

Sygn. akt: KIO 3204/20

WYROK

z dnia 29 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 4 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **S&A Service Sp. z o.o., ul. Głubczycka 8, 52-026 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez **2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum EPA Green Sp. z o.o., ul. A. Ostrowskiego 7, 520238 Wrocław, Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław, Impel System Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – wykonawcę **S&A Service Sp. z o.o., ul. Głubczycka 8, 52-026 Wrocław**:
 - 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 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Odwołującego** – wykonawcy **S&A Service Sp. z o.o., ul. Głubczycka 8, 52-026 Wrocław** na rzecz Zamawiającego - **2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Usługę usługa sprzątnia powierzchni wewnętrznych budynków w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez 2 WOG we Wrocławiu - ZADANIE NR 2*”. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 180-434840.

Zamawiający w dniu 24.11.2020 r. przekazał Odwołującemu informację o unieważnieniu postępowania.

Od tej czynności w dniu 4.12.2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 w z. z art. 131l ust. 4 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania, w zakresie zadania nr 2, na podstawie błędnego uzasadnienia faktycznego, w którym nie wskazano w sposób jednoznaczny i wyczerpujący okoliczności poświadczających faktu, iż postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co ma wpływ na złożone poprawnie przez wykonawców oferty w niniejszym zadaniu, a w rezultacie naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców w sytuacji, gdy przedmiotowe postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej do realizacji zadania nr 2, mimo że obowiązany był dokonać oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, zgodnie z kryteriami oceny;

3. art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu;

4. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. cofnięcia unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2;
2. wyboru oferty najkorzystniejszej;

3. zasądzeniu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów złożenia odwołania, kosztów transportu i ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z właściwymi przepisami.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący wskazuje, że bezspornym jest fakt, iż w siedzibie Zamawiającego dnia 13.11.2020 r. o godzinie 10.30, odbyło się otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający dopełnił wymogi art. 86 ust. 2 ustawy Pzp, a więc otwarcie było jawne i nastąpiło w dniu składania ofert. Oferty składane były za pośrednictwem Platformy Przetargowej <https://platformazakupowa.pl/pn/2wog> w postaci elektronicznej.

W trakcie czynności publicznego i jawnego otwarcia ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy złożyli w terminie 16 ofert. Wszystkie oferty zostały poprawnie odszyfrowane, otworzone, a Zamawiający dopełnił wymogi art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

W przypadku jednej z ofert złożonej przez konsorcjum firm: Epa Green Sp. z o.o. ul. Ostrowskiego 7,53- 238 Wrocław (Lider); Impel System Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (Partner); Impel Facility Services Sp. z o.o. ul. Ślężna 118,53-111 Wrocław (Partner) w otwartej ofercie znajdowały się 3 szt. JEDZ dla każdego z konsorcjantów, pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum, gwarancja ubezpieczeniowa wadium i KRS lidera konsorcjum. Zgodnie z wymaganymi przez Zamawiającego, w rozdziale XI SIWZ, dokumentami składającymi się na ofertę, brakowało formularza ofertowego, co zamawiający stwierdził podczas sesji otwarcia.

Odwołujący podnosi, że 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.

Natomiast w art. 10g ustawy Pzp stoi, że Prezes Rady Ministrów określa, w drodze rozporządzenia:

- 1) wymagania techniczne i organizacyjne użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 2) sposób sporządzania i przechowywania dokumentów elektronicznych oraz sposób i tryb ich przekazywania, udostępniania i usuwania

- mając na względzie konieczność zapewnienia konkurencji oraz potrzebę zapewnienia sprawności postępowania o udzielenie zamówienia, otwartego dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia oraz bezpieczeństwa przetwarzanych danych.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający wywiązał się z obowiązków opisanych powyżej - zapewnił stosowne narzędzia do komunikacji elektronicznej oraz opisał sposób korzystania z nich podczas składania ofert - należy zatem uznać, że dopełnił wymogi art. 86 ustawy Pzp. Odwołujący podnosi, że wykonawca konsorcjum Impel wniósł ofertę zawierającą błędny plik (który był niewidoczny dla systemu i którego nie można było otworzyć bez ingerencji informatycznej w zmianę nazwy pliku). Fakt niezapoznania się z formularzem ofertowym na sesji otwarcia ma, zdaniem Odwołującego, drugorzędne znaczenie - jeżeli Zamawiający spełnił wszelkie wymogi w zakresie narzędzi do komunikacji elektronicznej zgodnie z wymogami ustawy Pzp i Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych i otworzył wszystkie 16 ofert, nie można upatrywać wady postępowania w przypadku złożenia pliku zawierającego błędy przez samego wykonawcę, w wyniku czego plik był niewidoczny. Odwołujący wskazuje, że działania wykonawców przekładają się jedynie na los ich ofert, a nie całego postępowania.

Odwołujący wywodzi, że meritum sporu sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający był winien błędnemu nazewnictwu pliku, w którym znajdowały się znaki specjalne, a który to błąd uniemożliwił załadowanie go (systemy komputerowe nie przetwarzają takiego pliku właściwie). W konsekwencji powyższego, czy Zamawiający sprostął wymogowi art. 97 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp uzasadniając wadę postępowania niemożliwą do usunięcia i uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Odwołujący podnosi, że przesłanką, jaką należy brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest wymóg, aby wada była wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, przy czym Zamawiający nie posiada swobody uznania w zakresie unieważnienia postępowania.

Odwołujący podnosi, że w przypadku, gdy podczas sesji otwarcia ofert wśród dokumentów przesłanych przez Wykonawcę, jeden z plików (nieczytelny dla systemu komputerowego jako dokument pdf, z uwagi na błędy w jego nazewnictwie z winy Wykonawcy) nie był widoczny w ogóle, a pozostałe tak, Zamawiający nie ponosi winy za nieodczytanie informacji dotyczących ceny oferty i innych elementów wymienionych w art. 86 ust. 4 Pzp. Bez znaczenia jest też przywołany w uzasadnieniu fakt, iż z raportu wykonawcy wynikało, że plik z formularzem ofertowym został przesłany razem z resztą dokumentów. Raport potwierdza przesłanie plików, nie potwierdza ich poprawności. Na raporcie tym widać, że plik nosi niedozwoloną nazwę zawierającą znak specjalny. Ponadto Centrum Wsparcia Klienta, w korespondencji z liderem

konsorcjum, potwierdziło błąd w nazwie pliku. W trakcie wyjaśniania niniejszej sprawy informatycy platformy zakupowej zmienili nazwę pliku na właściwą dla systemów komputerowych, w wyniku czego formularz ofertowy stał się automatycznie widoczny, co potwierdziło tylko błąd po stronie wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, przesłanie niewłaściwie sporządzonego przez Wykonawcę pliku należy potraktować tak, jakby nie został w ogóle złożony. Ponadto podnosi, że ingerencję działu IT platformy zakupowej, mimo że po terminie otwarcia ofert, należy uznać za nieuprawnioną. Modyfikacja w formę przekazanego pliku jest ingerencją w treść złożonej oferty, tym bardziej iż plik w przypadku braku modyfikacji, nadal byłby niewidoczny dla Zamawiającego.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że po stronie Zamawiającego nie wystąpiły problemy techniczne. Zamawiający nie miał problemów z odczytaniem właściwych plików w 16 ofertach przesłanych w odpowiedzi na niniejsze postępowanie w trakcie sesji otwarcia. Zdaniem Odwołującego uznanie za wadę postępowania brak możliwości otwarcia wadliwego pliku załączonego przez Wykonawcę, gdzie błąd nastąpił na poziomie komputera Wykonawcy, na etapie przed załadowaniem do platformy zakupowej udostępnionej przez Zamawiającego, byłoby dalekim nadużyciem. Podnosi, że niedopuszczalnym jest obarczanie brakiem możliwości otwarcia takiego pliku, który nota bene w ogóle nie był widoczny w złożonej ofercie, błędem Zamawiającego. Odmienny pogląd mógłby prowadzić do sytuacji sabotowania zamówień przez Wykonawców, którzy dążyli by do ich unieważnienia we własnym interesie, poprzez składanie wadliwych plików w swoich ofertach.

Odwołujący wskazuje, że unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia postępowania, tj. udzielenie zamówienia publicznego, nie zostaje osiągnięty. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Odwołujący wywodzi, że do złożenia innej osobie oświadczenia woli w postaci elektronicznej dochodzi dopiero wtedy, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią, zgodnie z art. 61 § 2 k.c., a braku możliwości zapoznania się z formularzem ofertowym przez Zamawiającego, o którym mowa w uzasadnieniu faktycznym zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, z dnia 24 listopada 2020 r., wynika z winy wykonawcy i jest równoznaczny z brakiem wady postępowania na podstawie której doszło do unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w związku z powyższym unieważnienie w zakresie zadania nr 2 winno być nieskuteczne.

Do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegając się o udzielenie zamówienia konsorcjum EPA Green Sp. z o.o., ul. A.

Ostrowskiego 7, 520238 Wrocław, Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław, Impel System Sp. z o.o. , ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z platformą zakupową, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i repliką Odwołującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, jak również dołączonymi do odwołania i złożonymi w toku rozprawy dowodami, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, o następuje.

Przywołany w odwołaniu stan faktyczny odpowiada rzeczywistemu przebiegowi postępowania, był bezsporny, podobnie jak postanowienia SIWZ, wobec czego nie będzie powtarzany. Wskazać należy na treść korespondencji z platformą zakupową obsługującą Zamawiającego. Dnia 3 grudnia 2020 r. Zamawiający otrzymał z ww. platformy następującą informację dotyczącą oferty konsorcjum Epa Green:

„Wykonawca załączył do oferty 7 plików. Jeden z nich nazywał się: „Za?. nr 1.2” do SIWZ - formularz ofertowy zad. 2 - po modyfikacji-sig. Wszystkie pliki dołączone przez Wykonawcę do oferty są kompresowane przez platformę do jednej paczki (zip) co umożliwia ściągnięcie wszystkich dołączonych plików przez Wykonawcę za pomocą jednego kliknięcia. Przeprowadziliśmy testy które wykazały, że na komputerze, który miał zainstalowany dedykowany program do zarządzania plikami skompresowanymi np. Winrar po pobraniu paczki z plikami system pokazywał 7 plików. Po pobraniu paczki dokumentów na komputer, gdzie nie było zainstalowanego dedykowanego oprogramowania, plik o wskazanej wyżej nazwie nie pokazywał się na liście plików w paczce zip.

Dział IT podejrzewał, że w nazwie pliku zamiast znaku zapytania (?) powinna być litera i w niektórych przypadkach (np. przez system Windows) mogła być ona traktowana jako funkcja.

Stąd Zamawiającemu nie pokazywał się ten plik na sesji otwarcia. Przez platformę zostało to poprawnie przekazane w niezmienionej formie, problem pojawił się w przy otwieraniu paczki z plikami na komputerze.

Pracownik działu IT obsługujący zgłoszenie w celach testowych, aby sprawdzić swoją teorię zastąpił znak w nazwie pliku. Nie oznacza to, że nastąpiła ingerencja w treść danych zawartych w pliku, Dział IT porównał sumy kontrolne plików z zaszyfrowanej oferty oraz z pliku na platformie.

Suma kontrolna tego pliku to:

3d732c37d25d808f004d3f30d1e15ccf4ba7ab7d563acf2b06da59cf5f27156

Podsumowując, wykonawca nazywając plik dodał znak, który mógł powodować brak możliwości otwarcia. Nasz pracownik w celach testowych zaktualizował nazwę pliku, co było niezgodne z naszymi standardami obsługi”.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Pierwszy zarzut odwołania – tj. naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 131l ust. 4 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp złożony był w zasadzie z dwóch zarzutów – niezasadnego unieważnienia postępowania oraz niewystarczającego uzasadnienia tej czynności przekazanej wykonawcom. W zakresie obu tych okoliczności zarzut należało uznać za niezasadny.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający może unieważnić postępowanie, jeżeli jest ono obarczone niedającą się usunąć wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Katalog przesłanek unieważnienia umowy zawarty jest w art. 146 ustawy Pzp, który w ustępie 1 określa, że umowa podlega unieważnieniu jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

- 4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem;
- 5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej;
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę;
- 7) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12.

Ponadto art. 146 ust. 6 stanowi, że 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.

Jak wynika z przytoczonych przepisów, zamawiający uprawniony jest do unieważnienia postępowania m.in. w sytuacji, gdy dokonał czynności lub zaniechania z niedającą się usunąć naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp).

W tak ukształtowanym stanie prawnym, dla oceny rozpoznawanego zarzutu należy zbadać, czy postępowanie było obarczone niedającą się usunąć wadą mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania, za którą odpowiedzialność ponosił Zamawiający.

W przedmiotowej sprawie okolicznością bezsporną było, że Zamawiający w trakcie otwarcia ofert nie otworzył formularza ofertowego na zadanie 2 złożonego przez konsorcjum EPA Green Sp. z o.o., ul. A. Ostrowskiego 7, 520238 Wrocław, Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław, Impel System Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (dalej jako Przystępujący). Odwołujący wywodził, że odpowiedzialność za to ponosił Przystępujący, gdyż plik z owym formularzem zawierał „niedozwolony” znak w postaci znaku zapytania zamiast litery „ł”, wobec czego plik nie został prawidłowo przekazany i należy uznać, że oferta go nie zawierała. Na podstawie tej argumentacji Odwołujący podnosił, że Zamawiający przeprowadził otwarcie ofert w sposób prawidłowy i brak jest podstaw dla unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby taka argumentacja jest bezpodstawna. Jak sam podnosił Odwołujący, Przystępujący po przekazaniu plików z ofertą na platformę zakupową Zamawiającego otrzymał raport z listą przekazanych plików. Na liście tej widniał również plik „Za? 1.2 do SIWZ [...].pdf”, zawierający rzeczony formularz ofertowy. Wobec tego należy uznać, że Przystępujący zasadnie stwierdził, że nastąpiło prawidłowe przekazanie wskazanego pliku.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że z ww. raportu Przystępujący powinien był powziąć wiedzę o przekazaniu pliku z „niedozwolonym” znakiem. Należy zaznaczyć, że platforma zakupowa zamawiającego nie oznaczała tego pliku jako nieprawidłowego i umożliwiła jego przekazanie. Również SIWZ nie zawierał żadnego ograniczenia stosowania znaku zapytania w nazwie plików, Odwołujący nie wykazał również, by regulamin platformy zakupowej wprowadzał takie ograniczenia. Przedstawione przez Odwołującego dowody mające wykazać, że system Windows traktuje znak zapytania jako znak niedopuszczalny w nazwie pliku, pozwalają jedynie na stwierdzenie takiej właśnie, dotyczącej systemu Windows, okoliczności – nie ulega jednak wątpliwości, że Przystępującemu udało się zapisać plik ze znakiem zapytania w nazwie i że przekazał go Zamawiającemu. Istotnym jest też, że Zamawiający w trakcie otwarcia ofert nie stwierdził, że pliku tego nie da się otworzyć bądź jest nieprawidłowy – Zamawiający pliku tego po prostu nie widział, nie wyświetlał się on na liście plików z oferty Przystępującego. Odwołujący również nie wykazał, by otwarcie tego przekazanego Zamawiającemu pliku było niemożliwe. Jak wynika z korespondencji prowadzonej pomiędzy obsługą platformy a Zamawiającym, plik z formularzem ofertowym został prawidłowo umieszczony na platformie, jednak z powodu braku dedykowanego oprogramowania lub znaku zapytania w nazwie pliku, Zamawiający pliku tego nie widział.

Przytoczone powyżej okoliczności pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, że podczas otwarcia ofert Zamawiający nie otworzył formularza ofertowego Przystępującego, gdyż go nie widział. Jednocześnie, jak wynika ze stanu faktycznego, należy uznać, że Przystępujący w sposób prawidłowy i zgodny z SIWZ przekazał ofertę z formularzem ofertowym. To po stronie Zamawiającego leżała przyczyna, dla której nie widział on rzeczowego pliku – niezależnie czy wynikało to z braku odpowiedniego oprogramowania, czy nazwy pliku – gdyż Zamawiający nie zastrzegł, jakie nazwy plików są niedozwolone. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie można uznać, że Przystępujący nie dochował należytej staranności – załączył on wszystkie pliki składające się na ofertę, co znalazło odzwierciedlenie w raporcie wygenerowanym przez platformę. Platforma dopuściła załączenie i przekazanie pliku ze znakiem zapytania w nazwie, nie wyświetlając żadnych komunikatów i ostrzeżeń, Przystępujący nie miał więc podstaw dla powzięcia wątpliwości co do prawidłowości złożenia oferty.

W toku postępowania Odwoławczego strony zgodnie podkreślały, że otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednorazową i niepowtarzalną. Co za tym idzie, brak otwarcia jednej z ofert nie może być naprawiony poprzez ponowne przeprowadzenie procedury otwarcia ofert. W toku otwarcia ofert Zamawiający błędnie stwierdził, że oferta Przystępującego nie zawiera formularza ofertowego. Porównać można to do sytuacji, gdy w tradycyjnym, „papierowym” otwarciu ofert formularz ofertowy np. utknąłby w kopercie lub podpiąłby się pod inne dokumenty i zostałby niezauważony. Prawidłowość złożenia oferty w takiej sytuacji nie budzi

wątpliwości, a brak jej skutecznego otwarcia stanowiłoby daleko idące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. W badanym postępowaniu nie doszło do prawidłowego, zgodnego z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp otwarcia skutecznie i w terminie złożonej oferty Przystępującego, co stanowi naruszenie przepisów ustawy - art. 7 ust. 1 – zasada równego traktowania wykonawców, art. 86 ust. 4 – otwarcie wszystkich ofert i art. 10b – stosowanie narzędzi elektronicznych zapewniających równy i nieutrudniony dostęp do zamówień. Naruszenia te miały ewidentny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uznanie, że oferta nie zawiera formularza ofertowego, skutkować bowiem musi jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – nie jest to brak oferty podlegający uzupełnieniu czy wyjaśnieniom.

Należy przy tym zaznaczyć, że wykonawca Przystępujący dołożył należytej staranności przy przygotowaniu i złożeniu oferty, wobec czego nie może ponosić konsekwencji wadliwości procedury otwarcia ofert. Nie jest przekonującym argument Odwołującego, że wykonawcy mogą wykorzystywać możliwość załączania „nieprawidłowych” plików dla wydłużania i unieważniania postępowań. To po stronie zamawiających leży obowiązek takiego skonstruowania SIWZ oraz wyboru narzędzi elektronicznych, które w możliwie najszerszym stopniu zabezpieczą postępowanie przed takimi praktykami. O ile oczywiście nie jest możliwe przewidzenie wszystkich przejawów nieuczciwości wykonawców, o tyle stworzenie zasad nazywania i zapisywania plików – co byłoby wystarczającym w niniejszej sprawie – z pewnością jest osiągalne.

Wobec uznania, że przyczyny braku otwarcia formularza ofertowego Przystępującego leżały po stronie Zamawiającego, należy stwierdzić, że był on zobowiązany do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Błąd przy otwarciu ofert jest bowiem nieusuwalny, gdyż jest to czynność która ma charakter niepowtarzalny i nie podlega poprawie czy uzupełnieniu (por. KIO 503/19). W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą mającą wpływ na wynik postępowania i zasadnie dokonał unieważnienia postępowania na zadanie nr 2.

Omawiany zarzut w części dotyczącej nieprawidłowego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania również okazał się niezasadny. W piśmie z dnia 24.11.2020 r. informującym wykonawców o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania 2 Zamawiający na samym wstępie poinformował, że podstawą prawną tej czynności jest art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu ww. czynności poinformował o okolicznościach dotyczących otwarcia ofert - o tym, że plik z formularzem ofertowym został przesłany, ale wobec niemożności zapoznania się z nim wystąpiła nieusuwalna wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający zaznaczył

też, że czynność otwarcia ofert nie może być powtórzona, wobec czego ww. wada nie może być usunięta.

W ocenie Izby informacja o unieważnieniu postępowania przekazana wykonawcom była pełna, wyczerpująca i zawierała konieczne elementy – uzasadnienie prawne i faktyczne. O kompletności ww. informacji świadczy też prawidłowo skonstruowany zarzut odwołania dotyczący niezasadności unieważnienia postępowania. Odwołujący nie miał problemów ze zidentyfikowaniem przyczyn unieważnienia postępowania, a jedynie podważał jego zasadność.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała zarzut nr 1 odwołania – naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 131 ust. 4 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp za bezpodstawny i podlegający oddaleniu.

Pozostałe zarzuty odwołania – naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp mającego polegać na zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niedochowanie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, miały charakter posiłkowy w stosunku do zarzutu nr 1 – zależały od uznania go za zasadny i jako takie, wobec oddalenia tego zarzutu, również podlegały oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 i § 3 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).

Przewodniczący: