

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Mydir.pl Company Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kaliszu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Marcova Biznes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i 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.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Usługa druku centralnego dla Centrali NBP*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 czerwca 2023 r., pod numerem 2023/S 116-363229.

W dniu 18 lipca 2023 r. wykonawca Mydir.pl Company Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kaliszu, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 16 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości prowadzonego postępowania oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 135 ust. 1 - 3 ustawy Pzp przez zaniechanie udzielenia wyjaśnień treści specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu udzielenia wyjaśnień, które zostały złożone w terminie, o którym mowa w art. 135 ust. 2 ustawy Pzp oraz przedłużenia terminu składania ofert o minimum 7 dni od dnia udzielenia wyjaśnień.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Odwołującego wykonawca Marcova Biznes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,

w szczególności ze specyfikacji warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 2 sierpnia 2023 r. wraz z przedłożonymi dowodami.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

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

Odwołujący podnosił, że Zamawiający jako gospodarz postępowania jest odpowiedzialny za zapewnienie pełnej sprawności środków komunikacji z wykonawcami, a wszelkie błędy Zamawiającego nie mogą obciążać wykonawców. Zdaniem Odwołującego Zamawiający od 12 lipca 2023 posiadał wiedzę na temat nieprawidłowości jakie zaszły w postępowaniu i miał wystarczająco dużo czasu, aby udzielić odpowiedzi na pytania, które otrzymał dwukrotnie od Odwołującego, tj. w dniu 21 czerwca 2023 r. oraz 12 lipca 2023 r. Jednocześnie Odwołujący zwracał uwagę, że brak udzielenia odpowiedzi na pytania prowadzi do ograniczenia konkurencyjności w postępowaniu, które z racji sformułowanych postanowień wskazuje na preferowanie jednego z wykonawców.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Jak stanowi art. 135 ust. 1-3 ustawy Pzp 1. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. 2. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert. 3. Jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminach, o których mowa w ust. 2, przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert.

Istota sporu sprowadzała się do ustalenia czy Odwołujący w terminie wskazanym w art. 135 ust. 2 ustawy Pzp przesłał do Zamawiającego pytania, na które Zamawiający winien odpowiedzieć. Odwołujący twierdził, że w dniu 21 czerwca 2023 r. przesłał do Zamawiającego za pośrednictwem platformy zakupowej wniosek o udzielenie wyjaśnień do SWZ. Następnie, w dniu 22 czerwca 2023 r. otrzymał mail systemowy z platformy zakupowej Zamawiającego z informacją, że odpowiedź znajduje się na platformie, jednak po zalogowaniu się do platformy nie było żadnej wiadomości.

Zamawiający wskazywał zaś, że Odwołujący w dniu 21 czerwca 2023 r. za pośrednictwem platformy zakupowej podjął próbę zadania pytań w postaci komunikatu generowanego na platformie, jednak nie załączył samej treści pytań. Potwierdzeniem braku załączenia pytań jest informacja w systemie – Zamawiający posiada zarejestrowaną informację o zamiarze zadania pytań – jednak w miejscu na załączniki widnieje informacja – brak załączników.

Stosownie do rozdziału 11 ust. 2 SWZ *Komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w szczególności:*
1) składanie ofert, 2) wymiana informacji, 3) przekazywanie dokumentów lub oświadczeń pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym,

- odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, na Platformie Zakupowej NBP.

Stanowiąca załącznik nr 1 do SWZ „Instrukcja dla Wykonawców” określa w szczególności wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych i informacji przekazywanych przy ich użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz zawiera instrukcję obsługi Platformy Zakupowej NBP. Sposób i wymagania dotyczące sporządzania i przekazywania Zamawiającemu dokumentów i oświadczeń określone są w „Wykazie dokumentów i oświadczeń wymaganych w postępowaniu wraz z wymaganiami technicznymi ich przekazania” stanowiącymi załącznik nr

2 do SWZ.

W rozdziale 7 załącznika nr 1 do SWZ „Instrukcja dla Wykonawców” wskazano jak zadać pytanie dotyczące SWZ przed przystąpieniem do postępowania, tj.:

- 1) Wejść na stronę <https://e-zamowienia.nbp.pl>
- 2) Kliknij na wybrane postępowanie;
- 3) Kliknij na przycisk „Więcej, a następnie „Zadaj pytanie”;
- 4) Wypełnij formularz pytania (możesz dodać załącznik);
- 5) W celu wysłania kliknij „Potwierdzam”.

W dniu 12 lipca 2023 r. Odwołujący drogą mailową poinformował Zamawiającego, że w związku z faktem, iż nie może znaleźć lokalizacji, gdzie pojawiła się odpowiedź, załącza pytania raz jeszcze w załączniku.

W odpowiedzi na powyższe Zamawiający przywołał postanowienia rozdziału 11 SWZ oraz wskazał, że Wykonawca na Platformie Zakupowej NBP bez zalogowania może zapoznać się z dokumentami zamówienia oraz zadać pytanie do Zamawiającego. W dniu 22.06.2023 r., Zamawiający udzielił Państwu odpowiedzi: „Szanowni Państwo, informuję, że w dniu wczorajszym nie wpłynęły z Państwa strony pytania do SWZ. W przesłanej korespondencji brak jest załącznika z pytaniami.” Jednocześnie informuję, iż termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, który zobowiązuje Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień upłynął w dniu 28 czerwca 2023 r.

Odwołujący podniósł, że cytowana wyżej odpowiedź Zamawiającego z 22 czerwca 2023 r. nie jest widoczna na portalu. Równocześnie w kolejnej wiadomości elektronicznej Odwołujący przytoczył korespondencję prowadzoną ze wsparciem technicznym portalu, z której wynika, że odpowiedzi na pytania wysłane przez zakładkę "Pytania i odpowiedzi" dostępne są na tej zakładce. Aby przejść do zakładki "Pytania i odpowiedzi" należy wybrać w menu po lewej stronie sekcję "Zapytania ofertowe, w których biorę udział" a następnie wyświetlić szczegóły postępowania. Jeżeli pytanie zadane jest ze strefy publicznej przed przystąpieniem do postępowania przez użycie przycisku "Zadaj pytanie" to historia tego zapytania nie jest zapisana na platformie. Odpowiedź wysłana jest przez Zamawiającego drogą mailową. Dalej Odwołujący wskazywał, że Na platformie we wskazanym miejscu brak jest odpowiedzi od Państwa jak i nie otrzymaliśmy drogą elektroniczną tak jak sugerowali (...).

W odpowiedzi na powyższe Zamawiający ponownie przywołał postanowienia rozdziału 11 SWZ oraz wskazał, że Prowadzona korespondencja (pytania i odpowiedzi) widoczna jest po zalogowaniu się na platformie. W poniżej przesłanym przez Państwa PrTSc, mają Państwo informację o „Skróconej instrukcji logowania się Wykonawców do Platformy zakupowej NBP". Nie zmienia to faktu, że w związku z brakiem załącznika z pytaniami (w Państwa korespondencji na platformie z 21 czerwca 2023 r.), do Zamawiającego nie wpłynęły od Państwa pytania, w terminie wynikającym z postanowień art. 135 ust. 2 ustawy Pzp. Ponownie informujemy, że termin na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, który zobowiązuje Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień — upłynął w dniu 28 czerwca 2023 r.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga fakt, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczy strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 534 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba, winny poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń.

Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu, jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy, w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W toku postępowania odwoławczego to odwołujący jako propagator zaskarżenia przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem czynności zamawiającego jako niezgodnej z prawem i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, to na odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał, że w dniu 21 czerwca 2023 r. przesłał do Zamawiającego pytania, na które Zamawiający był zobowiązany odpowiedzieć.

Po pierwsze, z przedłożonego na rozprawie dowodu Odwołującego – d2 - wygenerowanego maila systemowego, wysłanego automatycznie przez platformę, wynika jedynie, że treść przesłanego pytania to *Usługa druku – pytania*. Cały komunikat posiada następującą treść: *Potwierdzenie przesłania pytania do Zamawiającego za pośrednictwem Platformy zakupowej NBP dot. postępowania pn. Usługa druku centralnego dla Centrali NBP Treść przesłanego pytania: Usługa druku - pytania*. Ww. komunikat z systemu stanowi jedynie potwierdzeniem dokonania czynności w systemie, a nie informację na temat złożonych pytań (jako załącznika). Powyższe potwierdza informacja w systemie – pierwszy printscreen z odpowiedzi na odwołanie, gdzie w treści pytania widnieje *Usługa druku – pytania w załączeniu*, niemniej w miejscu na załączniki widnieje informacja *Brak załączników*.

Po drugie, z drugiego printscreen z odpowiedzi na odwołanie wynika, że w dniu 22 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o braku załącznika z pytaniami. Cały komunikat posiada następującą treść: *Szanowni Państwo, informuję, że w dniu wczorajszym nie wpłynęły z Państwa strony pytania do SWZ. W przesłanej korespondencji brak jest załącznika z pytaniami. (...)*

Po trzecie, twierdzenia Odwołującego jakoby *przedstawiciel dostawcy platformy poinformował Odwołującego, że odpowiedź na zadane przez niego pytania, Zamawiający winien udzielić bezpośrednio na adres mailowy* nie wynikają ze zgromadzonego materiału dowodowego. Z przedłożonej przez Odwołującego korespondencji z zespołem wsparcia platformy zakupowej wynika jedynie, że *Jeżeli pytanie zadane jest ze strefy publicznej przed przystąpieniem do postępowania przez użycie przycisku "Zadaj pytanie" to historia tego zapytania nie jest zapisana na platformie. Odpowiedź wysyłana jest przez Zamawiającego drogą mailową*. Ponadto, zgodnie z postanowieniami rozdziału 11 ust. 2 SWZ *Komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w szczególności: 1) składanie ofert, 2) wymiana informacji, 3) przekazywanie dokumentów lub oświadczeń pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, - odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, na Platformie Zakupowej NBP*. Oznacza to, że komunikacja z wykonawcami odbywa się na Platformie Zakupowej NBP, a nie bezpośrednio na adres mailowy wykonawców.

Po czwarte, z dowodu przedłożonego na rozprawie przez Zamawiającego - zapytanie do operatora, wynika, że pytania Odwołującego w dniu 21 czerwca 2023 r. nie zostały zadane, *bowiem jak wskazano na podstawie weryfikacji plików zamieszczonych w repozytorium aplikacji, w dniu wysłania pytania przez tego zamawiającego, w okresie pomiędzy godziną 15:30 a 16:00 (pytanie wykonawcy o godzinie 15:57) nie widzimy żadnego pliku który odpowiadałby załącznikowi dodanemu przez wykonawcę ze strefy publicznej. (...)*

Ponadto, wykonawcy biorący udział w postępowaniu, ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp są profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego, wobec których stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego), dlatego nic nie stało na przeszkodzie, aby już następnego dnia po 21 czerwca 2023 r. sprawdzić czy załącznik z pytaniami został wysłany do Zamawiającego.

Reasumując, Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie faktu zadania pytań w terminie do dnia 28 czerwca 2023 r., a tym samym nie udowodnił dokonania naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w treści odwołania.

Wskazane powyżej okoliczności uzasadniające oddalenie zarzutu musiały skutkować uznaniem również, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie doszło do naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku

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

Przewodniczący:.....