

Sygn. akt: KIO 1108/20

WYROK
z dnia 16 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2020 r. przez wykonawcę **Lubawa S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim,**

w postępowaniu prowadzonym przez **3 Regionalną Bazę Logistyczną w Krakowie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ARLEN S.A. z siedzibą w Warszawie, Grupa Konfeksjoner – „BARTEX” Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chrzanowie, PHU CHEMAN A. R.,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Lubawa S.A. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 150 zł 00 gr (słownie: sto pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa w latach 2020-2022 zasobników piechoty górskiej*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 011-022787.

W dniu 21 maja 2020 r. wykonawca Lubawa S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 86 ust. 2 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie otwarcia oferty Odwołującego podczas jawnej sesji otwarcia ofert, a w konsekwencji zaniechanie podania podczas otwarcia informacji wymaganych przepisami ustawy Pzp,
- art. 86 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania w informacji zamieszczanej niezwłocznie po otwarciu ofert na stronie internetowej informacji odnośnie odszyfrowania oferty Odwołującego, a ograniczenia się wyłącznie do podania „wstępnej” informacji o próbie odszyfrowania i komunikacie o wystąpieniu błędu w aplikacji;
- art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w części nr 3 w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. W dokumencie „Opis sposobu przygotowania wniosku” w pkt 1.4 Zamawiający zamieścił postanowienie, że „Identyfikator postępowania i klucz publiczny dla danego postępowania o udzielenie zamówienia dostępne są na Liście wszystkich postępowań na miniPortalu oraz zostanie załączony na stronie internetowej Zamawiającego”. W odniesieniu do określenia „klucz publiczny” użyto liczby pojedynczej, a dalej że taki klucz jest „dla danego postępowania”. Z kolei w Rozdziale IX w ust. 9 SIWZ Zamawiający wskazał, że klucz publiczny niezbędny do zaszyfrowania oferty przez wykonawcę jest dostępny dla wykonawców na miniPortalu. Zgodnie rozdziałem X

SIWZ oferty należało składać za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu w terminie do 12 maja 2020 r. do godz. 8:00. Wskazano, że otwarcie ofert nastąpi w siedzibie zamawiającego poprzez użycie aplikacji do szyfrowania ofert dostępnej na miniPortalu i dokonywane jest poprzez odszyfrowanie i otwarcie ofert za pomocą klucza prywatnego.

Odwołujący się przesłał ofertę zgodnie z wymaganiami SIWZ, tj. za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP, na dowód czego otrzymał tzw. urzędowe potwierdzenie odbioru (UPP). Oferta została złożona w terminie tj. data doręczenia wskazana w UPP: „2020-05-12T00:24;09.142”. Otrzymanie oferty potwierdził też Zamawiający chociażby przez fakt, że podczas otwarcia ofert – jak wskazano w informacji po otwarciu – podjął czynność jej odszyfrowania, ale pierwotnie nieskutecznie, o czym zamieścił informację po otwarciu ofert cyt. „plik złożony przez LUBAWA S.A., ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski nie został odszyfrowany. Przy próbie odszyfrowania pojawił się komunikat: „Wystąpił błąd aplikacji. Skontaktuj się z administratorem”. W czynności otwarcia ofert nie uczestniczyli przedstawiciele wykonawców, a zatem czynności podejmowane przez Zamawiającego były pozbawione tzw. czynnika kontrolującego, który to ma ogromne znaczenie zwłaszcza podczas otwarcia ofert elektronicznych złożonych za pośrednictwem miniPortalu. Nierzadkie są bowiem przypadki trudności w odszyfrowaniu ofert złożonych w ten sposób z uwagi na m.in. problemy z działaniem funkcjonalności ePUAP, na której oparty jest miniPortal.

Odwołujący podał, że po pozyskaniu powyższej informacji, nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w informacji z otwarcia ofert, wystosował pismo z prośbą o informację, czy Zamawiający zwrócił się do administratora miniPortalu o wyjaśnienia w przedmiotowej sprawie. W odpowiedzi w dniu 14 maja 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że takiej czynności nie wykonał, ponieważ plik z ofertą został odszyfrowany poprawnie przez komisję przetargową, z tym że przy wykorzystaniu klucza prywatnego do odszyfrowania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamiast użycia klucza prywatnego do odszyfrowania ofert. Zamawiający dokonał zatem *de facto* otwarcia oferty Odwołującego, ale o tej okoliczności niestety nie poinformował w sposób jawny, tj. w informacji z otwarcia ofert ani też zanim Odwołujący nie wystosował do niego wniosku o wyjaśnienie sprawy. Uznał natomiast – jak wskazał w piśmie skierowanym bezpośrednio do Odwołującego na skutek jego inicjatywy – że z tego tylko powodu, że Odwołujący zaszyfrował plik kluczem publicznym do wniosków a nie do ofert, Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego się nie została złożona. W informacji z otwarcia ofert nie było natomiast przedstawionych żadnych informacji w tym zakresie, w tym co do dalszych losów

oferty Odwołującego. Tymczasem sytuacja faktyczna świadczy o tym, że oferta Odwołującego została odszyfrowana, a więc Zamawiający mógł zapoznać się z jej treścią.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 86 ust. 2 ustawy Pzp otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia. Otwarcie ofert powinno nastąpić najpóźniej do końca dnia, w którym upłynął termin ich składania tj. do godziny 24:00, a zamawiający nie może odroczyć otwarcia ofert w czasie ani przedłużyć terminu otwarcia. Nie jest również możliwe dokończenie przerwanej, czy nie w pełni przeprowadzonego otwarcia ofert. W postępowaniach, w których oferty składane są w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, za pośrednictwem miniPortalu, zamawiający pobiera przesłane pliki, następnie je odszyfrowuje i otwiera, a po otwarciu odczytuje informacje, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący powołał się na stanowisko UZP (np. Informator UZP nr 3/2019, www.uzp.uov.pl), że jeżeli przyczyna braku możliwości otwarcia plików leży po stronie wykonawcy, zamawiający jest uprawniony do uznania, że oferta nie została przez tego wykonawcę złożona. Niemniej jednak możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia woli przez adresata jest warunkiem *sine qua non* złożenia takiego oświadczenia. W świetle art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego do złożenia innej osobie oświadczenia woli w postaci elektronicznej dochodzi bowiem wtedy, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. W ocenie Odwołującego nie powinno budzić wątpliwości, że w przedmiotowym przypadku Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią oferty Odwołującego, co sam potwierdził, informując dopiero 14 maja 2020 r. Odwołującego o odszyfrowaniu jego oferty, pomijając tę informację – wbrew przepisom ustawy Pzp – w treści informacji zamieszczonej na stronie internetowej 12 maja 2020 r. po otwarciu ofert w trybie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego realizacja zasady jawności i przejrzystości postępowania wymaga, aby Zamawiający niezwłocznie po otwarciu ofert zamieścił na stronie internetowej informację nie tylko dotyczące firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie (art. 86 ust. 5 Pzp), ale także informacje dotyczące przesłanych plików, z których treścią podczas czynności otwarcia ofert nie był w stanie się zapoznać. Zamawiający zamieścił w informacji z otwarcia ofert informację wskazującą jedynie na „błąd aplikacji”, brak było natomiast jawnej informacji o dokonanej faktycznie przez Zamawiającego czynności odszyfrowania oferty Odwołującego. Takie działanie Zamawiającego w sposób bezpośredni narusza w szczególności dyspozycję art. 8 ust. 1 oraz art. 86 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, albowiem procedura otwarcia oferty nie odbyła się w sposób prawidłowy, w tym nie podano nazwy

(firmy) oraz adresu Odwołującego, ceny, warunków płatności oraz terminu wykonania zamówienia.

Zamawiający nie wypełnił też w sposób prawidłowy ciążącego na nim obowiązku przestrzegania zasady jawności i przejrzystości postępowania, który przejawia się obowiązkiem poinformowania wykonawcy w sposób jasny i niebudzący wątpliwości o uznaniu, że jego oferta nie została złożona, a także o przyczynach, które legły u podstaw takiej decyzji tj. o braku możliwości otwarcia pliku oraz o ustalonych przyczynach takiej sytuacji, leżących po stronie wykonawcy. Działanie takie, stanowiące realizację wskazanych wyżej fundamentalnych zasad udzielania zamówień, zabezpiecza interesy wykonawcy w postępowaniu, umożliwiając mu skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Wykonawca powinien uzyskać od zamawiającego jasną informację dotyczącą losów jego oferty i ustalonych przyczynach braku otwarcia oferty. Tymczasem Odwołujący uzyskał od Zamawiającego rozbieżne informacje: jedną ze strony internetowej w dniu 12 maja 2020 r. (tj. „plik złożony przez LUBAWA S.A., ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski nie został odszyfrowany. Przy próbie odszyfrowania pojawił się komunikat: „Wystąpił błąd aplikacji. Skontaktuj się z administratorem”), a następnie drugą, z której wynika, że „plik został odszyfrowany poprawnie”, po wykorzystaniu przez komisję przetargową klucza prywatnego służącego do odszyfrowania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Powołując się na orzecznictwo KIO Odwołujący podniósł, że naruszenie zasady jawności polegające na niezapewnieniu przeprowadzenia odszyfrowania ofert w sposób jawny, powoduje stworzenie warunków do potencjalnego naruszenia integralności złożonych ofert po ich odszyfrowaniu, a przed publicznym podaniem informacji o ich treści. W konsekwencji skutkuje naruszeniem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 86 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, które co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Nie ma możliwości konwalidowania tej wady postępowania, gdyż czynność otwarcia ofert ma charakter jednokrotny i nie podlega powtórzeniu. Na jawną czynność otwarcia ofert składa się kilka czynności faktycznych, począwszy od podania kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przez zapoznanie się z zawartością złożonych do upływu terminu składania ofert dzięki ich odszyfrowaniu, aż po podanie zawartych w nich informacji dotyczących tego, kto i na jakich warunkach złożył daną ofertę. W rozpoznawanej sprawie podczas otwarcia ofert nie udało się zamawiającemu odczytać jednego z przesłanych plików, a po zamknięciu sesji otwarcia zamawiający podjął kolejne próby i otworzył ofertę na innym komputerze. Izba uznała, że już samo otwarcie pliku po zamknięciu procedury otwarcia ofert oznaczało nieusuwalną wadę przetargu i należało go unieważnić, ostatnia z ofert nie została bowiem otwarta w sposób jawny dla wszystkich.

Odwołujący podniósł, że obowiązujące przepisy nie wprowadzają *explicite* obowiązku „samodzielnego” szyfrowania oferty przez wykonawcę, w tym za pomocą klucza publicznego. Jedynie w § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 października 2018 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. 2018 r. poz. 1991 ze zm.) określa się, że przekazanie ofert następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia spełnienie wymagań przewidzianych dla systemu teleinformatycznego w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, w szczególności wymagań odpowiadających minimalnym wymaganiom określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Ponadto w § 3 ust. 2 przywołanego rozporządzenia wskazuje się, że przekazanie ofert następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia dodatkowo: (1) identyfikację podmiotów przekazujących, ustalenie dokładnego czasu i daty przekazania tych dokumentów, oraz rozliczalność innych działań podejmowanych przez podmioty przekazujące; (2) ochronę przed dostępem do treści tych dokumentów przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia; (3) wyłącznie osobom uprawnionym możliwość ustalania oraz zmiany terminów składania i otwarcia tych dokumentów; (4) podczas poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia (...) możliwość udostępniania wyłącznie osobom uprawnionym całości lub części danych zawartych w tych dokumentach; (5) możliwość praktycznego zagwarantowania jednoznacznego wykrycia ewentualnego naruszenia lub próby naruszenia wymogów, o których mowa w pkt 2-4; (6) możliwość usunięcia oferty (...) w sposób uniemożliwiający ich odzyskanie i zapoznanie się przez użytkowników z ich treścią - w przypadku zwrócenia przez zamawiającego oferty (...) lub ich wycofania. Wymagane jest zatem przesłanie oferty z zapewnieniem powyższych „środków” bezpieczeństwa, co też Odwołujący uczynił przesyłając w przedmiotowym postępowaniu zaszyfrowaną ofertę za pośrednictwem miniPortalu.

Wywodzenie przez Zamawiającego wyłącznie z faktu zaszyfrowania oferty kluczem do szyfrowania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (w tym samym, którego dotyczy składana oferta), że oferta nie została złożona, pomimo że została odszyfrowana i Zamawiający nie tylko mógł, ale zapoznał się z jej treścią, jest zdaniem Odwołującego zbyt daleko idące. Tym bardziej, że taka rozszerzająca interpretacja stanowić ma w efekcie o uznaniu, że oferta nie została skutecznie złożona, jak „hipotetycznie” próbuje twierdzić Zamawiający. Nie sposób przypisywać takich skutków wyłącznie na tej podstawie, że pojawiły się problemy z odszyfrowaniem oferty, ale zostały one wyeliminowane „bez

większych trudności” przez Zamawiającego, o czym świadczy bezsprzecznie okoliczność odszyfrowania oferty. Co istotne, nie mamy w przedmiotowym przypadku do czynienia z brakiem możliwości odszyfrowania oferty, otwarcia oraz zapoznania się z jej treścią, a tym samym oferta została złożona skutecznie i wywołuje skutki prawne, ale Zamawiający nie uwzględnił jej podczas otwarcia ofert, naruszając tym samym jedną z fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych tj. zasadę jawności i przejrzystości postępowania.

Na marginesie Odwołujący podniósł, że skoro miniPortal umożliwia wykonawcy po zakończeniu I etapu przetargu ograniczonego (tj. m.in. po upływie terminu otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) zaszyfrowanie oferty kluczem publicznym tożsamym dla wniosków, a następnie skuteczne wysłanie takiej oferty z potwierdzeniem jej doręczenia, nasuwa się wątpliwość odnośnie do wypełnienia przez Zamawiającego nałożonego na niego w art. 10b ustawy Pzp wymogu zapewnienia odpowiednich narzędzi i urządzeń do komunikacji elektronicznej.

Powyższe uchybienia zamawiającego naruszyły w ocenie Odwołującego naczelną zasadę zamówień publicznych, wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie nie jest prowadzone w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wskazywane w odwołaniu naruszenia wpisują się w dyspozycję przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowanie o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei art. 146 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Odwołujący podkreślił, że otwarcie ofert ma charakter jawny nie tylko w stosunku do wykonawców, ale *erga omnes*. Czynność otwarcia ofert i informacja z otwarcia ofert ma doniosłe znaczenie dla uczestników postępowania – pozwala wykonawcom na ustalenie kręgu podmiotów, z którymi konkurować będą o udzielenie zamówienia, oraz o potencjalnych szansach na uzyskanie zamówienia. Ponadto jedna z nieusuwalnych wad postępowania o udzielenie zamówienia (z uwagi na brak możliwości sanacyjnych) skutkująca jego unieważnieniem wiąże się z czynnością otwarcia ofert złożonych w postępowaniu ze względu na brak możliwości jej powtórzenia, dokończenia lub naprawienia. Dotyczy to zwłaszcza zaniechania otwarcia oferty złożonej w wyznaczonym terminie (jeżeli w konsekwencji wyeliminowana jest z oceny) ze względu na brak możliwości prawidłowej weryfikacji ofert. Rzutuje więc na wynik postępowania (ograniczając bezprawnie dostęp do

zamówienia) i jest działaniem *contra legem*. Naruszenia związane z otwarciem ofert prowadzą zatem wprost do unieważnienia postępowania przetargowego. Powtórzenia otwarcia ofert nie może nakazać nawet KIO, ale Izba może nakazać unieważnienie postępowania, o co wnosi Odwołujący.

Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z 14 maja 2020 r., jakoby okoliczność zaszyfrowania oferty kluczem do szyfrowania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a tym samym otwarcia oferty przy pomocy klucza prywatnego użytego do odszyfrowania wniosków (dostępnego od 24.02.2020 r.), stworzyła „teoretyczną możliwość zapoznania się z treścią tych dokumentów elektronicznych przed upływem terminu otwarcia ofert”. Z tego faktu zdaje się wywodzić dodatkowo nieskuteczność oferty. Z jednej strony Zamawiający twierdzi zatem, że oferty w „pierwszej próbie” podczas otwarcia ofert nie dało się odszyfrować (zob. Informacja z otwarcia ofert) i dopiero gdy komisji przetargowej udało się ustalić, jak wykonawca zaszyfrował plik, dokonano czynności odszyfrowania oferty, a z drugiej, że można było się z ofertą zapoznać przed terminem otwarcia ofert. Nie można zapominać, że istnieje możliwość sprawdzenia w logach systemowych, czy faktycznie doszło w sposób nieuprawniony do zapoznania się z ofertą złożoną przez Odwołującego się przed upływem terminu jej otwarcia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w zadaniu nr 3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiło Konsorcjum: ARLEN S.A., Grupa Konfeksjoner – „BARTEX” Sp. z o.o. Sp. k., PHU CHEMAN A. R., wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego.

W opublikowanym na stronie internetowej Zamawiającego dokumencie *Opis sposobu przygotowania wniosku*, w punkcie 1.3 (*Informacja o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów*) podano m.in. następujące informacje:

- W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu miniPortalu <https://miniportal.uzp.gov.pl>, ePUAPu <https://epuap.gov.pl/wps/portal> za pośrednictwem Formularza do komunikacji lub poczty elektronicznej Zamawiającego.
- Wykonawca zamierzający wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi posiadać konto na ePUAP. Wykonawca posiadający konto na ePUAP ma dostęp do formularzy: złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku oraz do formularza do komunikacji.
- Wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych, elektronicznych kopii dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu opisane zostały w Regulaminie korzystania z miniPortalu oraz Regulaminie ePUAP.
- Identyfikator postępowania i klucz publiczny dla danego postępowania o udzielenie zamówienia dostępne są na Liście wszystkich postępowań na miniPortalu oraz zostanie załączony na stronie internetowej Zamawiającego.

W punkcie 5.2.4 ww. dokumentu podano, że *klucz publiczny niezbędny do zaszyfrowania wniosku przez Wykonawcę jest dostępny dla wykonawców na miniPortalu*.

Jednocześnie klucz publiczny do zaszyfrowania wniosku został opublikowany w dniu 16 stycznia 2020 r. na stronie internetowej Zamawiającego.

W odniesieniu do oferty, w punkcie IX.9 SIWZ Zamawiający podał, że publiczny niezbędny do zaszyfrowania oferty przez wykonawcę jest dostępny dla wykonawców na miniPortalu. Stosownie do punktu X.1 SIWZ oferty należało składać za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu w terminie do 12 maja 2020 r. do godz. 8:00. W punkcie X.2 SIWZ wskazano, że otwarcie ofert nastąpi w siedzibie zamawiającego poprzez użycie aplikacji do szyfrowania ofert dostępnej na miniPortalu i dokonywane jest poprzez odszyfrowanie i otwarcie ofert za pomocą klucza prywatnego.

Klucz publiczny został podany w załączniku nr 6 do SIWZ.

W protokole z otwarcia ofert Zamawiający podał, że do upływu terminu składania ofert wyznaczonego na 12.05.2020 r. godz. 8:00 o udzielenie zamówienia ubiegało się

dwóch wykonawców: Konsorcjum Arlen S.A., Bartex Sp. z o.o., PHU Cheman A. R. oraz wykonawca Lubawa S.A.

Zgodnie z protokołem z otwarcia ofert oraz opublikowaną Informacją z otwarcia ofert, podczas tego otwarcia:

- plik złożony przez Konsorcjum w składzie ARLEN S.A., ul. Adama Branickiego 17, 02-972 Warszawa, Grupa Konfeksjoner — „BARTEX” Sp. z O.o. Sp.k., ul. Mieszka I 11/22, 32-500 Chrzanów, PHU CHEMAN A. R., ul. Bałtycka 13, 86-031 Osielesko oraz PASANIL Sp. z o.o., ul. Nowotna 18, 80-652 Gdańsk został odszyfrowany poprawnie.
- plik złożony przez LUBAWA S.A., ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski nie został odszyfrowany. przy próbie odszyfrowania pojawił się komunikat: „Wystąpił błąd aplikacji. Skontaktuj się z administratorem”.

W dokumencie Zbiorcze zestawienie ofert Zamawiający ujął jedną ofertę złożoną przez Konsorcjum Arlen.

W Protokole z posiedzenia komisji przetargowej z 13 maja 2020 r. podano następujące ustalenia komisji przetargowej:

1. *Podczas otwarcia ofert w dniu 12.05.2020 r., plik złożony przez Wykonawcę LUBAWA S.A., ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski nie został odszyfrowany. Przy próbie odszyfrowania, pojawił się komunikat: „Wystąpił błąd aplikacji. Skontaktuj się z administratorem”.*
2. *W związku z tym, iż analogiczna sytuacja wystąpiła w innym postępowaniu (Dostawa w latach 2020-2022 przedmiotów umundurowania i wyekwipowania – ubrania ochronne, sprawa nr 11/2020) Komisja przetargowa postanowiła sprawdzić, czy wykonawca nie zaszyfrował pliku innym kluczem niż dedykowany do szyfrowania ofert. Ze względu na to, iż przedmiotowe postępowanie, jest przetargiem dwuetapowym, komisja sprawdziła, czy wykonawca nie pomylił klucza do zaszyfrowania oferty. Podczas próby odszyfrowania pliku poprzez aplikację służącą do szyfrowania/ deszyfrowania ofert, komisja dodała złożony przez wykonawcę plik oraz klucz prywatny służący do odszyfrowania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Plik został odszyfrowany poprawnie,*
3. *W związku z tym, iż komisji przetargowej udało się ustalić jak wykonawca zaszyfrował plik, odstąpiono od zwrócenia się do administratora miniPortalu o wyjaśnienia w przedmiotowej sprawie.*
4. *Ze względu na to, że Wykonawca LUBAWA S.A. zaszyfrował plik błędnym kluczem, komisja proponuje uznać, iż oferta od ww. wykonawcy nie została złożona.*

W uzasadnieniu podano, że: przyczyną niemożności zapoznania się z treścią dokumentów w dniu otwarcia ofert (co nastąpiło) było błędne zaszyfrowanie oferty przez wykonawcę, w związku z czym, komisja przetargowa proponuje uznać, że przyczyna takiej sytuacji leży wyłącznie po stronie wykonawcy. W związku z powyższym, komisja przetargowa proponuje uznać, iż oferta w przedmiotowym postępowaniu nie została złożona. Nawet przy hipotetycznym uznaniu, iż oferta została złożona skutecznie, to postępowanie byłoby obarczone wadą, a oferta nie mogłaby być uznana, jako złożona zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zgodnie z art. 86 ust. ustawy PZP z treścią ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu ich otwarcia. Na skutek podjętych czynności w postępowaniu, plik otwarto przy pomocy klucza prywatnego użytego do odszyfrowania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dostępnego od 24.02.2020 co oznacza, że wykonawca zaszyfrował ofertę nieprawidłowym kluczem (wykorzystanym do zaszyfrowania wniosku a nie wymaganym do zaszyfrowania oferty), co z kolei stworzyło teoretyczną możliwość zapoznania się z treścią tych dokumentów elektronicznych przed terminem otarcia ofert.

W piśmie z 12 maja 2020 r. Odwołujący wskazał Zamawiającemu na obowiązek wyjaśnienia przyczyny niemożności otwarcia oferty i wniósł o umożliwienie komisyjnego sprawdzenia otwarcia oferty złożonej przez LUBAWA S.A. w siedzibie Zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższe pismo Zamawiający poinformował, że w związku z tym, iż komisji przetargowej udało się ustalić jak wykonawca zaszyfrował plik, odstąpiono od zwrócenia się do administratora miniPortalu o wyjaśnienia w przedmiotowej sprawie. Ze względu na to, że Wykonawca LUBAWA S.A. zaszyfrował plik błędnym kluczem, Zamawiający uznał, iż oferta od ww. wykonawcy nie została złożona. Komisja przetargowa nie miała możliwości odszyfrowania pliku kluczem prywatnym (który udostępniony jest zamawiającemu po upływie terminu otwarcia ofert), wykonawca bowiem błędnie zaszyfrował ofertę kluczem do szyfrowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie kluczem do szyfrowania oferty. Zamawiający wskazał, że przyczyna niemożności zapoznania się z treścią dokumentów w dniu otwarcia ofert leży wyłącznie po stronie wykonawcy. W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że oferta w przedmiotowym postępowaniu nie została złożona..

Zgodnie z art. 86 ustawy Pzp:

- ust. 2: Otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia.

- ust. 4: Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.
- ust. 5: Niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące: 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie; 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 146 ust. 6. Prezes Urzędu 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.

Po pierwsze podkreślenia wymaga, że klucz publiczny niezbędny do zaszyfrowania składanych dokumentów był inny dla wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i inny dla oferty. Postanowienia dokumentacji przetargowej nie pozostawiają w tym zakresie żadnych wątpliwości – klucz publiczny do zaszyfrowania wniosku został opublikowany na stronie internetowej Zamawiającego oraz był dostępny w miniPortalu, klucz publiczny do zaszyfrowania oferty Zamawiający podał w załączniku do SIWZ, jak również w miniPortalu. W ocenie Izby informacje w tym zakresie nie pozostawiały pola do jakiegokolwiek interpretacji prowadzącej do wniosku, że wykonawca mógł uznać, iż klucz publiczny przeznaczony do zaszyfrowania tych obu dokumentów, był ten sam.

Następnie stwierdzić należy, że czynność otwarcia ofert jest jawna i dokonywana w ściśle określonym miejscu i czasie. Stosownie do art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, na zamawiającym ciąży obowiązek podania informacji o wykonawcach, którzy złożyli oferty i warunkach tych ofert, przy czym to, jakie oferty zostały złożone, ustala się na ściśle określony moment, tj. dzień i godzinę ich otwarcia. Ta sama zasada dotyczy informacji, które zamawiający publikuje na stronie internetowej niezwłocznie po otwarciu oferty, stosownie do art. 86 ust. 5 ustawy Pzp. Informacje o ofercie, która z jakiejś przyczyn nie mogła zostać

otwarta podczas jawnej sesji otwarcia ofert (takie jak cena, termin wykonania zamówienia, okres gwarancji i warunki płatności), nie są ujęte w informacji z otwarcia ofert i na stronie internetowej. Późniejsze ustalenia co do przyczyn niemożliwości otwarcia oferty decydują jedynie o tym, czy postępowanie podlega unieważnieniu (jeśli brak możliwości otwarcia oferty spowodowany był okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego), czy też oferta jest uznana za niezłożoną (jeśli odpowiedzialność za tę sytuację ponosi wykonawca). Odszyfrowanie oferty po zakończeniu sesji jawnego otwarcia ofert wpływa więc na dalsze losy postępowania przetargowego lub na losy oferty w tym postępowaniu, nie wpływa natomiast na treść informacji z otwarcia ofert, ze swej istoty opisującej stan istniejący na konkretny dzień i godzinę, bez uwzględnienia dalszych zdarzeń.

Izba uznała za ustalone, że oferta Odwołującego nie została odszyfrowana podczas jawnego otwarcia oferty. Zostało to potwierdzone w protokole z otwarcia ofert oraz w opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego Informacji z otwarcia ofert, które są dokumentami sporządzanymi na podstawie ustawy Pzp i podpisanymi przez upoważnione do tego osoby. Podano w nich następującą informację: *plik złożony przez LUBAWA S.A., ul. Staroprzygodzka 117, 63-400 Ostrów Wielkopolski nie został odszyfrowany, przy próbie odszyfrowania pojawił się komunikat: „Wystąpił błąd aplikacji. Skontaktuj się z administratorem”*. Odwołujący w żadnej mierze nie podważył wiarygodności tych dokumentów i przedstawionej w nich informacji. Zauważenia wymaga, że Odwołujący miał prawnie zagwarantowaną możliwość udziału w sesji otwarcia ofert, który to udział – jak sam Odwołujący zauważył – ma istotną funkcję kontrolną nad prawidłowością czynności Zamawiającego. Jeśli Odwołujący z jakichś przyczyn z tej możliwości zrezygnował, to zrobił to na własne ryzyko, nie może więc teraz czynić zarzutu, że otwarcie ofert pozbawione było czynnika kontrolującego. W związku z powyższym, Izba – na podstawie dokumentów sporządzonych przez komisję przetargową i wobec braku jakiegokolwiek uprawdopodobnienia okoliczności przeciwnych niż wskazane w tym dokumencie – uznała za udowodnione, że podczas otwarcia ofert nie udało się odszyfrować oferty Odwołującego. W konsekwencji należy stwierdzić, że chybione są zarzuty zaniechania otwarcia oferty Odwołującego podczas jawnej sesji otwarcia ofert i zaniechania podania wymaganych przepisami prawa informacji o tej ofercie. Skoro brak możliwości odszyfrowania oferty Odwołującego we właściwym czasie jest faktem, to późniejsze odszyfrowanie tej oferty nie zmienia przebiegu czynności otwarcia ofert i informacji o tej czynności.

Następnie ocenić należało czynności Zamawiającego podjęte po zakończeniu sesji otwarcia ofert i skutki późniejszego odszyfrowania oferty Odwołującego.

W ocenie Izby Zamawiający postąpił prawidłowo, próbując ustalić przyczyny niemożności odszyfrowania oferty. Zaniechanie takich prób narażałoby Zamawiającego na

zarzuty ze strony wykonawcy, które mogłyby okazać się zasadne. Tym bardziej trudno byłoby usprawiedliwić niepodjęcie dalszych czynności w tym zakresie w sytuacji, gdy w innym prowadzonym przez siebie postępowaniu Zamawiający w analogicznym przypadku uzyskał opinię Departamentu Prawnego UZP (mail z 25 marca 2020 r. załączony do odpowiedzi na odwołanie), w której jednoznacznie poinformowano o konieczności ustalenia przyczyn niemożności odszyfrowania oferty i konsekwencjach ewentualnych ustaleń. W opinii tej stwierdza się:

W sytuacji, w której podczas czynności otwarcia ofert okazuje się, że zamawiający nie jest w stanie otworzyć przesłanych przez wykonawców plików np. z powodu błędnego zaszyfrowania, mogących zawierać ofertę w postępowaniu, zamawiający zobowiązany jest do podjęcia czynności mających na celu wyjaśnienie, jaka jest przyczyna niemożności otwarcia tych plików. Wyjaśnienie powyższego ma kluczowe znaczenie dla dalszego przebiegu postępowania i determinuje dalsze czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, że w świetle zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dopuszczalne zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności weryfikacyjnych w ww. zakresie. Jeśli w wyniku przeprowadzonych czynności wyjaśniających okaże się, że przyczyna błędnego zaszyfrowania oferty leży po stronie zamawiającego, zamawiający zobowiązany jest do rozważenia zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W takiej sytuacji może bowiem zachodzić przypadek, w którym postępowanie będzie obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegające unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeżeli natomiast w wyniku przeprowadzonych czynności wyjaśniających okaże się, że przyczyna błędnego zaszyfrowania oferty leży po stronie wykonawcy, zamawiający jest uprawniony do uznania, że oferta nie została przez tego wykonawcę złożona. W przedstawionym stanie faktycznym zamawiający do komunikacji elektronicznej w wykonawcami skorzystał z miniPortalu. Z treści pisma wywieść można, iż w prowadzonym postępowaniu złożono błędnie zaszyfrowaną ofertę, tj. zamawiający nie był w stanie otworzyć pliku przy użyciu klucza do otwarcia ofert. Dopiero na skutek podjętych czynności w postępowaniu, zamawiający otworzył plik przy pomocy klucza użytego do zaszyfrowania wniosków. Oznacza to, że wykonawca zaszyfrował ofertę nieprawidłowym kluczem (wykorzystanym do zaszyfrowania wniosków a nie wymaganym do zaszyfrowania ofert) co z kolei otworzyło zamawiającemu teoretyczną możliwość zapoznania się z treścią tego dokumentu elektronicznego przed terminem otwarcia ofert (jeśli użyto by klucza do otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Podkreślić należy, że wykonawca jest zobowiązany do korzystania ze środków komunikacji elektronicznej

wskazanych przez zamawiającego oraz w zakresie przez niego wskazanym. W przypadku, gdy przyczyną niemożności zapoznania się z treścią dokumentu w dniu otwarcia ofert prawidłowym kluczem (co nastąpiło) było błędne zaszyfrowanie oferty przez wykonawcę – uznać należy, że przyczyny takiej sytuacji leżą wyłącznie po stronie wykonawcy. Zamawiający zaś jest uprawniony do uznania, że oferta nie została przez tego wykonawcę złożona.

Izba powyższe stanowisko w pełni podziela, stwierdzając, że Zamawiający zachował się prawidłowo, dążąc do ustalenia przyczyn niemożliwości otwarcia oferty. Jednocześnie Izba uznała za wykazane, że przyczyną zaistniałej sytuacji było zaszyfrowanie oferty kluczem publicznym przeznaczonym dla wniosków, zamiast kluczem dla ofert. Dowodem na tę okoliczność jest dokument w postaci Protokołu z posiedzenia komisji przetargowej z 13 maja 2020 r., potwierdzający, że w dniu 12 maja 2020 r. komisja odbyła posiedzenie w sprawie ustalenia przyczyny niemożności otwarcia pliku złożonego przez wykonawcę Lubawa S.A. Jak wynika, z tego protokołu: *Komisja przetargowa postanowiła sprawdzić, czy wykonawca nie zaszyfrował pliku innym kluczem niż dedykowany do szyfrowania ofert. Ze względu na to, iż przedmiotowe postępowanie, jest przetargiem dwuetapowym, komisja sprawdziła, czy wykonawca nie pomylił klucza do zaszyfrowania oferty. Podczas próby odszyfrowania pliku poprzez aplikację służącą do szyfrowania/ deszyfrowania ofert, komisja dodała złożony przez wykonawcę plik oraz klucz prywatny służący do odszyfrowania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Plik został odszyfrowany poprawnie.* Ustalenia komisji przetargowej są więc jednoznaczne, a Odwołujący nie podważył ani wiarygodności tego dokumentu, ani przedstawionych w nim ustaleń.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że brak możliwości odszyfrowania oferty spowodowany był okolicznościami leżącymi po stronie Odwołującego, co uprawniało Zamawiającego do uznania, że oferta Odwołującego nie została złożona. Nie ma natomiast podstaw twierdzić, że w zaistniałej sytuacji postępowanie dotknięte jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, nieprawidłowość ta nie była bowiem spowodowana ani przez Zamawiającego, ani przez obiektywne czynniki, na które obie strony nie miały wpływu, a wyłącznie przez błąd wykonawcy. Błąd ten spowodował, że oferta nie została otwarta we właściwym czasie, a jej otwarcie po zakończeniu jawnej sesji otwarcia ofert po pierwsze nie może być uznane za naruszenie przepisów ustawy (odszyfrowanie oferty było wynikiem podjętej próby ustalenia, dlaczego oferty nie udało się odszyfrować podczas otwarcia ofert), po drugie nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania, który powinien być ustalony bez uwzględnienia oferty Odwołującego. Ponadto, niezależnie nawet od chwili, w której dokonano odszyfrowania oferty, zauważyć należy, że skoro została ona zaszyfrowana za pomocą klucza

przeznaczonego dla wniosków, to nie była zabezpieczona przed nieuprawnionym, wcześniejszym otwarciem, przy użyciu dostępnego wcześniej klucza prywatnego. Już sam ten fakt powoduje, że oferta nie mogłaby być uznana za złożoną prawidłowo.

Nie zasługują na uwzględnienie zastrzeżenia Odwołującego co do sposobu wypełnienia przez Zamawiającego nałożonego na niego w art. 10b ustawy Pzp wymogu zapewnienia odpowiednich narzędzi i urządzeń do komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że otrzymał urzędowe potwierdzenie przesłania oferty, co pozwalało mu domniemywać, że oferta złożona została poprawnie. Podniósł także, że platforma, na której prowadzone jest postępowanie, nie powinna umożliwić zaszyfrowania oferty kluczem do szyfrowania wniosków, który powinien być już nieaktualny. Odnosząc się do powyższych twierdzeń po pierwsze zauważyć należy, że otrzymane przez Odwołującego urzędowe potwierdzenie dokumentuje jedynie fakt, że oferta została przesłana, nie ma natomiast podstaw wywodzić z tego potwierdzenia, że oferta została zaszyfrowana w sposób umożliwiający jej prawidłowe odszyfrowanie. Z oczywistych powodów nie może dojść do próby odszyfrowania oferty przez terminem otwarcia ofert. Odnosząc się do drugiego z ww. twierdzeń Odwołującego wskazać należy, że w sytuacji gdy Zamawiający jednoznacznie podał do wiadomości wykonawców klucz publiczny do szyfrowania wniosków i klucz publiczny do szyfrowania ofert, każdy z wykonawców przy dołożeniu należytej staranności miał narzędzia i wiedzę pozwalającą prawidłowo złożyć ofertę. Brak takiej staranności nie może być usprawiedliwiany brakiem w systemie określonych funkcjonalności mogących zapobiegać tego typu nieprawidłowościom, które by nie wystąpiły, gdyby wykonawca postąpił zgodnie z postanowieniami dokumentacji przetargowej.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów podróży powrotnej z rozprawy, w związku z nieprzedłożeniem rachunku dotyczącego tych kosztów. Zgodnie bowiem z § 3 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania mogą być zaliczone koszty udokumentowane rachunkami przedłożonymi do akt sprawy.

Przewodniczący: