

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawcę **KOMPLEXBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Kielcach, ul. Szczecińska 34, 25-345 Kielce w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Kielcach**, ul. Seminaryjska 12, 25-372 Kielce

przy udziale wykonawcy **G. L.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane A-Z Elektryka G. L.**, Zawada 26, 28-230 Połaniec zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **KOMPLEXBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Kielcach, 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji w Kielcach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: „PP w Wiślicy – budowa nowej siedziby w systemie tradycyjnym w trybie zaprojektuj i wybuduj”, numer referencyjny: 11/TPBN/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 23 lutego 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00106882.

W dniu 22 marca 2023 roku Zamawiający poinformował wykonawcę KOMPLEXBUD Sp. z o.o. Sp. K. (dalej: „Odwołujący”) o odrzuceniu jego oferty. Wykonawca ten wniósł odwołanie wobec tej czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 6 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, kiedy oferta ta nie powinna być odrzucona,
- 2) art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

„(a) uchylenie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,

(b) uchylenie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.”

W uzasadnieniu Odwołujący podał w szczególności, że Zamawiający odrzucił jego ofertę wskazując, że została sporządzona lub przekazana w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego, bowiem została złożona w formacie .rar, a był to format pliku, który został jednoznacznie wykluczony - w Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) zostało wskazane, że dokumenty złożone w takim pliku zostaną uznane za złożone nieskutecznie.

Zdaniem Odwołującego tak rygorystyczne stwierdzenie po złożeniu oferty winno przejawiać się reakcją Zamawiającego odmienną od tej którą podjął. Odwołujący stwierdził, że „Zamawiający przestrzegając zasad opisanych w art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 Pzp ofert złożonych nieskutecznie, tj. takie których nie można otworzyć, odczytać lub ich złożenie narusza zasadę równego traktowania wykonawców i dostępu do zamówienia lub stawia

Odwołującego w pozycji uprzywilejowanej w prowadzonym postępowaniu w ogóle nie powinien otwierać i publikować w zestawieniu. Natomiast Zamawiający ofertę Odwołującego „złożoną nieskutecznie” w pliku .rar. otwiera przy użyciu programu rekomendowanego w SWZ (tj. 7Z), a następnie po zapoznaniu się z jej treścią publikuje ją na stronie internetowej w informacji z otwarcia ofert i udostępnia odczytane w niej informacje. Po stwierdzeniu, że jest ofertą najkorzystniejszą (poza użyciem formatu rar. do pakowania nie stwierdza żadnych innych uchybień związanych w zakresie wymagań technicznych oraz organizacyjnych w sporządzaniu lub przekazywaniu ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) podejmuje decyzję o jej odrzuceniu.”

Następnie Odwołujący podniósł, że przepisy Pzp w związku z elektroniczną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wymagają złożenia poszczególnych plików w formatach dopuszczalnych przez rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (dalej: „rozporządzenie”). Wskazane w ww. akcie prawnym formaty danych to pewne minimum, które zamawiający musi zawsze zachować. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby rozszerzyć katalog akceptowalnych w postępowaniu formatów danych. Jak wynika z załącznika do ww. rozporządzenia do kompresji (zmniejszania objętości) dokumentów elektronicznych stosuje się co najmniej jeden z następujących formatów danych: .zip, .tar, .gz (.gzip). Prawodawca nie dopuścił do kompresji danych popularnego formatu .rar, co najpewniej jest spowodowane okolicznością, iż program WinRar w przeciwieństwie do programu 7-zip jest rozwiązaniem komercyjnym. Odwołujący postawił pytanie: Czy jednak użycie formatu .rar automatycznie powinno skutkować odrzuceniem oferty? Odwołujący przywołał fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 3 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1451/20 oraz stwierdził, że skromne orzecznictwo w temacie użycia programów komercyjnych przy sporządzaniu oferty, które można obsługiwać programami powszechnie dostępnymi dla Zamawiających, czeka na gruntowne ukształtowanie. Zdaniem Odwołującego historycznie przypomina to problemy z pierwszej ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 roku, gdzie odrzucano oferty za źle zaadresowane koperty i nieponumerowane strony i dopiero po około 3 latach jej ówczesnego obowiązywania, orzecznictwo ukształtowało się w ten sposób, że forma oferty nie mająca wpływu na jej treść nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty. Odwołujący wyraził przekonanie, iż również obecnie nie będzie dochodziło do odrzucenia ofert tylko dlatego iż Zamawiający nie mając żadnego merytorycznego uzasadnienia wyklucza stosowanie popularnego archiwum rar. które może z powodzeniem odczytać za pomocą darmowego programu 7z., a w konsekwencji dokonuje wyboru oferty znacznie droższej.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający podał, że wartość zamówienia oszacował na kwotę 4 880 499,71 zł netto. W dniu 10 marca 2023 r. odbyło się otwarcie ofert w postępowaniu. W wyznaczonym terminie wpłynęły 4 oferty złożone przez wykonawców:

- 1) Spółdzielnia Rzemieśnicza, Busko-Zdrój, za cenę oferty brutto 3 480 000,00 zł,
- 2) Konsorcjum Firm: Lider Konsorcjum: MaN Complex G. M., Ł. N. Kielce, Partner Konsorcjum: Elektro-Jarex Tutaj Sp. k. Kielce, za cenę oferty brutto 3 799 799,70 zł,
- 3) Komplexbud Sp. z o.o. Sp. k. Kielce, za cenę oferty brutto 3 270 000,00 zł,
- 4) Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane A-Z Elektryka G. L. Połaniec, za cenę oferty brutto 3 369 000,00 zł.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Zamawiający wskazał w szczególności, że oferta złożona przez Odwołującego została złożona w formacie, który to format pliku został jednoznacznie wykluczony przez Zamawiającego – w SWZ stwierdzono, że dokumenty złożone w takich plikach zostaną uznane za złożone nieskutecznie. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów. Zatem należy przyjąć, iż w takiej sytuacji obowiązujące dla wszystkich wykonawców, starających się o uzyskanie zamówienia, są formaty wynikające z zapisów SWZ oraz obowiązujących aktów prawnych tj. z załącznika nr 2 do rozporządzenia. Taka interpretacja pozwala na dochowanie przez Zamawiającego obowiązku uczciwego traktowania wykonawców, a tym samym zachowania zasady konkurencyjności. Przeciwna interpretacja prowadziła do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przewidzianej w art. 16 Pzp. Zamawiający nie naruszył zasad równego traktowania Wykonawców, uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz pisemności, wynikających z przepisów Pzp, tym samym wybór Wykonawcy został dokonany zgodnie z przepisami Pzp.

Następnie Zamawiający stwierdził, że skoro również w zakresie instrukcji dla Wykonawców zamieszczonej na Platformie Zakupowej Open Nexus znalazło się odwołanie do rozporządzenia, które nie uwzględnia w załączniku nr 2 formatu/pliku .rar, to nie można uznać, aby działaniem Zamawiającego było niezgodne z obowiązującymi przepisami, albo w jakikolwiek sposób dyskryminowało Odwołującego. Postanowienia SWZ były jasne i jednoznaczne - Zamawiający wprost wskazał, że format/plik .rar jest powszechnie występującym, jednakże w niniejszym postępowaniu Zamawiający wykluczył możliwość przesyłania dokumentów w tym formacie/pliku. To postanowienie odnosiło się do wszystkich

wykonawców w postępowaniu. Każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu był zobowiązany do zastosowania się do tego postanowienia. Okoliczność czy Zamawiający mógł zapoznać się z jej treścią nie powinna mieć znaczenia przy dokonywaniu tej oceny. KOMPLEXBUD Sp. z o.o. Sp. k. jako Wykonawca jest profesjonalistą funkcjonującym w obrocie budowlanym, który wielokrotnie uczestniczy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i ma świadomość jakimi zasadami rządzą się procedury zamówieniowe. Przykładem potwierdzającym profesjonalizm Odwołującego, jest ostatnie postępowanie prowadzone przez Zamawiającego na budowę Posterunku Policji w Bogorii, w którym Odwołujący w identycznym stanie faktycznym i prawnym złożył skutecznie ofertę w prawidłowym formacie dopuszczonym przez Zamawiającego. Zgodnie z aktualnie przyjętym orzecznictwem i doktryną, treść SWZ jest wiążąca zarówno dla Zamawiającego jak też wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co prowadzi do wniosku, że każdorazowo Zamawiający zobowiązany jest oceniać złożone przez wykonawców oferty przez pryzmat zapisów SWZ. W związku z powyższym Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 6 ustawy, ponieważ nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego.

Do pisma został załączony wydruk instrukcji „Jak pakować pliki o dużym rozmiarze - dzielenie pliku na części oraz łączenie plików”.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca G. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane A-Z Elektryka G. L. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz ww. dowód załączony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz zaprezentowane w sprawie stanowiska, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej stosownie do przepisu art. 505

ust. 1 Pzp.

Następnie Izba ustaliła:

W informacji z 22 marca 2023 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający podał:

Uzasadnienie prawne odrzucenia oferty – art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy:

Zamawiający odrzuca ofertę o udzielenie zamówienia, jeżeli nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty:

Wykonawca w dniu 10.03.2023 r. złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu w formacie .rar, który to format pliku został jednoznacznie wykluczony. Dokumenty złożone w takich plikach zostaną uznane za złożone nieskutecznie.

Zamawiający określił wymagania techniczne i organizacyjne sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający zastrzegł w rozdziale XIII niżej wymienionych ustępów:

„ust. 11. Formaty plików wykorzystywanych przez wykonawców powinny być zgodne z “OBWIESZCZENIEM PREZESA RADY MINISTRÓW z dnia 9 listopada 2017 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych”.

ust. 12. Zamawiający rekomenduje wykorzystanie formatów: .pdf .doc .xls .jpg (.jpeg) ze szczególnym wskazaniem na .pdf.

ust. 13 W celu ewentualnej kompresji danych Zamawiający rekomenduje wykorzystanie jednego z formatów: .zip, .7Z.

ust. 14. Wśród formatów powszechnych a NIE występujących w rozporządzeniu występują: .rar .gif .bmp .numbers .pages. Dokumenty złożone w takich plikach zostaną uznane za złożone nieskutecznie.”

Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający dopuścił złożenie dokumentów w formatach plików wymienionych w Rozporządzeniu Rady Ministrów z 12 kwietnia 2012 roku w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów

publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych.

Ponadto zamawiający zaznaczył w Specyfikacji Warunków Zamówienia, że format .rar nie należy do formatów dopuszczonych przez wskazane ww. rozporządzenie oraz że dokumenty złożone w takich plikach zostaną uznane za złożone nieskutecznie.

Zgodnie z aktualnie przyjętym orzecnictwem i doktryną, treść SWZ jest wiążąca zarówno dla Zamawiającego jak też wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co prowadzi do wniosku, że każdorazowo Zamawiający zobowiązany jest oceniać złożone przez wykonawców oferty przez pryzmat zapisów SWZ. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych (tak: wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2016 r., KIO 2735/15). Ponadto w wyroku z dnia 22 grudnia 2021 r. (sygn. akt KIO 3588/21) Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że skoro (Wykonawca) złożył ofertę w formacie/pliku .rar (który to format/plik został przez Zamawiającego jednoznacznie wykluczony), to jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Istotne znaczenie ma fakt, że postanowienia SWZ były jasne i jednoznaczne - Zamawiający wprost wskazał, że format/plik .rar jest powszechnie występującym, jednakże w niniejszym postępowaniu Zamawiający wykluczył możliwość przesyłania dokumentów w tym formacie/pliku. To postanowienie odnosiło się do wszystkich wykonawców w postępowaniu. Każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu był zobowiązany do zastosowania się do tego postanowienia. Gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty (Wykonawcy) (który złożył ofertę w formacie/pliku .rar wbrew wyraźnemu wykluczeniu takiej możliwości przez Zamawiającego), wówczas naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 6 ustawy, ponieważ nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego;

W przypadku odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy i wniesienia przez niego odwołania na tę czynność, Izba bada zasadność tej czynności z uwzględnieniem, w szczególności przekazanej wykonawcom treści uzasadnienia zawartego w informacji o jej dokonaniu, oraz treści zarzutów odwołania, w granicach których Izba orzeka.

W okolicznościach analizowanej sprawy, jak wynika z treści ww. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu w formacie .rar, który to format pliku został jednoznacznie wykluczony w SWZ. W związku z tym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 6 Pzp, ponieważ nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego.

Odwołujący nie zakwestionował twierdzenia Zamawiającego, że złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu w formacie .rar. Nie negował istnienia w SWZ postanowienia wskazującego, iż oferta złożona m.in. w tym formacie będzie uznana za złożoną nieskutecznie.

Zgodnie z § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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 (Dz.U. z 2020 poz. 2452) oferty, oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w art. 118 ust. 3 Pzp, przedmiotowe środki dowodowe, pełnomocnictwo, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, sporządza się w postaci elektronicznej, w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, z zastrzeżeniem formatów, o których mowa w art. 66 ust. 1 Pzp, z uwzględnieniem rodzaju przekazywanych danych.

W sprawie nie ma sporu co do tego, że w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie krajowych ram interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych oraz wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 2247) wydanym na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, format .rar nie został wymieniony w załączniku nr 2, zawierającym formaty danych oraz standardy zapewniające dostęp do zasobów informacji udostępnianych za pomocą systemów teleinformatycznych używanych do realizacji zadań publicznych.

Jak zostało stwierdzone w odwołaniu, przepisy Pzp w związku z elektroniczną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wymagają złożenia poszczególnych plików w formatach danych dopuszczalnych przez ww. rozporządzenie, które zostały określone w ww. akcie prawnym jako pewne minimum, które zamawiający musi zawsze zachować, a nic nie stoi na przeszkodzie, aby rozszerzyć katalog akceptowalnych w postępowaniu formatów danych. Odwołujący pominął jednak, że w analizowanym postępowaniu Zamawiający nie dokonał takiego rozszerzania. Przeciwnie, jasno wskazał, że nie uzna za skutecznie złożone dokumentów, które wpłyną do niego w niedopuszczonych przez niego w SWZ formatach, w tym w formacie .rar.

Jak słusznie zauważył Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, w rozdziale XIII. SWZ zostały określone wymagania techniczne i organizacyjne sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, gdzie Zamawiający wskazał m.in., że formaty plików wykorzystywanych przez wykonawców powinny być zgodne z rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych, jak też, że: „14. Wśród formatów powszechnych a NIE występujących w rozporządzeniu występują: .rar .gif .bmp .numbers .pages. Dokumenty złożone w takich plikach zostaną uznane za złożone nieskutecznie.” Ponadto Zamawiający w ww. rozdziale w pkt 9 podał, że instrukcje korzystania z platformy zakupowej, dotyczące m.in. składania ofert znajdują się w zakładce „Instrukcje dla Wykonawców” na stronie internetowej pod wskazanym adresem.

Zgodnie z załączoną do odpowiedzi na odwołanie instrukcją Open Nexus - Dzielenie pliku na części oraz łączenie plików: *Formaty plików wykorzystywanych przez wykonawców powinny być zgodne z OBWIESZCZENIEM PREZESA RADY MINISTRÓW z dnia 9 listopada 2017 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych” oraz ze specyfikacją zamieszczoną przez Zamawiającego na stronie postępowania.*

Jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, działania, jakie podejmuje w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający i wykonawcy, należy oceniać przez pryzmat art. 355 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, z którego wynika, że w odniesieniu do profesjonalistów, za których uznaje się wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, miernik staranności ulega podwyższeniu. W sytuacji zatem, gdy Odwołujący w analizowanym postępowaniu inaczej, niż w innym analogicznie w omawianym zakresie prowadzonym postępowaniu, co wynika z

powyżej przedstawionego stanowiska Zamawiającego, zamierzał złożyć ofertę w formacie .rar, który to format pliku nie występuje w ww. rozporządzeniu w sprawie krajowych ram interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych oraz wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych oraz został wykluczony przez Zamawiającego w SWZ, to musiał się liczyć z tym, że wystąpi podstawa do odrzucenia jego oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp. W przypadku wypełnienia się przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w tym przepisie Pzp Zamawiający jest bowiem zobowiązany do wykonania tej czynności, na co wskazuje sformułowanie: „Zamawiający odrzuca ofertę (...)”. Okoliczność, iż Zamawiający mógł zapoznać się z treścią oferty Odwołującego, co do której nie ma sporu, że została złożona w formacie niedopuszczonym przez Zamawiającego, tego nie zmienia.

W związku z argumentacją Odwołującego wskazującą na ww. wyrok Izby z 2020 r., zauważenia wymaga, że ww. przepis art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp został wprowadzony w ustawie z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i obowiązuje od 1 stycznia 2021 r. natomiast wcześniej obowiązująca ustawa Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie przewidywała wymienionej w nim przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy. Nadto obecnie obowiązująca ustawa Pzp niezależnie od powyższej nowej przesłanki odrzucenia oferty, zawiera te, które obowiązywały w ustawie Pzp z 2004 r. Nie można zatem przyjąć, że przesłanki określone w art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp zastąpiły te przesłanki, które były analizowane w ww. sprawie.

W konsekwencji, w okolicznościach analizowanej sprawy, argumentacja Odwołującego przedstawiona z powołaniem się na orzeczenie sprzed daty wejścia w życie obecnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., wydane w sprawie, w której analizowane było ewentualne zastosowanie innej podstawy prawnej odrzucenia oferty, nie może wpływać na ocenę zakwestionowanej w odwołaniu czynności Zamawiającego, podjętej z zastosowaniem wcześniej nieobowiązującej przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy. Zakładając racjonalność Ustawodawcy, należy przyjąć, że wprowadzenie nowej przesłanki odrzucenia oferty określonej w art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp, miało na celu jasne uregulowanie kwestii skutków braku zastosowania się wykonawców do wymagań zamawiającego co do sposobu sporządzenia lub przekazania oferty przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zauważenia przy tym wymaga, że zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym w Komentarzu do art. 226 Pzp pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, str. 720, t. 7 (..) *W dużym uproszczeniu istotą regulacji z art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp jest usankcjonowanie tych wymogów zamawiającego, które dotyczą aspektów technicznych sporządzania i składania oferty oraz wymaganych środków komunikacji. (...) Przykładowo, Zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia oferty w następujących przypadkach (...) 2)*

przekazanie oferty w postaci niewłaściwego dokumentu elektronicznego (pliku o niewłaściwym formacie danych)."

W okolicznościach analizowanej sprawy nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja Odwołującego dotycząca możliwych sposobów rozumienia stwierdzenia w SWZ: *„Dokumenty złożone w takich plikach zostaną uznane za złożone nieskutecznie”*, przedstawiona z zastosowaniem synonimów dla wyrazu „nieskuteczny”.

Jakkolwiek SWZ nie zawiera wprost sformułowania, że oferta złożona w formacie .rar zostanie odrzucona na podstawie ww. przepisu Pzp, to jednak wyraźnie wskazuje, że Zamawiający nie zaakceptuje oferty złożonej w tym formacie. Odwołujący jako profesjonalista, mając na uwadze powyżej wskazane przepisy prawa, w sytuacji, gdy SWZ w tym zakresie nie została skutecznie zaskarżona, a następnie zmieniona, powinien, analogicznie jak inni wykonawcy, zastosować się do wymogów Zamawiającego w tym zakresie. Postanowienia SWZ w tym zakresie są bowiem wiążące zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp. W konsekwencji nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,*

Odwołujący nie wykazał, że czynność odrzucenia jego oferty narusza ww. zasady, w tym np., że w analogicznej sytuacji oferta innego wykonawcy nie została odrzucona.

W sytuacji, gdy według Odwołującego niedopuszczenie przez Zamawiającego, aby dokumenty w postępowaniu były składane w komercyjnym formacie .rar, wskazuje na naruszenie zasad uczciwej konkurencji, powinien w ustawowym terminie skorzystać ze środków ochrony prawnej na postanowienia SWZ. Obecnie kwestionowanie tych postanowień SWZ jest działaniem spóźnionym.

Nie potwierdził się także zarzut odwołania dotyczący naruszenia przepisu art. 17 ust. 2 Pzp.

Stosownie do art. 17 ust. 2 Pzp: *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Odwołujący nie wykazał, że doszło do udzielenia zamówienia, nadto, aby uzyskać je wykonawca wybrany niezgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, mającego wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: