiast w załączniku nr 1 do SWZ - Formularz Ofertowy, który zgodnie z treścią SWZ Rozdział IX, pkt 6, Wykonawca składa „w sposób zgodny w treści z załączonym do SWZ wzorem stanowiącym załącznik nr 1” znajduje się oświadczenie Wykonawcy o udzieleniu Zamawiającemu bezpłatnej gwarancji i rękojmi na przedmiot zamówienia na okres 24 miesięcy liczony od daty podpisania protokołu odbioru.

5. Udzielimy Zamawiającemu bezpłatnej gwarancji i rękojmi na przedmiot zamówienia na okres 24 miesięcy liczony od daty podpisania protokołu odbioru.

W powyższych postanowieniach jedynym spójnym elementem jest zatem jedynie moment, od którego zaczyna się bieg okresu gwarancyjnego. Moment ten zdefiniowany został jako data/dzień podpisania protokołu odbioru końcowego. Natomiast minimalny wymagany okres świadczenia gwarancji przez Wykonawcę jest definiowany w trzech różnych okresach: 12 miesięcy, 24 miesięcy lub 36 miesięcy, przy czym te okresy każdorazowo odnoszą się do minimalnej gwarancji, jakiej zobowiązany jest udzielić Wykonawca.

Wskazane rozbieżności jednoznacznie wskazują na to, że Zamawiający zaniechał udzielenia odpowiedzi na pytanie tak, aby zapewnić opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, opisując go za pomocą rozbieżnych wartości swoich wymagań co ma niebagatelny wpływ na przygotowanie oferty przez wykonawców. Działanie Zamawiającego narusza zatem dyspozycję art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści SWZ wykonawcy nie są w stanie stwierdzić, jaki minimalny okres gwarancji jest wymagany przez Zamawiającego.

Ponadto, udzielona odpowiedź wprowadza dalsze niejasności - nie wiadomo bowiem, jaki okres gwarancji jest okresem maksymalnym, możliwym do zaoferowania. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wprowadził nowe pojęcie „maksimum

36 miesięcy” gwarancji, który to okres nie jest powiązany w żaden sposób w SWZ z okresem minimalnym lub też z okresem minimalnym i dodanymi do niego okresami punktowanymi wskazanymi w Rozdziale XVIII SWZ. W powiązaniu z treścią pytania 4.1. prowadzi to do

absurdalnego wniosku, że Zamawiający dopuszcza w przedmiotowym postępowaniu zaoferowanie jako minimalnego okresu gwarancji okresu od 12 miesięcy do 36 miesięcy,

przy czym nawet w takiej sytuacji formularz oferty nie posiada miejsca na wpisanie

oferowanego minimalnego okresu gwarancji, a nawet jak wcześniej wskazał Odwołujący wprost wskazuje, że jest to okres 24 miesięcy.

W związku z taką oceną sytuacji Wykonawca w dniu 13.06.2022 roku zadał kolejne pytanie, wnosząc o jednoznaczne potwierdzenie, że okres 12 miesięcy jest minimalnym okresem, jakiego wymaga Zamawiający, i do tego okresu należy dodawać ewentualne okresy punktowane dodatkowo w kryterium Okres gwarancji i rękojmi za wady. Na zadane pytanie Zamawiający nie udzielił odpowiedzi do dnia złożenia niniejszego odwołania, pozostawiając wskazane niejasności dokumentacji postępowania.

Podniósł, że ustalenie okresu minimalnego gwarancji jest istotne dla wykonawców także z uwagi na treść Rozdziału XVIII SWZ Kryteria oceny ofert, wśród których w pkt 4 określono kryterium: Okres gwarancji i rękojmi za wady, które obejmuje zobowiązanie

Wykonawcy do „udzielenia przedłużenia gwarancji jakości na okres” od 3 do 5 lat. W ten sposób Wykonawca może uzyskać odpowiednio w procesie oceny ofert:

- a) 5 pkt za przedłużenie gwarancji jakości do 3 lat
- b) 10 pkt za przedłużenie gwarancji jakości do 4 lat
- c) 20 pkt za przedłużenie gwarancji jakości do 5 lat.

Obecnie Odwołujący nie ma możliwości zadeklarowania konkretnej wartości przedłużenia gwarancji w kryterium: Okres gwarancji i rękojmi za wady - z uwagi na niemożność określenia kosztów świadczenia gwarancji w poszczególnych okresach punktowanych z uwzględnieniem dodania do nich określonej długości okresu minimalnego wymaganego przez Zamawiającego gdyż nie ma pewności ile ten okres minimalny wynosi.

Nie wiadomo również, jak Zamawiający będzie przyznawał punkty w świetle udzielonej przez siebie odpowiedzi na pytanie, z której wynika inny (36 miesięczny) okres maksymalnej gwarancji, niż z kryteriów oceny ofert.

Działanie Zamawiającego narusza zatem nie tylko dyspozycję art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP, ale także dyspozycję art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 240 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której w związku z udzieleniem odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści SWZ kryterium oceny ofert w zakresie oferowanej przez wykonawcę gwarancji opisane jest w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały.

Odwołujący wnosił zatem o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 4.1.; 2) udzielenia jednoznacznej odpowiedzi na pytanie 09.06.2022 r., tzn.:

- a) określenia przez Zamawiającego, jaki jest minimalny okres wymaganej od wykonawcy gwarancji;
- b) dostosowania dokumentacji postępowania do tej odpowiedzi;
- c) zaniechania wprowadzania kolejnych niejasności do dokumentacji postępowania, w szczególności poprzez wskazywanie okresu maksymalnej gwarancji, jaki może być zaoferowany przez wykonawcę, niespójnego z okresami punktowanymi, wskazanymi w kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazuje również, że Zamawiający zaniechał odpowiedzi na pytanie Odwołującego nr 3 z dnia 9.06.2022 r. Odwołujący w powołanym pytaniu prosił o wyjaśnienie, z jakich powodów w dokumentacji postępowania znajdują się postanowienia dotyczące wynagrodzenia za świadczenie 24miesięcznego serwisu pogwarancyjnego, skoro z dokumentacji postępowania wynika, że świadczenie tego serwisu nie jest objęte przedmiotem postępowania. Zamawiający tymczasem w piśmie z dnia 10.06.2022 r. odpowiedział na przedmiotowe pytanie w sposób, którego w ogóle nie można uznać za odpowiedź na zadane pytanie, ponieważ stwierdził, że kryterium oceny ofert jest określone jako „Gwarancja”, a nie jako „Przedłużenie gwarancji” (co na marginesie nie jest do końca prawdą, ponieważ Zamawiający w odniesieniu do powołanego kryterium oceny ofert w niektórych miejscach dokumentacji postępowania posługuje się terminem „Gwarancja”, a w innych „Przedłużenie gwarancji”). Nie ulega zatem wątpliwości, że Zamawiający całkowicie zaniechał udzielenia odpowiedzi na zadane pytanie nr 3, czym naruszył dyspozycję art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP. Odwołujący wnosił zatem o nakazanie Zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na

pytanie nr 3 z 09.06.2022 r.

Zamawiający w dniu 20.06.2022 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 21.06.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania. Stwierdził również, że odwołanie nie zostało złożone skutecznie i nie niesie za sobą żadnych skutków prawnych.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołującego stwierdził, że nie

uwzględnia żadnego z trzech i wnosił o ich oddalenie.

Zamawiający oświadcza, że Odwołanie Wykonawcy — Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie zostało złożone nieskutecznie i nie niesie ze sobą żadnych skutków prawnych. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, iż jednym z warunków skutecznego

wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) jest uprzednie i skuteczne przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu.

Zgodnie z treścią art. 514 ust. 3 ustawy Pzp domniemywa się, iż Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przywołać tu należy również kwalifikowaną teorię doręczeń, wynikającą z dyspozycji art. 61 § 1 KC, zgodnie z którą oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Dodatkowo wskazać należy na treść art. 61 § 2 KC, który określa samodzielną normę zapoznania się z treścią oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej. Dlatego z punktu widzenia zamawiającego najistotniejsze jest jednak faktyczne powzięcie wiadomości o wniesieniu odwołania przez wykonawcę. Odwołujący powinien kierować się zasadami wskazanym przez Zamawiającego dotyczącymi sposobu przekazywania informacji, dokumentów, czy oświadczeń. Wykonawca nie powinien samodzielnie wyszukiwać adresów email na stronie internetowej danej jednostki i obojętnie na jaki wybrany przez siebie adres e-mail wysłać kopie odwołania, uznając, że wysłał dokument prawidłowo, a tak właśnie zrobił Odwołujący.

Wykonawca - Comarch Polska S.A. złożył odwołanie dnia 15.06.2022 r. na adres mailowy: . E-mail dotarł do pracownika zajmującego się sortowaniem poczty na Uniwersytecie, tj. przyjmowaniem i wysyłaniem korespondencji oraz rozdzielaniem jej do poszczególnych jednostek. Nie jest to adres wskazany w dokumentach postępowania, przeznaczony do korespondencji pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym. Należy wskazać, że Zamawiający jest upoważniony wskazać jedną, właściwą ścieżkę komunikacji elektronicznej w postępowaniu. Jeżeli tak się stanie, nie jest wówczas zobligowany sprawdzać, czy wbrew jego zaleceniom, wykonawca nie skorzystał z innej ścieżki komunikacji np. z poczty e-mail i sprawdzać wszystkie adresy poczty elektronicznej funkcjonujące w jednostce, co w przypadku uczelni byłoby niemożliwe, ze

względu na dużą ilość.

Wskazał, że tym, jakie środki komunikacji elektronicznej należy przyjąć jako właściwe w danym postępowaniu, stanowi art. 67 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią ust. 1 przywołanej regulacji, zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu. Uwzględnia tam również informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w treści SWZ w ust. XII - Sposób

komunikacji w pkt. 3 napisał: „Zawiadomienia, oświadczenia, wnioski lub informacje Wykonawcy przekazują drogą elektroniczną poprzez Platformę, dostępną pod adresem: <https://platformazakupowa.pl>.”.

Zamawiający wskazał więc w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości właściwą i ogólnodostępną ścieżkę komunikacji w postępowaniu.

Powyższe wynika również z praktyki orzeczniczej KIO - zgodnie z wyrokiem KIO z 18.10.2021 r., sygn. akt: KIO 2863/21 KIO potwierdziła, że skoro wskazanym przez zamawiającego środkiem komunikacji była platforma zakupowa, odwołanie (lub jego kopia) powinno zostać przekazane w pierwszej kolejności z wykorzystaniem tej platformy. KIO wskazała ponadto, że droga komunikacji za pomocą poczty elektronicznej na wskazany przez zamawiającego adres e-mail, mogła być jedynie dodatkowa.

Zaznaczył, iż Zamawiający jedyny adres mailowy — wskazał w Ogłoszeniu o zamówieniu w poz. 1.5.9. Adres poczty elektronicznej: , na który również Odwołujący nie wysłał kopii odwołania.

Obowiązek przekazania Zamawiającemu kopii odwołania de lege lata ma przy tym nie tylko walor informacyjny, daje możliwość uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, zapoznanie się z całością merytorycznego stanowiska Odwołującego przez Zamawiającego i wykonawców, którzy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania

odwoławczego, ma istotne znaczenie (por. post. KIO z 24.06.2010 r., KIO 1129/10). Zamawiający nie miał takiej możliwości, gdyż ani na maila wskazanego w dokumentach postępowania, ani na platformie zakupowej nie pojawiła się żadna informacja wskazująca, że Wykonawca Comarch Polska S.A. wniósł odwołanie. Wykonawca wysłał kopię odwołania, na najprawdopodobniej przypadkowy adres e-mail znaleziony w Internecie, na stronie Zamawiającego. Wiedzę na temat wniesionego odwołania Zamawiający powziął dopiero dnia 20.06.2022 r., o godz. 07:54 gdy osoba z zupełnie innej komórki odesłała maila do Działu Zamówień Publicznych.

Istotnym jest również fakt, iż w dniu 15.06.2022 r. od godziny 10:00 została wyłączona większość usług dostępnych na serwerach UKW, w tym poczta e-mail UKW. W związku z tym decyzją JM Rektora pracownicy administracji kończyli pracę o godz. 13:00. Należy również dodać, że w związku z długim weekendem administracja uczelni nie pracowała w dniu 17.06.2022 r., więc informacja nie dotarła do Kierownika Zamawiającego odpowiednio. Wyjątkowo osoba prowadząca niniejsze postępowania, ze względu na dwukrotne przesunięcie terminu składania i otwarcia ofert dnia 17.06.2022 r., pracowała zdalnie. Logując się na platformę zakupową w celu odszyfrowania złożonych ofert, nie miała wiedzy, że Wykonawca Comarch Polska S.A. wniósł pismo odwoławcze. Gdyby jednak Wykonawca złożył odwołanie zgodnie z zapisami SWZ poprzez platformę zakupową,

Zamawiający mógłby zapoznać się z jego treścią w terminie, przed otwarciem

ofert oraz miałby szansę ustosunkowania się do zarzutów i ewentualnego przesunięcia terminu składania i otwarcia ofert.

Dziwi fakt zachowania Odwołującego, biorąc pod uwagę iż doskonale wiedział jaka jest forma przekazywania informacji Zamawiającemu, bo wszelkie pytania i wnioski kierował do Zamawiającego prawidłowo, poprzez platformę zakupową. Jeszcze większe zaskoczenie dla Zamawiającego budzi okoliczność skorzystania z e-maila, który nie był zapisany w żadnych dokumentach postępowania.

Zaznaczył, że nie mając wiedzy o wniesionym odwołaniu, Zamawiający dokonał

otwarcia ofert dnia 17.06.2022 r., o godz. 10:00, zgodnie z terminem wskazanym w Ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia nr 2022/BZP 00207430/01 z 2022-06-14. W postępowaniu została złożona jedna oferta przez Wykonawcę: T2T SYSTEM s.c. T. U., J. U., ul. Jana Pawła II 25a/c, 47-440 Nędza.

Należy również podkreślić, iż Odwołujący otrzymał odpowiedzi na pytania od razu na drugi dzień, gdy je zadał, tj. 10.06.2022 r. Przez 3 kolejne dni, nie wykazywał żadnych

wątpliwości co do rozumienia treści odpowiedzi. Wątpliwości miał dopiero 13 czerwca br., gdy skończył się termin na zadawanie pytań do treści SWZ. Zamawiający z treści e-maili i zachowania Odwołującego domniemuje, iż działał On z premedytacją, ponieważ liczył na kolejne przesunięcie terminu składania ofert. Zaznaczyć należy, że Zamawiający prowadził postępowanie na usługę zaprojektowania, wykonania i utrzymania systemu informatycznego w ramach projektu współfinansowanego z UE „Stawiamy na rozwój UKW” po raz drugi. (pierwsze postępowanie zostało unieważnione). Warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert nie uległy zmianie. Wykonawca Comarch Polska S.A. również w poprzednim postępowaniu zadawał mnóstwo pytań ostatecznie nie składając oferty, jednakże wówczas kryteria oceny ofert były dla Odwołującego zrozumiałe. Tym bardziej zachowanie Odwołującego, wprawia w zdziwienie i zaskakuje.

Zamawiający odniósł wrażenie, że niepowodzenie w działaniu Odwołującego sprawiło, iż złożył On odwołanie na czynności Zamawiającego, które według opinii Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

W dniu 28.06.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Odwołujący wobec odpowiedzi na odwołanie złożył pismo procesowe, w ramach którego odniósł się do odpowiedzi na odwołanie i podtrzymał odwołanie. Zaprzeczył okolicznościom formalnym wskazanym przez Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazuje na okoliczności, które dowodzą faktu zapoznania się Zamawiającego z treścią odwołania w dniu 20.06.2022 r., czyli już po terminie otwarcia ofert. Fakt ten nie ma jednak znaczenia dla oceny zasadności odwołania, ani też dla oceny skuteczności jego wniesienia. Co do zasadności podniesionych zarzutów Zamawiający nie przedstawił żadnego stanowiska, tym samym Odwołujący poniżej odniesie się wyłącznie do przedstawionych przez Zamawiającego argumentów, dotyczących formalnej kwestii przekazania Zamawiającemu kopii odwołania. Zgodnie z treścią art. 514

PZP:

1. Odwołanie wnosi się do Prezesa Izby.
2. Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.
3. Domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 15.06.2022 r. do Prezesa Izby, tego samego dnia przekazując kopię odwołania Zamawiającemu, to jest przesyłając ją na adres e-mail, wskazany w Rozdziale I Specyfikacji Warunków Zamówienia. Zamawiający nie kwestionuje tej okoliczności - wręcz przeciwnie, potwierdził ją, załączając do odpowiedzi na odwołanie wydruk zrzutu ekranu, potwierdzający fakt wysłania wiadomości e-mail z kopią odwołania na adres wskazany w SWZ w dniu wniesienia odwołania. Zamawiający jednocześnie w odpowiedzi na odwołanie powołuje się na okoliczności, które są irrelewantne dla stwierdzenia skuteczności wniesienia odwołania, a także zawiera stwierdzenia świadczące o tym, że nie zna własnej dokumentacji postępowania, jak również przepisów PZP: Zamawiający twierdził, że kopię odwołania odczytał dopiero w dniu 20.06.2022 r. - nie ma to jednak znaczenia, ponieważ dla skuteczności wniesienia odwołania wystarczające jest, aby kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w taki sposób, aby mógł zapoznać się z jej treścią, nawet jeśli faktycznie tego nie uczynił. Zamawiający tymczasem mógł zapoznać się z treścią wniesionego odwołania w dniu jego wniesienia (15.06.2022 r.), ponieważ Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania w dniu 15.06.2022 r. Fakt, że Zamawiający miał od określonej godziny tego dnia przerwę serwisową, nie został w żaden sposób zakomunikowany Odwołującemu, ani żadnemu innemu wykonawcy - nie ma takiej informacji ani w SWZ, ani na stronie internetowej Zamawiającego. Poza tym Odwołujący skutecznie przesłał wiadomość e-mail i nie otrzymał automatycznej (ani żadnej innej) odpowiedzi o niedostarczeniu wiadomości albo jakichkolwiek problemach z jej dostarczeniem. Przede wszystkim jednak z dokumentów załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie wynika, że wiadomość e-mail z odwołaniem wpłynęła do

Zamawiającego o godzinie 12:11, podczas gdy „zwolnienie” z pracy pracownicy otrzymali

dopiero od godz. 13:00. Nawet zatem gdyby dla skuteczności wniesienia odwołania jakiegokolwiek znaczenie miały wewnętrzne ustalenia u Zamawiającego w zakresie godzin pracy - to i tak odwołanie zostało przekazane w takim terminie, że Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu do jego wniesienia. Zamawiający twierdził następnie, że dzień 17.06.2022 r. był dniem wolnym od pracy u Zamawiającego - ta informacja również nie może mieć żadnego wpływu na skuteczność doręczenia kopii odwołania. Na marginesie jedynie należy podnieść, że informacja ta nie została zakomunikowana Odwołującemu, nie było i nie ma takiej informacji również na stronie internetowej Zamawiającego. Zamawiający twierdził, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania na adres email, który nie był wskazany w dokumentacji postępowania. Nie jest to prawda. Adres e-mail, na który została przesłana kopia odwołania, jest zawarty przy danych adresowych Zamawiającego w Rozdziale I Specyfikacji Warunków Zamówienia. Zamawiający twierdzi, że zgodnie z SWZ Odwołujący powinien przesłać kopię odwołania przez platformę zakupową. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z treścią art. 514 PZP Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Odwołujący - przesyłając kopię odwołania na adres e-mail wskazany w SWZ, spełnił wymagania określone w powołanym przepisie. Zamawiający nie może zabronić wykonawcom posługiwania się wskazanym przez samego Zamawiającego kanałem komunikacji. Zamawiający twierdził, że z punktu widzenia zamawiającego najistotniejsze jest powzięcie wiadomości o wniesieniu odwołania. Odwołujący temu nie przeczy, nie ma to jednak wpływu na skuteczność odwołania wniesionego zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 PZP (a więc warunek przesłania

kopii odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią, niezależnie od tego, czy faktycznie się z nią zapoznał). Ponadto Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie kreuje niewynikającą z przepisów PZP tezę - iż Odwołujący powinien kierować się wskazanymi przez Zamawiającego sposobami przekazywania informacji, dokumentów czy oświadczeń. Należy jednak zauważyć, że po pierwsze,

Zamawiający w dokumentacji postępowania nie określił sposobu przekazania odwołania. Ponadto, zgodnie z przepisami PZP Zamawiający nie ma kompetencji, aby narzucić wykonawcom sposób komunikowania się wykonawcy z zamawiającym w odniesieniu do przekazania odwołania. Zgodnie z treścią art. 134 pkt 10 PZP i 281 ust. 1 pkt 8) PZP w SWZ zamawiający określa „informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej”. SWZ zawierać ma zatem informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami, a nie wykonawców z zamawiającym. Przepisy art. 67 i 68 PZP - dotyczą wyłącznie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami oraz składania ofert i wniosków: Art. 67. Zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej.

Art. 68. Przekazywanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosków, o których mowa w art. 371 ust. 3, oraz prac konkursowych odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zapewniających zachowanie integralności, autentyczności, nienaruszalności danych i ich poufności w ramach wymiany i przechowywania informacji, w tym zapewniających możliwość zapoznania się z ich treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składanie.

Wskazał, że art. 514 ust. 3 PZP ma charakter procesowy i normuje czynność dokonywaną przez wykonawcę w ramach postępowania odwoławczego. Czynności tej nie dotyczy wybór Zamawiającego odnoszący się do środków komunikacji elektronicznej.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 PZP, Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie lub jego kopię przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Art. 514 ust. 3 PZP wprowadza domniemanie możliwości zapoznania się Zamawiającego z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia z przekazaniem odwołania lub jego kopii przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przepis art. 514 ust. 3 PZP nie zawęża tych środków do wybranego przez Zamawiającego sposobu komunikacji z Wykonawcami. W świetle art. 514 ust. 3 PZP, przekazanie odwołania lub jego kopii może nastąpić przy pomocy każdego środka komunikacji elektronicznej, w szczególności za pośrednictwem poczty

elektronicznej. Jak wskazuje się w literaturze:

a. „Za aktualną pod rządami komentowanej ustawy uznać należy interpretację przyjętą w orzecznictwie KIO na podstawie art. 180 ust. 5 ustawy z 2004 r., iż przekazanie odwołania

(bądź jego kopii) może nastąpić przy pomocy każdego środka komunikacji elektronicznej. Jak orzekła KIO w wyroku z 17.09.2020 r. (KIO 1958/20, LEX nr 3075223) „Zgodnie z art. 180 ust. 5 p.z.p. [z 2004 r. - dop. aut.], odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż

zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do

jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego

wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przesłanie kopii odwołania na adres e-mail czyni zadość wymogowi przesłania kopii przy użyciu »środków komunikacji elektronicznej«. Stanowisko KIO należy w pełni poprzeć. Przepis art. 514 ust. 3 p.z.p. wyraża normę prawa procesowego i odnosi się do czynności dokonywanej przez wykonawcę w związku z postępowaniem odwoławczym. Nie dotyczy jej zatem wybór zamawiającego odnoszący się do środków komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami dokonany w SWZ na mocy postanowień art. 134 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Wybór ten odnosi się bowiem do czynności „materialnoprawnych”, dokonywanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, a nie czynności procesowej, jaką jest przekazanie odwołania lub jego kopii” (Jerzykowski Jarosław, Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505-590 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Komentarz Opublikowano: WKP 2021).

b. Ze względu na to, że jedynym wymogiem przepisu szczególnego jest zachowanie takiego sposobu, który umożliwia zapoznanie się przez zamawiającego z treścią odwołania przed

określonym terminem, nie można uznać, że przekazanie kopii bez zastosowania środków komunikacji elektronicznej stanowi o nieskuteczności tego przekazania. Za podobną wykładnią przemawiają również przepisy Kodeksu cywilnego odnoszące się do formy czynności prawnej. Nawet więc jeżeli przyjąć, że do czynności przekazania kopii odwołania znajduje zastosowanie przepis art. 67 p.z.p. dotyczący nakazu użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to z brakiem zastosowania tej formy komunikacji do przekazania kopii odwołania ustawa nie wiąże skutku nieważności czynności. W takim więc wypadku zastosowanie znajduje art. 74 § 1 k.c., zgodnie z którym zastrzeżenie formy dokumentowej bez rygору nieważności ma ten skutek, że w razie niezachowania zastrzeżonej formy nie jest w sporze dopuszczalny dowód z zeznań świadków lub z przesłuchania stron na fakt dokonania czynności (przy czym, jeżeli zamawiający i wykonawca są przedsiębiorcami, to przepisów o skutkach niezachowania formy dokumentowej nie stosuje się zgodnie z art. 74 § 4 k.c.). Jeżeli więc kopia odwołania złożonego w formie pisemnej została przekazana zamawiającemu w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (np. faksem lub pocztą), nie oznacza to, że została przekazana w sposób błędny. Różnica w stosunku do sytuacji, w której

kopia odwołania została przekazana za pomocą środków komunikacji elektronicznej, jest taka, że odwołujący się nie korzysta z domniemania, o którym stanowi ust. 3 komentowanego artykułu, że zamawiający mógł się zapoznać z treścią odwołania. Dowód w tym zakresie będzie obciążał odwołującego” (W. Dzierżanowski, komentarz do art. 514 PZP, WKP 2021).

Podkreślił, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie na adres e-mail wskazany w SWZ. Zamawiający nie zaprzecza, że na adres ten odwołanie wpłynęło 15.06.2022 r., twierdzi jednak, że tak przekazane odwołanie zostało przekazane nieskutecznie w rozumieniu art. 514 ust. 2 PZP. Z twierdzeniem tym nie sposób się zgodzić. Skoro Zamawiający podał w SWZ adres e-mail, to powinien kontrolować korespondencję, która na ten adres wpływa. Zamawiający nie obalił zatem domniemania wynikającego z art. 514 ust. 3 PZP, zgodnie z którym; domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Z całą pewnością odwołanie zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Powoływane przez Zamawiającego okoliczności, dotyczące wyłączenia usługi serwerowej w dniu 15.06.2022 r. oraz dniu wolnym w dniu 17.06.2022 r. świadczą wyłącznie o braku dochowania przez Zamawiającego należytej staranności przy planowaniu czynności w przedmiotowym postępowaniu. Wyłączenie serwerów o godz. 10.00 w dzień, po którym następuje dzień wolny od pracy - i wyznaczanie na ten dzień wolny od pracy terminu składania ofert, świadczy o braku jakiegokolwiek chęci komunikacji z wykonawcami. Tym bardziej, że okres ten był jeszcze otwartym terminem do wniesienia odwołania, a Zamawiający otrzymywał wcześniej sygnały od Odwołującego, świadczące o tym, że Odwołujący podważa działania Zamawiającego i jest możliwe wniesienie odwołania.

Powołane przez Zamawiającego orzeczenie KIO z 18.10.2021 r., sygn. akt: KIO

2863/21 nie może być powoływane jako przykład rozstrzygnięcia w podobnej sprawie, ponieważ w stanie faktycznym stanowiącym podstawę orzeczenia odwołujący wysłał

odwołanie na adres nieaktywny i otrzymał informację zwrotną o niemożliwości dostarczenia

wiadomości e-mail na wskazany adres. Istotnie zatem w cytowanej sprawie odwołujący wiedział i miał niezbita świadomość tego, że wiadomość z odwołaniem nie została zamawiającemu dostarczona. Ponieważ nie przesłał zamawiającemu odwołania w żaden inny sposób, orzeczenie Izby w powołanej sprawie było logiczne i zrozumiałe. W niniejszym postępowaniu sytuacja jest zgoła inna, ponieważ Odwołujący przesłał Zamawiającemu odwołanie na adres podany w SWZ i nie otrzymał żadnej informacji o problemie z jej dostarczeniem - co więcej, Zamawiający nie przeczy, że tę wiadomość pod wskazanym adresem otrzymał. Stanowisko Odwołującego poparte jest natomiast następującymi orzeczeniami KIO - dla przykładu w wyroku z 09.11.2021 r., sygn. akt: KIO 3026/21, Izba wskazała, iż: „Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący przekazuje Zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, że Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 514 ust. 3 ustawy Pzp). Regulujący kwestię sposobu przekazania kopii odwołania przepis art. 514 ust. 2 ustawy Pzp w sposób wyraźny

przewiduje, że przekazanie to może się odbyć drogą elektroniczną (nie ogranicza sposobu w jakim odwołanie albo jego kopia mogą być przekazane Zamawiającemu), co więcej zastosowanie drogi elektronicznej (art. 514 ust. 3 ustawy Pzp) rodzi określone skutki prawne, tj. domniemanie że Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. W drugiej kolejności Izba zważyła, że Zamawiający nie obalił domniemania wynikającego ze art. 514 ust. 3 ustawy Pzp. Niewątpliwie przesłanie kopii odwołania w dniu 13 października 2021 r. o g. 15.24 nastąpiło przed upływem 5 dniowego terminu do wniesienia odwołania, który upływał w tym dniu o g. 24.00 (art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 514 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 111 § 1 k.c.). Okoliczność, iż nastąpiło to po godzinach urzędowania Zamawiającego nie było wystarczające do obalenia domniemania, iż Zamawiający mógł się zapoznać z treścią przesłanej kopii odwołania. Niewątpliwie potencjalna możliwość odebrania poczty elektronicznej istniała w dniu 13 października 2021 r. po g. 15.24. Obalenie domniemania wynikającego z art. 514 ust. 3 ustawy Pzp wymagałoby wykazania przez Zamawiającego, iż zaistniała taka okoliczność, która uniemożliwiałaby Zamawiającemu nawet potencjalną możliwość zapoznania się z treścią odwołania, a takiego dowodu Zamawiający nie przeprowadził. Powyższe znajduje swoje potwierdzenie także w stanowisku doktryny: "(...) Przekazanie kopii odwołania może nastąpić także przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (zdefiniowanych w art. 7 pkt 23 PZP, zatem z wyłączeniem faksu) - w takim przypadku może być dokonane do upływu ostatniego dnia przewidzianego na jego wniesienie, niezależnie od godzin, w jakich pracuje zamawiający. Przepis art. 514 ust. 3 PZP zawiera domniemanie, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. (...)" (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1147)."

Ponieważ Zamawiający nie odniósł się w żadnym zakresie merytorycznie do zarzutów odwołania, Odwołujący podtrzymuje w całości swoje stanowisko, przedstawione w odwołaniu. Odwołujący wnosil zatem o uwzględnienie odwołania i stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści SWZ wykonawcy nie są w stanie stwierdzić, jaki minimalny okres gwarancji jest wymagany przez Zamawiającego;

2) art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 240 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez

doprowadzenie do sytuacji, w której w związku z udzieleniem odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści SWZ kryterium oceny ofert w zakresie oferowanej przez wykonawcę gwarancji opisane jest w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały;

3) art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP oraz art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 240 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 9.06.2022 r. i doprowadzenie do sytuacji, w której Odwołujący nie ma możliwości zadeklarowania konkretnej wartości przedłużenia gwarancji w kryterium: Okres gwarancji i rękojmi za wady; nie wiadomo również, jak Zamawiający będzie przyznawał punkty w świetle udzielonej przez siebie odpowiedzi na pytanie, z której wynika inny okres maksymalnej gwarancji, niż z kryteriów oceny ofert, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (czego dowodem jest niezłożenie przez Odwołującego oferty w niniejszym postępowaniu i brak możliwości ubiegania się o zamówienie), oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. stosownie do treści art. 554 ust. 3 PZP:

1) jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazanie unieważnienia czynności otwarcia ofert (i ewentualnie również czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty - jeśli zostały przez Zamawiającego wykonane); a także nakazanie modyfikacji SWZ w sposób określony w odwołaniu

(udzielenie odpowiedzi na pytania)

b) nakazanie wyznaczenia nowego terminu składania ofert;

2) jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1:

a) unieważnienie umowy albo

b) unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej

na Zamawiającego.

alternatywnie:

3) nakazanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 29.06.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia pisma procesowego Odwołującego do Prezesa KIO wniósł na piśmie, dodatkową odpowiedź na odwołanie (pismo procesowe), w której wnosił o oddalenie odwołania.

Ad. 1)

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu Odwołującego i wniósł o jego oddalenie. Zgodnie z treścią art. 284 ust.2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2021 poz. 1129 ze zm.) zwany dalej Pzp, Zamawiający jest zobowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania ofert, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający uczynił zadość temu obowiązкови, odpowiedział na wszystkie pytania zadane w postępowaniu przez Wykonawcę Comarch Polska S.A. W związku z dużą ilością pytań (łącznie wszystkich pytań było około 70) przesłanych przez Odwołującego Zamawiający dwukrotnie przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych

wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego

przygotowania i złożenia oferty. Nie można więc mówić o dokonaniu czynności lub zaniechaniu jej dokonania w postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Istotne jest również to, że z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ zwracał się tylko Odwołujący, inni Wykonawcy nie mieli żadnych wątpliwości co do treści SWZ.

Zarzut naruszenia przepisu art. 99 ust. 1 w ocenie Zamawiającego w ogóle nie dotyczy przedmiotowego odwołania. Wykonawca zarzuca Zamawiającemu nieprecyzyjne i niejednoznaczne odpowiedzi na pytania dotyczące kryteriów oceny ofert, nie przedstawił natomiast stricte zarzutów co do opisu przedmiotu zamówienia. Treść przepisu art. 99 ustawy Pzp. wprost odnosi się do zasad opisywania przedmiotu zamówienia. Natomiast o naruszeniu zasad opisu przedmiotu zamówienia można mówić w momencie, gdyby Zamawiający, mimo, że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisał go np. poprzez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych parametrów przesądzających o wyborze konkretnej marki. Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO, m.in. wyrok KIO z 17.01.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, w którym Izba stwierdziła, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji." (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 1, W-wa 2008, s. 35).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż cyt.: „doprowadził on do sytuacji, w której w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści SWZ wykonawcy nie są w stanie stwierdzić, jaki minimalny okres gwarancji jest wymagany przez Zamawiającego.”

W ocenie Zamawiającego, zarzut ten jest błędny i bezpodstawny, gdyż nie można używać liczby mnogiej —zwrotu „Wykonawcy” skoro jeden z Wykonawców prawidłowo złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, a wszelkie zapisy SWZ były dla niego jasne, precyzyjne, jednoznaczne i nie budzące wątpliwości. Minimalny i maksymalny okres gwarancji został określony w dokumentach postępowania oraz ponownie opublikowany w odpowiedziach Zamawiającego. Jak podkreśla KIO w wyroku z 04.04.2016 r. (sygn. akt KIO 337/16 i KIO 342/16), za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie przepisów ustawy Pzp, lecz także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie określonych okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia rozumianą jako zgodność czynności Zamawiającego z przepisami Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. W argumentacji Odwołującego zarzut ten nie znajduje uzasadnienia.

Ad. 2)

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu Odwołującego i wniósł o jego oddalenie.

Przed wszystkim należy podkreślić, iż Zamawiający jest uprawniony do ustalenia kryteriów,

które pozwolą na wybór oferty spełniającej w najwyższym stopniu jego uzasadnione potrzeby. Kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucie i preferencje oceniającego. Wreszcie kryteria oceny ofert powinny zapewnić możliwość wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Najkorzystniejszej - oznacza albo ofertę określającą najniższą cenę, albo ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie. Dlatego też, wszelkie kryteria, które pozwalają na wyłonienia takiej oferty należy uznać za zgodne z przepisami ustawy Pzp. W orzecznictwie KIO przyjęła się również

teza, że „kryteria oceny ofert nie mogą być sprzeczne z podstawowymi zasadami zamówień publicznych, nie mogą one ograniczać konkurencji, a tym bardziej nie mogą wprowadzać nieuzasadnionych preferencji określonych wykonawców” (sygn. akt KIO z 12.01.2012 r., KIO 2803/11). W ocenie Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takiej sytuacji nie było. Kryteria oceny ofert zostały określone w sposób jednoznaczny, jasny i zrozumiały z zachowaniem naczelnych

zasad zamówień publicznych, czego dowodem jest między innymi złożona oferta w niniejszym postępowaniu. Nie można więc mówić o jakimkolwiek

naruszeniu przepisów ustawy Pzp.

Ad. 3)

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu Odwołującego i wnosi o jego oddalenie.

Niezgodne z prawdą jest twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający zaniechał udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 9.06.2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania (łącznie 67 pytań) zadanych przez Odwołującego i zamieścił treść odpowiedzi na platformie zakupowej dnia 10 czerwca 2022 r. W pytaniu nr 3 Odwołujący odniósł się do kryterium, którego nie było w treści SWZ, a więc Zamawiający nie mógł odnieść się do meritum pytania dotyczącego kryterium, którego faktycznie w prowadzonym postępowaniu nie było. Odpowiedzią na owe pytanie Odwołujący obarcza winą Zamawiającego, ale to Odwołujący zadał nieprawidłowe i nieprecyzyjnie sformułowane pytanie. Dlatego zarzut zaniechania odpowiedzi na pytanie nr 3 jest bezzasadny, iż Zamawiający nie uchybił czynności obowiązkowi udzielenia odpowiedzi. Jeśli zatem Odwołujący uznał, iż kryteria oceny ofert są opisane w sposób sprzeczny z treścią art. 240 ustawy Pzp, mógł złożyć odwołanie, kiedy jeszcze obowiązywał termin złożenia odwołania na treść SWZ lub złożyć Wniosek o zmianę treści SWZ w tym zakresie, lecz Odwołujący tego nie zrobił. W związku z powyższym Odwołujący nie powinien podnosić zarzutu, iż kryteria oceny ofert zostały opisane w sposób sprzeczny z treścią art. 240 ustawy Pzp, tym bardziej że inny Wykonawca w sposób prawidłowy złożył ofertę w wyznaczonym terminie.

Niezgodne z prawdą jest również twierdzenie Odwołującego, że: „nie wiadomo również, jak Zamawiający będzie przyznawał punkty w świetle udzielonej przez siebie odpowiedzi na pytanie.”

Opis kryteriów stanowi wskazanie ich nazw (określenie kryteriów), wag oraz sposobu oceny ofert. Określenie kryterium to wskazanie jego nazwy, tytułu — np. cena, walory estetyczne, termin wykonania, gwarancja jakości. Określenie wag kryteriów to przypisanie im wyrażonego punktowo lub procentowo znaczenia. Z kolei opis sposobu oceny to instrukcja zastosowania kryteriów oceny ofert. Zamawiający w sposób jednoznaczny, jasny, zrozumiały i nie budzący wątpliwości określił zasady przyznawania punktów za przedłużenie okresu gwarancji jakości, tj.:

W Rozdziale XVIII pkt 3 SWZ Zamawiający wskazał:

Zasady oceny ofert w kryterium Gwarancja jakości (G) —waga 20%.

- 1) Zamawiający będzie przyznawał punkty w następujący sposób:
- 2) W ramach kryterium okres gwarancji i rękojmi za wady:
 - a) maksymalna ilość możliwych do uzyskania punktów: P2 - 20 pkt.;
 - b) Wykonawca, który w ofercie zobowiąże się do udzielenia przedłużenia gwarancji jakości na okres:
 - 3 lat otrzyma 5 pkt.;
 - 4 lat otrzyma 10 pkt.; - 5 lat otrzyma 20 pkt.;

Uwaga:

Dodatkowe punkty zostaną przyznane wyłącznie Wykonawcom, którzy w ofercie zobowiązali się do udzielenia gwarancji i rękojmi za wady na okres odpowiednio 3, 4 lub 5 lat. Oferta z gwarancją i rękojmią za wady udzieloną na okres dłuższy niż 5 lat, otrzyma również maksymalną ilość punktów możliwych do uzyskania w tym kryterium. W przypadku nie określenia przez Wykonawcę w ofercie okresu gwarancji, dla potrzeb oceny oferty zostanie przyjęty okres wymagany, tj.: 3 lata.

Uniwersalne zasady badania poprawności sporządzenia opisu kryteriów zostały sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie EVN AG (Wyrok TS z 4.12.2003 r., C-448/01, EVN AG i Wienstrom GmbH v. Republik Österreich, EU:C:2003:651), gdzie Trybunał stwierdził, że:

- a) zamawiający musi zagwarantować równe traktowanie wykonawców zarówno na etapie przygotowania ofert (składania), jak i ich oceny;
- b) kryteria oceny ofert muszą być stosowane dokładnie w ten sam sposób wobec wszystkich ofert;
- c) kryteria muszą być stosowane w sposób przejrzysty, tak by możliwa była weryfikacja poprawności procesu oceny ofert;
- d) ocena w ramach kryteriów musi dotyczyć wiarygodnych i weryfikowalnych treści zawartych w ofertach.

Przy określaniu kryteriów oceny ofert Zamawiający kierował się tymi zasadami.

Niezgodny z rzeczywistym stanem faktycznym i nieodpowiadającym prawdzie jest również zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie dokonał modyfikacji zapisów treści SWZ oraz projektu umowy.

Wszystkie modyfikacje SWZ oraz daty ich zamieszczenia znajdują się na platformie zakupowej prowadzonego postępowania.

Odwołujący podnosił również zarzut braku udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania zadane dnia 13.06.2022 r. Należy wskazać, że pytania wpłynęły do Zamawiającego w momencie, gdy upłynął już ustawowy termin ich zadawania i obowiązek udzielenia na nie odpowiedzi, o czym doskonale Odwołujący wiedział. W przypadku, gdy Zamawiający przedłużył termin składania ofert termin na zwrócenie się przez Wykonawców z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ należy odnieść do pierwotnego terminu składania ofert, czyli w tym przypadku do dnia 13.06.2022 r. W związku z powyższym Zamawiający nie miał ustawowego obowiązku udzielenia odpowiedzi, a więc nie zaniechał czynności i nie naruszył przepisów ustawy Pzp. Tym samym zarzut braku udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania zadane dnia 13.06.2022r. jest całkowicie bezpodstawny.

Przywołał treść przepisu art. 513 ust. 1 ustawy Pzp, który dotyczy podstaw wniesienia odwołania przez Wykonawcę. Odwołanie przysługuje na: niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia (...), albo

zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołanie powinno więc dotyczyć wyłącznie czynności dokonanej przez Zamawiającego, jak i zaniechania (brak wykonania określonej czynności), o ile do przeprowadzenia czynności Zamawiający był zobowiązany na podstawie Prawa zamówień publicznych. zgodnie z jego definicją sformułowaną w art. 7 pkt 18 Pzp. Odwołujący nie wykazał w odwołaniu z 15.06.2022r. żadnych zaniechań lub wykonania czynności przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający wszystkie czynności w toku postępowania wykonywał prawidłowo, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Nie zaniechał również żadnym swoim obowiązkom wynikającym z ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe argumenty zastanawiające jest, czy Odwołujący rzeczywiście miał interes prawny w uzyskaniu zamówienia, czy jednak działał celowo, żeby zakłócić czynności postępowania. Analizując działanie Odwołującego, w tym i w poprzednim postępowaniu dotyczącym tego

samego przedmiotu zamówienia odnosi się wrażenie, że Odwołujący ma jeden schemat działania. „Zasypywanie” Zamawiającego pytaniami, w celu uzyskania przesunięcia terminu składania ofert o czym może świadczyć np. treść maila z 13.06.2022 r.: „W związku z brakiem odpowiedzi na wszystkie pytania złożone przez Wykonawcę w terminie ustawowym oraz nadal istniejącymi wątpliwościami w zakresie Opisu Przedmiotu Zamówienia Wykonawca wnioskuje o zmianę terminu składania ofert co najmniej o okres pozwalający na uwzględnienie odpowiedzi jaka zostanie udzielona przez Zamawiającego na pytania złożone w terminie ustawowym oraz odpowiedzi na pytania złożone w dniu 13 czerwca br. w celu doprecyzowania udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień”, przy czym ostatecznie nie składając oferty. Gdyby Zamawiający bez końca musiał „doprecyzowywać” swoje wyjaśnienia i odpowiedzi na pytania Wykonawcy i w związku z powyższym przesunął

terminy, nigdy nie doszłoby do otwarcia ofert. Dlatego ustawodawca jednoznacznie określił termin składania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ i tej zasady Zamawiający niezaprzeczalnie przestrzegał.

Podsumowując: Odwołujący bezspornie powinien wskazać w odwołaniu czynności których dopuścił się Zamawiający z naruszeniem przepisów prawa, czego Odwołujący nie uczynił wskazując na nieprawdziwe fakty i czynności, których Zamawiający nie zaniechał. Niezaprzeczalny jest fakt, że inni Wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia prawidłowo złożyli ofertę i nie mieli żadnych wątpliwości co do sposobu oceniania ofert przez Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (obecny jedynie Odwołujący) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp. Izba stwierdziła, iż brak jest jakichkolwiek przeszkód formalnych do prowadzenia rozprawy. Uznając jednocześnie, iż Odwołujący skutecznie przekazał kopię odwołania Zamawiającemu na jeden z adresów e-mailowych wskazany w dokumentacji postępowania, co Izba potwierdziła w dokumentacji postępowania (na 2 stronie SWZ).

Jednocześnie, Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Należy zwrócić przy tym uwagę, że art. 505 ust. 1 PZP wymaga wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, a nie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jak miało to miejsce na gruncie art. 179 ust.1 PZP z 2004. W konsekwencji Odwołujący ma także interes w unieważnieniu postępowania. Nadto, krąg podmiotów, które mogą skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie wobec treści SWZ, jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o zamówienie. Na tym etapie wystarczająca jest możliwość poniesienia szkody wynikającej z niewłaściwego sformułowania treści SWZ, która może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia (tak np. w wyroku z 12.07.2017 r., sygn. akt: KIO 1331/17). To znaczy, że odwołanie na zapisy SWZ może złożyć każdy podmiot, niezależnie od tego czy zamierza złożyć później ofertę.

Nadto, Izba postanowiła oddalić wniosek o odroczenie rozprawy złożony przez Zamawiającego przed otwarciem posiedzenia uznając, że, z uwagi na aktualny stan sprawy, niezbędne jest kontynuowanie postępowania (tj. po terminie składania ofert). Nadto, w ocenie Izby, Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w dwóch pismach, tj. w odpowiedzi na odwołanie oraz z piśmie procesowym. Dysponuje także dokumentacją postępowania.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SWZ, pierwotny formularz ofertowy, formularz ofertowy z 10.06.2022 r., pierwotny Opis Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 7 do SWZ), Opis Przedmiotu Zamówienia z 10.06.2022 r. (załącznik nr 7 do SWZ); /pytania oraz udzielone odpowiedzi będące przedmiotem sporu zaliczone do materiału dowodowego jako załączniki do odwołania/; modyfikacji SWZ nr 1-5; projekt umowy /załącznik nr 8/ (data publikacji 10.06.2022 r.) oraz złożona oferta Wykonawcy: T2T SYSTEM s.c. T. U., J. U., ul. Jana Pawła II 25a/c, 47-440 Nędza.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na okoliczności w nim wskazane:

- 1) Pismo Wykonawcy z 09.06.2022 r - pytania o wyjaśnienie treści SWZ (pytania nr 2);
- 2) Pismo Zamawiającego z 10.06.2022 r. - odpowiedź Zamawiającego na pytania (odpowiedzi nr 1);
- 3) Pismo Wykonawcy z 13.06.2022r.- pytania o wyjaśnienie treści SWZ (pytania nr 3).

Izba zaliczyła także do materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego na okoliczności w nim wskazane:

- 1) Kopia maila od Kierownika Działu Informatyzacji o planowanym pracach serwera;
- 2) Kopia maila JM Rektora o skróconym czasie pracy JM Rektor;

- 3) Kopia maila świadcząca o złożonym i doręczonym odwołaniu dnia 20.06.2022 r;
- 4) Korespondencja Wykonawcy z Zamawiającym.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie przez Odwołującego:

- Unieważnienie poprzedniego postępowania na okoliczność wiarygodności oferty jedynej złożonej w postępowaniu, otwartej, gdyż wykonawca ten w poprzednim postępowaniu złożył ofertę, która była odrzucona, gdyż nie był ten Wykonawca w stanie wyjaśnić, w jaki sposób została skalkulowana cena jego oferty.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, jak i pisma procesowego Odwołującego oraz Zamawiającego, oraz stanowiska i oświadczenia stron (obecny na rozprawie jedynie Odwołujący - Zamawiający nieobecny na posiedzeniu i rozprawie prawidłowo zawiadomiony) złożonych ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionego w treści odwołania zarzutu, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

- 1) art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści SWZ wykonawcy nie są w stanie stwierdzić, jaki minimalny okres gwarancji jest wymagany przez Zamawiającego;
- 2) art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 240 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której w związku z udzieleniem odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści SWZ kryterium oceny ofert w zakresie oferowanej przez wykonawcę gwarancji opisane jest w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały.
- 3) art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP oraz art. 284 ust. 2 PZP w zw. z art. 240 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 9.06.2022 r. i doprowadzenie do sytuacji, w której

Odwołujący nie ma możliwości zadeklarowania konkretnej wartości przedłużenia gwarancji w kryterium: Okres gwarancji i rękojmi za wady; nie wiadomo również, jak Zamawiający będzie przyznawał punkty w świetle udzielonej przez siebie odpowiedzi na pytanie, z której wynika inny okres maksymalnej gwarancji, niż z kryteriów oceny ofert.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie, jak i pisma procesowego Odwołującego oraz Zamawiającego oraz przywołane tam fragmenty i postanowienia SWZ oraz odpowiedzi na udzielone pytania.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust. 1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba uznała, że niniejszy zarzut podlega uwzględnieniu.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego z odwołania oraz rozprawy /jednocześnie zastrzegając, że Izba za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: " (...) ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę."/), że na skutek udzielonych odpowiedzi doszło do zaistnienia sprzeczności postanowień SWZ. Zamawiający w żaden sposób nie usunął tych sprzeczności. Istotnie zaistniała takiego rodzaju sytuacja, że mamy do czynienia z 5 różnymi terminami gwarancji wskazanymi w dokumentacji postępowania. W ramach odpowiedzi z 10.06.2022 r. Zamawiający wskazał termin gwarancji minimum 12 miesięcy, maksimum 36 miesięcy, w ramach rodz. IV pkt 2 SWZ zobowiązania wskazał termin gwarancji 36 miesięcy, z kolei

w § 1 Definicje umowy jest termin 12 miesięcy, zaś w formularzu ofertowym termin 24 miesięcy (w pkt 5). Nadto, w załączniku nr 1 do SWZ, tj. OPZ jest to okres gwarancji dla oprogramowania 12 miesięcy minimalny, 36 maksymalny (str. 2 załącznika nr 7 SWZ), z kolei w ramach kryterium oceny ofert punktowane jest przedłużenie o okres 3, 5, 6 lat. Jednocześnie Zamawiający zakłada, że brak wskazania powoduje przyjęcie, że wykonawca zadeklarował 3-letnią gwarancję, którą uznaje jako minimalną, mimo że wcześniej jest mowa (w ramach udzielonej odpowiedzi z 10.06.2022 r.), że taką gwarancją jest gwarancja 12-miesięczna. Niewątpliwie takie różnorodne wskazanie minimalnego wskazania okresu gwarancji powoduje, że udzielona w tym zakresie odpowiedzi z 10.06.2022 r. bez dokonania jakiegokolwiek modyfikacji i dostosowania oraz ujednolicenia jest wystarczającą podstawą do uwzględnienia zarzutu. Nadto, okoliczność złożenia oferty w tym zakresie przez innego Wykonawcę nie czyni postanowień SWZ jasnymi i czytelnymi, gdyż złożona jako jedyna oferta w jej obecnym kształcie jest sprzeczna gdyż z jednej strony deklaruje okres gwarancji i rękojmi na przedmiot zamówienia 24 miesięczny (pkt 5 formularza ofertowego) a z drugiej okres 5 letni w ramach kryterium Gwarancji jakości (str. 2 formularza ofertowego). W konsekwencji twierdzenia Zamawiającego z pisma procesowego i rola oraz waga nadawana okoliczności złożenia tej okoliczności przez Wykonawcę T2T SYSTEM s.c. T. U., J. U. jest nieuzasadniona i nie świadczy na potwierdzenie tego, że postanowienia SWZ były jasne, precyzyjne, jednoznaczne i nie budzące wątpliwości. W ocenie bowiem Izby, nie wiadomą jaką ostatecznie wycenił gwarancję ten Wykonawcę. Ewentualne wyjaśnienia zmieniałyby treść oferty i byłyby w sprzeczności z jej treścią. W ostatecznym rozrachunku nie wiadomo jaki minimalny okres gwarancji jest wymagany przez Zamawiającego według przyjętych postanowień SWZ, a brak dostosowania formularza ofertowego w stosunku do odpowiedzi na pytania z 10.06.2022 r., te sprzeczności pogłębiają, co także zostanie dodatkowo podkreślone przy okazji rozpatrywania następnego zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba uznała, że niniejszy zarzut podlega uwzględnieniu. W tym zakresie Odwołujący podkreślił na rozprawie, że odpowiedź jest sprzeczna z postanowieniami SWZ dotyczącymi kryteriów oceny ofert wyjaśniając, a zarazem pytając, że w jaki sposób minimalną gwarancją może być gwarancja 12-miesięczna, skoro przyjmuje się do punktacji gwarancję 36-miesięczną jako minimalną w wypadku braku określenia w ofercie okresu gwarancji. W tym kontekście także wskazuje, iż w formularzu ofertowym pkt 5 tego formularza powinien zostać usunięty, jeżeli przyjąć za wiarygodną odpowiedź Zamawiającego na zadane pytania z 10.06.2022 r. Także w kontekście zarzutu 2 należy dodatkowo zauważyć (z uwagi na przenikanie się obu zarzutów), że zaistniała sprzeczność udzielonej odpowiedzi z 10.06.2022 r. z zasadami punktacji, skoro dla punktacji przyjmuje się 36-miesięczną gwarancję, którą można przedłużyć do 5 lat. Izba także w tym kontekście podtrzymuje argumentację co do niewiarygodności jedynej oferty złożonej oferty i tego, że nie świadczy ona na potwierdzenie tego, że postanowienia SWZ były jasne, precyzyjne, jednoznaczne i nie budzące wątpliwości.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba uznała, że niniejszy zarzut podlega uwzględnieniu. W zakresie zarzutu 3 Odwołujący podkreślił, że, mimo formalnej odpowiedzi, Zamawiający nie przedstawił merytorycznego stanowiska w zakresie zadane pytanie, które odnosi się do serwisu pogwarancyjnego. Odwołujący podkreśla, iż pytanie było związane z tą okolicznością, że tylko w jednym miejscu, tj. § 8 ust. 3 projektu umowy, jest mowa o takim serwisie pogwarancyjnym, a w żadnym innym fragmencie umowy nie było w żaden sposób wskazania takiego serwisu. Przywołany § 2 ust. 2 pkt 7 nie znajduje się w treści projektu

umowy, a odesłanie do tej jednostki redakcyjnej jest puste. Inaczej mówiąc

przywołany w nim paragraf nie ma ustępu regulującego ten serwis. Z tej przyczyny pytanie było merytorycznie zasadne, a udzielona odpowiedź była pozbawiona jakiegokolwiek treści. Tym bardziej że użyte sformułowanie „przedłużenie gwarancji” nie było precyzyjne, czy jak kto woli fortune nawet jeśli chodziło o gwarancję jako taką. Dodatkowo należy przychylić się do stanowiska Odwołującego, że nie wiadomo również, jak Zamawiający będzie przyznawał punkty w świetle udzielonej przez siebie odpowiedzi na pytanie, z której wynika inny okres maksymalnej gwarancji (36 miesięcy), niż z kryteriów oceny ofert (5 lat). Niniejsze tym bardziej, czyni zasadnym udzielenie merytorycznej i rzeczowej odpowiedzi na zadane pytanie, czego Zamawiający wydaje się że nie dostrzega. Zamawiający powinien zrozumieć, że w większości wypadków uczestnicy postępowania to partnerzy którzy angażują swoje siły i środki tak aby późniejsza współpraca przy realizacji układała się jak najlepiej.

Poza tym, Odwołujący dodatkowo wyjaśnił na rozprawie, iż kwestia dodatkowych pytań z 13.06.2022 r. nie jest objęta zarzutem, zarzut dotyczył pytania z 09.06.2022 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W związku ze stwierdzeniem naruszenia cytowanych wyżej przepisów ustawy Pzp, Izba uznała, że w związku z tym, że w postępowaniu zostały już złożone oferty (jedyna oferta), a tym samym ten etap postępowania nie pozwala już na nakazanie

Zamawiającemu wykonania określonych naprawczych czynności (w tym przypadku zmiany treści SWZ oraz udzielenie odpowiedzi na pytanie), konieczne jest unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, mając na uwadze treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba wydając orzeczenie - bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy - że nie może nakazać zmiany SWZ. Orzekła zatem o konieczności unieważnienia postępowania, jako konsekwencji naruszenia przepisów, które to mają wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których to wad nie da się już na obecnym etapie postępowania naprawić. W podobny stan faktyczny Izba nakazywała unieważnienie np. w wyroku KIO z 25.11.2019 r., sygn. akt: KIO 2217/19, czy też wyroku KIO z 04.02. 2013 r., sygn. akt: KIO 152/13. Należy także

zauważyć, że otwarcie ofert, co miało miejsce w tym stanie faktycznym ma

charakter jednokrotny. Inaczej mówiąc jest to czynność faktyczna, która ma charakter jednokrotny i nie może być ponawiana w danym postępowaniu, jest też skuteczna erga omnes (tak m.in. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 02.02.2010 r., sygn. akt: V Ca 2601/09, wyrok Izby z 12.10.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1344/09, oraz uchwałę Izby z 29.05.2014 r. sygn. akt KIO/KU 48/14, wyrok KIO z 04.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1096/16,

wyrok KIO z 12.04.2019 r., sygn. akt: KIO 574/19, wyrok KIO z 10.06.2019, sygn. akt: KIO 942/19).

Jednocześnie, powyższe nie zwalnia Zamawiającego do dokonania w toku nowego postępowania stosownej korekty i ujednolicenia tak w SWZ, formularzu ofertowym, kryteriach oceny ofert, jak i projekcie umowy spornych kwestii, który były podstawą uwzględnienia przedmiotowego odwołania oraz unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień 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: