

WYROK

z dnia 19 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **16 lipca 2019 r.** w Warszawie odwołań wniesionych **4 lipca 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

- A. DM Transarr sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1261/19)**
- B. Freezco sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Contimax S.A. z siedzibą w Bochni wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1267/19)**

w postępowaniu pn. *Dostawa artykułów spożywczych do magazynów organizacji partnerskich w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa 2-14-20120 Podprogram 2019* (nr postępowania 878/2019/C)

prowadzonym przez zamawiającego: **Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. Alimco S.p.A. Commercio Alimentari e Prodotti Agricoli z siedzibą w Bolzano (Włochy) – sygn. akt KIO 1261/19**
- B. Firma Handlowo-Usługowa D. B., Wolbrom – sygn. akt KIO 1261/19**
- C. SOKPOL sp. z o. o. z siedzibą w Myszkowie – sygn. akt KIO 1261/19**
- D. GRAAL S.A. z siedzibą w Wejherowie – sygn. akt: KIO 1261/19 i KIO 1267/19**

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie prowadzonego postępowania.**
- 2. Kosztami postępowania w obu sprawach obciąża zamawiającego i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną łącznie przez**

odwołujących tytułem wpisów od odwołania,

- 2.2.** zasądza od **zamawiającego** na rzecz **każdego odwołującego** kwotę po **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

{KIO 1261/19, KIO 1267/19}

Zamawiający Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa z siedzibą w Warszawie {dalej również: „KOWR”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na usługi pn. *Świadczenie usługi eksperckiej w zakresie informatyki i teleinformatyki w kontrolach prowadzonych przez Centrum Projektów Polska Cyfrowa* (nr postępowania ZP/12/2017)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 maja 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_097 pod poz. 233858.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

24 czerwca 2019 r. odbyło się publiczne otwarcie ofert w powyżej wymienionym postępowaniu.

{KIO 1261/19}

3 lipca 2019 r. Odwołujący DM Transarr sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Transarr”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów):

1. Art. 8 ust. 1 oraz art. 86 ust. 1-4 – przez naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasad publicznego otwarcia ofert, polegające na otwarciu złożonych ofert za zamkniętymi drzwiami, tj. poza pomieszczeniem, w którym otwarcie ofert miało nastąpić, oraz zaprezentowaniu ich w różnych formatach, w niewyjaśnionej kolejności, bez przypisywania im numerów tj. w sposób niepozwalający na weryfikację ich faktycznego pochodzenia od danego wykonawcy, a także poprawności ich złożenia i przesłania w odpowiedniej formie.
2. Art. 7 ust. 1 – przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, polegające na podwójnej prezentacji jednego z oferentów, w pierwszej kolejności

w systemie miniPortal, a następnie w formacie .doc.

3. art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 93 ust. 2 – przez zaniechanie unieważnienie postępowania pomimo takiego obowiązku w zakresie dotkniętym wadami.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia otwarcia ofert oraz unieważnienie postępowania w zakresie zadań o numerach: 6, 7, 8, 9, 11, 17, 18, 19.
2. Powtórzenia zaskarżonych czynności w zakresie tych zadań.n

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Postępowanie obejmuje 20 zadań, spośród których Transarr złożył ofertę na zadania nr: 6, 7, 8, 9, 11, 17, 18 i 19.

Oferty były składane wyłącznie w formie elektronicznej, z zastosowaniem techniki szyfrowania, za pośrednictwem systemu miniPortal.

Otwarcie ofert miało nastąpić 24.06.2019 r. o godz. 14:00. w sali 624 i uczestniczyło w nim kilkanaście zainteresowanych osób oraz członkowie komisji przetargowej. Kiedy próba rozszyfrowania pierwszej oferty okazała się bezskuteczna, część członków komisji przetargowej udała się do innego, niedostępnego dla publiczności pomieszczenia, zabierając ze sobą zaszyfrowaną ofertę. Po upływie godziny, na pytania publiczności o stan otwarcia ofert, pozostali na sali członkowie komisji przetargowej oznajmili, że oferty są rozszyfrowywane i otwierane w innym pomieszczeniu, nie reagując jednocześnie na uwagi publiczności, że takie postępowanie jest sprzeczne z ustawą. Następnie osoba obsługująca laptopa powróciła na salę nr 624 i rozpoczęła prezentację pierwszej (rozszyfrowanej i otwartej za zamkniętymi drzwiami) oferty (była to oferta włoskiej spółki Alimco S.p.A.).

W analogiczny sposób przebiegło otwarcie pozostałych ofert – osoby obsługujące sprzęt elektroniczny opuszczały salę nr 624, dokonywały rozszyfrowania i otwarcia ofert w odrębnym pomieszczeniu (niedostępnym dla publiczności), a następnie wracały z ofertami gotowymi do przedstawienia publiczności oczekującej w sali nr 624 (co polegało na wyświetleniu otwartej oferty na rzutniku).

Wyjątkiem była oferta CONTIMAX, której zgodnie z oświadczeniem jednego z członków komisji nie dało się otworzyć.

Prezentacja ofert następowała na zmianę w formacie .pdf i edytowalnym formacie .doc (w przypadku oferentów Lestello sp. z o.o., ZPC Piast sp. z o.o. oraz Alimco S.p.A.). Przy czym oferta Alimco została po dwóch godzinach od jej otwarcia ponownie zaprezentowana, tym razem w formacie .doc. Wtedy przedstawicielka Alimco zadała pytanie

członkom komisji, w jaki sposób weszli w posiadanie wersji oferty w formacie .doc oferty, gdyż przesłana została tylko zaszyfrowana oferta za pośrednictwem miniPortalu. Komisja przetargowa nie udzieliła w tej kwestii żadnej odpowiedzi.

Otwarcie i prezentacja ofert następowało w nieustalony z góry sposób, według oświadczenia członka komisji zgodnie z kolejnością, w jakiej udało się je rozszyfrować. Wyświetlana była jedynie treść oferty i informacja od kogo taka oferta miałaby pochodzić.

Odwołujący podniósł, że jawność jest naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia, której przejawem jest art. 86 pzp regulujący sposób publicznego otwarcia ofert. Przy czym w orzecznictwie Izby podkreśla się, że otwarcie ofert ma charakter jawny nie tylko w stosunku do wykonawców, ale *erga omnes* (wyrok z 12 października 2009 r. sygn. KIO/UZP 1344/09, Legalis nr 183749). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że przez rozszyfrowanie i otwarcie ofert w pomieszczeniu niedostępnym dla osób zainteresowanych dopuścił się naruszenia powyższych zasad.

Odwołujący wywiódł, że dotychczas otwarcie ofert polegało na fizycznym ich rozpakowaniu i odczytaniu informacji wymaganych przepisami. W postępowaniach, w których oferty składane są w formie elektronicznej, istota otwarcia ofert pozostaje ta sama. W praktyce zamawiający winien dokonać publicznego otwarcia takich ofert na komputerze po dokonaniu stosownych czynności na platformie, na której złożono oferty (np. zalogowanie, odszyfrowanie i pobranie ofert). Następnie zamawiający powinien odczytać z ekranu komputera wymagane prawem informacje. Skoro przepisy ustawy pzp nakazują, aby jawny charakter miały wszystkie czynności związane z otwarciem ofert, obejmuje to również czynności związane z rozszyfrowaniem i uzyskaniem przez zamawiającego wglądu do treści uprzednio zaszyfrowanej oferty. Niedokonanie jawnie tych czynności może budzić poważne wątpliwości m.in. co do tego, czy nie doszło do ingerencji w treść niepublicznie otwartych ofert, ale także kiedy wpłynęły oferty, czy wpłynęły od danego wykonawcy etc.

Według Odwołującego w tym przypadku takie wątpliwości powstają z uwagi na wyświetlanie przez Zamawiającego ofert na zmianę w formacie .doc., .pdf oraz w systemie mini Portal. Uzasadnione obiekcje budzi zwłaszcza fakt przedstawienia kilku ofert w edytowalnym formacie (.doc), przy jednoczesnym niewyjaśnieniu, skąd te pliki pochodzą. Ponieważ oferty nie zostały otwarte publicznie, budzi poważne wątpliwości, czy oferty te pochodzą od właściwego podmiotu, czy zostały złożone w terminie oraz czy nie doszło do ingerencji w ich treść (co w przypadku ofert wyświetlanych w formacie .doc byłoby niezwykle proste). Dodatkowo oferta jednego oferenta nie została w ogóle rozszyfrowana,

choć wedle jego oświadczeń była złożona w należytej formie i terminie.

Odwołujący zauważył, że niedawno wydanym orzeczeniu Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2019 r. sygn. KIO 574/19 LEXnr 2671239 Izby zostało podkreślone, że dotychczasowe zasady jawnego i publicznego otwarcia ofert zachowują aktualność także na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy, związanych z elektroniczną postępowania przetargowego.

Odwołujący zarzucił, że brak w istocie jawnego rozszyfrowania i otwarcia ofert oraz ich prezentacja w formacie umożliwiającym ingerencję w jej treść, prowadzi w konsekwencji do wadliwości całego postępowania przetargowego.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby, w którym podkreślana jest doniosłość jawnego otwarcia ofert *Jawna czynność pozwala na ustalenie kręgu podmiotów, którzy ubiegają się o dane zamówienie. Oferta nie może zostać otwarta na niejawnym posiedzeniu komisji przetargowej, ale publicznie, w sposób jawny (...) publiczne otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną, która nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że brak publicznego otwarcia ofert stanowi wadę tego postępowania, które wywiera istotny wpływ na umowę* (wyrok z 29 czerwca 2016 r. sygn. KIO 1069/16, Legalis nr 1523016; tak również w wyroku z 12 kwietnia 2019 r. sygn. KIO 574/19, LEX nr 2671239). Odwołujący dodał, że we wspomnianym orzeczeniu Izby podniesiono również, że tego typu uchybienie przy czynności otwarcia ofert (naruszenie zasady jawności), stanowi nieusuwalną wadę postępowania istniejącą zawsze, niezależnie od tego czy oferta, która nie została publicznie otwarta jest ofertą najdroższą, czy też plasuje się wyżej w rankingu kryteriów oceny ofert. Odwołujący podsumował, że według orzecznictwa Izby czynność otwarcia ofert jest czynnością faktyczną, która nie może być powtórzona. Uchybienia proceduralne w tym zakresie prowadzą do powstania nieusuwalnej wady całego postępowania, co skutkować winno jego unieważnieniem w tym zakresie (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp).

Zdaniem Odwołującego skoro w tym postępowaniu przetargowym doszło do rozszyfrowania i otwarcia przez Zamawiającego ofert za zamkniętymi drzwiami, w pomieszczeniu niedostępnym dla zainteresowanych, *de facto* do publicznego otwarcia ofert w rozumieniu przepisów ustawy pzp nie doszło. Pominięty został niezbędny element postępowania przetargowego, a przecież można było do pomieszczenia, w którym otwierane były oferty, zaprosić choćby reprezentację obecnych na sali. Mając na uwadze opisane powyżej, doniosłe znaczenie publicznego otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, konsekwencją przedmiotowych naruszeń w niniejszej sprawie, winno być nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przetargu oraz jego przeprowadzenie

od nowa.

Z kolei podwójne zaprezentowanie ofert jednego z oferentów, tym bardziej, że nie zostało w żaden logiczny sposób wyjaśnione, może stanowić naruszenie zasady równego traktowania oferentów z art. 7 pzp.

{KIO 1267/19}

4 lipca 2019 r. Odwołujący Freezco sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Contimax S.A. z siedzibą w Bochni wspólnie ubiegający się o udzielenie tego zamówienia {dalej: „Konsorcjum Freezco”} wnieśli w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności otwarcia ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 8 ust. 1 w zw. z art. 86 ust. 2 i 4 – przez naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia i otwarcie ofert w sposób niepubliczny.
2. Art. 8 ust. 1 w zw. z art. 86 ust. 2 i 4 – przez brak przekazania w trakcie czynności otwarcia ofert 24 czerwca 2019 r. informacji dotyczących oferty Gomar Pińczów sp. z o.o. w zakresie wymaganym w art. 86 ust. 4.
3. Art. 10b w zw. z art. 7 ust. 1 – przez niezapewnienie przez Zamawiającego, 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.
4. Art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 93 ust. 2 – zaniechanie unieważnienia postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 17.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

24 czerwca 2019 r. miało miejsce otwarcie ofert w postępowaniu m.in. w zakresie

zadania częściowego nr 17. O godzinie 14 pracownik KOWR rozpoczął proces odczytu ofert. Wpierw poinformował o kwotach przeznaczonych na realizację projektu oraz kwotach na realizację każdego zadania cząstkowego. Następnie poinformował o drobnych problemach technicznych i konieczności przygotowania systemu. Po chwili przystąpiono do rozszyfrowania pierwszej oferty. Kilkukrotna próba rozszyfrowania skończyła się niepowodzeniem z komunikatem: brak połączenia z serwerem (miniPortal). Następnie ekran, na którym wyświetlany był przebieg otwarcia ofert został wyłączony, a podejmowane próby rozszyfrowania ofert odbywały się bez wizji. Kilkakrotnie w celu rozszyfrowywania ofert do sali proszony był pracownik, który nie należał do komisji przetargowej. Około godz. 15.30 poinformowano obecnych o tym, że dalszy przebieg otwarcia ofert będzie odbywał się w sali obok na innych komputerach i jeżeli zakończy się powodzeniem, obecni zostaną zaproszeni na odczytanie ofert. Chwilę później pracownik KOWR poinformował zgromadzonych, że część ofert została odszyfrowana i zostaną za chwilę odczytane. Następnie na ekranie ukazał się przewodniczący komisji przetargowej wraz z laptopem, na którym była wyświetlona oferta Alimco. Na skutek podnoszących się głosów sprzeciwu co do braku jawności przebiegu otwarcia ofert, komisja przetargowa poinformowała, że oferty zostały jedynie odszyfrowane w osobnym pomieszczeniu, natomiast otwarcie ich po raz pierwszy następuje publicznie na sali, na której znajdują się oferenci.

Około 17.30 poinformowano o braku możliwości otwarcia oferty Konsorcjum Freezco. Na skutek głosów publiczności dot. naruszenia jawności otwarcia ofert, komisja przetargowa po raz drugi przeprowadziła proces odszyfrowania oferty Odwołującego, tym razem publicznie. Wtedy na ekranie wyświetlił się komunikat, że oferta złożona przez Odwołującego została rozszyfrowana. Odwołujący złożył również drugą ofertę, obejmującą inny zakres postępowania, przy czym obie oferty zostały zaszyfrowane w jednakowy sposób. Druga oferta została otworzona prawidłowo, bez żadnych komplikacji.

Do pomieszczeń, w których były odszyfrowywane oferty, nie miały dostępu osoby uprawnione do uczestnictwa w otwarciu ofert, w tym w szczególności oferenci. Po przedstawieniu każdej z ofert ekran był wygaszany. Ponadto podczas całego procesu odszyfrowywania (otwierania) ofert przedstawiciele Zamawiającego posługiwali się różnego rodzaju nośnikami danych, przy których użyciu podejmowane były kolejne próby.

28 czerwca 2019 r. na stronie internetowej bip.kowr.gov.pl pojawiła się informacja otwarcia ofert, z której wynika m.in., że jedna z ofert (chodzi o ofertę Konsorcjum Freezco) nie mogła zostać rozpakowana i odczytana. W związku z czym 24 czerwca 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Urzędu Zamówień Publicznych z prośbą o pomoc w rozszyfrowaniu oferty i jej odczytaniu. 26 czerwca 2019 r. UZP przekazał informację,

że oferta została podwójnie zaszyfrowana.

Ponadto dopiero w Informacji z otwarcia ofert pojawił się informacja, że Gomar Pińczów sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Pińczowie przesała na elektroniczną skrzynkę podawczą ePUAP zaszyfrowany plik, który nie zawiera oferty.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 8 ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zarówno dla wykonawców, jak i dla innych osób zainteresowanych jawność oznacza możliwość wglądu do dokumentów, czy możliwość uzyskania kopii dokumentów odzwierciedlających czynności podejmowane przez zamawiającego. Oczywiście jawność nie może być uznawana za prawo do bycia obserwatorem we wszystkich pracach zamawiającego, a w szczególności komisji przetargowej. Natomiast są takie czynności, w których ma prawo uczestniczyć każdy (nie tylko wykonawcy), jak np. czynność otwarcia ofert. Zamawiający nie może wprowadzać w tym zakresie żadnych ograniczeń.

W postępowaniach, w których oferty składane są elektronicznie istota otwarcia ofert pozostaje ta sama. Oznacza to, że również oferty złożone w formie elektronicznej podlegają publicznemu otwarciu. W praktyce zamawiający dokonują otwarcia takich ofert na komputerze po wykonaniu szeregu czynności wymaganych w przypadku danej platformy na której złożono oferty (np. zalogowanie, odszyfrowanie i pobranie ofert). Nie ma przeszkód, aby w takim otwarciu ofert uczestniczyli wykonawcy. Zamawiający odczytuje z ekranu komputera informacje wymagane przez ustawę pzp (M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019).

Odwołujący zarzucił, że opisany powyżej przebieg czynności otwarcia ofert rażąco naruszył zasadę jawności. Odwołujący oraz pozostali obserwatorzy zostali pozbawieni możliwości uczestniczenia w czynności, w zakresie, w jakim odbywało się odszyfrowywanie ofert. Co więcej według Odwołującego niewiarygodne są twierdzenia członków komisji przetargowej, że bez udziału zgromadzonych odbywało się wyłącznie odszyfrowanie ofert, zaś sama czynność ich otwarcia odbywała się publicznie. Świadczy o tym chociażby fakt, że nie podjęto próby publicznego otwarcia oferty złożonej przez Odwołującego. Zgromadzeni zostali jedynie poinformowani, że jednej z ofert nie można otworzyć.

W ocenie Odwołującego naruszenie zasady jawności podczas otwarcia ofert powoduje konieczność unieważnienia postępowania. Odwołujący zauważył, że skoro pliki były przenoszone z jednego komputera na drugi, nie można wykluczyć, że podczas wykonywanych na nich operacjach złożona przez niego oferta została w jakiś sposób

uszkodzona, co doprowadziło do problemów z jej otwarciem. Utajnienie przebiegu czynności rozszyfrowywania ofert sprawiło, że oferenci nie są w stanie ustalić, z jakich nośników pochodziły oferty oraz czy nie dokonywano w nich żadnych zmian.

Zdaniem Odwołującego twierdzenie, że złożona przez niego oferta nie mogła zostać otwarta z uwagi na to, że została podwójnie zaszyfrowana nie jest wiarygodne. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, gdyby oferta była podwójnie zaszyfrowana, pojawiłby się komunikat, że oferta nie może zostać odszyfrowana. Ponadto brak trudności z otwarciem oferty złożonej na inny zakres zamówienia świadczy o tym, że problem w otwarciu oferty wynikał z okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności, a może być wynikiem operacji przeprowadzanych na pliku, w szczególności na skutek przenoszenia go na inne nośniki przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 10b pzp, zgodnie z którym na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia infrastruktury do składania ofert i dbania, by nie ograniczała ona dostępu do przetargu. Oznacza to, że Zamawiający ponosi odpowiedzialność za to wadliwe działanie systemu podczas otwarcia ofert, które doprowadziło do naruszenia jawności oraz braku możliwości otwarcia niektórych ofert. Podkreślić należy, że problemy techniczne nie dotyczyły tylko oferty Odwołującego, lecz były generalnym problemem uniemożliwiającym prawidłowy przebieg czynności otwarcia ofert. Nie można wykluczyć, że w wyniku przeprowadzanych operacji na plikach doszło do ich uszkodzenia na skutek czego oferty nie mogły zostać odszyfrowane.

Odwołujący zarzucił również, że naruszeniem 86 ust. 4 pzp, który nakłada obowiązek, aby podczas otwarcia ofert podać nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach, było niepoinformowania podczas otwarcia ofert, że Gomar Pińczów sp. z o.o. S.K.A. zgłosił się do postępowania, ale przesłany plik nie zawierał tych informacji. Według Odwołującego potwierdza to również tezę, że otwarcie ofert musiało odbywać się w sposób niejawnny, gdyż komisja przetargowa musiała otworzyć plik przesłany przez Gomar Pińczów sp. z o.o. S.K.A. za zamkniętymi drzwiami, aby przekazać informację o wysłaniu niepełnej oferty przez ten podmiot.

Odwołujący powołał się na wyrok Izby z 4 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1096/16, że brak podania do publicznej wiadomości – odczytania nazwy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny oferty i innych elementów wymienionych w art. 86 ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, która to wada uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zwrócił uwagę na wyjątkowość czynności otwarcia ofert. Jest to czynność faktyczna, która ma charakter jednokrotny i nie może być ponawiana w danym postępowaniu (zob. wyrok Izby z 12.10.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1344/09, LEX nr 529640 oraz uchwałę Izby z 29.05.2014 r. sygn. akt KIO/KU 48/14, LEX nr 1483909). Powyższe przesądza o braku możliwości konwalidowania czynności zaniechania otwarcia prawidłowo złożonej oferty. Brak publicznego otwarcia oferty stanowi nieusuwalną wadę postępowania i powoduje niemożliwość wyboru oferty najkorzystniejszej (wyrok Izby z 29.6.2016 r. sygn. akt KIO 1069/16, Legalis).

W wyroku z dnia 12 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 574/19 słusznie zauważono, iż czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową i niepowtarzalną, a publiczne otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną, która nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że brak publicznego otwarcia ofert stanowi wadę tego postępowania, które wywiera istotny wpływ na umowę. Tego typu nieusuwalna wada istnieje zawsze, niezależnie od tego czy oferta, która nie została publicznie otwarta jest ofertą najdroższą czy też plasuje się wyżej w rankingu kryteriów oceny ofert. Zachowanie zasady jawności pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W powyższym wyroku zauważono również, że co prawda nastąpiły zmiany w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, związane z jej elektronicznością, w tym poprzez składanie ofert w formie elektronicznej, jednakże naczelną zasadę udzielania zamówień publicznych, jak do tej pory, nie uległy zmianie, co powoduje, że ich prawidłowe zastosowanie, jak najbardziej podlega badaniu przez Izbę i nie może podlegać interpretacji rozszerzającej zakres możliwego zastosowania.

Odwołujący podsumował, że w tej sprawie zachodzi konieczność unieważnienia postępowania w zakresie zadania częściowego nr 17 z uwagi na naruszenie przepisów ustawy pzp dot. jawności postępowania.

{KIO 1261/19, KIO 1267/19}

W odpowiedziach na odwołania z 12 lipca 2019 r. Zamawiający wniósł o ich oddalenie, podając w szczególności następujące uzasadnienie swojego stanowiska w odniesieniu do poszczególnych zarzutów.

Zamawiający w szczególności następująco opisał przebieg publicznego otwarcia ofert.

W rozdziale X część A SIWZ Zamawiający poinformował o sposobie porozumiewania się z wykonawcami na etapie składania ofert, m.in. wskazując, że:

- 1) w postępowaniu komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu: a) MiniPortalu (<https://miniportal.uzp.gov.pl/>), b) ePUAP (<https://epuap.gov.pl/wps/portal>) /KOWR/SkrytkaESP oraz c) poczty elektronicznej (e-mail): zamowienia.publiczne@kowr.gov.pl (ust. 2 części A rozdziału X SIWZ);
- 2) wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych, elektronicznych kopii dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu zostały opisane w Regulaminie korzystania z miniPortalu oraz Regulaminie ePUAP (ust. 4 części A rozdziału X SWZ);
- 3) za datę przekazania oferty, wniosków, zawiadomień, dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń oraz innych informacji przyjmuje się datę ich przekazania na ePUAP (ust. 7 części A rozdziału X SIWZ).

Jednocześnie, w rozdziale XVI SIWZ Zamawiający poinformował o miejscu oraz terminie składania i otwarcia ofert, m.in. wskazując, że:

- 1) oferty można składać do dnia 24-06-2019 r., do godz. 10:00 (ust. 1 części A rozdziału XVI SIWZ);
- 2) Wykonawca składa ofertę (Formularz oferty stanowi Załącznik nr 2 do SIWZ) za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu. Klucz publiczny niezbędny do zaszyfrowania oferty przez Wykonawcę jest dostępny dla Wykonawców na miniPortalu. W Formularzu oferty Wykonawca zobowiązany jest podać adres skrzynki ePUAP, na którym prowadzona będzie korespondencja związana z postępowaniem (ust. 2 części A rozdziału XVI SIWZ);
- 3) sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty został opisany w Regulaminie korzystania z miniPortalu. Ofertę należy złożyć w oryginale (ust. 3 części A rozdziału XVI SIWZ);
- 4) otwarcie ofert nastąpi w dniu 24-06-2019 r., o godz. 14:00 w KOWR, ul. Karolkowa 30, Warszawa. Informacja o sali, w której odbędzie się otwarcie ofert, zostanie zamieszczona w dniu otwarcia ofert przy Kancelarii KOWR (ust. 1 części B rozdziału XVI SIWZ);
- 5) otwarcie ofert następuje poprzez użycie aplikacji do szyfrowania ofert dostępnej na miniPortalu i dokonywane jest poprzez odszyfrowanie i otwarcie ofert za pomocą klucza prywatnego (ust. 2 części B rozdziału XVI SIWZ);
- 6) bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający poda kwotę, jaką zamierza

- przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ust. 3 części B rozdziału XVI SIWZ);
- 7) podczas otwarcia ofert Zamawiający poda nazwę (firmę) i adresy Wykonawców, a także informacje dotyczące cen zawartych w ofertach (ust. 4 części B rozdziału XVI SIWZ);
 - 8) niezwłocznie po otwarciu ofert Zamawiający zamieści na stronie internetowej informacje dotyczące: a) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; b) firm oraz adresów Wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie; c) ceny, terminu wykonania zamówienia (ust. 5 części B rozdziału XVI SIWZ).

Otwarcie ofert przebiegało w ten sposób, że sekretarz Komisji Przetargowej, korzystając z laptopa, otwierał plik każdej oferty (formularza oferty). Dodatkowo obraz z monitora laptopa był przekazywany za pomocą projektora na ekran projekcyjny na ścianie w sali konferencyjnej oznaczonej nr 624. Sekretarz komisji przetargowej z każdego formularza oferty podawał: 1) nazwę (firmę) wykonawcy, 2) adres wykonawcy, 3) ceny zaoferowane w poszczególnych zadaniach częściowych, na które wykonawca składał ofertę, z wymienieniem tych zadań, czyli informacje z formularza oferty. Plik każdego wielostronicowego formularza oferty był przewijany na ekranie projekcyjnym tak, żeby przedstawiciele wykonawców mogli obserwować treść otwieranej oferty (formularza oferty). Formularze oferty były prezentowane w takim formacie pliku, w jakim zostały złożone przez wykonawców, tj. .pdf lub .doc (oferta Lestello sp. z o.o. posiadała dodatkowo aktywny tryb śledzenia zmian wprowadzonych 21.06.2019 r.).

Ponieważ członkowie komisji przetargowej napotkali trudności techniczne podczas deszyfrowania ofert za pomocą aplikacji wspierającej miniPortal, przewodniczący komisji poprosił o wsparcie techniczne informatyka. Wobec braku możliwości deszyfrowania ofert na laptopie w sali konferencyjnej, zastępca sekretarza każdorazowo dokonał tego na komputerze stacjonarnym w pokoju nr 623, znajdującym się bezpośrednio przy sali konferencyjnej nr 624.

Członkowie komisji przetargowej na bieżąco informowali osoby obecne na otwarciu ofert o zaistniałych problemach technicznych, podejmowanych działaniach, w tym o tym, że czynności w pokoju nr 623 dotyczą czynności związanych z deszyfrowaniem ofert oraz o tym, że otwarcie każdej z ofert nastąpi na sali konferencyjnej nr 624.

Pokój nr 623 w trakcie deszyfrowania ofert nie był zamknięty i każda z osób obecnych na czynności otwarcia ofert w sali konferencyjnej nr 624 mogła swobodnie udać się do tego pomieszczenia. Żadna z osób obecna na czynności otwarcia ofert w sali konferencyjnej nr 624 nie zgłosiła jednak takiej chęci.

W trakcie otwarcia ofert dwukrotnie odczytano tę samą ofertę Alimco S.p.A., podając dwukrotnie nazwę (firmę) i adres oraz dwukrotnie ww. tożsame kwoty, gdyż na liście

złożonych ofert na miniPortalu wykonawca ten jest zarejestrowany w dwóch pozycjach: 1) na karcie 1 z 3 – w pierwszym wierszu, nazwa pliku: „JEDZ ALIMCO.zip”, status oferty: „Zmiana”, data i godzina złożenia na ePUAP: 2019.06.21, godzina 16:32; data i godzina rejestracji w miniPortalu: 2019.06.21, godzina 16:32; 2) na karcie 2 z 3 – w ósmym wierszu od góry; nazwa pliku: „OFERTA.zip”, status oferty: „Dodanie”, data i godzina złożenia na ePUAP: 2019.06.21, godzina 16:32; data i godzina rejestracji w miniPortalu: 2019.06.21, godzina 16:32. Przy czym rejestracja na miniPortalu w obu pozycjach nastąpiła o tej samej godzinie (2019.06.21, 16:32) i dotyczy tego samego pliku.

Przedstawiciele Zamawiającego nie mogli otworzyć jednej oferty, która została złożona na elektroniczną skrytkę podawczą (ePUAP): /KOWR/SkrytkaESP 21.06.2019 r. o godzinie 17:48:15. Z treści opisu na ePUAP wynika, że nadawcą przesyłki zawierającej załącznik o nazwie .zip jest Freezsco sp. z o.o. Po pobraniu oferty z ePUAP na dysk lokalny komputera Zamawiającego i ukazaniu się komunikatu o deszyfrowaniu oferty przedstawiciele Zamawiającego nie mogli rozpakować archiwum zip przy pomocy programu „7-Zip”. Próby rozpakowania archiwum zip były podejmowane wielokrotnie przez sekretarza, zastępcę sekretarza komisji przetargowej oraz informatyka na różnych komputerach Zamawiającego, o różnych konfiguracjach, z dostępem do Internetu. Informatyk dodatkowo użył również innego niż „7-Zip” oprogramowania do rozpakowywania archiwów zip. Wszystkie próby kończyły się każdorazowo niepowodzeniem - komunikatem „Nie można otworzyć pliku oferta Contimax_Freezsco zaszyfrowana.zip jako archiwum” Ostatnia bezskuteczna próba rozpakowania oferty odbyła się ok. godz. 19:00.

Przedstawiciele Zamawiającego poinformowali wszystkich obecnych na sali konferencyjnej nr 624 o ww. problemach technicznych oraz o kolejnych próbach rozpakowania archiwum zip tej oferty. Przy czynnościach zmierzających do rozpakowania archiwum zip byli obecni przedstawiciele Konsorcjum Freezsco. Jeden z nich zaproponował zaangażowanie własnego informatyka i otwarcie oferty na laptopie należącym do wykonawcy. Przedstawiciele Zamawiającego odmówili.

Na tym zakończono czynność otwarcia ofert w ramach ww. postępowania.

Następnie Zamawiający przekazał pocztą elektroniczną do Urzędu Zamówień Publicznych plik tej oferty z prośbą o zweryfikowanie możliwości jej deszyfrowania i odczytania. 26.06.2019 r. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał wiadomość elektroniczną, że z analizy Urzędu wynika, że oferta została podwójnie zaszyfrowana.

W terminie składania ofert na elektroniczną skrytkę podawczą (ePUAP) :/KOWR/SkrytkaESP wpłynął zaszyfrowany plik, który nie zawierał oferty. Nadawcą tego pliku była firma Gomar Pińczów sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Pińczowie, ul. Przemysłowa 6,

28-400 Pińczów. W trakcie otwarcia ofert, po pobraniu i deszyfrowaniu spakowanego ww. pliku okazało się, że zawiera on tylko: 1) plik w formacie pdf o nazwie „espd-response”, zawierający Jednolity Europejski Dokument Zamówienia; 2) plik w formacie XML o nazwie „espd-response”, zawierający Jednolity Europejski Dokument Zamówienia; 3) plik w formacie txt o nazwie „README”, zawierający krótką dokumentację plików ESPD.

24.06.2019 r. o godzinie 10:22 tj. po upływie terminu składania ofert wpłynęła na elektroniczną skrytkę podawczą oferta Mispol Food sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, ul. Szafirowa 17, 16-400 Suwałki,

Ogółem w postępowaniu zostały złożone 24 oferty.

Zamawiający przedstawił w szczególności następującą argumentację prawną w odniesieniu do zarzutów odwołań.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z art. 86 ust. 2 pzp jawne jest także otwarcie ofert. Przy czym zaznaczyć należy, że otwarcie ofert nie jest czynnością prawną, a czynnością faktyczną, jednokrotną i ze swej natury niepowtarzalną w danym postępowaniu (tak np. w wyroku z 12.10.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1344/09).

W doktrynie podkreśla się, że wyrażeniem jawności postępowania jest m.in. podanie bezpośrednio przed otwarciem kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 pzp), a podczas otwarcia ofert nazw (firm) oraz adresów wykonawców, informacji dotyczących ceny oferty, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach (art. 86 ust. 4 uPzp). Elementem jawności postępowania jest zamieszczenie na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 pzp (Nowicki Józef Edmund w: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. IV. Wolters Kluwer Polska).

Odnosząc się do przywoływanego w odwołaniach wyroku Izby z 12.04.2019 r. sygn. akt KIO 574/19, Zamawiający podkreślił, że w przypadku ofert składanych elektronicznie (ePUAP / miniPortal) zapoznanie się z nimi nie jest możliwe przed upływem terminu ich otwarcia, gdyż dopiero w dniu i godzinie otwarcia ofert generuje się klucz prywatny, umożliwiający deszyfrowanie ofert, a następnie ich otwarcie.

Ponieważ ustawa pzp nie zawiera definicji oferty, na podstawie art. 14 pzp w tym zakresie znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego {dalej również: „kc”} dotyczące oświadczeń woli. Zgodnie z art. 60 kc z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej

woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Według art. 61 § 1 kc oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Przy czym zgodnie z art. 61 § 2 kc 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.

Zestawienie powyższych norm wskazuje, że w przypadku oświadczenia woli, które ma być złożone innej osobie *do elementów takiego oświadczenia woli, bez których nie mogłoby ono powstać albo nie byłoby prawnie skuteczne, należą: sam akt woli, tzn. podjęcie odpowiedniej decyzji przez osobę, która ma złożyć oświadczenie woli, wyrażenie woli na zewnątrz, zachowanie przy tej czynności odpowiedniej formy, jeżeli ustawa lub umowa stron tego wymaga, wreszcie dojście tego oświadczenia do adresata. W zasadzie wszystkie te elementy tworzą jedną całość Dlatego jako zasadę należy przyjąć, że w wypadku gdy oświadczenie woli ma być złożone w odpowiedniej formie, powinno ono dojść do osoby, do której jest skierowane, w takiej właśnie postaci* (tak w uchwale siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 20.02.1967 r. sygn. akt III CZP 88/66).

Podsumowując, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 25.02.2019 r. sygn. akt KIO 221/19, Zamawiający podkreślił, że art. 60 kc określa jeden z najistotniejszych elementów oświadczenia woli – o jego złożeniu można mówić dopiero z chwilą zewnętrznego przejawu woli dokonującego czynności prawnej. Zaś z ujawnieniem woli immamentnie związane jest doręczenie oświadczenia, gdyż aby oświadczenie woli składane innej osobie wywarło skutek prawny, musi zostać jej skutecznie złożone. Jest to istotne w szczególności w zakresie oświadczeń mających oznaczonego adresata, tj. oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, której adresatem jest jednostka zamawiająca w danym postępowaniu. Zgodnie z treścią tego orzeczenia Zamawiający zwrócił uwagę, że skuteczność oświadczenia woli zależy od uprzystępnienia go (zakomunikowania) właściwej osobie, a więc tej, do której jest ono kierowane (tak w wyroku Sądu Najwyższego z 21.06.1965 r. sygn. akt III PR 18/65, a także wyrok Sądu Najwyższego z 18.12.1966 r. sygn. akt I CKU 44/96),

Odnosząc się do kwestii dotyczącej postaci elektronicznej i formatu ofert złożonych w postępowaniu Zamawiający podniósł, że art. 10a ust. 5 pzp stanowi przepis szczególny w stosunku do art. 78 § 1 kc, przy czym oba te przepisy używają tego samego określenia tzn. postać elektroniczna i nie różnicują wymagań co do jego rozumienia w kontekście sporządzenia oferty.

Ponadto, mając na uwadze § 4 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 (Dz. U. poz. 1320 ze zm.) dokumenty elektroniczne przekazywane za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, o których mowa w § 2 ust. 1 tego rozporządzenia, tj. wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu lub w SIWZ albo w innym dokumencie rozpoczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia, sporządzane są w jednym z formatów danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 700 ze zm.), tj. 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 teleinformatycznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2247), zwanym dalej rozporządzeniem ws. interoperacyjności.

W załączniku nr 2 do ww. rozporządzenia ws. interoperacyjności pn. „Formaty danych oraz standardy zapewniające dostęp do zasobów informacji udostępnianych za pomocą systemów teleinformatycznych używanych do realizacji zadań publicznych” ustawodawca przewidział, iż w celu wymiany zasobów informacyjnych przez podmioty realizujące zadania publiczne stosuje się dokumenty m.in. w formacie .pdf, .doc, natomiast do elektronicznego podpisywania, weryfikacji podpisu, opatrywania pieczęcią elektroniczną i szyfrowania dokumentów elektronicznych stosuje się m.in. podpis elektroniczny dokumentów w formacie PDF oraz podpis elektroniczny wykorzystujący kontener ZIP.

Fakt, że ustawodawca nie wprowadził żadnych ograniczeń odnośnie sposobu sporządzenia dokumentu w postaci elektronicznej zauważyła zarówno Krajowa Izba Odwoławcza w licznych orzeczeniach odnoszących się do formy elektronicznej oferty, w szczególności skanu oferty w formacie PDF (np. wyrok z 04.03.2019 r. sygn. akt 277/19), jak też Urząd Zamówień Publicznych (np. w opinii pt. <<Dopuszczalność „skanu oferty” w postępowaniu o zamówienie publiczne>>, dostępnej na stronie internetowej UZP).

Zamawiający powtórzył, że w przedmiotowym postępowaniu otwierał oferty w takim formacie, w jakim zostały złożone przez poszczególnych wykonawców (SIWZ nie zawierał w tym zakresie szczególnych ograniczeń w stosunku do powszechnie obowiązujących przepisów prawa). Jednocześnie podkreślił, że forma elektroniczna ofert zapewnia zachowanie integralności ofert oraz brak możliwości ich modyfikacji na jakimkolwiek etapie procedowania z nimi.

Zamawiający stwierdził, że odwołanie Transarr nie zawiera żadnych zarzutów wobec

Zamawiającego odnośnie oferty złożonej przez Odwołującego. Jednocześnie w treści odwołania, jak i w dowodach załączonych do odwołania (na płycie CD) Odwołujący potwierdza wielokrotnie: obecność swojego przedstawiciela, jak i przedstawicieli innych wykonawców na otwarciu ofert, prezentację przez Zamawiającego otwartych ofert (formularzy ofert) na ekranie projekcyjnym w sali konferencyjnej nr 624, prezentację otwartych ofert w różnych formatach .doc

Odnosząc się do przypadku nieotwartej oferty Zamawiający podniósł, że powtarzająca się sytuacja podwójnego szyfrowania ofert przez wykonawców, uniemożliwiającego otwarcie ofert, stała się przedmiotem oficjalnego stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie Prezesa Urzędu z 17.01.2019 r. znak: UZP/BOF11/060/1//2/19/JK kw-387/18, udostępnionym na stronie internetowej Senatu, gdzie wskazano, że (...) *Urząd Zamówień Publicznych szczegółowo analizuje i wyjaśnia wszelkie wątpliwości związane z udzielaniem zamówień publicznych z pomocą systemu miniPortal. Jedną z sytuacji, która wywołuje takie wątpliwości jest podwójne szyfrowanie przez wykonawców ofert, których następnie nie można otworzyć. Wskazana sytuacja nie wynika z nieprawidłowo działającego systemu, lecz z wykonywania poszczególnych kroków niezgodnie z instrukcją użytkownika.*

Zgodnie z informacją przekazywaną zamawiającym przez Urząd Zamówień Publicznych w celu prawidłowego użycia pary kluczy do szyfrowania i deszyfrowania oferta musi zostać zaszyfrowana tylko jeden raz. Podczas szyfrowania oferty system generuje hash pliku połączony z wygenerowanymi kluczami. W momencie podwójnego zaszyfrowania oferty system miniPortal dostaje informację o hashu pliku wyłącznie zaszyfrowanego pliku po raz ostatni, który jest wysyłany poprzez formularze do złożenia, wycofania lub zmiany oferty. Przy odszyfrowaniu aplikacja czytuje tylko ten ostatni hash pliku. W związku z powyższym brak jest możliwości otwarcia podwójnie zaszyfrowanej oferty (tak np. w informacji z otwarcia ofert udostępnionej na stronie internetowej Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska – w załączeniu).

W przedmiocie podwójnego szyfrowania ofert przez wykonawców wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza, np. w wyroku z 04.03.2019 r. sygn. akt KIO 268/19, w którym stwierdziła, po przywołaniu powyżej już przywołanych przepisów art. 60 i 61 kc, że: *Plik zaszyfrowany (bez przekazania klucza pozwalającego na jego odszyfrowanie), to plik, z którego treścią odbiorca nie może się zapoznać, zatem, jak wskazano powyżej, w ogóle nie może stwierdzić, jaka jest treść tam zawarta. Tak więc na gruncie przywołanych powyżej przepisów - trudno go uznać za złożenie oświadczenia woli, gdyż nie wyraża w sposób czytelny woli składającego, a także nie został doręczony innej osobie w taki sposób, by*

mogła się z nim zapoznać.

Zamawiający podsumował, że w związku z otrzymaną z Urzędu odpowiedzią, zaistniała w tym postępowaniu sytuacja, polegająca na podwójnym zaszyfrowaniu oferty, nie wynika z nieprawidłowo działającego systemu, lecz z wykonywania poszczególnych kroków niezgodnie z instrukcją użytkownika (w omawianym przypadku składającego ofertę). W związku z tym należy stwierdzić, iż w takim przypadku nie złożono oferty prawidłowo, albowiem podjęte przez składającego ofertę czynności (dwukrotne zaszyfrowanie oferty) uniemożliwiły Zamawiającemu zapoznanie się z jej treścią.

Odnosząc się zarzutu dotyczącego dwukrotnego odczytania oferty Alimco S.p.A., Zamawiający stwierdził, że jest on bezzasadny, gdyż w trakcie otwarcia ofert dwukrotnie odczytano tę samą ofertę, a nie dwie różne oferty, podając dwukrotnie te same informacje.

Oдноśnie zarzutów i żądań dotyczących unieważnienia prowadzonego postępowania Zamawiający powtórzył treść zacytowanego już w odwołaniach art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, a także wskazał, że zgodnie z art. 93 ust. 2 pzp, jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio. Zamawiający przywołał także ponownie brzmienie art. 86 ust. 4 pzp, którego treść była również przytaczana w odwołaniach.

W ocenie Zamawiającego czynność otwarcia ofert odbyła się w sposób prawidłowy, wypełniający dyspozycję art. 86 ust. 4 pzp, gdyż Zamawiający 24.06.2019 r. otworzył 24 oferty, które wpłynęły w wyznaczonym przez niego terminie i podał (odczytał) wszystkie informacje wymagane ww. przepisem. Zamawiający nie otworzył tylko jednej oferty, która wpłynęła w terminie, przy czym niemożność otwarcia tej oferty nie była spowodowana przez Zamawiającego, a przez samego składającego ofertę (podwójne szyfrowanie oferty).

Zamawiający podniósł, że ponieważ postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, na Odwołujących spoczywał obowiązek przedstawienia dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non ej, qui negat* - ciężar dowodowy (onus probandi) spoczywa na tym, kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza, wyrażoną w art. 6 kc w zw. z art. 14 pzp oraz art. 190 ust. 1 pzp. W ocenie Zamawiającego treść odwołań, jak i dowody załączone do nich (w tym na płycie CD) wyraźnie przeczą podnoszonym zarzutom wobec Zamawiającego, tj. świadczą o jawności otwarcia ofert.

Zamawiający podkreślił, że złożenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego (zwanego dalej też „podpisem cyfrowym”) gwarantuje, że zawartość pliku nie została zmieniona od czasu złożenia tego podpisu, co dotyczy każdego formatu pliku, także formatu .doc. Stąd zastrzeżenia Odwołujących do formatu pliku, w szczególności .doc, są

bezpodstawne, co potwierdza np. informacja ze strony Microsoft odnośnie podpisu cyfrowego w plikach pakietu Office (w załączeniu). Za notoryjną, niewymagającą dowodów należy uznać okoliczność, że oferty złożone elektronicznie, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym zachowują swoją integralność, nie mogą zostać zmodyfikowane ani przez Zamawiającego, ani przez osoby trzecie.

Według Zamawiającego ponieważ czynność otwarcia ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną i ze swej natury niepowtarzalną w danym postępowaniu, żądanie powtórzenia tej czynności jest niezgodne z przepisami pzp.

Na zakończenie, odnosząc się do wszystkich zarzutów podniesionych przez Odwołujących w treści odwołań, Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie tylko nie wykazali, ale nie podjęli żadnej próby wykazania, że to, co wskazali jako naruszenia prawa miało jakkolwiek wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności z uwagi na fakt, że integralność jawnie otworzonych ofert nie została i nie mogła technicznie zostać naruszona. Wydaje się więc, że prawdziwą intencją Odwołujących jest przeforsowanie takiej interpretacji przepisów prawa, która nie tylko nie wynika z ich treści, ale stanowiłaby całkowite zaprzeczenie zmian uPzp w zakresie tzw. elektronicznej zamówień.

Do Prezesa Izby wpłynęły zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego w rozpatrywanych sprawach ze strony następujących wykonawców:

- A. Alimco S.p.A. Commercio Alimentari e Prodotti Agricoli z siedzibą w Bolzano (Włochy) – sygn. akt KIO 1261/19.
- B. Firma Handlowo-Uslugowa D. B., Wolbrom – sygn. akt KIO 1261/19
- C. SOKPOL sp. z o. o. z siedzibą w Myszkowie – sygn. akt KIO 1261/19
- D. GRAAL S.A. z siedzibą w Wejherowie – sygn. akt: KIO 1261/19 i KIO 1267/19

Wobec dokonania powyższych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu od otrzymania kopii odwołania oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom tego postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołań.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła,

aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego obie sprawy zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołujących, Zamawiającego i Przystępujących do obu spraw, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, zgłoszeniach przystąpień, dalszych pismach, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymują się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów objęte zarzutami odwołania naraża ich na szkodę związaną z nieuzyskaniem zamówienia, co nie było sporne w tym postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia:

Otwarcie ofert nie przebiegło w sposób prawidłowy. Zgodnie z tym, Zamawiający opisał w s.i.w.z. oraz komunikacie skierowanym do wykonawców sesja publicznego otwarcia ofert w całości miała odbyć się w sali konferencyjnej (oznaczonej nr 634). Tymczasem z uwagi na niemożność odszyfrowania ofert na komputerze przenośnym, na którym wystąpiły problemy z dostępem do sieci Internet, faktycznie oferty były deszyfrowane w sąsiednim pokoju biurowym przeznaczonym dla 3 osób (oznaczonym nr 633) na znajdującym się tam komputerze stacjonarnym, bez udziału przedstawicieli wykonawców i osób zainteresowanych. Dopiero w związku z nieodszyfrowaniem ostatniej z ofert, złożonej przez Konsorcjum Freezco, przedstawiciele tego wykonawcy byli obecni przy próbach jej deszyfrowania w pok. 633. W toku całej sesji publicznego otwarcia ofert nie wspomniano o tym, że jako oferta zostały również przesłane pliki przez Gomar Pińczów sp. z o.o. S.K.A.

z siedzibą w Pińczowie {okoliczności bezsporne}.

Izba oddaliła zgłoszone w odwołaniach wnioski dowodowe o przesłuchanie świadków lub stron na okoliczność przebiegu otwarcia ofert, gdyż w powyższym zakresie jego przebieg był bezsporny (z tego samego powodu nie było potrzeby przeprowadzania dowodu z filmu nagranych przez Odwołującego Transarr). Ponadto wnioskowani świadkowie i strony, skoro według twierdzeń samych Odwołujących nie byli obecni przy deszyfrowaniu ofert w pokoju nr 623, nie mogli nic zeznać w tym zakresie. Z kolei późniejsza obecność przedstawicieli Konsorcjum Freezco przy próbie deszyfracji złożonej przez nie ofert okazał się na rozprawie również bezsporna.

Z uwagi na zawarte w odpowiedzi na odwołania oświadczenie Zamawiającego {cyt. *Członkowie komisji przetargowej na bieżąco informowali osoby obecne na otwarciu ofert o zaistniałych problemach technicznych, podejmowanych działaniach, w tym o tym, że czynności w pokoju nr 623 dotyczą czynności związanych z deszyfrowaniem ofert oraz o tym, że otwarcie każdej z ofert nastąpi na sali konferencyjnej nr 624.*}, potwierdzające zarówno faktyczny przebieg otwarcia ofert, jak i pogląd Zamawiającego, że nie uznaje odszyfrowania ofert za element tej czynności, Izba uznała za niewiarygodne jednoczesne twierdzenie przez Zamawiającego, że zapraszał przedstawicieli wykonawców do pokoju nr 624, który zresztą, jak potwierdził Zamawiający na rozprawie jest niewielkim pomieszczeniem, w którym nie zmieściłyby wszystkie osoby obecne na otwarciu ofert. W tym zakresie Izba odmówiła mocy dowodowej sporządzonej przez pracowników Zamawiającego notatki służbowej, która również ze swej istoty ma wątpliwą wartość dowodową. Natomiast Zamawiający nie wnosił o przeprowadzenie dowodów z zeznań członków komisji przetargowej czy innych swoich pracowników.

Na podstawie treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, w tym załączonego do niej pisma z Urzędu Zamówień Publicznych, Izba stwierdziła, że oferta Konsorcjum Freezco nie mogła zostać otwarta z powodu jej podwójnego zaszyfrowania, co uniemożliwiło Zamawiającemu jej odszyfrowanie za pomocą narzędzi, które opisał prawidłowo w s.i.w.z.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołania są zasadne.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Art. 86 w szczególności stanowi, że:

- z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu do otwarcia (ust. 1);
- otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia (ust. 2);

- bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ust. 3);
- podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach (ust. 4).

Według art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei art. 146 ust. 6 pzp stanowi, że Prezes Urzędu {Zamówień Publicznych} może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że wbrew odmiennemu pogładowi Zamawiającego, przywołane adekwatnie w odpowiedzi na odwołanie przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące składania oświadczeń woli, są bez znaczenia dla tej sprawy. W szczególności bezzasadna jest argumentacja Zamawiającego, która sprowadza się do twierdzenia, że w przypadku zaszyfrowanych ofert składanych elektronicznie jawne otwarcie ofert ogranicza się do odczytania zawartych w nich informacji z kategorii wymienionych w art. 86 ust. 4 pzp, natomiast samo odszyfrowanie tych ofert już (a raczej jeszcze) nie jest elementem tej czynności. Umknęło uwadze Zamawiającego, że na jawną czynność otwarcia ofert składa się kilka czynności faktycznych, począwszy od podania kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przez zapoznanie się z zawartością złożonych do upływu terminu składania ofert dzięki ich odszyfrowaniu, aż po podanie zawartych w nich informacji dotyczących tego, kto i na jakich warunkach złożył daną ofertę. Gdyby przyjąć logikę argumentacji Zamawiającego, który wielokrotnie podkreślał na rozprawie, że zawsze dokonywał jawnego otwarcia ofert zgodnie z regułami określonymi w art. 86 pzp, okazałoby się, że w poprzednim stanie prawnym w ramach jawnego otwarcia ofert nie mieściło się fizyczne otworzenie zawierających je kopert w obecności przedstawicieli wykonawców i innych zainteresowanych osób. Prowadziłoby to absurdalnego wniosku, że poprzednio Zamawiający uznawał za prawidłowe otworzenie przez komisję przetargową kopert zawierających oferty bez obecności publiczności, która zapraszana byłaby dopiero na odczytanie treści tych ofert w zakresie wymaganym przepisami. Oczywiście w poprzednim stanie prawnym nie budziło wątpliwości, że fizyczne naruszenie opakowań zawierających oferty stanowi nieodzowny element zapewnienia

jawności otwarcia ofert. Analogicznie *de lege lata* nie sposób zapewnić jawności otwarcia ofert w sytuacji, gdy ich odszyfrowanie następuje bez obecności zainteresowanej publiczności, której udział ogranicza się do wysłuchania informacji, o których mowa w art. 86 ust. 3 i 4 pzp.

Skoro deszyfrowanie ofert w przedmiotowym postępowaniu nie było dokonywane w sposób jawny tzn. na oczach przedstawicieli wykonawców i innych osób, które stały się na sesję publicznego otwarcia ofert, jest to wystarczające do stwierdzenia, że doszło do bezpośredniego naruszenia art. 8 ust. 1 oraz art. 86 ust. 1 i 2 ustawy pzp. Powyższe uchybienia Zamawiającego stanowią również naruszenie innych naczelnych zasad zamówień publicznych, wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp, gdyż czynność otwarcia ofert nie została przeprowadzona w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Naruszeniem powyższych przepisów, a także dodatkowo art. 86 ust. 4 pzp, było również niepoinformowanie przez Zamawiającego osób obecnych podczas publicznego otwarcia ofert o wpłynięciu do upływu terminu składania ofert zaszyfrowanych plików przesłanych przez Gomar Pińczów sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Pińczowie. Skoro Zamawiający powołuje się na to, że pliki te faktycznie nie zawierały oferty, oznacza to, że faktycznie w pokoju 623 zapoznawał się z zawartością dokumentów złożonych przez wykonawców. Tymczasem w każdym przypadku otwarcie dokumentów przesłanych jako oferta powinno odbywać się w obecności osób uczestniczących w publicznym otwarciu ofert. Tylko w takim przypadku istnieje bowiem pewność, że odczytane zostało dokładnie to, co zostało złożone do upływu terminu składania ofert.

Co prawda sam fakt odczytania dwukrotnie informacji zawartych w ofercie złożonej przez Alimco S.p.A. nie stanowi istotnego naruszenia przepisów dotyczących otwarcia ofert, podobnie jak odczytywanie ofert sporządzonych na plikach w różnych formatach, w tym edytowalnych, jednakże w sytuacji, gdy deszyfrowanie tych ofert nie nastąpiło w sposób jawny, powstały wątpliwości co do prawidłowości otwarcia ofert, których nie byłoby gdyby cała czynność została przeprowadzona prawidłowo.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrażała dotychczas jednolite stanowisko, że ponieważ otwarcie ofert jest czynnością jednorazową i niepowtarzalną, stąd w razie wystąpienia uchybień, nie może zostać powtórzona. W szczególności już w wyroku z 12 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1344/09 Izba stwierdziła, co następuje. *Obowiązkiem zamawiającego jest zachowywanie zasad prowadzenia postępowania na wszystkich etapach postępowania, przy dokonywaniu wszystkich wymaganych przepisami ustawy czynności. Podnieść należy, że obie przywoływane zasady są ze sobą nierozdzielnie związane.*

Zachowanie zasady jawności pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odnosząc przywoływane zasady do okoliczności faktycznych sporu, stwierdzić należy, że ustalają one sui generis związanie zamawiającego podanymi do wiadomości publicznej informacjami istotnymi dla danego postępowania. Otwarcie ofert ma charakter jawny nie tylko w stosunku do wykonawców, ale erga omnes. W otwarciu ofert uczestniczyć mogą dowolne osoby i podmioty (przedstawiciele mediów, konkurujących wykonawców nie będących uczestnikami danego postępowania, wszystkie osoby zainteresowane). Czynność otwarcia ofert ma doniosłe znaczenie dla uczestników postępowania – pozwala wykonawcom na ustalenie kręgu podmiotów, z którymi konkurować będą o udzielenie zamówienia, oraz o potencjalnych szansach na uzyskanie zamówienia. Z prawidłowym dokonaniem czynności otwarcia ofert ustawodawca wiąże dwa domniemania. Po pierwsze: wynikające z art. 86 ust. 1 pzp, iż nie nastąpiło zapoznanie się z zawartością ofert przed terminem ich składania. Po drugie: wynikające z art. 84 ust. 2 pzp, że wszystkie oferty, których ceny zostały odczytane, złożone zostały w terminie wyznaczonym przez zamawiającego i nie zachodzi konieczność ich zwrotu, skutkująca pominięciem przy dalszych czynnościach w postępowaniu. Istotnie celem prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 pzp. Ten zamysł ustawodawcy realizuje zawarte w art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104). dyrektywy wydatkowania środków publicznych. Należy mieć jednak na uwadze, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 7 ust. 3 pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Otwarcie ofert nie stanowi czynności prawnej, a czynność faktyczną. Ma ono charakter jednokrotny i ze swej natury nie może być ponawiane w danym postępowaniu.

Powyższą stanowisko podzielił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 2 lutego 2010 r. sygn. akt V Ca 2601/09, który stwierdził w szczególności, co następuje: *Słusznie zauważyła KIO, że w niniejszej sprawie przedmiotem sporu między stronami była wyłącznie ocena znaczenia naruszenia przez zamawiającego art. 86 ust. 4 pzp wobec zaniechania publicznego podania informacji o ofercie skarżącego na rejon I, co skutkowało naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady jawności postępowania. Po zakończeniu czynności otwarcia ofert i opuszczeniu sali przez wykonawców, omyłka ta nie mogła być naprawiona w żaden sposób, również w ten sposób jak uczynił to zamawiający. Poinformowanie innych wykonawców za pomocą faxu o złożeniu oferty przez skarżącego nie może być uznane za czynność jawną i dokonaną erga omnes. Sąd Okręgowy w całości podziela wywody KIO w zakresie niemożliwości powtórzenia czynności otwarcia oferty rejonu*

I i co za tym idzie nieusuwalności stwierdzonego naruszenia przez zamawiającego przepisów pzp. W związku z tym jedyne co w tej sytuacji mogła uczynić KIO, to było unieważnienie wszystkich czynności w części dotyczącej rejonu I, zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt. 6 pzp. Każde inne rozstrzygnięcie prowadziłoby do naruszenia art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. pzp. Należy zauważyć, iż takie rozstrzygnięcie KIO nie naruszało praw skarżącego. W wyniku unieważnienia postępowania w części dotyczącej rejonu I zamawiający ogłosił o wszczęciu kolejnego postępowania w tym przedmiocie. Skarżący miał takie samo prawo jak inni wykonawcy do zgłoszenia ponownie swojej oferty.

Tym samym skład orzekający Izby podzielił w pełni powyższe stanowisko potwierdzone ostatnio w wyroku Izby z 12 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 574/19, w którym Izba stwierdziła również, że *zdaje sobie sprawę, iż nastąpiły znaczące zmiany w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, związane z jej elektronicznością, w tym poprzez składanie ofert w formie elektronicznej, jednakże naczelne zasady udzielania zamówień publicznych, jak do tej pory, nie uległy zmianie, co powoduje, że ich prawidłowe zastosowanie, jak najbardziej podlega badaniu przez Izbę i nie może podlegać interpretacji rozszerzającej zakres możliwego zastosowania. Okoliczność, iż oferty złożone w postaci elektronicznej, z zasady niemożliwe są do korygowania po ich złożeniu, albowiem w systemie informatycznym pozostawały „jakiś ślad” nie może powodować uznania, że oferty składane w formie papierowej mogły być traktowane inaczej. Za każdym razem zamawiający miał i ma obowiązek ich prawidłowego zabezpieczenia, czy to przez umieszczenie ich w szafie pancerniej, czy w programie komputerowym na odpowiedniej platformie internetowej, a co za tym idzie do ich równego traktowania względem wszystkich wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe zasady, w znowelizowanym Prawie zamówień publicznych, nie zostały wyłączone w związku z elektronicznością zamówień, co oznacza, że nadal aktualne są procedury publicznego i jawnego otwarcia ofert wraz z podaniem wymaganych ustawą informacji. Zaniechanie tych czynności stanowi naruszenie przepisów ustawy pzp, niemożliwych do sanowania na późniejszym etapie postępowania.*

Z aktualnego brzmienia art. 93 ust 1 pkt 7 pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. *De lege lata* dla umów w sprawie zamówień publicznych przyjęto zatem konstrukcję względnej nieważności, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu zawarcia umowy, mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny. Jednocześnie sytuacje, w których umowa podlega

unieważnieniu uregulowano w art. 146 pzp. W poprzednim stanie prawnym, przy odmiennej konstrukcji bezwzględnej nieważności, art. 146 ust. 1 pzp w pkt 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącem naruszeniem ustawy albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 pzp w pkt od 1 do 6 wskazano dla zamawiającego przyczyny ściśle skonkretyzowane {bezpodstawne zastosowanie niektórych trybów, brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcie umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów standstill, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów), którymi nie sposób objąć innych czynności lub zaniechań zamawiającego. Z kolei obowiązujący obecnie art. 146 pzp zawiera w ust. 6 przepis o charakterze klauzuli generalnej w zakresie unieważniania umowy – przewidując kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia 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. Od strony podmiotowej legitymację czynną do żądania unieważnienia umowy na tej podstawie ma zatem wyłącznie Prezes Urzędu. Natomiast od strony przedmiotowej zakres zastosowania tej przesłanki – w porównaniu do przesłanek z dawnego art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 pzp, nawet łącznie rozważanych – jest szerszy, gdyż aktualnie wystarczające jest, aby wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na jego wynik. Trudno jednak zaakceptować stanowisko, że zamawiający mają obowiązek zawierać umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obciążonego tego typu poważnymi wadami, a następnie oczekiwać na wystąpienie przez Prezesa Urzędu do sądu o stwierdzenie nieważności tych umów. Prowadziłoby do konieczności zawierania umów podlegających późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, niezależnie od tego, czy stwierdzenie okoliczności skutkujących nieważnością było możliwe, a nawet de facto nastąpiło jeszcze przed podpisaniem umowy. Stąd orzecznictwo i doktryna w znakomitej większości przyjmuje wykładnię celowościową art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, zgodnie z którą zamawiający przy unieważnianiu postępowania na podstawie tego przepisu uprawnieni są do wzięcia pod uwagę nie tylko wąsko opisanych w art. 146 ust. 1 pzp okoliczności, ale mogą i powinni również uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w klauzuli generalnej art. 146 ust. 6 pzp.

Reasumując, art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp nie stanowi samoistnej podstawy unieważnienia postępowania, gdyż wprost odsyła przede wszystkim do przyczyn unieważnienia umowy opisanych w art. 146 ust. 1 pzp, ale także do klauzuli generalnej z art. 146 ust. 6 pzp.

W razie powoływania się na art. 146 ust. 6 pzp należy mieć na uwadze, że zakres zastosowania tego przepisu nie można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości stwierdzone przez zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma się zakończyć wyłonieniem najkorzystniejszej oferty (a w konsekwencji doprowadzić do zawarcia umowy, czyli udzielenia zamówienia), a nie jego unieważnieniem. W konsekwencji jeżeli przyczyna unieważnienia wykracza poza katalog oczywistych sytuacji opisanych w pkt od 1 do 6 art. 146 ust. 1 pzp, tym bardziej musi zostać sprecyzowana na tyle dokładnie, aby nie było wątpliwości, że ma charakter rzeczywisty i jest na tyle poważna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to w szczególności, że nie jest wystarczające powołanie się jedynie na generalną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp. Konieczne jest wykazanie naruszenia przepisu ustawy pzp, które miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji w takiej sytuacji konieczne jest wykazanie: po pierwsze – wystąpienia naruszenia konkretnego przepisu ustawy pzp regulującego udzielanie zamówień (wady postępowania), po drugie – istotnego charakteru tej wady jako wpływającej na ważność umowy, co implikuje, po trzecie – związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy, po czwarte – nieusuwalności wady przez zastosowanie instytucji dostępnych podmiotowi prowadzącemu postępowanie.

W przekonaniu składu orzekającego Izby naruszenie zasady jawności polegające na niezapewnieniu przeprowadzenia odszyfrowania ofert w bezpośredniej obecności przedstawicieli wykonawców i innych zainteresowanych osób, stworzyło warunki do potencjalnego naruszenia integralności złożonych ofert po ich odszyfrowaniu, a przed publicznym podaniem informacji, o ich treści, jest wystarczające dla stwierdzenia, że doszło do naruszenia art. 8 ust. 1 pzp oraz art. 86 ust. 1 i 2 pzp, które co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w każdej części zamówienia. Jednocześnie, jak już powyżej to wywiedziono przez przywołanie dotychczasowych wypowiedzi orzecznictwa, nie ma możliwości konwalidowania tej wady postępowania, gdyż czynność otwarcia ofert ma charakter jednokrotny i nie podlega powtórzeniu. Ponieważ zaś wada ta dotyczyła niepodzielnie wszystkich części zamówienia, postępowanie podlega unieważnieniu w całości.

Dla rozstrzygnięcia drugiego z odwołań nie miało znaczenia, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 10b w zw. z art. 7 ust. 1 pzp w związku

z nieotwarcie oferty Konsorcjum Freezco, co okazało się niemożliwe z powodu okoliczności leżące po stronie Odwołującego, co potwierdza stanowisko zajęte przez Urząd Zamówień Publicznych w odniesieniu do tej konkretnej sytuacji (przypadek tzw. podwójnego zaszyfrowania oferty).

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 w zw. z art. 86 ust. 1, 2 i 4 ustawy pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy pzp mogło mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie każdej z części zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w obu sprawach orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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). W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Po drugie, obciążono Zamawiającego tymi kosztami, na które złożyły się wpisy uiszczone przez Odwołujących oraz ich uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy, działając zgodnie z § 5 ust. 2 rozporządzenia.

Przewodniczący: