

Sygn. akt: KIO 994/19

WYROK
z dnia 14 czerwca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Paweł Trojan
Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 czerwca 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 maja 2019 roku** przez wykonawcę **Najmilsza Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie w imieniu której działa PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok z siedzibą w Białymstoku**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego: Najmilsza Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Najmilsza Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **Odwołującego Najmilsza Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** na rzecz **Zamawiającego: PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie**

w imieniu której działa PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok z siedzibą w Białymstoku kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

W dniu 31 maja 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. 2018, poz. 1986 ze zm.) (dalej jako „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **Najmilsza Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**, (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wycinka drzew, krzewów, porostów i gałęzi oraz odtworzenie pasa technologicznego w pobliżu wytypowanych czynnych linii elektroenergetycznych SN na obszarze działania PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok znak LZA/ZP/102/2019” prowadzi Zamawiający **PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie w imieniu której działa PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok z siedzibą w Białymstoku**.

Odwołujący wnosił odwołanie od:

- 1/ czynności Zamawiającego z dnia 21 maja 2019 roku w postaci odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2/ czynności Zamawiającego w postaci wadliwego przygotowanie postępowania w sposób utrudniający wykonawcom dostęp do zamówienia, poprzez udostępnienie wadliwych narzędzi do komunikacji z Zamawiającym;
- 3/ zaniechania unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1/ art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 2/ art. 10a i 10b w związku z art. 7 ustawy Pzp;
- 3/ a także ewentualnie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1/ nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, oraz
- 2/ nakazanie Zamawiającemu podjęcia w toku czynności badania ofert działań zmierzających do eliminacji błędów rozwiązań informatycznych składających się na miniPortalu na stronie Zamawiającego w sposób umożliwiający odczytanie oferty Wykonawcy; oraz ewentualnie

3/ nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w zakresie zadań 1,2,3,5 i 6 jeżeli możliwość odczytu oferty Odwołującego została bezpowrotnie utracona.

Odwołujący wnosił także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wraz kosztami:

1/ zastępstwa procesowego odwołującego w wysokości 3.600 zł;

2/ kosztami opłaty skarbowej w wysokości 17 zł.

Odwołujący zaznaczył, że uzyskał wiadomość o odrzuceniu jego oferty w dniu 21 maja 2019 roku. Odwołanie wniesiono więc w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W odniesieniu do posiadania interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, Odwołujący zaznaczył, że samodzielnie złożył ofertę w postępowaniu na części 1,2,3,5 i 6 i przysługuje mu status wykonawcy. Zamawiający potwierdził wpływ oferty w piśmie z dnia 21 maja 2019 roku. Odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem postępowania, jako że zamówienie wchodzi w zakres ekonomicznego zainteresowania firmy Odwołującego, co zmanifestowano składając ofertę. Jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Odwołujący złożył ofertę o najniższej cenie w części 5 zamówienia oraz zaoferował jedną z 3 identycznych cen części 6 zamówienia. Zgodnie z pkt XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający przewiduje przeprowadzenie aukcji dla danej części zamówienia jeżeli na taką część wpłyną co najmniej 2 oferty. Warunek został spełniony względem wszystkich 5 części na jakie Odwołujący złożył ofertę. Zaoferowane w postępowaniu ceny dla części 1,2,3,5 i 6 nie są ostateczne więc Odwołującemu przysługuje możliwość zaoferowania najniższych cen w ramach aukcji elektronicznej.

Zaskarżona w odwołaniu czynność odrzucenia oferty Odwołującego doprowadziła do eliminacji z postępowania jego oferty. W przypadku niezastosowania przez Odwołującego środka ochrony prawnej, taka eliminacja nastąpi w sposób trwały, a Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty zysku z realizacji zamówienia, wynikającą z niemożności zawarcia umowy na realizację zamówienia. Natomiast w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego będzie mogła uczestniczyć w aukcji elektronicznej, a Odwołujący będzie mógł złożyć oferty na poszczególne części zamówienia o najniższej cenie.

Natomiast w zakresie wniosku o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia, Odwołujący podniósł, iż stosownie do orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 5 kwietnia 2016 r. nawet w przypadku unieważnienia przetargu, wykonawcy mogą mieć w tym swój interes, ponieważ jest duże prawdopodobieństwo, że przetarg zostanie ponownie ogłoszony i oni będą mogli złożyć swe oferty. Pogląd powyższy podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1556/16.

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w piśmie z dnia 21 maja 2019 roku poinformował Odwołującego o odrzuceniu oferty Odwołującego oznaczonej numerem 2 złożonej na część 1,2,3,5 i 6 zamówienia.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, iż „*W toku czynności otwarcia oferty nr 2 w terminie wskazanym przez Zamawiającego wystąpił błąd uniemożliwiający odszyfrowanie złożonej oferty. W celu wyjaśnienia zaistniałego błędu Zamawiający zwrócił się do Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) z prośbą o wyjaśnienia zaistniałej sytuacji. W dniu 21.05.2019 Zamawiający otrzymał informację z UZP, z której wynika, iż Wykonawca składający ofertę podał numer IdPostępowania 6344062-6729-49D2-9897-6887D9E8E53D. Postępowanie o takim numerze Id nie istnieje w bazie mini Portalu.*”

W wyniku powyższych ustaleń Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy Pzp uznając, iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazywał, że dla ustalenia stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ konieczne jest przede wszystkim dokonanie porównania treści SIWZ z ofertą i wskazania istotnych rozbieżności merytorycznych (tak Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniach: KIO 2633/18 - wyrok KIO z dnia 10-01-2019; KIO 2301/18 - wyrok KIO z dnia 22-11-2018; KIO 1952/18 - wyrok KIO z dnia 25-10-2018).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w ogóle nie zapoznał się z treścią oferty Odwołującego, zatem nie mógł stwierdzić obszaru niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji ustalić podstaw faktycznych do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie przywołanej regulacji prawnej było nieuprawnione.

2. Zarzut naruszenia art. 10b w związku z art. 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 10b ustawy Pzp: „*Zamawiający zapewnia, 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.*”

Powyższy przepis statuuje odpowiedzialność Zamawiającego do zapewniania wykonawcom rozwiązań informatycznych przeznaczonych do komunikacji z Zamawiającym w toku postępowania, które zapewniają należyty dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższa odpowiedzialność dotyczy także sprawności rozwiązań informatycznych.

Odwołujący złożył ofertę na miniPortalu (utrzymywanym przez Urząd Zamówień Publicznych), który został wskazany przez Zamawiającego jako rozwiązanie informatyczne służące do komunikacji z Zamawiającym oraz złożenia oferty (Rozdział XI SIWZ).

Odwołujący złożył ofertę w dniu 18 maja 2019 roku oraz udokumentował proces szyfrowania oferty wydrukami ekranów (printscreensami). Odwołujący wprowadził prawidłowy IdPostępowania 6344062-6729-49D2-9897-6887D9E8E53D1, co potwierdza wydruk ekranowy oraz komunikat o poprawnym zaszyfrowaniu oferty. Jako dowody Odwołujący załączył do odwołania wydruki z procesu szyfrowania oferty — na okoliczność wprowadzenia prawidłowego IdPostępowania oraz zaszyfrowaniu oferty.

Powyższe wydruki są zgodne z informacjami ze stron 23-25 Instrukcji Użytkownika Systemu miniPortal (zamieszczonej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych https://www.uzp.gov.pl/e-zamowienia2/mini_portal.pl). Powołane wydruki związane z procesem szyfrowania oferty potwierdzają, iż Odwołujący dokonał prawidłowego szyfrowania wykorzystując prawidłowy IdPostępowania tj 6344062-6729-49D2-9897-6887D9E8E53D1.

Odwołujący uzyskał potwierdzenie wysłania oferty.

/dowód: potwierdzenie wysłania — na okoliczność pomyślności procesu wysłania oferty/

Dla wyjaśnienia różnica pomiędzy prawidłowym IdPostępowania, a nieprawidłowym IdPostępowania jest następująca:

- 1/ prawidłowy 6344062-6729-49D2-9897-6887D9E8E53D1
- 2/ nieprawidłowy 6344062-6729-49D2-9897-6887D9E8E53D (brak cyfry 1 na końcu)

Jest bezsporne, iż oferta wpłynęła do Zamawiającego, gdyż Zamawiający w piśmie z dnia 21 maja 2019 roku przyznał ten fakt.

Odwołujący złożył także odrębną ofertę wraz z Przedsiębiorstwem Usług Leśnych „WEST” I. i Odwołujący Spółka Jawna (oferta nr 3 na część 4 zamówienia). Obie oferty zostały wysłane z konta ePUAP Pana T. M. (stąd błędne oznaczenia wykonawców składających oferty 2 i 3 w piśmie Zamawiającego z dnia 21 maja 2019). W przypadku oferty nr 2 analogiczny problem nie powstał, pomimo iż obie oferty ekspediowała ta sama osoba.

Odwołujący po dniu 21 maja 2019 roku podjął próbę zaszyfrowania testowej oferty podając błędny IdPostępowania (bez cyfry 1). MiniPortal odmówił zaszyfrowania dokumentu wyświetlając komunikat o błędnym IdPostępowania. Oznacza to że nie jest możliwe zaszyfrowanie dokumentu na podstawie błędnego IdPostępowania, gdyż system odrzuca taką próbę.

W konsekwencji pozyskana przez Zamawiającego informacja jakoby „Wykonawca składający ofertę podał numer IdPostępowania 6344062-6729-49D2-9897-6887D9E8E53D” była nieprawdziwa. Faktem jest natomiast niemożność odczytu oferty zaszyfrowanej

w systemie udostępnionym przez Zamawiającego pomimo komunikatu o prawidłowym szyfrowaniu. W konsekwencji przyczyną braku możliwości odczytania oferty Odwołującego jest wadliwe działanie systemu informatycznego przeznaczonego do komunikacji z wykonawcami.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, iż spoczywający na nim ciężar dowodu obejmuje jedynie wykazane prawidłowości szyfrowania własnej oferty oraz faktu zastosowania przy szyfrowaniu właściwego IdPostępowania, czyli okoliczności odmiennej od wskazanej przez Zamawiającego. Zamawiający z racji obowiązku wynikającego z art. 10b ustawy Pzp obowiązany był dokonać dokładnej weryfikacji przyczyn problemów z otwarciem oferty. Problem ten wystąpił w dniu 20 maja 2019 roku (data otwarcia ofert), natomiast odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło 21 maja 2019 roku, co w świetle lakonicznej treści komunikatu z Urzędu Zamówień Publicznych pozwala stwierdzić, iż Zamawiający nie przeprowadził dokładnej weryfikacji przyczyn zaistniałego problemu. Skoro jak wyżej wykazano nr IdPostępowania został przez Odwołującego podany w prawidłowej wartości, a proces szyfrowania zakończył się sukcesem, błąd musiał powstać po przesłaniu oferty Zamawiającemu w samym systemie.

Błąd ten mógł mieć charakter usuwalny - co obligowało Zamawiającego do podjęcia działań (w porozumieniu z Urzędem Zamówień Publicznych) zmierzających do jego usunięcia i odczytu oferty Zamawiającego. W takim przypadku Zamawiający naruszył obowiązek wynikający z art. 10b ustawy Pzp dopuszczając się zaniechania podjęcia czynności naprawczych zmierzających do usunięcia skutków awarii w systemie komunikacyjnym udostępnionym Odwołującemu i tym samym ograniczając Odwołującemu dostęp do udzielania zamówienia.

Błąd ten mógł mieć charakter nieusuwalny - co w świetle faktu, iż Zamawiający odpowiada za prawidłowe działanie systemu determinowało konieczność podjęcia przez Zamawiającego czynności zmierzających do unieważnienia postępowania.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku KIO 268/19 - wyrok KIO z dnia 4-03-2019 wadliwe funkcjonowanie platformy informatycznej stanowi przejaw naruszenia przez Zamawiającego art. 10b ustawy a także art. 7, jeżeli skutkiem ograniczeń w funkcjonowaniu platformy wykonawca doznaje przeszkód w uczestnictwie w postępowaniu, w szczególności w złożeniu oferty: „art. 10b ustawy *Prawo zamówień publicznych stanowi jeden ze sposobów realizacji wymogu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zgodnie z tym przepisem zamawiający ma zapewnić, aby narzędzia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej były niedyskryminujące i nie ograniczały wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia - w tym w szczególności składania ofert.*

Nie ulega wątpliwości, że nadmierne utrudnienie, czy wręcz uniemożliwienie wykonawcy złożenia oferty, narusza istotę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stanowi poważną wadę postępowania. Nie musi być to przy tym celowe działanie ze strony zamawiającego ani okoliczność od niego zależna - może wynikać właśnie z powodów technicznych, jak w niniejszej sprawie. Przy czym "kwestie techniczne" nie dotyczą jedynie awarii urządzenia, którym posługuje się zamawiający, lecz mogą także wynikać np. z przejściowych błędów oprogramowania, zbyt dużej liczby uczestników jednocześnie korzystających z platformy itp. Istotny jest tu efekt w postaci niemożności złożenia oferty."

Odwołujący w jego ocenie wykazał w odwołaniu, iż zaszyfrował ofertę prawidłowo. Wszelkie problemy z odczytaniem oferty wynikały z działania systemu informatycznego udostępnionego przez Zamawiającego. W takim stanie rzeczy, w braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający winien uchylić czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz zbadać rzeczywiste przyczyny problemów z szyfrowaniem, a następnie dokonać odczytu oferty Odwołującego i jej oceny

3. Zarzut naruszenia art. 93.ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp

O ile Zamawiający do momentu odrzucenia oferty Odwołującego stwierdził nieusuwalność błędu systemu informatycznego, wówczas decyzja o niepodjęciu działań jako bezcelowych była prawidłowa.

W takim przypadku Zamawiający winien był unieważnić postępowanie stwierdzając, iż doszło do naruszenia art. 10b w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie wszystkim wykonawcom środków komunikacji umożliwiających dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia - w tym w szczególności składania ofert. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Za wadę taką można uznać okoliczność, że oferty nie mógł złożyć wykonawca, którego oferta miała istotną szansę zostać uznana za najkorzystniejszą dla danej części zamówienia, gdyż była to oferta z ceną niższą niż jedyna oferta złożona dla tej części.

Podobnie w wyroku KIO 2055/17 - z dnia 17-10-2017 stwierdzono, że „Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) koniecznym jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek, do których należy ustalenie, iż: 1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie - wada postępowania, 2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, 3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, przy czym konieczne jest zatem ustalenie związku przyczynowo - skutkowego

pomiędzy wystąpieniem wady, a brakiem możliwości zawarcia umowy. Przy czym należy tu brać pod uwagę zarówno wady postępowania stypizowane w art. 146 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jak i wady postępowania polegające na dokonaniu przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a więc mieszczące się w klauzuli art. 146 ust. 6 omawianej ustawy. Zamawiający, aby uzasadnić skorzystanie z tego instrumentu, zwłaszcza przy powołaniu się na przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, winien wykazać, że postępowanie nie może wrócić na prawidłowy tor i żadne przewidziane przez ustawę czynności nie mogą doprowadzić do sanacji zauważonych przez zamawiającego nieprawidłowości. Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem”.

W ocenie Odwołującego wykazał on, że:

- 1) mamy do czynienia z faktem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w zakresie sposobu prowadzenia postępowania (art. 10b i 7 ustawy Pzp — naruszenie równego dostępu do zamówienia);
- 2) nieusuwalność wady - w postaci niemożności ponownego złożenia oferty przez Odwołującego;
- 3) wpływ naruszenia na wynik postępowania - z uwagi na bezpowrotną utratę przez Zamawiającego uzyskania cen w postępowaniu na poziomie, jakie mógłby Zamawiający uzyskać przy uczestnictwie Odwołującego w postępowaniu, czyli oferta taka miała istotną szansę zostać uznana za najkorzystniejszą.

Wobec powyższego zdaniem Odwołującego jego odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, odwołaniu, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przesłanej przez Zamawiającego w postaci elektronicznej Izba ustaliła, że w rozdziale XI Zamawiający określił, że komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się elektronicznie przy użyciu miniPortalu, ePuap. We wszelkiej korespondencji związanej z postępowaniem Zamawiający i Wykonawcy posługiwać się będą numerem postępowania i jego numerem ID. Wymagania techniczne i organizacyjne dla wykonywanych elektronicznie w postępowaniu czynności określają Regulamin korzystania z miniPortalu oraz Regulamin ePuap. Identyfikator postępowania i klucz publiczny dla danego postępowania są dostępne na *Liście wszystkich postępowań na miniPortalu* oraz stanowią załącznik do SIWZ.

Z rozdziału XV SIWZ wynika, że wykonawca składał ofertę za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty dostępnego na ePuap i udostępnionego również na miniPortalu. Klucz publiczny, niezbędny do zaszyfrowania oferty przez Wykonawcę, jest dostępny na miniPortalu oraz na stronie internetowej Zamawiającego. Aplikacja do szyfrowania oferty działa z systemem operacyjnym Windows. Sposób złożenia oferty, w tym jej zaszyfrowanie, opisane zostało w Regulaminie korzystania z miniPortalu. W formularzu ofertowym Wykonawca jest zobowiązany podać adres skrzynki ePuap, na który kierowana będzie korespondencja związana z postępowaniem. Otwarcie ofert nastąpi przez użycie aplikacji do szyfrowania ofert dostępnej na miniPortalu i dokonywane jest przez odszyfrowanie i otwarcie ofert za pomocą klucza prywatnego.

Zamawiający w dniu 21 maja 2019 roku na stronie internetowej zamieścił *Informację z otwarcia ofert*, w której wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia podano, że zgodnie z postanowieniami pkt 2 i 3 rozdziału XV SIWZ Wykonawca składał ofertę za pomocą Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu.

Klucz publiczny, niezbędny do zaszyfrowania oferty przez Wykonawcę, jest dostępny dla Wykonawców na portalu oraz na stronie internetowej Zamawiającego. sposób złożenia oferty, w tym jej zaszyfrowanie, opisane zostało w Regulaminie korzystania z miniPortalu. Ponadto Zamawiający wskazał w SIWZ, że otwarcie ofert nastąpi przez użycie aplikacji do szyfrowania ofert dostępnej na mini portalu i dokonywane jest przez odszyfrowanie i otwarcie ofert za pomocą klucza prywatnego (pkt 6 rozdziału XV SIWZ). W toku czynności otwarcia oferty nr 2 w terminie wskazanym przez Zamawiającego wystąpił błąd uniemożliwiający odszyfrowanie złożonej oferty. W celu wyjaśnienia zaistniałej sytuacji Zamawiający zwrócił się do Urzędu Zamówień Publicznych, od którego w dniu 21 maja 2019 roku otrzymał informację, z której wynika, że Wykonawca składający ofertę podał numer IdPostępowania 6344062-6729-49D2-9897-6887D9E8E53D. Postępowanie o takim numerze Id nie istnieje w bazie miniPortalu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie winno zostać oddalone w całości.

Postawione przez Odwołującego zarzuty w ramach wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do oceny czy Odwołujący występując samodzielnie złożył swoją ofertę w sposób poprawny, to jest przy zastosowaniu prawidłowego numeru stanowiącego Identyfikator postępowania, pozwalający na jej prawidłowe otwarcie, a także czy czynność otwarcia ofert została dokonana przez Zamawiającego w sposób prawidłowy.

W ocenie Izby, całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez Odwołującego czynności przeprowadzonych przez Zamawiającego wykonywanych w ramach sesji otwarcia ofert. To na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania w ramach postępowania odwoławczego, że Zamawiający naruszył prawo, zaś oferta wykonawcy została złożona w sposób prawidłowy, a tym samym czynność otwarcia ofert była wadliwa, a więc - zgodnie z żądaniem odwołania - należy ją powtórzyć lub w przypadku niemożliwości jej powtórzenia – postępowanie w danych częściach unieważnić.

Na podstawie akt postępowania, a także dokumentów przedstawionych przez samego Odwołującego Izba ustaliła, że nie jest możliwe utworzenie plików składających się na ofertę przesłanych przez Odwołującego, znajdujących się w dokumentacji postępowania z uwagi na błędne wskazanie w pliku numeru ID postępowania. Stan ten powoduje brak możliwości odszyfrowania oferty za pomocą klucza prywatnego. Algorytm systemu do

elektronicznego składania ofert umożliwia dzięki numerowi ID postępowania przypisanie do szyfrowania właściwego dla danego postępowania klucza publicznego i następnie umożliwia zaszyfrowanie oferty kluczem prywatnym wykonawcy, a potem jej odszyfrowanie kluczem prywatnym zamawiającego. Tym samym błędne przyporządkowanie klucza publicznego umożliwia, co prawda zaszyfrowanie oferty przez wykonawcę, lecz uniemożliwi jej odszyfrowanie przez zamawiającego.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego stanowczo przedstawionym w odwołaniu i potwierdzonym przez pełnomocnika na rozprawie, identyfikacja postępowania na miniPortalu nie nastąpiła po stronie wykonawcy przez wybranie w formularzu do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku opcji numeru ogłoszenia TED. Wówczas to bowiem następuje automatyczne przypisanie numeru identyfikatora postępowania w dalszych sekcjach Formularza odnoszących się do danych postępowania. Wówczas także trudniej o błąd w podaniu tego numeru w samym formularzu wyznaczonym do składania ofert. Co jednocześnie nie oznacza, że do podania błędnego numeru ID postępowania może dojść również na kolejnym etapie składania ofert, na ePuapie.

W formularzu przedstawionym pod odwołaniem, który odzwierciedlać miał przebieg procesu składania oferty przez przedstawiciela Odwołującego, Odwołujący próbował wywołać wrażenie identyfikacji postępowania przez numer ogłoszenia w TED przez wpisanie w rubrykę „Wpisz numer postępowania” numer ogłoszenia zamieszczonego w odpowiednim publikatorze, w tym przypadku TED. Tymczasem złożony przy odwołaniu skan Formularza obrazujący krok 1 w procesie składania oferty jasno pokazuje, że Wykonawca wybrał opcję nr 3 z Formularza, to znaczy *„Numer postępowania (wewnętrzny numer Zamawiającego dla postępowań bez ogłoszenia w TED lub BZP)”*. W takim przypadku wpisanie identyfikatora postępowania (a więc elementu kluczowego dla przedmiotu niniejszego sporu) musi nastąpić ręcznie przez Wykonawcę, względnie przez przekopiowanie danych udostępnionych przez Zamawiającego w miniPortau. Na wybór opcji nr 3 w Formularzu niezbicie wskazuje wyboldowanie w sekcji *„Wybierz rodzaj identyfikatora postępowania”* okna wyboru oznaczonego jako trzeciego związanego z wewnętrznym numerem Zamawiającego dla postępowania. Oznacza to, że Odwołujący samodzielnie wprowadzał numer postępowania i prawdopodobnie zamienił w nim cyfry, przy zachowaniu odpowiedniej liczby znaków lub też błąd nastąpił przy kopiowaniu danych udostępnionych przez Zamawiającego. W chwili obecnej niemożliwym jest do ustalenia jak to się stało (czy wykonawca wprowadzał ten numer ręcznie, czy źle go przekopiował), jednak miało to miejsce w momencie składania oferty przez samego Wykonawcę. Powyższe ustalenia Izby potwierdza przedstawiony wraz z dokumentacją z postępowania formularz otrzymywany przez Zamawiającego po złożeniu

oferty/wniosku przez każdego z wykonawców pt. „Zgłoszenie oferty/wniosku”. W formularzu Odwołującego w sekcji „Rodzaj identyfikatora postępowania” bez wątpienia stwierdzić można, że Odwołujący identyfikował postępowanie przez „Numer Identyfikacyjny Postępowania Miniportal”, błędnie w następną rubrykę wpisując numer ogłoszenia w publikatorze TED, zamiast oznaczenia postępowania nadanego przez Zamawiającego. Dla porównania w przypadku złożenia oferty oznaczonej numerem 1 stwierdzić można, że identyfikacja postępowania nastąpiła przez zaznaczenie rubryki „Ogłoszenie TED”, gdzie w takim przypadku Identyfikator postępowania został wstawiony automatycznie.

Co więcej, Odwołujący nie załączył do odwołania i nie złożył na rozprawie dalszych elementów *Formularza* obrazujących kolejne kroki procesu złożenia oferty. Wbrew twierdzeniom Odwołującego elementy te są istotne w przedmiocie sporu, ukazałyby bowiem, że złożono ofertę o prawidłowym numerze ID postępowania (co wynika choćby z dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego na rozprawie w zakresie testowego sprawdzenia poprawności działania systemu). Krok 3 odwołuje się do *Identyfikatora postępowania*, tym samym możliwe byłoby sprawdzenie, czy Odwołujący prawidłowo złożył ofertę we wskazywanych w odwołaniu częściach. Odwołujący takich dokumentów jednak Izbie nie przedstawił, ograniczając się jedynie do złożenia potwierdzenia wysłania formularza. Dysponując jedynie tym elementem nie jest możliwe powiązanie *Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty* z dokumentem potwierdzającym złożenie/wysłanie bliżej niezidentyfikowanej treści. Dokumenty te nie potwierdzały więc w żaden sposób prawidłowości działań samego Odwołującego w toku składania ofert. Zamawiający natomiast przedstawił w ramach złożonego materiału dowodowego, że możliwe jest wprowadzenie i zaszyfrowanie oferty z błędnym ID postępowania na miniPortalu ale już wprowadzenie błędnego ID postępowania na ePuap powoduje niemożliwość odszyfrowania przez Zamawiającego złożonej oferty za pomocą udostępnionego klucza prywatnego. Jednak błąd taki jest spowodowany wyborem samego Wykonawcy w zakresie sposobu identyfikacji postępowania. Odwołujący nie przedstawił dokumentów, zrzutów z ekranu dla procesu szyfryzacji na ePuapie właściwej oferty a przedstawił dokument nie dotyczący części zamówienia, w których złożono odwołanie. Skoro możliwe było przedstawienie printscreenów dla momentu złożenia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej dla oferty złożonej w konsorcjum, to w ocenie składu orzekającego Izby możliwe było również przedstawienie takich materiałów dla momentu złożenia oferty Najmilsza. Taki materiał pozwoliłby zweryfikować, czy na etapie szyfrowania, na ePuapie Odwołujący posługiwał się prawidłowym numerem ID postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął wymogowi udowodnienia zasadności żądania ponowienia czynności otwarcia ofert. Czynność ta została przez Zamawiającego przeprowadzona w sposób prawidłowy, a brak możliwości odszyfrowania oferty Odwołującego wynikał z podania przez niego w procesie składania oferty błędnego numeru ID postępowania.

Dalej Izba zaznacza, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że Zamawiający, dochodząc do obiektywnie weryfikowalnego wniosku - że oferty Odwołującego nie da się otworzyć - zachował się nieprawidłowo. Konieczne byłoby wskazanie jaki błąd popełnił Zamawiający lub też gdzie zawiódł system, którym operuje Zamawiający, względnie jakie zachowanie należało uznać za prawidłowe. Izba wskazuje, że wykonawca kwestionujący prawidłowość technicznej czynności Zamawiającego, nie może ograniczyć się do polemiki z rezultatami tej czynności, a winien chociażby podjąć próbę wskazania wady w postępowaniu Zamawiającego, dopiero to bowiem umożliwiłoby Izbie ocenę zachowania Zamawiającego. Dotyczy to również elementów związanych z działaniem systemu informatycznego, z którego korzysta Zamawiający. Jeżeli Odwołujący stawia tezę, że system ten działał nieprawidłowo i do zmiany numeru ID postępowania doszło po złożeniu oferty a w trakcie wprowadzenia jej do systemu Zamawiającego, to taki dowód winien przedstawić. Nic nie stało na przeszkodzie zwrócenia się do administratora miniPortalu z zapytaniem, czym mogły być spowodowane nieprawidłowości przy deszyfryzacji oferty Wykonawcy. Natomiast to Zamawiający dochował należytej staranności i takie postępowanie wyjaśniające przeprowadził. Złożone wyniki tego postępowania pokazują, że nie było mowy o błędzie systemu, ale że mamy do czynienia z błędem ludzkim.

Tym samym Izba nie dopatrzyła się również podstaw do unieważnienia postępowania i nie stwierdziła naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił, aby rozpoznawane odwołanie posiadało uzasadnione podstawy do jego uwzględnienia. Nie podołano wykazaniu, że oferta Odwołującego została złożona w sposób prawidłowy i mogła być odszyfrowana, w sposób zgodny z wymaganiami dokumentacji postępowania, a tym samym, że problem z jej otwarciem leżał po stronie Zamawiającego. Taki stan rzeczy dawał Zamawiającemu podstawę do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako miernika oceny nieprawidłowości treści oferty. W specyfikacji Zamawiający jasno opisał sposób komunikacji między uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia i wskazał, że Regulamin korzystania z miniPortalu oraz ePuap stanowi część SIWZ, a dokumenty te krok po kroku opisują procedurę składania oferty. Niezastosowanie się do treści i zaleceń tych dwóch dokumentów powoduje wystąpienie niezgodności treści

oferty materialnie złożonej Zamawiającemu w zestawieniu z treścią SIWZ. Nie są to jedynie względy formalne, wymagania co do formy oferty, ale kwestie koncentrujące się na aspekcie merytorycznym oferty.

Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego naruszenia art. 7 ustawy Pzp odnoszących się do zasad udzielania zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów, odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....