

**WYROK**

**z dnia 9 sierpnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2019 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budowlane Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INSTAL-TOR Bis Sp. z o.o., INSTAL R. M. z siedzibą w Szczekocinach**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) obciąża odwołującego **Przedsiębiorstwo Budowlane Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Przedsiębiorstwo Budowlane Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania;

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Likwidacja zagrożeń i podniesienie funkcjonalności eksploatacyjnej na linii kolejowej 61 – etap II”, oznaczenie sprawy: IREZA3g-216-01/19 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp”. W dniu 14 czerwca 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 113-278445.

W dniu 29 lipca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budowlane Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „odwołujący” lub „INVEST”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od następujących czynności/ zaniechań zamawiającego:

1. prowadzenia postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz nierówne traktowanie wykonawców;
2. zaniechania otwarcia oferty odwołującego bezpośrednio po upływie terminu składania ofert, w dniu w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu;
3. zaniechania podania podczas otwarcia ofert w postępowaniu nazwy (firmy) odwołującego, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji oraz warunków płatności zaoferowanych przez odwołującego;
4. zaniechania niezwłocznego umieszczenia na stronie internetowej zamawiającego informacji dotyczącej ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie odwołującego;
5. zaniechania unieważnienia postępowania mimo, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na skutek ww. zachowania zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, a to poprzez zaniechanie

- odczytania oferty odwołującego, a w ślad za tym zaniechanie unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy odwołujący złożył ofertę w postępowaniu przed upływem terminu składania ofert;
2. art. 86 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie otwarcia oferty odwołującego bezpośrednio po upływie terminu składania ofert w dniu w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu;
  3. art. 86 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania podczas otwarcia ofert w postępowaniu nazwy (firmy) odwołującego, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji oraz warunków płatności zaoferowanych przez odwołującego;
  4. art. 86 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie niezwłocznego umieszczenia na stronie internetowej zamawiającego informacji dotyczącej ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie odwołującego;
  5. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania wobec nieodczytania oferty odwołującego bezpośrednio po upływie terminu składania ofert, w dniu wyznaczonym na składanie ofert, sytuacji gdy odwołujący złożył ofertę w postępowaniu przed upływem terminu składania ofert, co spowodowało, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
  6. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania wobec braku możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej wobec nieodczytania oferty odwołującego bezpośrednio po upływie terminu składania ofert, w dniu wyznaczonym na składanie ofert w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę w postępowaniu przed upływem terminu składania ofert co spowodowało, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie unieważnienia postępowania oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania. Wskazywał, że pismem z 17 lipca 2019 r. zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o czynności otwarcia oferty konsorcjum przedsiębiorstw INSTAL-TOR Bis Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz INSTAL R. M. (partner konsorcjum), a także o zaniechaniu otwarcia oferty odwołującego. Odwołujący nie może zgodzić się z tym zachowaniem zamawiającego, a to z niżej wymienionych powodów. Z treści zawiadomienia z otwarcia ofert z dnia 17 lipca 2019 r. wynika, że mimo, iż odwołujący złożył ofertę przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu oraz mimo, że zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odszyfrowania oferty odwołującego, to nie

odczytał treści oferty odwołującego bezpośrednio po upływie terminu składania ofert, w dniu w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu. W konsekwencji powyższego zaniechał podania podczas otwarcia ofert w postępowaniu nazwy (firmy) odwołującego, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji oraz warunków płatności zaoferowanych przez odwołującego, a także zaniechał niezwłocznego umieszczenia na stronie internetowej zamawiającego informacji dotyczącej ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie odwołującego. Przywoływał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1069/16 zgodnie z którym brak podania do publicznej wiadomości - odczytania nazwy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny oferty i innych elementów wymienionych w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, która to wada uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W innym wyroku z dnia 12 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO 574/19) Izba, w sytuacji gdy zamawiający w wyznaczonym dniu i o określonej godzinie dokonał czynności publicznego i jawnego otwarcia ofert złożonych w postępowaniu, jednakże z tym zastrzeżeniem, iż w trakcie otwarcia ofert zamawiający poinformował osoby obecne na otwarciu ofert o braku możliwości otwarcia oferty nr 2, natomiast po zakończeniu procedury otwarcia, w osobach komisji przetargowej, podjął kolejną próbę otwarcia oferty nr 2, która zakończyła się sukcesem na innym komputerze, jednakże już bez udziału osób przybyłych na otwarcie ofert, to czynność taka, w sposób bezpośredni narusza w szczególności dyspozycję przepisu art. 8 ust. 1 oraz art. 86 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, albowiem procedura otwarcia oferty nr 2 nie odbyła się w sposób jawny dla wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym nie podano nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, ceny, warunków płatności oraz terminu wykonania zamówienia dla tej oferty. Skład orzekający w tej sprawie uznał, że powyższe uchybienia zamawiającego naruszyły naczelną zasadę zamówień publicznych, wynikająca z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. albowiem postępowanie nie zostało przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co skutkowało naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zamówienia nie udzielono wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Ponadto wskazywane naruszenia wpisują się w dyspozycję przepisu art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Analogiczne wnioski płyną z treści uchwały KIO z dnia 29 maja 2014 r. (sygn. KIO/KU 48/14), wyroku z dnia 12 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO 574/19) czy też wyroku z dnia 20 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 432/15).

W dalszej części odwołania wykonawca INVEST wskazywał, że sposób zapisania pliku .xml był poprawny i umożliwiał jego odczytanie, a co za tym idzie możliwe było zapoznanie się przez zamawiającego z treścią oferty odwołującego w terminie wynikającym z dyspozycji art. 86 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego wątpliwości budzi w jego ocenie też możliwość przeprowadzenia przez zamawiającego aukcji elektronicznej, o której mowa w Rozdziale 28 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”). Zgodnie bowiem z postanowieniami Rozdziału 28 pkt 28.2. SIWZ jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna. Ponadto w myśl postanowień Rozdziału 28 pkt 28.3. SIWZ w toku aukcji elektronicznej parametrem licytowanym będzie cena. Tymczasem oferta odwołującego nie została odrzucona i nie ma ku temu podstaw w świetle regulacji ustawy Pzp, a tym samym, w świetle postanowień Rozdziału 28 pkt 28.2 SIWZ zamawiający powinien przeprowadzić aukcję elektroniczną, co jednak nie będzie możliwe z uwagi na fakt, że nie odczytał oferty odwołującego, a tym samym nie wie jaką cenę zaoferował. Jest to zatem kolejna, niemożliwa do usunięcia wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem została wypełniona dyspozycja art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający, w dniu 30 lipca 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania. W dniu 1 sierpnia 2019 r., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **INSTAL-TOR Bis Sp. z o.o., INSTAL R. M. z siedzibą w Szczekocinach** (dalej „przystępujący”) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, na posiedzeniu w dniu 9 sierpnia 2019 r., złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o:

1. oddalenie odwołania bez rozpoznania zarzutów z uwagi na brak wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia;
2. w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę wniosku, o którym mowa w pkt 1), wnioś o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego;
3. uwzględnienie dowodów wskazanych w niniejszej odpowiedzi w postaci zrzutów ekranu z programów Adobe Acrobat Reader i Internet Explorer na okoliczność potwierdzenia błędu przy próbie otwarcia pliku odwołującego - przesłane za pismem z dnia 6 sierpnia na płycie CD jako „.08. Oferta 2 - błędy, które pojawiały się na ekranie (1)” oraz „.08. Oferta 2 - błędy, które pojawiały się na ekranie (1)”;

oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący, na posiedzeniu w dniu 9 sierpnia 2019 r., złożył pismo procesowe w uzupełnieniu stanowiska zawartego w treści odwołania, polemizując z twierdzeniami

zawartymi w piśmie procesowym przystępującego – zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przytaczał zapisy SIWZ stwierdzając, że przygotował i złożył ofertę w postępowaniu w sposób wymagany przez zamawiającego i zgodny z jej postanowieniami. Z żadnych postanowień SIWZ nie wynika bowiem, aby niedopuszczalnym było zapisanie oferty w pliku w formacie .xml. Nie znajduje zatem uzasadnienia zarzut jakoby oferta odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ. Zwracał uwagę, że nie ma żadnego przepisu ustawy Pzp, z którymi oferta przygotowana i złożona przez odwołującego pozostawałaby w sprzeczności. Co więcej, jak wynika z przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 września 2011 r. w sprawie sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych oraz udostępniania formularzy, wzorów i kopii dokumentów elektronicznych (wydanego na podstawie art. 16 ust. 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne) oraz przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (wydanego na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, w związku z dyspozycją §3 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), stosowanie plików w formacie .xml na potrzeby przygotowania i złożenia oferty w formie elektronicznej, w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp, jest w pełni dopuszczalne. W świetle powyższych okoliczności niemożność otwarcia oferty odwołującego przez zamawiającego jest okolicznością za którą ten nie odpowiada. Jeżeli bowiem odwołujący przygotował i złożył ofertę w sposób opisany przez zamawiającego to nie może ponosić negatywnych konsekwencji związanych z brakiem możliwości otwarcia tejże oferty, albowiem jest to okoliczność za którą odwołujący nie odpowiada i która odwołującego nie dotyczy. W szczególności odwołujący nie ponosi odpowiedzialności za prawidłowe działanie systemu wykorzystywanego przez zamawiającego na potrzeby złożenia oferty w postępowaniu (tj. miniPortalu dostępnego pod adresem: <https://miniportal.uzp.gov.pl>). Odwołujący nie ponosi też odpowiedzialności za prawidłowe (w szczególności pod względem stosowanego przez zamawiającego sprzętu komputerowego i oprogramowania) przygotowanie zamawiającego do otwarcia ofert, które zostały złożone w postępowaniu.

**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, postanowieniami SIWZ, protokołem z otwarcia ofert sporządzonym przez zamawiającego, wydrukami zrzutów ekranu z programów Adobe Acrobat Reader i Internet Explorer, prezentujących próby otwarcia pliku odwołującego, po zapoznaniu się z odwołaniem i pismami procesowymi złożonymi przez odwołującego i zamawiającego a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie zaszczyła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Skład orzekający nie podzielił argumentacji zamawiającego, który wskazywał, że odwołujący nie wykazał w sposób prawidłowy, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia, co za tym idzie odwołanie nie powinno podlegać rozpoznaniu. Odwołujący, pomimo swojej obecnej sytuacji, nie utracił interesu we wniesieniu odwołania. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje bowiem wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, a także poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w treści odwołania przepisów. Odwołujący niewątpliwie co najmniej miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, uczestnicząc w postępowaniu przetargowym i wciąż taki interes ma w odniesieniu do kolejnego postępowania, jeśli zamawiający by je powtórzył. W tym kontekście interesem każdego wykonawcy - zwłaszcza dotyczy to sytuacji odwołującego, którego oferta została złożona a nie została otwarta - jest także jego równe traktowanie polegające na tym, że każdy inny wykonawca i każda inna oferta powinna zostać oceniona rzetelnie, zgodnie ze stanem faktycznym i prawnym, a w związku z tym szkoda polega na utracie możliwości ponownego złożenia oferty w nowym postępowaniu i możliwości potencjalnej realizacji zamówienia.

W tym miejscu Izba wskazuje na treść wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, gdzie stwierdzono, że odrzucony oferent powinien mieć możliwość żądania odrzucenia oferty wygrywającego oferenta, a pojęcie "danego zamówienia" ("interesu w uzyskaniu danego zamówienia") może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowym stanie faktycznym odwołujący zaskarżył zaniechania zamawiającego polegające na braku otwarcia jego oferty, zatem wciąż nie utracił statusu wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, wciąż bowiem okazuje chęć jego realizacji. Nawet jeśli potwierdzą się zarzuty odwołującego i Izba, zgodnie z żądaniem, nakaże



unieważnienie przedmiotowego postępowania, możliwym będzie ogłoszenie nowego przetargu, w którym odwołujący będzie mógł wziąć udział.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej na płycie CD, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, protokołu z otwarcia ofert sporządzonego przez zamawiającego, z wydruków zrzutów ekranu z programów Adobe Acrobat Reader i Internet Explorer prezentujących próby otwarcia pliku przesłanego przez odwołującego jako oferta.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje**

Izba ustaliła, że zgodnie z Tomem I SIWZ - Instrukcje dla Wykonawców dla niniejszego postępowania w pkt 12.3. zamawiający zawarł wymaganie, że oferta powinna zostać sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej pod rygorem nieważności, w formacie danych .pdf i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zgodnym z obowiązującymi przepisami prawa. Ponadto, zgodnie z brzmieniem postanowień pkt 14.1.1. SIWZ Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej pod rygorem nieważności, w formacie danych .pdf i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnym z obowiązującymi przepisami prawa; pkt 14.1.2. zamawiający, zgodnie z § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnienia i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. poz. 1320 ze zm.), wymaga, aby dokumenty lub oświadczenia składane w Postępowaniu były sporządzone w formacie .pdf i podpisane formatem podpisu elektronicznego PAdES. W pkt 14.1.3. wskazano, że dokumenty lub oświadczenia należy przygotować i złożyć zgodnie z Ustawą oraz rozporządzeniami wykonawczymi, w szczególności Rozporządzeniem 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 (Dz.U. poz.1320 ze zm.) oraz Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126 ze zm.).

Ponadto Izba ustaliła, że w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ zawarto zapisy dotyczące możliwości wykorzystania aukcji elektronicznej. W sekcji IV: ppkt IV.1.6) Ogłoszenia o zamówieniu - Informacje na temat aukcji elektronicznej zamawiający zaznaczył, że wykorzystana będzie aukcja elektroniczna. W punkcie dotyczącym dodatkowych informacji na temat aukcji elektronicznej zapisał: 1. Zamawiający zastrzega możliwość dokonania wyboru

najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. 2. Jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu, po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna. 3. W toku aukcji elektronicznej parametrem licytowanym będzie – cena, pkt 28 IDW. Analogiczne zapisy zawarto w SIWZ dla przedmiotowego postępowania. I tak w punkcie 28.2 Tomu I SIWZ - Instrukcje dla Wykonawców, zamawiający przewidział, że aukcja elektroniczna będzie przeprowadzona w sytuacji gdy złożone zostaną w przedmiotowym postępowaniu co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu.

Izba ustaliła także, co nie było sporne między stronami, że w dniu 15 lipca 2019 roku, o godzinie 19:26, za pośrednictwem elektronicznego narzędzia „MiniPortal”, dostępnego pod adresem internetowym [miniportal.uzp.gov.pl](http://miniportal.uzp.gov.pl) oraz e-puapu wpłynął do zamawiającego plik nazwany „zaszyfrowana oferta do miniportal.zip”, którego nadawcą był odwołujący. W dniu otwarcia ofert, tj. 16 lipca 2019 roku, o godzinie 14:00 zamawiający przystąpił do otwarcia ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający prawidłowo odszyfrował i otworzył pliki przesłane przez przystępującego po stronie zamawiającego, a następnie prawidłowo odszyfrował pliki przesłane przez odwołującego (plik pn. SKMBT C20319070820490.xml, przesłany za pismem z dnia 6 sierpnia na płycie CD w archiwum zip pod nazwą „07.Oferta 2”).

Izba ustaliła również, że próby otwarcia plików, podejmowane przez zamawiającego z wykorzystaniem oprogramowania Adobe Acrobat Reader i „proCertum SmartSign” nie powiodły się. Izba ustaliła niniejsze na podstawie znajdujących się w dokumentacji postępowania zrzutów ekranu z programów Adobe Acrobat Reader i Internet Explorer, wnioskowanych także jako dowody na okoliczność potwierdzenia błędu przy próbie otwarcia pliku odwołującego (płyta CD opisane jako „08. Oferta 2 - błędy, które pojawiały się na ekranie (1)” oraz „08. Oferta 2 - błędy, które pojawiały się na ekranie (1)”). Ponadto zamawiający sporządził na tą okoliczność protokół z otwarcia ofert z dnia 16 lipca 2019 r. (data otwarcia ofert), podpisany przez członków komisji przetargowej. Izba, na podstawie rzeczonego protokołu, ustaliła także, że na sesji otwarcia ofert nie był obecny żaden wykonawca.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy zauważyć, że zgodnie z art. 10a ust. 1 ustawy Pzp - w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami,

w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, zwanego dalej Jednolitym dokumentem odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Natomiast zagadnienie formy w jakiej powinna zostać złożona oferta w postępowaniu przetargowym reguluje art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje, że między innymi oferty, ale także wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, o których mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Rozporządzenie 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 (Dz.U. z 2017 r., poz. 1320 ze zm.) - dalej „rozporządzenie o elektronizacji” reguluje między innymi kwestie wymagań wobec środków komunikacji elektronicznej używanych do porozumiewania się z wykonawcami, w tym składania dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wymagania te dotyczą przede wszystkim systemów informatycznych używanych do przekazywania ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczeń, o spełnianiu warunków podmiotowych i przedmiotowych oraz o braku podstaw wykluczenia, w tym jednolitego dokumentu, zgodnie z § 3 ust. 1 rozporządzenia o elektronizacji. Z kolei wymagania co do wspomnianych systemów określone zostały w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie krajowych ram interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów informatycznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 2247) - dalej „rozporządzenie o interoperacyjności”. W szczególności wymaga ono, aby system był funkcjonalny, wydajny, niezawodny i respektował profesjonalne standardy i metody działania. Oznacza to tyle, że system ma być sprawny, biorąc pod uwagę jego działanie i bezpiecznie realizować zadania dla których jest stworzony tj. służyć przekazywaniu dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym akcie wykonawczym wskazano też formaty, w których mogą być zapisywane dane. Wystarczy, aby system spełniał jeden z nich odpowiednio dla plików tekstowych, graficznych, dźwiękowych, kompresji tworzenia stron www. Załącznik nr 2 do rozporządzenia o interoperacyjności zawiera przy tym jako dopuszczalne takie rozszerzenia plików jak np.: .txt, .rtf, pdf, .odt, .doc, .xls, .ppt dla plików tekstowych; jpg, tif, png, mpg, avi, mp3, wav, dla plików graficznych; zip, czy tar. dla kompresji, oraz ktml. i css. dla tworzenia stron www. Nie ulega wątpliwości, że wszystkie z wymienionych są możliwe do zastosowania i dopuszczone.

Postawione przez odwołującego zarzuty w ramach wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały zatem problematykę sprawy do oceny czy odwołujący złożył swoją ofertę w sposób poprawny, to jest czy stosując format pliku .xml, miał prawo wymagać, aby zamawiający dokonał otwarcia oferty w tym pliku i odczytał dane tam zawarte, a w konsekwencji dane te opublikował na stronie internetowej w informacji z otwarcia ofert. Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia było więc dokonanie oceny czy czynność otwarcia ofert została dokonana przez zamawiającego w sposób prawidłowy.

Na podstawie przekazanych przez zamawiającego akt sprawy Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniami SIWZ odnoszącymi się do sposobu sporządzenia oferty zamawiający zastrzegł, że winna być ona sporządzona w formacie danych pdf. Nie ulega wątpliwości, że jest to jeden z formatów wymienionych do stosowania w załączniku nr 2 do rozporządzenia o interoperacyjności dla plików tekstowych. Zamawiający nie uczynił zatem w dokumentacji przetargowej zastrzeżenia, które pozostawałoby w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami. Kluczowym dla niniejszej sprawy jest fakt, że odwołujący przyjął do wiadomości zapisy SIWZ i ani ich nie kwestionował na etapie poprzedzającym składanie ofert, ani też nawet nie zadawał pytań dotyczących tej kwestii. Należy zatem uznać, że zastrzeżenie takie zaakceptował. Obecnie odwołujący powołuje się na przepisy powszechnie obowiązujące stwierdzając, że stosowanie plików w formacie .xml na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia jest w pełni dopuszczalne. W ocenie Izby taki wniosek jest nieuprawniony, biorąc pod uwagę zapisy SIWZ. Zauważyć należy, że zamawiający wskazał w treści SIWZ jakie formaty zostały przez niego dopuszczone wymieniając te, które umożliwiają otwarcie ofert przy wykorzystaniu oprogramowania które on posiada. Każdy format, dopuszczony przepisami będzie zatem właściwym w tym przypadku, jedynym ograniczeniem jest zastrzeżenie, że nie może to być taki format, który nie został wymieniony w załączniku nr 2 do rozporządzenia o interoperacyjności.

Biorąc zatem pod uwagę fakt, że zamawiający w SIWZ określił w jakim formacie winna być sporządzona oferta, a odwołujący przesłał plik w innym formacie, jako profesjonalista winien liczyć się z tym, że jego oferta nie będzie mogła zostać odczytana w sposób poprawny na sprzęcie zamawiającego. Nie jest bowiem tak, jak twierdzi odwołujący, że skoro złożył ofertę w jednym z formatów wymienionych w rozporządzeniu o interoperacyjności to „nie może ponosić negatywnych konsekwencji związanych z brakiem możliwości otwarcia tejże oferty, albowiem jest to okoliczność za którą odwołujący nie odpowiada i która odwołującego nie dotyczy”. Umknęło uwadze odwołującego, że zamawiający w SIWZ wskazał w jakim formacie ofertę należy złożyć i chociaż nie zakazał stosowania formatu .xml, to jednak w żadnym miejscu SIWZ go nie dopuścił. W istocie zatem stało się tak, że plik przesłany przez odwołującego jako oferta chociaż został zdeszyfrowany, to jednak nie mógł zostać otwarty przy wykorzystaniu posiadanego przez zamawiającego oprogramowania. Izba ustaliła to na

podstawie załączonych do akt sprawy zrzutów z ekranu, prezentujących próby, jakich dokonywał zamawiający chcąc otworzyć plik przesłany przez odwołującego.

Chociaż więc, co nie było sporne między stronami, odwołujący użył wymaganego narzędzia do przesłania pliku, to jednak otwarcie go i zapoznanie się z treścią złożonego oświadczenia woli było niemożliwe. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że plik przesłany przez odwołującego, pomimo że przekazany za pośrednictwem wskazanego w SIWZ narzędzia, nie jest ofertą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Pod pojęciem oferty rozumie się bowiem oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, które stanowi jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania określonego w ofercie i SIWZ świadczenia na rzecz zamawiającego, na warunkach określonych w treści tej oferty. W tym miejscu należy również wskazać, że stosownie do art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp "oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią". Złożenie oświadczenia woli wyrażanego w postaci elektronicznej - w rozumieniu art. 61 § 2 KC w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 49, poz. 408) - polega na tym, że oświadczenie jest prawidłowo wprowadzone do urządzenia elektronicznego (komputera) nadawcy i przekazane przez internet - za pomocą narzędzi programowych umożliwiających indywidualne wysyłanie i odbieranie danych na odległość - trafia do operatora usług telekomunikacyjnych (serwera dostawy usług internetowych) i od razu jest dostępne dla adresata oświadczenia - posiadacza tzw. elektronicznej skrzynki pocztowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2003 r., sygn. akt I CKN 384/01). Aby oświadczenie takie było dostępne musi zatem istnieć możliwość jego „wyświetlenia” na sprzęcie komputerowym, przy użyciu oprogramowania posiadanego przez odbiorcę takiego oświadczenia. Wskazuje na to końcowe sformułowanie tego przepisu, wymagające zapewnienia adresatowi możliwości zapoznania się z treścią oświadczenia woli. Możliwość taka zachodzić będzie tylko wówczas, gdy oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej stanie się dostępne w kontrolowanym przez niego środku komunikacji elektronicznej. Przenosząc niniejsze na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że skoro zamawiający w sposób precyzyjny poinstruował wykonawców co do sposobu przekazania i sporządzenia oferty, a odwołujący nie zastosował się do tych wytycznych, nie doszło do skutecznego złożenia oświadczenia woli zamawiającemu, gdyż treść tego oświadczenia została złożona w taki sposób, że niemożliwe było zapoznanie się z jego treścią. W konsekwencji zamawiający nie mógł dokonać otwarcia złożonej oferty, nie doszło zatem do naruszenia przez zamawiającego wskazanych przez odwołującego przepisów art. 86 ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp. Konsekwencją braku możliwości odczytania danych był brak możliwości opublikowania na stronie internetowej zamawiającego informacji dotyczących ceny, terminu

i innych elementów zawartych w treści oferty, stąd zarzut odwołującego naruszenia art. 86 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy Pzp także należało uznać za niezasadny.

W konsekwencji nie potwierdził się także, w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, albowiem w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z sytuacją istnienia wady postępowania, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jak już wcześniej wskazano zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert w sposób prawidłowy, przy czym co należy podkreślić odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że zamawiający dochodząc do wniosku, że oferty odwołującego nie da się otworzyć - zachował się nieprawidłowo. Twierdził jedynie, że taki obowiązek po jego stronie zaistniał. Koniecznym byłoby w takim wypadku wykazanie jaki błąd zamawiający popełnił lub też w którym momencie zawiódł system, którym zamawiający się posługuje, względnie która z czynności zamawiającego była dokonana w sposób nieprawidłowy. Podkreślić należy, że wykonawca, który kwestionuje prawidłowość dokonywanej przez zamawiającego czynności technicznej, którą jest niewątpliwie otwarcie pliku zawierającego ofertę, winien chociażby podjąć próbę wskazania wady w postępowaniu zamawiającego. Dopiero to czyni możliwym ocenę działania zamawiającego przez Izbę. Odwołujący ograniczył się jedynie do zawarcia w treści odwołania uwagi/ zastrzeżenia, że sposób zapisania pliku .xml był poprawny i umożliwiał jego odczytanie, a zamawiający tej czynności zaniechał, nie wskazał jednak co uprawnia go do formułowania takich wniosków.

W kwestii odnoszącej się do braku możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej, z zapisów Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ wynika, że w niniejszym postępowaniu aukcję przewidziano w przypadku, gdy w postępowaniu zostaną złożone 2 oferty. W sytuacji, gdy w postępowaniu złożona została tylko jedna oferta, skutek będzie jedynie taki, że aukcja taka nie zostanie przeprowadzona.

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

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów, odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

**Przewodniczący:**

.....