

Sygn. akt: KIO 844/21

## POSTANOWIENIE

z dnia 13 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Chudzik  
**Członkowie:** Katarzyna Brzeska  
Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym 13 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MURAPOL S.A. z siedzibą w Bielsku-Białej, GRIFFIN REAL ESTATE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, LATEA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach, Marywilka 44 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Kobylarnia S.A. z siedzibą w Kobylarni, JHM Development S.A. z siedzibą w Skierniewicach,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. odrzuca odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MURAPOL S.A., GRIFFIN REAL ESTATE Sp. z o.o., LATEA Sp. z o.o. i 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 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź – prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Najem lokali mieszkalnych w celu zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych wspólnoty samorządowej – Miasta Łodzi*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 253-638711.

W dniu 15 marca 2021 r. Konsorcjum: MURAPOL S.A. , GRIFFIN REAL ESTATE Sp. z o.o., LATEA Sp. z o.o., wniosło odwołanie wobec czynności odrzucenia jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art 10b ustawy Pzp, poprzez nieudostępnienie wykonawcom możliwości składania dokumentów o rozmiarze powyżej 150 MB ani nieprzygotowanie instrukcji wyjaśniającej sposób postępowania w przypadku konieczności załadowania plików o większym rozmiarze, co uniemożliwiło wykonawcy złożenie wniosku za jednym załadowaniem i wymusiło dzielenie pliku na części (tzw. paczki) i oznaczanie kolejnych paczek w sposób, który następnie spowodował niemożność otworzenia całego wniosku przez Zamawiającego;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niepoinstruowanie wykonawców, jak powinny być składane dokumenty o rozmiarze powyżej 150 MB, co skutkowało niemożliwością złożenia wniosku i koniecznością podjęcia szeregu dodatkowych, niemogących być przewidzianymi przez wnioskodawcę, a niewyjaśnionych przez Zamawiającego, czynności.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopuścił się uchybień, które doprowadziły do bezpodstawnego odrzucenia wniosku Odwołującego i zaniechał unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że podczas próby złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu uzyskał komunikat, że portal ePUAP z uwagi na ograniczenia techniczne „nie przyjmuje” plików większych niż 150 MB. Wówczas niezbędne było podzielenie wniosku na mniejsze „paczki” i ponowne podjęcie procedury szyfrowania w miniPortalu. Odwołujący podzielił zatem wniosek na trzy mniejsze części, w celu przekazania go Zamawiającemu, tak by każda z części wniosku była mniejsza niż 150 MB. Następnie Odwołujący uzyskał od Zamawiającego informację, że „Wykonawca składając pierwszą część Wniosku zaznaczył na formularzu ePUAP w polu „co chcesz zrobić , złożyć ofertę/wniosek”, natomiast składając dwie kolejne w polu „co chcesz zrobić ” zaznaczył – „zmienić ofertę”, zamiast "złożyć ofertę/wniosek". W związku z tym na miniPortalu dwie pierwsze oferty/wnioski widnieją jako zmodyfikowane i nie ma możliwości ich odszyfrowania i odczytania. Opcja „zmienić ofertę” służy do zmiany oferty, a do złożenia oferty służy opcja „złożyć ofertę/wniosek”.

Odwołujący podniósł m.in., że żadnym z przekazanych przez Zamawiającego dokumentów, jak i w Instrukcji, nie było takich informacji, jak: (i) w jaki sposób powinien postąpić wykonawca, którego wniosek po skompresowaniu do jednego pliku jest większy niż 150 MB, (ii) konieczność każdorazowego zaznaczenia pola, że wykonawca zamierza „złożyć ofertę/wniosek” przy wgrywaniu wniosku jako kilku mniejszych części oraz (iii) jakie są konsekwencje błędnego (lecz w przypadku Odwołującego nieświadomego) oznaczenia kolejnych paczek dokumentów stanowiących wniosek jako „zmiany oferty”.

Odwołujący stwierdził, że w sposób uzasadniony przypuszczał, że skoro musi podzielić dokumenty na części to de facto załadowanie każdej kolejnej części zmierza do zmiany poprzednich dokumentów poprzez ich uzupełnienie.

Zdaniem Odwołującego, brak szczegółowego określenia przez Zamawiającego w Ogłoszeniu oraz Załączniku nr 2 instrukcji szyfrowania oraz wgrywania wniosków przez wykonawców, stanowi uchybienie obowiązkom nałożonym na Zamawiającego, zgodnie z dyspozycją art. 10b ustawy Pzp, skutkujące nieprawidłowym przygotowaniem postępowania. Zamawiający nie zapewnił, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz nieograniczające wykonawcom dostępu do postępowania. Niedopuszczenie składania wniosków o rozmiarze powyżej 150 MB przy równoczesnym nieprzekazaniu przez Zamawiającego instrukcji, jak prawidłowo złożyć przez platformę ePUAP wnioski o rozmiarze przekraczającym 150 MB, świadczy o nieprzygotowaniu postępowania w sposób prawidłowy i stanowiło niewątpliwie nadmierne utrudnienie dla wykonawcy, którego efektem była niemożność złożenia wniosku. Dodatkowo istotne jest to, że ePUAP była jedyną platformą, poprzez którą wykonawca mógł przekazać wniosek Zamawiającemu.

W ocenie Odwołującego nieprawidłowe przygotowanie postępowania przez Zamawiającego doprowadziło do uniemożliwienia Odwołującemu udziału w postępowaniu. Odwołujący podjął próby zaszyfrowania oraz wgrania Wniosku do ePUAP na kilka godzin przed upływem terminu na składanie Wniosków, co potwierdza, że działał z należytą starannością umożliwiającą podjęcie odpowiednich czynności w terminie przewidzianym przez Zamawiającego. Wobec tego jedynym problemem, który pojawił się w postępowaniu, był brak instrukcji ze strony Zamawiającego, jak prawidłowo wgrać wnioski o rozmiarze powyżej 150 MB do platformy ePUAP.

Odwołujący podniósł, że w efekcie naruszenia art. 10b ustawy Pzp Zamawiający naruszył również generalną zasadę, że postępowanie winno być przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Wskazał, że podstawą do unieważnienia postępowania jest każdy przypadek, gdy wykonawca nie mógł złożyć dokumentów z uwagi na nieprawidłowe działanie systemów informatycznych, za przygotowanie których odpowiada Zamawiający. Nieprzewidzenie, że rozmiar 150 MB może być niewystarczający i niewybranie alternatywnych rozwiązań systemowych, które umożliwiłyby jednorazowe załadowanie dokumentów, a przy tym brak przedstawienia szczegółowej instrukcji postępowania w przypadku, gdy pliki przekraczają dopuszczalny rozmiar, doprowadziło do rażącego naruszenia zasad równej konkurencji wśród wykonawców poprzez faworyzowanie wykonawców składających wnioski w rozmiarze do 150 MB oraz niezagwarantowanie dostępu do informacji jak załadować dokumenty podzielone na mniejsze „paczki”. Przygotowanie postępowania i szczegółowe poinstruowanie wykonawców, jak mają korzystać z wybranej przez zamawiającego platformy, to obowiązek zamawiającego wprost wynikający z przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, przygotowując postępowanie na zamówienie o dużej wartości, powyżej progu unijnego, powinien był przewidzieć rozmiar dokumentacji biorących udział podmiotów i odpowiednio przygotować wszystkich wnioskodawców na ewentualne techniczne odstępstwa w takich wypadkach.

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

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające

ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 15 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiło Konsorcjum: Mirbud S.A., Marywilka 44 Sp. z o.o., Kobylarnia S.A., JHM Development S.A. wykonawca SPRINT S.A., które zgłosiło przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpili.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 nowej ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a nowej ustawy Pzp, w przypadku zamówień których wartość jest równa albo przekracza progi unijne odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Stosownie natomiast do art. 515 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Izba stwierdziła, że wszystkie zarzuty odwołania sprowadzają się do zakwestionowania sposobu przygotowania postępowania przez Zamawiającego oraz zakresu informacji zawartych w przekazanych wykonawcom dokumentach zamówienia oraz instrukcjach, do których te dokumenty się odwołują. Odrzucenie złożonego przez Odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest jedynie konsekwencją zarzucanych braków w dokumentacji przetargowej i nie stanowi istoty tych zarzutów. Odwołujący nie kwestionuje zasadności czynności odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, podnosi natomiast, że nie mógł skutecznie tego

wniosku złożyć w związku nieprzekazaniem wykonawcom informacji na temat sposobu składania wniosków o rozmiarze powyżej 150 MB. W związku z tym dla ustalenia terminu na wniesienie odwołania w rozpoznawanej sprawie zastosowanie znajduje przepis 515 ust. 2 pkt 1 nowej ustawy Pzp, nie zaś przepis art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a tej ustawy.

Odzwierciedleniem powyższego są również sformułowane przez Odwołującego żądania. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, przy czym wady tej Odwołujący upatruje w przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania. Odwołujący nie zmierza natomiast do unieważnienia czynności odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że istotą zarzutów są podnoszone przez Odwołującego wady w dokumentacji przetargowej. Świadczą o tym wprost twierdzenia Odwołującego przedstawione w uzasadnieniu odwołania, m.in.:

*Zamawiający, mimo że ciąży na nim ustawowy obowiązek zapewnienia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji elektronicznej z wykonawcami, oraz ich właściwości techniczne były m. in. niedyskryminujące oraz ogólnie dostępne, a także aby nie ograniczały wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia, nie przygotował szczegółowej instrukcji korzystania z platformy miniPortal oraz ePUAP, która uwzględniałaby m.in. okoliczność szyfrowania oraz wgrywania przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, które po skompresowaniu stanowiły plik o rozmiarze powyżej 150 MB. (...)*

*Należy zatem uznać, że faktyczną przyczyną odrzucenia Wniosku Konsorcjum było nieprawidłowe przygotowanie Postępowania, czego na obecnym etapie nie da się konwalidować, w konsekwencji zachodzi konieczność unieważnienia Postępowania (...)*

*brak szczegółowego określenia przez Zamawiającego w Ogłoszeniu oraz Załączniku nr 2 instrukcji szyfrowania oraz wgrywania Wniosków przez wykonawców, stanowi uchybienie obowiązkowi nałożonym na Zamawiającego (...)*

*Wobec tego jedynym problemem, który pojawił się w Postępowaniu, był brak instrukcji ze strony Zamawiającego, jak prawidłowo wgrać Wnioski o rozmiarze powyżej 150 MB do platformy ePUAP. (...)*

*nieprzewidzenie przez Zamawiającego, że rozmiar 150 MB może być niewystarczający w tym postępowaniu i niewybranie alternatywnych rozwiązań systemowych, które umożliwiłyby jednorazowe załadowanie dokumentów, a przy tym brak przedstawienia*

*szczegółowej instrukcji postępowania w przypadku, gdy pliki przekraczają dopuszczalny rozmiar, stanowi naruszenie przepisów (...)*

Biorąc pod uwagę, że zarzuty odwołania sprowadzają się do niejasnego określenia sposobu składania wniosków obejmujących dokumenty o rozmiarze przekraczającym 150 MB, to termin na wniesienie odwołania rozpoczął swój bieg w dacie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu (29 grudnia 2020 r.) i upłynął 8 stycznia 2021 r. Już bowiem w dacie ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący mógł się zapoznać z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, w tym dotyczącymi składania wniosków w formie elektronicznej oraz instrukcjami na temat ich składania. Mógł zatem – i jako profesjonalista powinien – ocenić przedstawione przez Zamawiającego informacje pod kątem ich kompletności i zgodności z art. 10b ustawy Pzp.

Podstawą zarzutów odwołania nie są natomiast jakiegokolwiek inne, nowe okoliczności, które zaistniałyby na późniejszym etapie postępowania, a które uzasadniałyby liczenie terminu na wniesienie odwołania dopiero od dnia poinformowania wykonawcy o odrzuceniu jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z kolei nieprawidłowe złożenie przez Odwołującego wniosku i w konsekwencji jego odrzucenie jest jedynie skutkiem zarzucanych nieprawidłowości, nie stanowi natomiast pierwotnej podstawy zarzutów. Innymi słowy, zarzuty takie, jak podniesiono w przedmiotowej sprawie, mogły być podniesione w terminie liczonym od ogłoszenia o zamówieniu, już wtedy bowiem wykonawcy dysponowali wiedzą pozwalającą ocenić sposób przygotowania postępowania przez Zamawiającego w zakresie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w formie elektronicznej.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 nowej ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 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), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 529 ust. 1 nowej ustawy Pzp.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....