

WYROK
z 16 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie 15 grudnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 grudnia 2021 roku przez odwołującego: T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy Tide Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia z części II postępowania oferty Tide Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku.
2. W pozostałym zakresie umarza postępowanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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

Zamawiający - Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług wystania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) przez dwóch niezależnych operatorów w okresie 24 miesięcy (2 części)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 września 2021 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod nr 2021 /S 171-446388.

3 grudnia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zmianami, dalej: Pzp) w przedmiotowym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, (dalej: Odwołujący).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez dwukrotne wezwanie TIDE SOFTWARE Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej: Przystępujący) do uzupełnienia dokumentów, a co za tym idzie umożliwienie Przystępującemu dokonania ponownego uzupełnienia dokumentów mających na celu wykazanie braku przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a i b oraz pkt 3 Pzp, mimo, że nie przedstawił on wymaganego dokumentu w odpowiedzi na pierwsze wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, co doprowadziło ponadto do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a i b oraz pkt 3 Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a, c, d, e rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: rozporządzenie o dokumentach) w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z postępowania, mimo że podlegał on wykluczeniu w związku z tym, że nie wykazał braku podstaw wykluczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a i b oraz pkt 3 Pzp tj. nie przedstawił w terminie wymaganej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie braku

prawomocnego skazania Prezesa Zarządu T. M. za przestępstwa wymienione w tych przepisach, mimo otrzymania wezwania do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, a przedstawił je dopiero w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Części I postępowania;
2. z uwagi na brzmienie pkt 4.4.3 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) obowiązującej w postępowaniu - unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w Części II postępowania;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. odrzucenia oferty Przystępującego w Części I i II postępowania,
5. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części I i II postępowania.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął 23 listopada 2021 r. W tym dniu Zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołanie wniesione zostało z zachowaniem ustawowego terminu. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący oświadczył, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty TIDE i dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, co uniemożliwiło Odwołującemu uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zamawiający przeprowadził badanie w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia w odniesieniu m.in. do oferty złożonej przez Przystępującego, jako ocenionej najwyżej.

18 października 2021 r. Zamawiający wystosował do Przystępującego wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 126 ust. 1 Pzp, wskazując, że wymagane jest złożenie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2, 109 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) oraz pkt 3 Pzp, tj. wykazania braku

prawomocnego skazania urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurenta za przestępstwa wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 109 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) Pzp (ust. 1 pkt 2 ppkt 1 lit. a, c, d, e wezwania).

W dokumentach złożonych przez Przystępującego 29 października 2021 r. nie zawarto informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącej jedyne go członka zarządu – T. M., mimo że obowiązek ten wynikał nie tylko z treści wezwania, ale również z postanowień SWZ. Złożono jedynie „wizualizację dokumentu elektronicznego wygenerowanego przez system e-Platforma Ministerstwa Sprawiedliwości”.

W związku z powyższym, 4 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. W treści wezwania wskazano na obowiązek złożenia m.in. „informacji z Krajowego Rejestru Karnego sporządzonej dla Pana T. M., ponieważ Wykonawca nie przekazał dokumentu w formacie oryginalnym tj. dokumentu elektronicznego”. Zamawiający wskazał ponadto, że złożony dokument nie stanowi dokumentu elektronicznego, ponieważ nie zawierał podpisów elektronicznych podmiotów wystawiających dokument.

W odpowiedzi z 5 listopada 2021 r. Przystępujący ponownie przesłał wizualizację dokumentu elektronicznego, dołączając do niej dodatkowo plik z podpisem elektronicznym - „3437088.xml.xades”. Przystępujący ponownie nie złożył oryginału dokumentu KRK wystawionego dla Pana T. M. - dokumentu elektronicznego.

19 listopada 2021 r., Zamawiający, w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, wezwał Przystępującego do „wyjaśnień dotyczących informacji z Krajowego Rejestru Karnego”. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że „zwraca się do Wykonawcy o udzielenie odpowiedzi na niniejsze pismo w sposób, który umożliwi dokonanie końcowej weryfikacji złożonego podpisu elektronicznego”. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że „informacje z oprogramowania do weryfikacji podpisów potwierdzają, że w pliku 3437088.xml.xades znajduje się tylko podpis zewnętrzny typu xades do pliku 3437088.xml, którego to pliku xml brakuje w wiadomości mailowej otrzymanej od Wykonawcy. Cechą charakterystyczną pliku typu xades z podpisem zewnętrznym jest konieczność przedstawienia zarówno pliku xades, który zawiera podpis elektroniczny, jak również dokumentu źródłowego, który test podpisywany. W tym wypadku byłoby to plik „3437088.xml” (bez rozszerzenia xades). W efekcie, weryfikacja podpisu nie jest kompletna, o czym stanowi komunikat „status podpisu”. Zamawiający miał więc świadomość, że złożone przez Przystępującego pliki nie były wystarczające - wykonawca złożył jedynie podpis elektroniczny i wizualizację dokumentu nie składając pliku z samym dokumentem - pliku w formacie XML.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący przekazał brakujący plik XML.

Uzasadniając zasadność zarzutu dotyczącego informacji z Krajowego Rejestru Karnego i braku wykluczenia TIDE z postępowania Odwołujący podniósł, że uzyskiwanie informacji o niekaralności regulują przepisy ustawy z 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Art. 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 stanowi, że w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

Zgodnie z art. 20 ust. 6 ustawy z 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym „Informację o osobie i informację o podmiocie zbiorowym doręczane za pośrednictwem systemu teleinformatycznego na żądanie opatruje się kwalifikowaną pieczęcią elektroniczną”. W przypadku korzystania z opcji uzyskania zaświadczenia o niekaralności, jaką daje e-Platforma Ministerstwa Sprawiedliwości, wnioskodawca otrzymuje archiwum w formacie ZIP, w którym znajdują się następujące pliki - zaświadczenie właściwe w formacie XML, plik podpisu zewnętrznego i wizualizacja zaświadczenia. Na stronie internetowej, którą Zamawiający przywołał w piśmie z 19 listopada 2021 r. <https://ekrk.ms.eov.pl/ep-web/> również istniała możliwość wizualizacji KRK uzyskanego w formie elektronicznej w formacie XML. Dzięki czemu na ekranie komputera pojawia się widok wskazujący na zakres udzielonej informacji. Zapisana w formacie PDF wizualizacja (zarówno ta uzyskana za pośrednictwem wskazanej strony, jak i ta przestana w archiwum w formacie ZIP wraz z właściwym dokumentem i podpisem) nie stanowi jednak oryginału dokumentu, a wyłącznie wizualizacja. Taka informacja znajdowała się również na wskazanej przez Zamawiającego stronie internetowej - „Wydany dokument ma postać pliku XML, który można zapisać na informatycznym nośniku danych (np. pamięć USB, płyta CD, DVD). Wizualizacja zaświadczenia możliwa jest przy wykorzystaniu funkcjonalności e-KRK. Wydruk nie test dokumentem”.

Pliki przekazane Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwania z 18 października 2021 r. (na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp) i 4 listopada 2021 r. (na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp) nie miały prawidłowej formy - nie były to dokumenty w formie elektronicznej. Przystępujący złożył jedynie wizualizację, która nie stanowiła oryginału dokumentu elektronicznego oraz podpis elektroniczny, który bez podpisywanego pliku XML nie miał jakiegokolwiek wartości.

Wezwanie Zamawiającego z 4 listopada 2021 r. było wystarczające i wyczerpujące. W związku ze złożoną wizualizacją zaświadczenia z KRK dla Pana T. M. Zamawiający wprost wskazał, że wymagał złożenia dokumentu w formie elektronicznej tj. dokumentu elektronicznego, czyli dokumentu jaki wnioskodawca otrzymał w odpowiedzi na zapytanie o udzielenie informacji o osobie. Na dokumencie złożonym pierwotnie tj. 29 października 2021 r. i ponownie w odpowiedzi na wezwania do uzupełnienia dokumentów tj. 5 listopada 2021 r., na samej górze widniała informacja, że była to „wizualizacja dokumentu elektronicznego”, a nie dokument elektroniczny.

Nadanie wydrukowi komputerowemu (bo za tego rodzaju dokument można uznać wizualizację dokumentu elektronicznego, gdyż zarówno wydruk, jak i wizualizacja nie były opatrzone podpisem elektronicznym osoby, która ten dokument wystawiła) rangi dokumentu, możliwe jest tylko w drodze jednoznacznej regulacji ustawowej. Wydruk komputerowy/wizualizacja zawierające informację na temat karalności mogłyby zostać uznane za dokument, tylko w sytuacji, gdyby możliwość taką przewidywała konkretna regulacja ustawowa, tj. gdyby przepis ustawy nadawał im rangę dokumentu lub zrównywałby jego moc z mocą dokumentów. W ustawie o Krajowym Rejestrze Karnym brak przepisu, który pozwalałby na powyższe.

Zamawiający w wezwaniu z 19 listopada 2021 r. położył nacisk na brak możliwości weryfikacji podpisu elektronicznego, podczas gdy w rzeczywistości problemem był przede wszystkim brak oryginału dokumentu. Jako podstawę wezwania skierowanego do Przystępującego 19 listopada 2021 r. Zamawiający wskazał co prawda art. 128 ust. 4 Pzp, jednak w treści wezwania Zamawiający podkreślił, że brakowało dokumentu źródłowego - pliku „3437088.xml”. Dopiero w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Przystępujący złożył oryginał informacji z KRK dot. T. M. - plik w formacie XML. Wobec tego dopiero 19 listopada 2021 r., czyli po dwóch wezwaniach, Zamawiający dysponował kompletem wymaganych dokumentów celem weryfikacji przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a i b oraz pkt 3 Pzp.

Mimo wskazanych nieprawidłowości Zamawiający uznał, że Przystępujący w prawidłowy sposób wykazał brak podstaw wykluczenia z postępowania i dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, co w ocenie Odwoływającego było sprzeczne z przepisami Pzp.

Przystępujący mimo dwóch wezwań wskazujących na obowiązek złożenia informacji z KRK dot. T. M. w oryginale tj. w postaci dokumentu elektronicznego, a zatem w postaci pliku XML, nie złożył wymaganego dokumentu. Uczynił to dopiero w reakcji na trzecie wezwanie Zamawiającego.

13 grudnia 2021 r. w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w części, tj. w zakresie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Części I postępowania;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Orange jako najkorzystniejszej w Części II postępowania;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Części I i II postępowania;
- 4) odrzucenia oferty Przystępującego w Części I postępowania;
- 5) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części I i II postępowania.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wskazał m.in.:
Przedmiotem zamówienia było świadczenie usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) przez dwóch niezależnych operatorów w okresie 24 miesięcy w podziale na dwie części:

Część I – świadczenie usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych (SMS);

Część II – świadczenie usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych (SMS).

Zgodnie z pkt 4.4. SWZ: Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych;

4.4.1 Zamawiający na podstawie art. 91 ust. 3 Pzp zastrzega, że jednemu wykonawcy, może być udzielone zamówienie tylko dla jednej części zamówienia;

4.4.2 Wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub więcej części zamówienia;

4.4.3 W przypadku gdy Wykonawca złoży najkorzystniejszą ofertę na obie części zamówienia zostanie z nim podpisana umowa w zakresie Części I. W zakresie Części II umowa zostanie podpisana z kolejnym wykonawcą, który uzyska drugą w kolejności punktację;

4.4.4 W przypadku, gdy w zakresie Części I i II będzie tylko jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu Zamawiający podpisze umowę w zakresie Części I, a unieważni postępowanie w zakresie Części II.

Przystępujący złożył najkorzystniejszą ofertę zarówno w Części I (otrzymał 100 pkt) jak i Części II (otrzymał 100 pkt.). Jednakże z uwagi na brzmienie ww. pkt 4.4.3. SWZ Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych wyłącznie w zakresie Części I. Zamawiający nie wezwał go do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie Części II. W związku z tym, za nieuzasadniony należało uznać pogląd Odwołującego jakoby Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego w zakresie Części II.

Odwołujący pominął fakt, że wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 18 października 2021 r., wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

z 4 listopada 2021 r. oraz wezwanie do złożenia wyjaśnień z 19 listopada 2021 r. zostały wystosowane przez Zamawiającego wyłącznie w zakresie Części I. Zamawiający w każdym z pism wyraźnie wskazał, że dotyczy ono Części I. Wobec tego brak jest jakichkolwiek podstaw do wywodzenia, że sytuacja Przystępującego w Części I przekładała się również na jego sytuację w Część II. Odwołujący nie wskazał na jakiej podstawie Zamawiający miałby odrzucić ofertę Przystępującego w Części II. Odwołanie nie zawierało w tym zakresie konkretnych zarzutów.

Przy dopuszczeniu składania ofert częściowych, złożona oferta co do każdej z części, stanowiła samodzielną ofertę w postępowaniu i niezależnie od tego, na ile części zamówienia wykonawca złożył oferty, to każda z nich stanowiła samodzielną całość. Części zamówienia należało traktować tak, jakby stanowiły oddzielne zamówienia. Oferty złożone na różne części zamówienia należało oceniać odrębnie, stąd wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił również w ramach każdej z części niezależnie.

Przepisy Pzp (np. art. 7 pkt 15), art. 62, art. 91, art. 97 ust. 3, art. 115 ust. 4, art. 134 ust. 2 pkt 2)-3), art. 259) wskazują, że w przypadku zamówienia podzielonego na części, każda z części stanowi odrębne zamówienia i wyboru danego wykonawcy dokonuje się odrębnie w zakresie każdej części zamówienia. Zamawiający przeprowadza więc odrębną procedurę badania i oceny ofert złożonych na realizację danej części zamówienia, jak również w ramach konkretnej części zamówienia dokonuje czynności wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu czy też odrzuca złożone przez nich oferty.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron 15 grudnia 2021 r. Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu, co do częściowego uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. W zakresie nieuwzględnionej części odwołania Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

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 i przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

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.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie pismem z 13 grudnia 2021 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przed otwarciem posiedzenia Izby i złożył oświadczenie o uwzględnieniu w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu co do częściowego uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 4 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, natomiast wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w uwzględnionym przez Zamawiającego zakresie.

W pozostałej części Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem:
 - a) SWZ wraz z załącznikami,
 - b) oferty Przystępującego,
 - c) wezwań z 18 października, 4 listopada i 19 listopada 2021 r. kierowanych przez Zamawiającego do Przystępującego.

W ocenie Izby dla oceny zarzutów odwołania istotne znaczenie miały następujące postanowienia Rozdziału I SWZ:

„4.1 Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) przez dwóch niezależnych operatorów w okresie 24 miesięcy w podziale na dwie części:

4.1.1 Część I – świadczenie usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych(SMS);

4.1.2 Cześć II – świadczenie usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych (SMS).

Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w rozdziale II SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, podzielonym na części”.

„4.4. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych.

4.4.1 Zamawiający na podstawie art. 91 ust. 3 ustawy Pzp zastrzega, że jednemu wykonawcy, może być udzielone zamówienie tylko dla jednej części zamówienia.

4.4.2 Wykonawca może złożyć ofertę na jedną lub więcej części zamówienia.

4.4.3 W przypadku gdy Wykonawca złoży najkorzystniejszą ofertę na obie części zamówienia zostanie z nim podpisana umowa w zakresie Części I. W zakresie Części II umowa zostanie podpisana z kolejnym wykonawcą, który uzyska drugą w kolejności punktację.

4.4.4 W przypadku, gdy w zakresie Części I i II będzie tylko jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu Zamawiający podpisze umowę w zakresie Części I, a unieważni postępowanie w zakresie Części II”.

„9 Podmiotowe środki dowodowe

9.1 Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, w danej części, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia: (...)”.

Przystępujący złożył ofertę w obu częściach postępowania, a Zamawiający uznał ją za najkorzystniejszą w obu tych częściach. W konsekwencji, zgodnie z przytoczonym wyżej punktem 4.4.3 SWZ Zamawiający uznał, że Przystępujący nie będzie mógł zawrzeć umowy w zakresie części II przedmiotu zamówienia. Z tego też względu, zgodnie z punktem 9.1 SWZ Zamawiający skierował wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych oraz wezwanie do wyjaśnień wyłącznie w zakresie części I postępowania, co wprost wynikało z tych wezwań:

1. 18 października 2021 r.:

„Wezwanie do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 (JEDZ) oraz podmiotowych środków dowodowych.

Dotyczy: Świadczenie usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) przez dwóch niezależnych operatorów w okresie 24 miesięcy (2 części) - COI-ZAK.262.26.2021, w zakresie części I: świadczenie usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych (SMS).

Zamawiający (...) wzywa Państwa, jako Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona w części I, do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) (...).

Zamawiający informuje ponadto, że w postępowaniu ma zastosowanie pkt 4.4.3 SWZ W przypadku gdy Wykonawca złoży najkorzystniejszą ofertę na obie części zamówienia zostanie z nim podpisana umowa w zakresie Części I. W zakresie Części II umowa zostanie podpisana z kolejnym wykonawcą, który uzyska drugą w kolejności punktację”.

2. 4 listopada 2021 r.:

„Wezwanie do złożenia do uzupełnienia oraz wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych.

Dotyczy: Świadczenie usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) przez dwóch niezależnych operatorów w okresie 24 miesięcy (2 części) - COI-ZAK.262.26.2021, w zakresie części I: świadczenie usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) (...).”.

3. 19 listopada 2021 r.:

„Wezwanie do złożenia wyjaśnień

Dotyczy: Świadczenia usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) przez dwóch niezależnych operatorów w okresie 24 miesięcy (2 części) - COI-ZAK.262.26.2021, w zakresie części I: świadczenie usług wysyłania krótkich wiadomości tekstowych (SMS) (...).”.

W dokumentacji postępowania brak informacji wskazujących, by Zamawiający dokonał jakichkolwiek czynności związanych z oceną oferty Przystępującego w części II postępowania. Zamawiający nie oceniał również spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie części II. Z przytoczonego wyżej punktu 9.1 SWZ dotyczącego podmiotowych środków dowodowych jasno wynika, że Zamawiający zamierzał oceniać spełnianie warunków udziału w postępowania dla obu części osobno.

Powyższe ustalenia potwierdzają twierdzenie Zamawiającego, że nie było podstaw do uznania, że Przystępujący nie spełnił warunków w części II postępowania, ponieważ

Przystępujący nie był oceniany w tej części. W SWZ nie zawarte zostały żadne postanowienia dające podstawę do rozciągnięcia skutku negatywnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w jednej części na drugą część tego postępowania. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut odwołania nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: