Sygn. akt: KIO 565/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 lutego 2024 r. przez wykonawcę Millano spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Przeźmierowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy Terravita spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.
   3.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący …….....

Sygn. akt: KIO 565/24

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

Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie
w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Sukcesywna dostawa pakietów czekolad
dla zrównoważenia wysiłku energetycznego dla Honorowych Dawców Krwi" (nr postępowania ZZP.ZP.411.06.2024), zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 4 stycznia 2024 r.
w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2024/S 003-004756.

19 lutego 2024 r. wykonawca Millano spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Przeźmierowie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie
i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 w związku z naruszeniem art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z art. 74 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu
   części dokumentów złożonych w postępowaniu przez wykonawcę Terravita sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: Przystępujący), mimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów
   o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a Przystępujący nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w tych dokumentach,
2. art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp przez jego niezastosowanie i uznanie, że oferta Przystępującego została sporządzona w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi określonymi przez Zamawiającego w SWZ, mimo że oferta ta w zakresie gwarancji bankowej nr GK24-0110006 i dwóch aneksów do tejże gwarancji, nie została podpisana

kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną
do reprezentacji Przystępującego zgodnie z wymogiem określonym w pkt IV.2 SWZ,

3. art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego mimo niezastosowania obligatoryjnej procedury uzupełnienia oferty, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentu w postaci aneksu do gwarancji bankowej potwierdzającego przedłużenie terminu ważności tej gwarancji do 20 maja 2024 roku,
4. art. 16 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości (w związku
z naruszeniem ww. przepisów Pzp).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
4. odtajnienia i udostępnienia informacji zawartych we wskazanych w odwołaniu dokumentach załączonych do oferty Przystępującego,
5. dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Przystępujący nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w złożonych dokumentach, a co za tym idzie także Zamawiający nie mógł nie udostępnić Odwołującemu tych dokumentów.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dokonał żadnej analizy skuteczności zastrzeżenia, a jedynie bezkrytycznie przyjął oświadczenie o zastrzeżeniu złożone przez Przystępującego mimo, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek sprawdzenia zasadności i skuteczności zastrzeżenia, a w przypadku, gdy okaże się, że wykonawca nie wykazał łącznego spełnienia się przesłanek ustawowych legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający jest zobowiązany uznać zastrzeżenia za nieskuteczne i przyjąć, że informacje zawarte
w dokumencie stanowią część jawną dokumentacji postępowania.

Zarzut nr 2

W pkt IV.2 SWZ, Zamawiający wskazał, że „Oferta wraz z załącznikami sporządzona w postaci elektronicznej musi być podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną, zgodnie z zasadami reprezentacji Wykonawcy określonymi w rejestrze sądowym lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy, albo przez osobę umocowaną (na podstawie pełnomocnictwa) przez osoby uprawnione". W związku
oferta złożona przez Przystępującego w zakresie załączników obejmujących gwarancję bankową nr GK24-0110006 z 11 stycznia 2024 roku i dwa aneksy do tej gwarancji (pierwszy
z 16 stycznia 2024 roku i drugi z 18 stycznia 2024 roku) nie zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do reprezentacji Przystępującego zgodnie z wymogiem przewidzianym w przywołanym powyżej pkt IV.2 SWZ.

Dowód:

1. gwarancja bankowa nr GK24-0110006 z 11 stycznia 2024 roku,
2. pierwszy aneks do ww. gwarancji z 16 stycznia 2024 roku,
3. drugi aneks do ww. gwarancji z 18 stycznia 2024 roku.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego. Wobec powyższego, w pełni zasadne jest twierdzenie,
że oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu jako niesporządzona w sposób zgodny
z wymaganiami technicznymi sporządzania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego.

Zarzut nr 3

Pismem z 8 lutego 2024 roku Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp w związku nieprzedstawieniem wraz z ofertą innych dokumentów potwierdzających przedłużenie terminu ważności gwarancji wadialnej do 20 maja 2024 roku. W związku z powyższym należy podkreślić, że Zamawiający nie prowadził w tym przedmiocie uprzednio żadnej korespondencji z Odwołującym, nie zwracał się o wyjaśnienia lub uzupełnienia w tym zakresie. Tymczasem w myśl art. 128 ust. 1 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o

którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne
lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zdaniem Odwołującego dokument gwarancji wadialnej należało uznać za „inny dokument", o którym mowa w ww. przepisie i który umożliwia wykonawcy jego uzupełnienie. Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego
bez przeprowadzenia obligatoryjnej procedury jej uzupełnienia (w zakresie gwarancji wadialnej), o której mowa w art. 128 ust. 1 Pzp należy uznać za nieuprawnione
i przedwczesne. W kontekście powyższego nie bez znaczenia pozostawał fakt, że w toku postępowania Zamawiający dwukrotnie zmieniał termin związania ofertą determinujący termin ważności gwarancji wadialnej. W tych okolicznościach, skorzystanie przez Zamawiającego
z procedury przewidzianej w przywołanym powyżej art. 128 ust. 1 Pzp było tym bardziej uzasadnione.
Zarzut nr 4
W odniesieniu do zarzutu prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości Odwołujący wskazał,
że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i wynikających z odwołania, więc za w pełni uzasadnione należało uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 16 Pzp. W świetle powyższych okoliczności faktycznych i prawnych niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i jako takie zasługuje na uwzględnienie.
8 marca 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, przy czym w zakresie zarzutu nr 1 Zamawiający podniósł, że w zakresie zarzutu nr 1 odwołanie zostało wniesione po upływie terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp.
W uzasadnieniu swojego stanowiska co do pozostałych zarzutów Zamawiający wskazał:

Zarzut nr 2
Przystępujący złożył wraz z ofertą gwarancję bankową nr GK24-0110006 oraz aneksy do tej gwarancji jako dokumenty oryginalne w postaci elektronicznej. Były one podpisane jedynie przez osoby reprezentujące upoważniony podmiot, tj. gwaranta: Bank Handlowy w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający wskazał, że tym samym dokumenty wadialne zostały złożone w sposób zgodny zarówno z art. 97 ust. 10 Pzp jak i § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania
i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452) oraz z rozdziałem V pkt 2.2.1 SWZ.
Przystępujący składając w toku postępowania gwarancję bankową nr GK24-0110006 oraz aneksy do tej gwarancji jako dokumenty oryginalne, podpisane jedynie przez osoby reprezentujące upoważniony podmiot, tj. gwaranta Bank Handlowy w Warszawie S.A.
z siedzibą w Warszawie – złożył wadium w sposób zgodny z przepisami prawa oraz wymaganiami określonymi w SWZ. W takich okolicznościach postępowania brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Terravita Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zarzut nr 3
Z gwarancji wadialnej Odwołującego (Gwarancja Bankowa Przetargowa [dot. zam. publ.]
Nr GW/000229/24 z 12 stycznia 2024 r.) wynikało, że była ona ważna do 13 maja 2024 r.
Pierwotnie termin związania ofertą upływał 13 maja 2024 r. Jednak 12 stycznia 2024 r. opublikowano I sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu, gdzie zmieniono termin związania ofertą na 15 maja 2023 r. Dalej, 16 stycznia 2024 r. opublikowano II sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu, gdzie zmieniono termin związania ofertą na 20 maja 2024 r. Zatem Odwołujący wniósł wadium w taki sposób, że jego oferta nie była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą - brak było zabezpieczenia w okresie 14-20 maja 2024 r. W związku
z powyższym Zamawiający musiał odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp. W ustawie nie przewidziano możliwości sanowania ww. nieprawidłowości w wadium wniesionym przez Odwołującego, a co za tym idzie nie było możliwości zastosowania powołanego w ramach zarzutu przepisu art. 128 ust. 1 Pzp.
W takim stanie rzeczy zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14
w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp - jest całkowicie bezpodstawny oraz powinien zostać oddalony.
Zarzut nr 4
Zarzut miał charakter wynikowy w stosunku do zarzutów nr 1-3 odwołania. Wobec wniesienia zarzutu nr 1 po terminie, jak również wobec bezzasadności pozostałych zarzutów odwołania – również zarzut nr 4 podlega oddaleniu. Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 zostało wniesione z naruszeniem
art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, zgodnie z którym Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Odwołujący w zakresie informacji dotyczącej terminu do wniesienia odwołania wskazał:

„22 stycznia 2024 roku Odwołujący złożył wniosek do Zamawiającego o udostępnienie oferty TERRAVITA wraz z jej załącznikami. W odpowiedzi Zamawiający 31 stycznia 2024 roku zawiadomił o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz o uznaniu części informacji zawartych w ofercie TERRAVITA i jej załącznikach za skutecznie zastrzeżone. W związku z powyższym Odwołujący 1 lutego 2024 roku ponowił wniosek o udostępnienie załączników do oferty TERRAVITA w postaci opisów produktów oferowanych przez tego wykonawcę. W odpowiedzi Zamawiający 7 lutego 2024 roku zawiadomił, że nie zmienia czynności w (…) zakresie oceny tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z ww. pisma z 31 stycznia 2024 roku".

Powyższe jest zgodne ze stanem faktycznym wynikającym z dokumentacji postępowania. Nie budzi więc wątpliwości, że Zamawiający już 31 stycznia 2024 roku odmówił Odwołującemu pełnego dostępu do dokumentów złożonych przez Przystępującego. W konsekwencji
to od tego dnia biegł termin do wniesienia odwołania dotyczącego odmowy odtajnienia dokumentów objętych przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa. Ponowne złożenie wniosku o odtajnienie dokumentów nie przywraca terminu do wniesienia odwołania.

W konsekwencji Izba na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp postanowiła odrzucić odwołanie
w zakresie zarzutu nr 1.

W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,
że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1.dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ oraz ofert Odwołującego i Przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 2

Między Stronami nie było sporu co do faktu, że złożone przez Przystępującego jako wadium dokumenty:

1.gwarancja bankowa nr GK24-0110006 z 11 stycznia 2024 roku,
2.aneks do ww. gwarancji z 16 stycznia 2024 roku,
3.aneks do ww. gwarancji z 18 stycznia 2024 roku,

nie zostały podpisane przez osoby umocowane do reprezentacji Przystępującego.

Po przeprowadzeniu dowodów z tych dokumentów Izba ustaliła, że dokumenty te zostały podpisane jedynie przez osoby reprezentujące Gwaranta.

Podstawą zarzutu był Rozdział IV SWZ „Opis sposobu przygotowania i składania oferty oraz Jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ)", punkt 2, który stanowi:

„Oferta wraz z załącznikami sporządzona w postaci elektronicznej musi być podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną, zgodnie z zasadami reprezentacji Wykonawcy określonymi w rejestrze sądowym lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy, albo przez osobę umocowaną (na podstawie pełnomocnictwa) przez osoby uprawnione".

Istotnym, choć pominiętym w argumentacji Odwołującego faktem, było następujące postanowienie Rozdziału V SWZ „Wymagania dotyczące wadium":

„2.2. Do oferty należy załączyć:

2.2.1.oryginał dokumentu elektronicznego potwierdzającego wniesienie wadium, o których mowa w pkt 2.1.2-2.1.4 (...)",

przy czym punkty 2.1.2 i 2.1.3 dotyczyły odpowiednio gwarancji bankowej i gwarancji ubezpieczeniowej.

Zarzut nr 3
Wraz z ofertą Odwołujący wniósł wadium w postaci Gwarancji Bankowej Nr GW/000229/24
z 12 stycznia 2024 r. W zakresie terminu ważności gwarancja zawierała następujące postanowienie: „Niniejsza gwarancja wchodzi w życie z dniem wystawienia i jest ważna
do dnia 13 maja 2024 roku".
Zgodnie z Rozdziałem XIV SWZ, punkt 2: „Termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu upływa w dniu 13.05.2024".
12 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował, że zmienia termin związania ofertą do 15 maja 2024 roku.
16 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował, że zmienia termin związania ofertą do 20 maja 2024 roku.
Termin składania ofert w postępowaniu upłynął 22 stycznia 2024 r., oferta Odwołującego została odrzucona z postępowania 8 lutego 2024 r.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że rozpoznane merytorycznie zarzuty odwołania nie potwierdziły się.
W zakresie zarzutu nr 2 wskazać należy, że Przystępujący złożył gwarancję bankową wraz
z aneksami w sposób zgodny tak z postanowieniami SWZ jak i z obowiązującymi przepisami prawa. Zgodnie z art. 97 ust. 10 Pzp jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji
lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2–4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej. Tym samym, nawet gdyby postanowienie SWZ na którym oparł się Odwołujący, tj. Rozdział IV pkt 2, miało dotyczyć również składania wraz z ofertą gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych, to i tak zastosowanie miałby przepis ustawy. Odwołujący nie mógłby zatem oczekiwać, że wykonawcy składając wraz z ofertami gwarancje wadialne, będą musiał opatrywać je własnymi podpisami kwalifikowanymi. Gwarancje takie pochodzą od gwaranta – podmiotu trzeciego wobec wykonawcy składającego ofertę. Zgodnie z przytoczonym art. 97 ust. 10 Pzp dokument taki wykonawca przekazuje zamawiającemu w postaci elektronicznego oryginału, a więc nie dokonując żadnej ingerencji w dokument.
Zamawiający ujął w SWZ odrębną regulację dotyczącą zasad składania gwarancji wadialnych i jest nią Rozdział V pkt 2.2.1 SWZ, który stanowi przeniesienie do specyfikacji dyspozycji
art. 97 ust. 10 Pzp.
Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut uznając, ze nie miał on oparcia w przepisach Pzp,
ani postanowieniach SWZ.
W zakresie zarzutu nr 3 potwierdziło się stanowisko Zamawiającego, który jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wskazał brak zabezpieczenia tej oferty wadium w okresie
od 14 do 20 maja 2024 r.
W zakresie argumentacji podniesionej przez Odwołującego w ramach zarzutu Izba uznała jego stanowisko za niezasadne. Zgodnie z art. 97 ust. 5 Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą,
z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.
To na wykonawcy ciąży obowiązek zabezpieczenia swojej oferty wadium, z zachowaniem wymogów wynikających z art. 97 ust. 5 Pzp. Odwołujący nie miał więc podstaw oczekiwać,
że Zamawiający wezwie go do uzupełnienia gwarancji na brakujący okres związania ofertą.
Z kolei informacja o terminie związania ofertą, mimo, że ulegała zmianom, to jednak opublikowana została w taki sposób, że wykonawcy mieli czas uzyskać gwarancje wadialne
z okresem ważności obejmującym cały okres związania ofertą.
W konsekwencji Izba oddaliła zarzut nr 3.
Biorąc pod uwagę, że zarzut nr 4 miał charakter wynikowy wobec zarzutów nr 2 i 3 to również i on podlegał oddaleniu jako niezasadny.
Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..……..……..……