

Sygn. akt KIO/KD 51/20

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 13 listopada 2020 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z dnia 16 października 2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Zakład Usługowo-Produkcyjny Lasów Państwowych w Łodzi z siedzibą przy ul. Legionów 113 (91-073 Łódź)

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 października 2020 r. oznaczonej sygn. KND/30/20/DKZP, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę sprzętu komputerowego oraz akcesoriów*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Bartosz Stankiewicz
Członkowie:	Robert Skrzyszewski Klaudia Szczytowska-Maziarz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Zakład Usługowo-Produkcyjny Lasów Państwowych w Łodzi zwany dalej: „zamawiającym”, przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę sprzętu komputerowego oraz akcesoriów*, zwane dalej: „postępowaniem”.

I.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził następujące naruszenia oraz ustalił następujący stan faktyczny (DKZP/WKZ1/422/10.2020.AO KNZ/20/18/DKZP):

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej postępowania, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem Urzędu”), stwierdził naruszenie przez zamawiającego:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 10b Pzp, przez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania w zakresie części 1 i 3 zamówienia, z uwagi na podanie na stronie internetowej nieprawidłowego klucza publicznego do szyfrowania ofert, co mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, bowiem mogło uniemożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom zainteresowanym udzieleniem tego zamówienia;
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy TAKMA T. T. do złożenia wymaganego w pkt 6.C SIWZ opisu zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę – w zakresie zaoferowania w części 1 drukarek marki Sewoo LK-P43 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z zaniechaniem złożenia przez wykonawcę TAKMA T. T. ww. dokumentu dla części 3: w zakresie oferowanych drukarek marki Posnat Temo HS EJ, co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie części 3, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy TAKMA T. T. do uzupełnienia treści części IV sekcji C pkt 1b jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia

(załącznik nr 9 do SIWZ), które to naruszenie nie wpłynęło na wynik przedmiotowego postępowania.

W uzasadnieniu Informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezes Urzędu poczynił następujące ustalenia:

Ad. 1) Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 sierpnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 157-386985.

W rozdziale 3 pkt 3.1 SIWZ wskazano, że przedmiotem zamówienia była dostawa sprzętu komputerowego oraz innych akcesoriów. Zestawienie szacunkowych ilości oraz opis techniczny zawierał załącznik nr 4 i 7 do SIWZ. Podane ilości przedmiotu zamówienia stanowiły maksymalne ilości przedmiotu zamówienia, jaką mógł zamówić zamawiający i służyły do porównania oraz oceny ofert.

Zgodnie z rozdziałem 3.1 SIWZ, zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych.

Zamówienie zostało podzielone na 4 części. Opis każdej części zawarto w załączniku nr 7 do SIWZ.

Zamawiający udostępnił na stronie MiniPortalu klucz publiczny do szyfrowania ofert o treści: „KluczPub_oferta_PostepowanieID_0d6069b2_461a_4aa7_8f64_dcce91dc0f57.asc” oraz na swojej stronie internetowej klucz publiczny o treści: „px_dg~rdlp_lodz~zup_lodz~kluczpub_oferta_postepowanieid_0d6069b2_461a_4aa7_8f64_dcce91dc0f57.asc”

Przed upływem terminu składania ofert upływającym w dniu 15 listopada 2019 r. o godz. 9:00, w postępowaniu ofertę złożył tylko jeden wykonawca – TAKMA T. T.. Oferta złożona przez wykonawcę Orange Polska S.A. wpłynęła o godz. 9:05.

W dniu 15 listopada 2019 r. o godz. 8:48 wykonawca Orange Polska S.A. poinformował zamawiającego drogą elektroniczną o problemie ze złożeniem oferty na miniPortalu z uwagi na rozbieżność numeru postępowania z danymi zawartymi w kluczu publicznym.

W dniu 25 listopada 2019 r. wykonawca Orange Polska S.A. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 10a i 10b Pzp poprzez przygotowanie postępowania i narzędzi do komunikacji elektronicznej w sposób utrudniający odwołującemu złożenie oferty w sytuacji, gdy zamawiający był zobowiązany do zapewnienia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi

elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia, oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wyrokiem z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2391/19, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 i 4 oraz nakazała unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 2 i 4 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: stan faktyczny sprawy nie budzi wątpliwości i nie jest między stronami sporny. Zamawiający wymagał złożenia ofert za pośrednictwem MiniPortalu lub ePuapu oraz poczty elektronicznej (pkt 7.2 SIWZ). W pkt 7.13 SIWZ Zamawiający podał, że identyfikator postępowania i klucz publiczny dla danego postępowania o udzielenie zamówienia dostępne są na liście wszystkich postępowań na MiniPortalu oraz stanowi załącznik do niniejszej SIWZ. Zamawiający potwierdził, że na stronie internetowej BIP Zamawiającego został udostępniony błędny klucz publiczny służący do szyfrowania oferty. Wyjaśnił, że nazwa pliku bez jego wiedzy została automatycznie zmieniona. Nie ulega wątpliwości, co wykazał w toku postępowania dowodowego Odwołujący, że wadliwe działanie klucza publicznego udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego było bezpośrednią przyczyną braku możliwości prawidłowego zaszyfrowania i złożenia w terminie oferty przez Odwołującego. (...)

W analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający dopuścił skorzystanie z klucza publicznego do szyfrowania oferty umieszczonego zarówno na stronie MiniPortalu jak i na własnej stronie internetowej Błp. Złożony przez Odwołującego, jako dowód w sprawie fragment Instrukcji Użytkownika MiniPortalu również przewiduje możliwość skorzystania z klucza publicznego udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego lub samego MiniPortalu, traktując te dwie ścieżki jako równorzędne. Oznacza to, że to do wykonawców należy wybór z którego źródła pliku chcą skorzystać, a obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia i umożliwienie prawidłowego i sprawnego złożenia oferty wszystkim, ubiegającym się o zamówienie publiczne wykonawcom. Ponadto, udostępnienie przez Zamawiającego wadliwego klucza do szyfrowania oferty nie może wywoływać negatywnych skutków po

stronie wykonawców, którzy działając w zaufaniu do poprawności funkcjonowania systemu i dokumentów, przygotowanych przez Zamawiającego korzystają z tych źródeł.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wykonawca zamierzający złożyć ofertę winien wcześniej skorzystać z możliwości złożenia oferty „próbnej” lub podjąć czynność złożenia oferty na kilka godzin wcześniej przed upływem terminu składania ofert. Brak takiego działania ze strony wykonawcy nie świadczy o braku należytej staranności tego wykonawcy i w żadnym razie nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zagwarantowania prawidłowo funkcjonującego systemu, umożliwiającego złożenie ofert. Jak wyżej ustalono, bezpośrednią przyczyną niezłożenia w terminie oferty przez Odwołującego było wadliwe działanie klucza publicznego, udostępnionego na stronie Zamawiającego i będącego załącznikiem do SIWZ.

Z tych względów Izba uznała, że w sprawie ziściła się przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp skutkująca koniecznością unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne w części 2 i 4 jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wada postępowania ma charakter nieusuwalny tzn. na obecnym etapie postępowania nie można usunąć skutków jakie nastąpiły w wyniku podania błędnego klucza do szyfrowania ofert, co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie w terminie oferty. Ponadto zaistniała wada miała rzeczywisty wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem oferta Odwołującego w częściach 2 i 4 nie mogła zostać oceniona.

Jednocześnie, Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu ww. wyroku podkreśliła, iż odwołujący nie składając oferty na część 1 i 3 zamówienia nie legitymuje się interesem w uzyskaniu danego zamówienia i możliwością poniesienia szkody w tych częściach zamówienia publicznego. Z tych względów Izba uznała, że zarzuty odwołania podlegają oddaleniu w odniesieniu do części 1 i 3 zamówienia, o które nie ubiegał się odwołujący i na które nie złożył oferty.

Pismem z dnia 8 stycznia 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznał w zakresie części 1 i 3 zamówienia ofertę złożoną przez wykonawcę TAKMA T. T. oraz o unieważnieniu postępowania w zakresie części 2 i 4 zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, z uwagi na *umieszczenie błędnej nazwy klucza publicznego na stronie Zamawiającego na skutek automatycznej zmiany nazwy pliku po wprowadzeniu go do Biuletynu Informacji Publicznej, na którą Zamawiający nie miał wpływu, (plik był równolegle dostępny na miniportalu i Wykonawca mógł pobrać prawidłowy klucz publiczny), zaistniała wada postępowania, która ma charakter nieusuwalny tzn. po upływie terminu składania ofert nie można usunąć skutków jakie nastąpiły w wyniku podania*

błędnego klucza do szyfrowania ofert, co uniemożliwiło Wykonawcy złożenie w terminie oferty.

W dniu 15 stycznia 2020 r. zostały zawarte pomiędzy zamawiającym a wykonawcą TAKMA T. T. umowy nr NH.271.1.2020 i nr NH.271.2.2020 w sprawie części 1 i 3 przedmiotowego zamówienia publicznego.

W piśmie z dnia 4 marca 2020 r., skierowanym do Urzędu Zamówień Publicznych, zamawiający wyjaśnił, że: *Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku 2391/19 z dnia 10 grudnia 2019 roku zarówno w sentencji wyroku jak i w jego uzasadnieniu wyraźnie wskazała konieczność unieważnienia czynności Zamawiającego oraz unieważnienia postępowania tylko dla Części 2 i 4. Izba wskazała również, iż w związku z art. 179 ust. 1 zarzuty podlegają oddaleniu z uwagi na brak wykazania interesu oraz poniesienia uszczerbku. W opinii Zamawiającego Izba mogła nakazać Zamawiającemu unieważnienie całego postępowania bowiem zgodnie z art. 192 ust. 7 Izba nie może orzekać jedynie w zakresie zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania, a zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust.1 pkt 7 Ustawy został przez Odwołującego podniesiony w odwołaniu dla wszystkich jego Części. Zgodnie z powyższym Izba mogła wydać orzeczenie o konieczności unieważnienia wszystkich Części postępowania a nie tylko Części 2 i 4. Powyższe stanowisko Zamawiającego znajduje również uzasadnienie w wyroku KIO z dnia 28 lutego 2018 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 320/18, podstawą orzeczenia o nakazaniu zamawiającemu unieważnienie postępowania w sytuacji, kiedy takiego żądania w odwołaniu nie było, stanowi art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp w związku z jego ust. 2 oraz ust. 7, w myśl których Izba związana jest zarzutami odwołania (a nie żądaniami), które uznaje w sytuacji stwierdzenia naruszenia przepisów mających istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Stwierdzenie powyższego skutkuje uwzględnieniem odwołania, w którym KIO może, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta, nakazać unieważnienie ogółu czynności w postępowaniu, co równa się z nakazem unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z uzasadnieniem ww. wyroku cyt. „Przeprowadzone w sprawie dowody potwierdziły, że przedmiotowe postępowanie przetargowe obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W takim przypadku ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 93 ust. 1 pkt 7 nakazuje unieważnienie postępowania. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy PZP w odniesieniu do opisu przygotowania ofert i wymaganych dokumentów - przekładało się na wadliwość postępowania przetargowego, nie pozwalając wykonawcom na złożenie prawidłowo przygotowanych ofert, zatem miało istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art.*

192 ust. 2 ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Nakazanie unieważnienia ogółu czynności w postępowaniu - równa się z nakazem unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia..»

Zgodnie z powyższym, a jeśli Odwołujący uważał, iż wyrok jest błędny mógł skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej i wnieść skargę do sądu, czego nie uczynił. Domniemania Wykonawcy ORANGE S.A. podniesione we wcześniejszym piśmie do Zamawiającego o możliwości istnienia innych potencjalnych wykonawców, którzy chcieli złożyć ofertę na Część 1 i 3 nie znajdują uzasadnienia w przedmiotowej sprawie, bowiem do Zamawiającego nie wpłynęły żadne informacje dotyczące problemów ze złożeniem oferty od innych potencjalnych Wykonawców. Ponadto biorąc pod uwagę zaangażowanie Orange S.A. w kwestię dotyczącą przedmiotowego postępowania (3 odwołania złożone do upływu terminu składania ofert), z pewnością uzyskałby informację dotyczącą takich potencjalnych Wykonawców i przedstawił na rozprawie w dniu

10.12.2019 roku odpowiednie dowody. Formułując przedmiotowy zarzut Wykonawca winien pamiętać o kontrydiktoryjnym modelu postępowania, w którym ciężar udowodnienia twierdzeń spoczywa na tej stronie, która je zgłasza - art. 6 KC w związku z art. 232 zdanie pierwsze KPC

Z powyższych okoliczności, można wywieść twierdzenie, iż wada postępowania mająca wpływ na jego wynik, w przypadku który dotyczył tego rodzaju błędu, będzie miała miejsce tylko wtedy, gdy

Wykonawca na skutek pobranego ze strony zamawiającego klucza publicznego nie będzie miał możliwości złożenia oferty - co również znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku KIO 2391/19 z dnia 10 grudnia 2019 roku zgodnie z którym cyt. „Z tych względów Izba uznała, że w sprawie ziściła się przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp skutkująca koniecznością unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne w części 2 i 4 jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wada postępowania ma charakter nieusuwalny tzn. na obecnym etapie postępowania nie można usunąć skutków jakie nastąpiły w wyniku podania błędnego klucza do szyfrowania ofert, co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie w terminie oferty. Ponadto zaistniała wada miała rzeczywisty wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem oferta Odwołującego w częściach 2 i 4 nie mogła zostać oceniona..»

Zgodnie z powyższym Zamawiający wykonał wyrok KIO i unieważnił postępowanie dla Części 2 i 4. (...)

Wobec powyższego Prezes Urzędu w pierwszej kolejności wskazał, iż w przywołanym przez zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 320/18, Izba rozstrzygała kwestię zasadności odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty wykonawcy, który posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, *skoro wykazywał, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności tj. odrzucenia złożonej oferty - przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia - co prowadziło do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie. Natomiast, rozpatrując zarzut odwołania Izba stwierdziła, iż dyspozycje zamawiającego, co do sposobu przedstawienia oferty pozostają wewnątrznie sprzeczne i niewystarczające, aby można przyjąć, że zamawiający wymagał złożenia „Formularza cenowego” z określeniem cen jednostkowych mebli, wyczeniem wartości według ilości podanych w przedmiarze. (...) Zarówno ustalona wadliwość dokumentacji składającej się na SIWZ, jak i wadliwość ofert złożonych w tym postępowaniu przez większość wykonawców - ma charakter nieusuwalny, albowiem dotyczy treści ofert, w zakresie nie podlegającym żadnym uzupełnieniom, gdyż art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie dopuszcza dokonywania jakichkolwiek zmian treści oferty. Także SIWZ nie może ulegać zmianom po upływie terminu składania ofert, o czym stanowi art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie ogółu czynności w postępowaniu, co w konsekwencji oznacza nakaz unieważnienia całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

Zatem, zaprezentowany w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 320/18, stan faktyczny i prawny znacząco odbiegał od tego przywołanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2391/19, bowiem inny był zakres interesu prawnego odwołującego ustalany w oparciu o art. 179 ust. 1 Pzp. W niniejszym postępowaniu Izba wskazała wprost, iż wykonawca Orange Polska S.A. nie składając oferty na część 1 i 3 zamówienia nie legitymował się interesem w uzyskaniu danego zamówienia i możliwością poniesienia szkody w tych częściach zamówienia publicznego. Z tych też względów zarzuty dotyczące części 1 i 3 zamówienia podlegały oddaleniu, a nie ze względu na zgodność czynności podjętych przez zamawiającego z przepisami Pzp.

W tym miejscu Prezes Urzędu wskazał, iż zgodnie z art. 10a ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego

dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem” odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przepis art. 10b Pzp nałożył na zamawiających obowiązek, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.

Wobec powyższego, w oparciu o ustalony w toku kontroli stan faktyczny sprawy, Prezes Urzędu stwierdził, iż kwestia braku zamieszczenia na stronie internetowej zamawiającego poprawnie działającego klucza publicznego do szyfrowania ofert nie jest kwestią sporną. Zatem, zamawiający naruszył w niniejszym postępowaniu art. 10b Pzp, zgodnie z którym miał zapewnić, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.

Brak uzyskania przez zamawiającego informacji dotyczących problemów ze złożeniem oferty od innych potencjalnych wykonawców nie oznaczał, iż takie problemy nie wystąpiły. W niniejszym przypadku brak udostępnienia na stronie internetowej zamawiającego prawidłowo działającego klucza publicznego do szyfrowania ofert mógł wpłynąć na wynik postępowania, bowiem mógł uniemożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom zainteresowanym udzieleniem przedmiotowego zamówienia w zakresie części 1 i 3.

W tym miejscu Prezes Urzędu wskazał, iż stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego przepisu wynika po pierwsze, że zaistniała w postępowaniu wada musi mieć charakter nieusuwalny, co oznacza, że nie może istnieć możliwość jej sanowania przez zamawiającego. Po drugie, konieczne jest stwierdzenie, że zaistniała wada wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że będzie rzutować na ważność tej umowy, a tym samym

jej prawną bezskuteczność. Konieczne jest zatem wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na gruncie Pzp katalog przesłanek skutkujących nieważnością umowy wyszczególniony został w art. 146 ust. 1 Pzp. Za dodatkową przesłankę nieważności umowy, na którą zamawiający ma prawo powołać się przy unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp uznaje się również art. 146 ust. 6 Pzp, który łączy możliwość unieważnienia umowy z sytuacją dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Przenosząc powyższe ustalenia na grunt postępowania Prezes Urzędu wskazał, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia art. 10b Pzp przez brak zamieszczenia na stronie internetowej zamawiającego poprawnie działającego klucza publicznego do szyfrowania ofert. Powyższe naruszenie przepisów Pzp mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, bowiem mogło uniemożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom zainteresowanym udzieleniem przedmiotowego zamówienia w zakresie części 1 i 3. A zatem ziszcza się przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp odwołująca się do przesłanki unieważnienia umowy wskazanej w art. 146 ust. 6 Pzp. Jednocześnie, należy podkreślić, iż powstała wada postępowania ma charakter nieusuwalny, gdyż na obecnym etapie postępowania nie można usunąć skutków jakie nastąpiły w wyniku podania błędnego klucza do szyfrowania ofert.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Prezes Urzędu stwierdził, iż w niniejszym przypadku zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 10b Pzp przez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania w zakresie części 1 i 3 zamówienia, z uwagi na podanie na stronie internetowej nieprawidłowego klucza publicznego do szyfrowania ofert, co mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, bowiem mogło uniemożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom zainteresowanym udzieleniem tego zamówienia.

Ad. 2) Zgodnie z pkt 6.C SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertą m.in. opisu zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę.

Wraz z ofertą wykonawca TAKMA T. T. przedłożył ww. dokument jedynie w zakresie przenośnego komputera dotykowego model Zebra TC57. Pismem z dnia 16 grudnia 2019 r. zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawcę TAKMA T. T. do uzupełnienia dokumentów wymaganych w pkt 6.C SIWZ:

- dla części 1: wyniku testu wydajności Antutu (GPU, CPU, Pamięć) potwierdzający posiadanie wymaganej ilości punktów dla zaoferowanego rejestratora,
- dla części 3: m.in. opisu zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę.

W dniu 30 grudnia 2019 r. wykonawca TAKMA T. T. przedłożył wymagane przez zamawiającego dokumenty, w tym opis zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę – w zakresie obejmującym przenośny komputer dotykowy model M3 Mobile SM15X.

W pkt 6.C SIWZ zamawiający żądał przedłożenia ww. dokumentu dla „urządzeń”, zatem wykonawcy byli zobowiązani dostarczyć również opisy zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta – w zakresie obejmującym oferowane drukarki.

Wykonawca TAKMA T. T. nie przedłożył wymaganych w pkt 6.C opisów zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę – dla oferowanych w części 1 drukarek marki Sewoo LK-P43 oraz dla oferowanych w części 3 drukarek marki Posnat Terno HS EJ.

Jednocześnie, w zakresie części 3 wykonawca TAKMA T. T. został wezwany do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów wymaganych w pkt 6.C SIWZ w powyższym zakresie. Zatem, zamawiający nie mógł zastosować ponownego wezwania do uzupełnienia złożonej dokumentacji o opis zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta – w zakresie obejmującym zaoferowane drukarki Posnat Terno HS EJ. Jednocześnie, wykonawca nie udowodnił, iż oferowane dostawy spełniają

wymagania określone przez zamawiającego w powyższym zakresie. Zatem, oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie części 3 zamówienia jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Ponieważ w powyższym zakresie została złożona tylko jedna oferta – przez wykonawcę TAKMA T. T. – zamawiający był zobligowany do unieważnienia części 3 zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Natomiast, w zakresie części 1 zamówienia zamawiający był zobowiązany do wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów wymaganych w pkt 6.C SIWZ o opis zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta – w zakresie obejmującym zaoferowane drukarki Sewoo LK-P43.

Z uwagi na powyższe Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez zamawiającego: art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy TAKMA T. T. do złożenia wymaganego w pkt 6.C SIWZ opisu zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę – w zakresie zaoferowania w części 1 drukarek Sewoo LK-P43 – oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z zaniechaniem złożenia przez wykonawcę TAKMA T. T. ww. dokumentu dla części 3: w zakresie oferowanych drukarek marki Posnat Temo HS EJ, co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie części 3, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Ad. 3) Prezes Urzędu stwierdził także naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy TAKMA T. T. do uzupełnienia treści części IV sekcji C pkt 1b JEDZ, które to naruszenie nie wpłynęło na wynik przedmiotowego postępowania

II.

Pismem z dnia 16 października 2020 r. o sygn. NH.270.14.2019 (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 19 października 2020 r. – prezentata na piśmie) zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej (zwane dalej: „zastrzeżeniami”).

Zamawiający odnosząc się do Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 października 2020 r. oznaczonej sygn. KND/30/20/DKZP wniósł następujące zastrzeżenia:

a) w zakresie naruszenia stwierdzonego w pkt 1) ww. Informacji zamawiający wyjaśnił, że katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. W odniesieniu do art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oznacza to, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, jest związana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 Pzp. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Zamawiający unieważniając postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp musi wziąć pod uwagę zarówno okoliczności skutkujące unieważnieniem zawartej umowy wynikające z art. 146 ust. 1 Pzp, jak i okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp. Nie można także pominąć faktu, że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na niemożliwą do usunięcia wadę mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia art. 146 Pzp znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 Pzp podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Kluczowym argumentem przemawiającym za taką możliwością jest fakt, że zamawiający unieważniając przed zawarciem umowy postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone wadą uprawniającą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do żądania unieważnienia umowy, zapobiega szkodom, jakie mogą powstać w związku z wykonaniem lub częściowym wykonaniem umowy.

Następnie w ramach zastrzeżeń dla przedmiotowego naruszenia zamawiający stwierdził, że w odniesieniu do przedmiotowej sytuacji, ze względu na specyficzny przedmiot zamówienia w postępowaniach prowadzonych od 2017 roku u zamawiającego oferty były składane tylko przez jeden podmiot. W przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do części 1 i 3 oferta została złożona również tylko przez jednego wykonawcę, ponadto (zgodnie z dokumentacją

przesłaną do UZP pytania dotyczące SIWZ były zadawane tylko przez dwóch wykonawców (ORANGE POLSKA S.A. oraz TAKMA), żaden inny wykonawca nie wykazywał zainteresowania ww. postępowaniem. Oferty na część 2 i 4 zostały złożone przez dwóch wykonawców. Fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt. 2391/20 z dnia 10 grudnia 2020 r. zgodnie z którym cyt. *Z tych względów Izba uznała, że w sprawie ziściła się przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp skutkująca koniecznością unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne w części 2 i 4 jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wada postępowania ma charakter nieusuwalny tzn. na obecnym etapie postępowania nie można usunąć skutków jakie nastąpiły w wyniku podania błędnego klucza do szyfrowania ofert, co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie w terminie oferty. Ponadto zaistniała wada miała rzeczywisty wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem oferta Odwołującego w częściach 2 i 4 nie mogła zostać oceniona.*

Zdaniem zamawiającego w przytoczonym wyżej uzasadnieniu niezwykle istotne są następujące elementy:

- uniemożliwienie odwołującemu złożenia w terminie oferty poprzez brak na stronie zamawiającego prawidłowego numeru klucza publicznego i wynikający z tego brak możliwości dokonania oceny oferty;
- zaistniała wada miała rzeczywisty wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części 1 i 3 nie wpłynęły informacje od potencjalnych wykonawców o problemie ze złożeniem oferty. W związku z tym według zamawiającego trudno wyobrazić sobie sytuację, aby wykonawca który miał problemy ze złożeniem oferty nie poinformował o tym zamawiającego, nadmienił również, iż w przedmiotowym postępowaniu nie nastąpiła sytuacja w której poprzez błąd zamawiającego niemożliwe było złożenie oferty bowiem klucz publiczny był dostępny na miniPortalu i oferta mogła zostać skutecznie złożona. Istotnym w tej kwestii w ocenie zamawiającego był wspomniany wcześniej „rzeczywisty wpływ” na wynik postępowania, co oznacza że nie może być to wpływ jedynie hipotetyczny i domniemany. Sam fakt naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 10b Pzp, czy też jakiegokolwiek innego naruszenia przepisów ustawy nie przesądza jednoznacznie o konieczności unieważnienia postępowania dla części 1 i 3. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp może mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach, natomiast niemożliwa do usunięcia wada musi również powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, co przy wspomnianym wcześniej braku zainteresowania innych wykonawców złożeniem oferty, zdaniem zamawiającego nie miało miejsca. Zarówno do upływu terminu na

złożenie odwołania na wybór oferty dla Części 1 i 3 jak i w trakcie samego odwołania złożonego wcześniej przez Orange S.A. nie udowodniono, że jakkolwiek inny wykonawca próbował złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, również żaden inny podmiot nie udowodnił ani nawet nie poinformował zamawiającego o próbie nieskutecznego złożenia oferty. Z uwagi na fakt, iż nie wykazano uniemożliwienia innemu podmiotowi złożenia oferty, co powoduje brak realnego wpływu na wynik postępowania, zamawiający kierując się przytoczonym wyżej uzasadnieniem uznał, iż nie miał podstaw do unieważnienia postępowania dla Części 1 i 3 kierując się jedynie uznaniowością w tym zakresie.

Na potwierdzenie swoich twierdzeń zamawiający w treści zastrzeżeń przytoczył fragmenty orzeczeń tj. wyroku z dnia 17 października 2017 r. o sygn. akt. sygn. akt: KIO 2055/17, KIO 2063/17, wyroku z dnia 30 lipca 2018 r. o sygn. akt 1402/18 oraz wyjaśnił, że Sąd Okręgowy w Toruniu wyrokiem z dnia 9 października 2018 r. o sygn. akt VI Ga 186/18 na skutek skargi zamawiającego na ww. wyrok uznał uzasadnienie wyrażone w wyroku KIO 1402/18 za prawidłowe w cytowanym przez zamawiającego zakresie, bowiem nie przedstawiono dowodów, które potwierdzały naruszenie przepisów.

b) w zakresie naruszenia stwierdzonego w pkt 2) ww. Informacji zamawiający wskazał, że zgodnie z fragmentem uzasadnienia przesłanej Informacji cyt. *W tym miejscu należy wskazać, iż w pkt 6.C SIWZ Zamawiający żądał przedłożenia ww. dokumentu dla „urządzeń” zatem Wykonawcy byli zobowiązani dostarczyć również opisy zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta - w zakresie obejmującym oferowane drukarki.*

Wykonawca TAKMA T. T. nie przedłożył wymaganych w pkt 6.C opisów zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę - dla oferowanych w części 1 drukarek marki Sewoo LK-P43 oraz dla oferowanych w części 3 drukarek marki Posnat Terno HS EJ.

Zdaniem zamawiającego powyższe stwierdzenie kontrolującego nie znajdują uzasadnienia w sprawie bowiem, po pierwsze zamawiający zarówno w SIWZ w pkt. 6.C SIWZ podp.3 jak i w zmianie SIWZ z dnia 4 września 2019 r. zawarł zapis o treści cyt. *opis zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę*, po drugie dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego,

zdaniem zamawiającego nie powinny być rozpatrywane w oderwaniu od Zał. 7 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia). W zał.7 do SIWZ (po zmianie w dniu 28 października 2019 r. jak i w wersji pierwotnej) zamawiający dla każdej Części, w każdym punkcie pkt. B Zał.7 do SIWZ, którego tytuł brzmi: Akcesoria do urządzenia — przenośny komputer dotykowy opisanego w części nr X, pozycja Y zawarł opis kontraktu który brzmi:

Kontrakt serwisowy – (pakiet) uwzględniający uszkodzenia komponentów kolektora powstałych na skutek przypadkowego, także mechanicznego zniszczenia elementów - sprawowany przez producenta kolektorów lub jego prawnego przedstawiciela

- trwający nie mniej niż 3 lata od dnia zakupu

- realizacja serwisu w ramach zakupionego kontraktu nie może trwać dłużej niż 3 dni roboczych licząc od dotarcia kolektora do serwisu. Do całkowitego czasu naprawy dozwolone jest doliczenie dwóch dni roboczych na transport urządzenia

Powyższe zapisy w ocenie zamawiającego jednoznacznie wskazywały, iż kontrakt serwisowy dotyczy jedynie kolektorów (przenośnych komputerów dotykowych), które były przedmiotem postępowania, a nie drukarek. Tym bardziej, iż w żadnym miejscu opisu przedmiotu zamówienia dla drukarek zamawiający nie sformułował żądania kontraktów serwisowych.

Dodatkowo zamawiający zauważył, iż w wezwaniu do uzupełnienia opisu kontraktu dla Części 3 z dnia 16 grudnia 2019.r nie użył sformułowania „urządzeń” lecz zgodnie z SIWZ „urządzenia”. Zgodnie z powyższym zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znajdują uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy.

c) w zakresie naruszenia stwierdzonego w pkt 3) ww. Informacji zamawiający stwierdził, że zgodnie z fragmentem uzasadnienia przesłanej Informacji cyt. *Wykonawca TAKMA T. T. nie uzupełnił oświadczenia zawartego w części IV sekcji C pkt 1b JEDZ w zakresie spełniania kryteriów kwalifikacji dotyczących zdolności technicznej i zawodowej wymaganej w rozdziale 5 pkt 5.1.3 SIWZ. W zaistniałej sytuacji Zamawiający był zobligowany wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP Wykonawcę do uzupełnienia treści JEDZ, czego jednak nie uczynił* Przedmiotowe twierdzenia kontrolującego, w ocenie zamawiającego nie znajdują uzasadnienia w przedmiotowej sprawie bowiem zamawiający w pkt.6.A.1 SIWZ (dotyczącej instrukcji wypełniania JEDZ), zawarł zapis o treści: „w części IV: Kryteria kwalifikacji — wykonawca może ograniczyć się do wypełnienia sekcji a w części IV i nie musi wypełniać żadnej z pozostałych sekcji w części IV. Cytowany wyżej zapis SIWZ jest zgodny z instrukcją wypełniania JEDZ umieszczoną pod adresem:

[https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0015/32415/1instrukcja-wypelniania-JEDZ-](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0015/32415/1instrukcja-wypelniania-JEDZ-ESPD.pdf)

[ESPD.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0015/32415/1instrukcja-wypelniania-JEDZ-ESPD.pdf) gdzie na stronie nr 48 widnieje zapis o treści cyt. *Formularz JEDZ w tym*

przypadku wymaga jedynie od zamawiającego, aby w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (SIWZ) wskazał, że wykonawca może ograniczyć się do wypełniania sekcji a części IV formularza. Decyzja w tym zakresie należy do zamawiającego. Tym samym, w przypadku takiego zastrzeżenia zamawiającego, wykonawca nie musi wypełniać żadnej z pozostałych sekcji części IV formularza dotyczącej kryteriów kwalifikacji, zaś właściwej(dowodowej) weryfikacji spełniania konkretnych, określonych przez zamawiającego, warunków udziału w postępowaniu (kryteriów selekcji) zamawiający dokona co do zasady na zakończenie postępowania (...)

Zgodnie z powyższym, zdaniem zamawiającego, zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy.

III.

Prezes Urzędu pismem z 30 października 2019 r. poinformował, że uwzględnił wniesione zastrzeżenia w zakresie stwierdzonego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy TAKMA T. T. do uzupełnienia treści części IV sekcji C pkt 1b jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (załącznik nr 9 do SIWZ) – pkt 3 zastrzeżeń od wyników kontroli. **Natomiast, w zakresie zastrzeżeń wniesionych od stwierdzonych w pkt 1) i 2) Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 października 2020 r. naruszeń Pzp tj. naruszenia:**

1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 10b Pzp przez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania w zakresie części 1 i 3 zamówienia, z uwagi na podanie na stronie internetowej nieprawidłowego klucza publicznego do szyfrowania ofert, co mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, bowiem mogło uniemożliwić złożenie oferty wszystkim Wykonawcom zainteresowanym udzieleniem tego zamówienia;

2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy TAKMA T. T. do złożenia wymaganego w pkt 6.C SIWZ opisu zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę – w zakresie zaoferowania w części 1 drukarek marki Sewoo LK-P43 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z zaniechaniem złożenia przez wykonawcę TAKMA T. T. ww. dokumentu dla części 3: w zakresie oferowanych drukarek marki Posnat Temo HS EJ, co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie części 3, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu;

Prezes Urzędu poinformował, że nie uwzględnił zastrzeżeń w nich zawartych.

Wobec powyższego, odnosząc się do powyższych zastrzeżeń wniesionych od wyników kontroli doraźnej Prezes Urzędu wskazał, co następuje:

Ad. 1) W zakresie naruszenia stwierdzonego w tym punkcie Prezes Urzędu pierwszej kolejności wskazał, iż kwestia braku zamieszczenia na stronie internetowej zamawiającego poprawnie działającego klucza publicznego do szyfrowania ofert nie była kwestią sporną. Naruszenie art. 10b Pzp, zgodnie z którym zamawiający miał zapewnić, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia, zostało stwierdzone zarówno w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2391/19, jak i w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 października 2020 r. Ponadto, w zastrzeżeniach od wyniku kontroli zamawiający potwierdził, iż do niniejszego naruszenia doszło, wskazując, iż sam fakt naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 10b Pzp, czy też jakiegokolwiek innego naruszenia przepisów ustawy nie przesądza jednoznacznie o konieczności unieważnienia postępowania dla części 1 i 3. (...)

W tym miejscu Prezes Urzędu stwierdził, iż stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego przepisu wynika po pierwsze, że zaistniała w postępowaniu wada musi mieć charakter nieusuwalny, co oznacza, że nie może istnieć możliwość jej sanowania przez zamawiającego. Po drugie, konieczne jest stwierdzenie, że zaistniała wada wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że będzie rzutować na ważność tej umowy. Konieczne jest zatem wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na gruncie Pzp katalog przesłanek skutkujących nieważnością umowy wyszczególniony został w art. 146 ust. 1 Pzp. Za dodatkową przesłankę nieważności umowy, na którą zamawiający ma prawo powołać się przy unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp uznaje się również art. 146 ust. 6 Pzp, który łączy możliwość unieważnienia umowy z sytuacją dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przenosząc powyższe ustalenia na grunt przedmiotowego postępowania należy wskazać, iż doszło w nim do

naruszenia art. 10b Pzp przez brak zamieszczenia na stronie internetowej zamawiającego poprawnie działającego klucza publicznego do szyfrowania ofert. Powyższe naruszenie przepisów Pzp mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, bowiem mogło uniemożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom zainteresowanym udzieleniem przedmiotowego zamówienia w zakresie części 1 i 3. Powstała wada postępowania polegająca na niemożności złożenia oferty przy korzystaniu z klucza publicznego zamieszczonego na stronie internetowej zamawiającego ma charakter nieusuwalny, gdyż po upływie terminu składania ofert nie można usunąć skutków jakie w jej wyniku nastąpiły. Istnieje również związek przyczynowy pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż inni potencjalni wykonawcy zainteresowani udzieleniem przedmiotowego zamówienia korzystając z klucza publicznego umieszczonego na stronie internetowej zamawiającego nie mogliby złożyć oferty w niniejszym postępowaniu. A zatem ziszcza się przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp odwołująca się do przesłanki unieważnienia umowy wskazanej w art. 146 ust. 6 Pzp, czyli przypadku, gdy dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Jednocześnie Prezes Urzędu podkreślił, iż brak uzyskania przez zamawiającego informacji dotyczących problemów ze złożeniem oferty od innych potencjalnych wykonawców nie oznacza, iż takie problemy nie wystąpiły. Również brak skorzystania z uprawnienia zawartego w art. 38 ust. 1 Pzp przez innych wykonawców niż Orange Polska S.A. i TAKMA T. T. nie może przesądzać o braku zainteresowania udzieleniem przedmiotowego zamówienia przez inne podmioty. Powyższe kwestie zostały uwzględnione w przeprowadzonej kontroli, o czym świadczy zakwalifikowanie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 10b Pzp jako mogącego mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Ponadto Prezes Urzędu podkreślił, iż w niniejszym przypadku brak udostępnienia na stronie internetowej zamawiającego prawidłowo działającego klucza publicznego do szyfrowania ofert mógł realnie wpłynąć na wynik postępowania, bowiem mógł uniemożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom zainteresowanym udzieleniem przedmiotowego zamówienia w zakresie części 1 i 3, podobnie jak w przypadku próby złożenia oferty przez wykonawcę Orange Polska S.A. w zakresie części 2 i 4. W ocenie Prezesa Urzędu nie można było zgodzić się z zamawiającym, iż zamieszczenie poprawnie działającego klucza publicznego na MiniPortalu w niniejszym przypadku było wystarczające dla zapewnienia wykonawcom równego dostępu do postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Zdaniem Prezesa Urzędu należało zauważyć, iż powyższy argument był również podnoszony przed Krajową

Izbą Odwoławczą, jednakże w wyroku z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2391/19, wskazano: *w analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający dopuścił skorzystanie z klucza publicznego do szyfrowania oferty umieszczonego zarówno na stronie MiniPortalu, jak i na własnej stronie internetowej Błp. Złożony przez Odwołującego, jako dowód w sprawie fragment instrukcji Użytkownika MiniPortalu również przewiduje możliwość skorzystania z klucza publicznego udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego lub samego MiniPortalu, traktując te dwie ścieżki jako równorzędne. Oznacza to, że to do wykonawców należy wybór z którego źródła pliku chcą skorzystać, a obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia i umożliwienie prawidłowego i sprawnego złożenia oferty wszystkim, ubiegającym się o zamówienie publiczne wykonawcom. Ponadto, udostępnienie przez Zamawiającego wadliwego klucza do szyfrowania oferty nie może wywoływać negatywnych skutków po stronie wykonawców, którzy działając w zaufaniu do poprawności funkcjonowania systemu i dokumentów, przygotowanych przez Zamawiającego, korzystają z tych źródeł.*

Jednocześnie Prezes Urzędu zaznaczył, iż w przywołanym wyroku z dnia 10 grudnia 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 i 4 oraz nakazała unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 2 i 4 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Natomiast, w zakresie części 1 i 3 zamówienia Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że wykonawca Orange Polska S.A. nie legitymuje się interesem w uzyskaniu danego zamówienia i możliwością poniesienia szkody w tych częściach zamówienia publicznego i z tych też względów zarzuty dotyczące części 1 i 3 zamówienia podlegały oddaleniu, a nie ze względu na zgodność czynności podjętych przez zamawiającego z przepisami Pzp.

Odnosząc się do przywołanych w zastrzeżeniach od wyniku kontroli wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. akt KIO 2055/17, KIO 2063/17 z dnia 17 października 2017 r. oraz sygn. akt 1402/18 z dnia 30 lipca 2018 r., Prezes Urzędu wyjaśnił, iż dotyczą one zupełnie innego stanu faktycznego sprawy.

W wyroku z dnia 17 października 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp podnosząc, że: *niedogodność rozliczenia, o ile w ogóle taka zaistniała, z powodu braku wyszczególnienia jednej z pozycji w tabeli cenowej, nie ma żadnego wpływu na postępowanie, a już w ogóle nie jest skorelowana z zagrożeniem zawarcia podlegającej unieważnieniu umowy. Okres gwarancji, wskazany w specyfikacji technicznej i poz. 12 załącznika nr 3.11 jest możliwy do zrealizowania, o czym świadczy chociażby treść ofert 25*

Odwołujących i wykładnia zapisu tego wymogu, tożsamo co do poz. 1 załącznika nr 3.1 rozważania w zakresie charakteru dokonanej modyfikacji oraz sposobu przeprowadzenia wykładni treści SIWZ, wskazują wprost, iż nieuprawnionym było powołanie się przez Zamawiającego na art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i na kanwie tego przepisu unieważnienie postępowania.

Należy zatem stwierdzić, iż Zamawiający, jeśli ocenił, że tok postępowania jest zagrożony przez nieprawidłowości, powinien był w analizowanej sytuacji w pierwszej kolejności rozważyć to, jakie czynności mogą doprowadzić do przywrócenia postępowania na właściwy tor - w tym celu powinien był dokonać najpierw prawidłowej wykładni zapisów SIWZ, a następnie wstępnej weryfikacji złożonych ofert, i poddać krytycznej analizie możliwość dokonania ich oceny. Wydaje się, że Zamawiający zaniechał realizacji tego pierwszego kroku i skonfrontowany z nieścistościami, które ocenił jako hipotetyczne zagrożenie dla toku postępowania, wybrał do rozwiązania tej kwestii środek całkowicie nieadekwatny - unieważnienie całego postępowania. Tymczasem podjęcie tych kroków przez Zamawiającego ujawniłoby, że zauważone "problemy" nie stanowią wad postępowania, a już z całą pewnością nie mają charakteru nieusuwalnego.

Natomiast, w wyroku z dnia 30 lipca 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że: samo naruszenie art. 11 ust. 7d ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego i na jego stronie internetowej przed opublikowaniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) nie może być utożsamiane z wpływem na wynik postępowania i co więcej, nie może oznaczać automatycznie, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest nieważna. Tym samym fakt naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu art. 11 ust. 7d ustawy Prawo zamówień publicznych nie oznacza, że zawarta umowa o udzielenie zamówienia publicznego będzie nieważna.

Skutki naruszenia art. 11 ust. 7d ustawy Prawo zamówień publicznych zostały analogicznie ocenione także przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dokonując kontroli uprzedniej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w Szczecinie i Świnoujściu” (źródło: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 17 lipca 2017 r. o sygn. KIO/KU31/17) stwierdził, że zamieszczając na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego (tj. w inny sposób niż w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) ogłoszenie o zamówieniu oraz ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

albo przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 11 ust. 7d ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Prezes Urzędu wskazał zatem, że opisany w przywołanych przez zamawiającego wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej stan faktyczny sprawy dotyczył naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez nieuzasadnione unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku gdy dokonane przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów Pzp nie miały wpływu na wynik postępowania. Ponadto, w sprawie KIO 2055/17, KIO 2063/17 wskazano wprost, że powstałe w toku postępowania „problemy” nie stanowiły nawet nieusuwalnych wad postępowania.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Prezes Urzędu stwierdził, iż w niniejszym przypadku zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 10b Pzp przez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania w zakresie części 1 i 3 zamówienia, z uwagi na podanie na stronie internetowej nieprawidłowego klucza publicznego do szyfrowania ofert, co mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, bowiem mogło uniemożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom zainteresowanym udzieleniem tego zamówienia.

Ad. 2) Jeśli chodzi o naruszenie stwierdzone w tym punkcie Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z pkt 6.C SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertą m.in. opisu zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę.

Wobec powyższego Prezes Urzędu wyjaśnił, iż każda część zamówienia obejmowała 2 rodzaje urządzeń: przenośne komputery dotykowe i drukarki. Zamawiający nie doprecyzował, iż w pkt 6.C SIWZ żąda opisu zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia w zakresie ograniczonym jedynie do komputerów, nie dokonał również odesłania do konkretnych zapisów załącznika nr 7 do SIWZ dotyczących akcesoriów do przenośnego komputera dotykowego. Z uwagi na powyższe Prezes Urzędu uznał, iż opis zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę – z uwagi na brak doprecyzowania zakresu zamówienia, którego dotyczy wymieniony w pkt 6.C – powinien obejmować oba typy urządzeń składające się na daną część zamówienia.

W niniejszym postępowaniu wykonawca TAKMA T. T. nie przedłożył opisów zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę – dla oferowanych w części 1 drukarek marki Sewoo LK-P43 oraz dla oferowanych w części 3 drukarek marki Posnat Terno HS EJ.

Jednocześnie, w zakresie części 3 wykonawca TAKMA T. T. został wezwany do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów wymaganych w pkt 6.C SIWZ w powyższym zakresie. Zatem, zamawiający nie mógł zastosować ponownego wezwania do uzupełnienia złożonej dokumentacji o opis zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta – w zakresie obejmującym zaoferowane drukarki Posnat Terno HS EJ. Zatem, oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie części 3 zamówienia jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Ponieważ w powyższym zakresie została złożona tylko jedna oferta – przez wykonawcę TAKMA T. T. – zamawiający był zobligowany do unieważnienia części 3 zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Natomiast, w zakresie części 1 zamówienia zamawiający był zobowiązany do wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów wymaganych w pkt 6.C SIWZ o opis zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta – w zakresie obejmującym zaoferowane drukarki Sewoo LK-P43.

Z uwagi na powyższe Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez zamawiającego: art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy TAKMA T. T. do złożenia wymaganego w pkt 6.C SIWZ opisu zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę – w zakresie zaoferowania w części 1 drukarek Sewoo LK-P43 – oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z zaniechaniem złożenia przez wykonawcę TAKMA T. T. ww. dokumentu dla części 3: w zakresie oferowanych drukarek marki Posnat Terno HS EJ, co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp

przez zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie części 3, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Reasumując Prezes Urzędu stwierdził, że zastrzeżenia zamawiającego w zakresie stwierdzonych w pkt 1) i 2) Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 października 2020 r. naruszeń ww. przepisów Pzp nie zasługiwały na uwzględnienie.

Prezes Urzędu zgodnie z art. 167 ust. 2 Pzp przekazał ww. zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza w formie uchwały wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń, w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Jak wynika z art. 167 ust. 4 Pzp, opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w przedmiotowej uchwale Izba wyraziła opinię dotyczącą zastrzeżeń zamawiającego w zakresie nieuwzględnionym przez Prezesa Urzędu tj. w zakresie naruszeń stwierdzonych w pkt 1) i 2) Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 października 2020 r. Wobec uwzględnienia przez Prezesa Urzędu zastrzeżeń zamawiającego co do naruszenia stwierdzonego w pkt 3) Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 października 2020 r., Izba uznała przedmiotowe naruszenie za niebyłe, przez co zastrzeżenia w tym zakresie nie wymagały opinii.

Na podstawie przedstawionej dokumentacji, Izba w pełni podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 października 2020 r. oraz w pisemnym stanowisku do wniesionych zastrzeżeń z dnia 30 października 2020 r. W ocenie Izby wskazane tam argumenty były wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. W związku z tym ustalenia Prezesa Urzędu w zakresie stanu faktycznego Izba przyjęła za własne. Ponadto Izba podzieliła również i przyjęła za własne ustalenia Prezesa Urzędu uzasadniające naruszenia stwierdzone, w pkt 1) i 2) Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 października 2020 r.

Zgodnie z postanowieniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 583/13 *Opinia KIO w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności* (tak samo Wojewódzki Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie sygn. akt V SA/Wa 1048/14). W ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej w zakresie nieuwzględnionym przez Prezesa Urzędu nie były zasadne.

W zakresie naruszenia stwierdzonego w pkt 1) Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 października 2020 r. Prezes Urzędu słusznie uznał, że ziściła się przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp odwołująca się do przesłanki unieważnienia umowy wskazanej w art. 146 ust. 6 Pzp, czyli przypadku, gdy dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W opinii Izby, Prezes Urzędu jednoznacznie ustalił i wykazał, że wszystkie przesłanki skutecznego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zakresie 1 i 3 części zamówienia zostały spełnione. Zgodnie z tym przepisem ustalona w postępowaniu wada, która jest niemożliwa do usunięcia, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka konstrukcja przepisu – jak słusznie zauważyli zarówno Prezes Urzędu jak i zamawiający – odsyła do art. 146 Pzp, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia Pzp powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do art. 146 ust. 1 Pzp, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy, gdyż skutkowałoby to tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wykładnia ograniczająca się wyłącznie do art. 146 ust. 1 Pzp prowadziłaby do błędnego zdaniem Izby wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów, czego w przypadku wad innych niż określone w art. 146 Pzp nie zabrania. Niezbędne jest więc uznanie, że przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp dotyczy również tych okoliczności unieważnienia umowy, w których czynności tej dokonuje sąd na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (uprawnienie Prezesa wynika z art. 146 ust. 6 Pzp). Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania.

Jak zasygnalizowano powyżej zgodnie z art. 146 ust. 6 Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przesłanka unieważnienia umowy została zakreślona w sposób bardzo ogólny, obejmujący różne stany faktyczne. Jakkolwiek literalna treść przepisu nie wyraża tego wprost, podstawą unieważnienia postępowania powinny być czynności zamawiającego w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego doszło do zawarcia unieważnianej umowy, a nie jakiegokolwiek czynności czy zaniechania zamawiającego. Pomędzy nimi a wynikiem postępowania powinien też istnieć adekwatny związek przyczynowy, pozwalający w sposób racjonalny wskazać wpływ albo potencjalny wpływ danego zaniechania bądź czynności zamawiającego na wynik postępowania.

Prezes Urzędu wykazał, że zaistniał związek przyczynowy pomiędzy powstałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż inni potencjalni wykonawcy zainteresowani udzieleniem przedmiotowego zamówienia, korzystając z klucza publicznego umieszczonego na stronie internetowej zamawiającego nie mogliby złożyć oferty w postępowaniu. Ponadto stwierdzone naruszenie przepisów Pzp mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, bowiem mogło uniemożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom zainteresowanym udzieleniem przedmiotowego zamówienia w zakresie części 1 i 3. Natomiast powstała wada postępowania polegająca na niemożności złożenia oferty przy korzystaniu z klucza publicznego zamieszczonego na stronie internetowej zamawiającego ma charakter nieusuwalny, gdyż po upływie terminu składania ofert nie można usunąć skutków jakie w jej wyniku nastąpiły.

Jednocześnie Prezes Urzędu słusznie uznał, iż brak uzyskania przez zamawiającego informacji dotyczących problemów ze złożeniem oferty od innych potencjalnych wykonawców nie oznacza, iż takie problemy nie wystąpiły. Również brak skorzystania z uprawnienia zawartego w art. 38 ust. 1 Pzp przez innych wykonawców niż Orange Polska S.A. i TAKMA T. T. nie może przesądzać o braku zainteresowania udzieleniem przedmiotowego zamówienia przez inne podmioty. Powyższe kwestie zostały uwzględnione w przeprowadzonej kontroli, o czym świadczy zakwalifikowanie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 10b Pzp jako mogącego mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

W niniejszym przypadku brak udostępnienia na stronie internetowej zamawiającego prawidłowo działającego klucza publicznego do szyfrowania ofert mógł realnie wpłynąć na wynik postępowania, bowiem mógł uniemożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom zainteresowanym udzieleniem przedmiotowego zamówienia w zakresie części 1 i 3, podobnie jak w przypadku próby złożenia oferty przez wykonawcę Orange Polska S.A. w zakresie części 2 i 4. W opinii Izby nie można było zgodzić się z zamawiającym, iż zamieszczenie poprawnie działającego klucza publicznego na miniPortalu w niniejszym przypadku było wystarczające dla zapewnienia wykonawcom równego dostępu do postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.

Dodatkowo Prezes Urzędu prawidłowo i zasadnie przełożył ustalenia poczynione przez Izbę w wyroku z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2391/19 na okoliczności przedmiotowej

sprawy oraz wykazał brak adekwatności orzeczeń przytoczonych przez zamawiającego wobec ustalonego w sprawie stanu faktycznego.

W związku z powyższym w opinii Izby Prezes Urzędu prawidłowo stwierdził, iż w niniejszym przypadku zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 10b Pzp przez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania w zakresie części 1 i 3 zamówienia, z uwagi na podanie na stronie internetowej nieprawidłowego klucza publicznego do szyfrowania ofert, co mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, bowiem mogło uniemożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom zainteresowanym udzieleniem tego zamówienia.

Jeśli chodzi o naruszenie stwierdzone w pkt 2) Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 października 2020 r. Izba w pełni przyjęła i uznała za własną argumentację Prezesa Urzędu podniesioną w ww. Informacji oraz w pisemnym stanowisku do wniesionych zastrzeżeń z dnia 30 października 2020 r., która została w całości, odpowiednio przytoczona powyżej na str. 10-12 oraz 22-24 przedmiotowej uchwały. Wobec szczegółowego przedstawienia argumentacji Prezesa Urzędu we wskazanych powyżej fragmentach uchwały, Izba nie uznała za konieczne przytaczania jej po raz kolejny.

W opinii Izby, Prezes Urzędu słusznie stwierdził naruszenie przez zamawiającego: art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy TAKMA T. T. do złożenia wymaganego w pkt 6.C SIWZ opisu zakresu jaki obejmuje kontrakt, autorstwa producenta oferowanego urządzenia wraz z pisemnym oświadczeniem producenta lub jego prawnego przedstawiciela w Polsce o dysponowaniu prawem sprzedaży kontraktów serwisowych przez oferenta, wykonawcę – w zakresie zaoferowania w części 1 drukarek Sewoo LK-P43 – oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z zaniechaniem złożenia przez wykonawcę TAKMA T. T. ww. dokumentu dla części 3: w zakresie oferowanych drukarek marki Posnat Temo HS EJ, co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie części 3, gdyż nie złożono w tej części żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp, wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....