

WYROK
z dnia 1 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: **WĘGLOKOKS S.A. z siedzibą w Katowicach, WAMPOL sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach oraz REMONTEX sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Wydobywanie S.A. z siedzibą w Jaworznie**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum firm: **HYDROTECH S.A. z siedzibą w Rybniku oraz BECKER-WARKOP sp. z o.o. z siedzibą w Świerklanach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

B. wykonawcy **Przedsiębiorstwo HYDROMEL sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Sygn. akt KIO 414/21

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

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Zamawiający - TAURON Wydobywanie S.A. z siedzibą w Jaworznie, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa remontu obudowy zmechanizowanej Glinik 20/41 POZ dla TAURON Wydobywanie S.A. - Zakład Górniczy Janina”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 243-602921 z dnia 14 grudnia 2020 r.

W dniu 8 lutego 2021 r. Odwołujący - Konsorcjum firm: WĘGŁOKOKS S.A. z siedzibą w Katowicach, WAMPOL sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach oraz REMONTEX sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego polegającej na:

1. zaniechaniu przeprowadzenia jawnego otwarcia ofert, pomimo że do czynności tej Zamawiający był obowiązany na podstawie Pzp, ponieważ przepisy Pzp nakazują Zamawiającemu prowadzenie jawnej procedury otwarcia ofert;

2. niezgodnej z przepisami Pzp czynności dokonywania wielokrotnego otwarcia ofert. podczas gdy zgodnie z Pzp otwarcie może być dokonane jednokrotnie;

3. niezgodnej z przepisami Pzp czynności dokonywania wielokrotnego informowania o danych, które podane zostały w przepisie art. 86 ust. 5 Pzp, podczas gdy zgodnie z Pzp informacja z otwarcia ofert ma charakter jednorazowy i odzwierciedla informacje pozyskane przez Zamawiającego podczas otwarcia ofert.

Wskazany wyżej czynnościom oraz zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 86 ust. 2 oraz art. 86 ust. 3 oraz art. 86 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji dokonanie niejawnego otwarcia ofert, bez dopuszczenia udziału jakichkolwiek podmiotów zewnętrznych (w tym wykonawców) do udziału w otwarciu ofert, a co za tym idzie — niepodanie informacji o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia oraz informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp, co w sposób zasadniczy naruszyło zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości i jawności,

2) art. 86 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji dokonanie dwukrotnego otwarcia ofert, w wyniku czego otwarto również oferty, które nie zostały otwarte w ramach pierwszego otwarcia ofert w wyniku błędnego działania systemu teleinformatycznego Zamawiającego, co w sposób zasadniczy naruszyło zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości,

Sygn. akt KIO 414/21

3) art. 86 ust. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji dokonanie dwukrotnego podania informacji z otwarcia ofert, które wymagane jest przepisem art. 86 ust. 5 Pzp, w wyniku czego informacja ta została rozszerzona o oferty, które nie zostały otwarte w ramach pierwszego otwarcia ofert, co w sposób zasadniczy naruszyło zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a w szczególności wskazanych w treści niniejszego odwołania;
- 3) unieważnienie czynności otwarcia ofert;
- 4) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ (zmienionymi następnie przez Zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 28 stycznia 2021 r. na godzinę 9:00 oraz termin otwarcia ofert na ten sam dzień na godzinę 9:15. Odwołujący wskazał, że otwarcie ofert nie zostało przeprowadzone w sposób jawny, nikt nie miał dostępu do procedury otwarcia ofert, a po dokonaniu ich otwarcia na stronie internetowej prowadzonego postępowania (<https://swoz.tauron.pl/swoz2/pktform/demand/notice/public/13002450/details>) został opublikowany dokument pod nazwą Informacja z otwarcia ofert oznaczony w nagłówku datą oraz godziną (Jaworzno, 2021-01-28 09:15). Dokument ten zawierał następujący fragment: Liczba ofert złożonych przed upływem terminu: 3, a następnie wykaz wykonawców, którzy złożyli oferty do upływu terminu ich składania składający się z trzech wykonawców. Następnie, tego samego dnia, ze strony internetowej prowadzonego postępowania został usunięty powyższy dokument, a w jego miejsce Zamawiający opublikował nowy dokument, pod taką samą nazwą oraz oznaczony taką samą datą i godziną w nagłówku, przy czym treść dokumentu różniła się od poprzedniej, ponieważ zacytowane wyżej fragmenty zastąpiono następującymi: Liczba ofert złożonych przed upływem terminu: 6, a następnie wykaz wykonawców, który złożyli oferty do upływu terminu ich składania składający się z sześciu wykonawców.

Uwzględniając powyższe okoliczności, Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisami Pzp, Zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia jawnego otwarcia ofert,

poprzedzonego podaniem kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w trakcie którego odczytywane są nazwy (firmy), adresy wykonawców, informacje o cenie, terminie wykonania zamówienia, okresie gwarancji i warunkach płatności zawartych w ofertach. Powyższe czynności realizują podstawowe zasady Pzp, w szczególności uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości i jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast, zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie przeprowadził jawnego otwarcia ofert. Wykonawcy nie mogli uczestniczyć w otwarciu ofert na Platformie Zakupowej Grupy TAURON. W szczególności Zamawiający nie udostępnił żadnej transmisji z sesji otwarcia ofert. Konsekwencją braku jawnego otwarcia ofert, Zamawiający nie przedstawił przed otwarciem ofert informacji o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (nie opublikował jej również na stronie internetowej prowadzonego postępowania, ani własnej stronie internetowej pomiędzy godziną 9:00 (termin składania ofert), a godziną 9:15 (termin otwarcia ofert). W związku ze sposobem przeprowadzenia otwarcia ofert, Zamawiający nie podawał również poszczególnych informacji wynikających ze złożonych w postępowaniu ofert (zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp). Zdaniem Odwołującego, brak jawnego otwarcia ofert (nawet w części) uzasadnia unieważnienie postępowania ze względu na niemożliwą do usunięcia wadę postępowania prowadzącą do braku możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie podlegałaby unieważnieniu.

Odwołujący powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że nawet jeśli jedna z czynności składających się na otwarcie ofert (podanie kwoty na sfinansowanie zamówienia, deszyfracja ofert, podanie informacji wymaganych przez art. 86 ust. 4 Pzp) została dokonana z pominięciem jawności, postępowanie winno zostać unieważnione. W niniejszej sprawie wszystkie powyższe czynności dokonane zostały przez Zamawiającego z pominięciem jawności, co prowadzi wprost do wniosku, że postępowanie musi zostać unieważnione. Dalsze prowadzenie postępowania prowadziłyby do nadzwyczaj groźnych konsekwencji. Nawet w przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, Odwołujący nie byłby pewny sytuacji prawnej i ważności zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na możliwość jej unieważnienia w każdym momencie ze względu na pierwotny błąd, którym było niejawne otwarcie ofert.

Kolejno Odwołujący podkreślił, że otwarcie ofert ma charakter jednokrotny i niepowtarzalny natomiast jak wynika ze stanu faktycznego sprawy, Zamawiający po dokonaniu pierwszego otwarcia ofert i opublikowaniu informacji z tego otwarcia, dokonał następnie drugiego otwarcia ofert, podczas którego utworzono dalsze trzy oferty. Zdaniem Odwołującego, brak otwarcia wszystkich skutecznie złożonych ofert w konkretnym postępowaniu stanowi nieusuwalną wadę z powodu braku możliwości powtórzenia czynności otwarcia ofert, a zatem winno prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego. Powtórne otwarcie ofert z przyczyn, za które odpowiada Zamawiający narusza podstawowe zasady Pzp — uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Powyższe uchybienia Zamawiającego spowodowały także, że Zamawiający dwukrotnie opublikował informacje z otwarcia ofert, opatrzone tą samą datą i godziną, przy czym z drugiej informacji z otwarcia wynika liczba ofert niezgodna z liczbą podaną w pierwszej informacji. Natomiast jak wynika z orzecznictwa zarówno KIO jak i sądów powszechnych nieodkodowanie złożonych ofert w momencie otwarcia ofert uniemożliwia Zamawiającemu ich późniejsze włączenie do przekazywanych wykonawcom informacji z otwarcia ofert (w wyniku ich późniejszego otwarcia). Powyższe działanie powoduje naruszenie naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego — uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp doszło do wady postępowania, niemożliwej do jej konwalidowania, ze względu na brak możliwości powtórzenia czynności otwarcia ofert. W niniejszym postępowaniu otwarcie ofert nie było jawne, Zamawiający nie podał przed dokonaniem otwarcia ofert informacji o kwocie, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający nie podawał w trakcie otwarcia ofert żadnych informacji o ofertach, które zostały złożone i które otwiera. Po zakończeniu procedury otwarcia ofert Zamawiający podał informację o trzech złożonych ofertach. Następnie - w nieznanym Odwołującemu okolicznościach - Zamawiający dokonał otwarcia kolejnych trzech ofert oraz zmienił informację na stronie internetowej - informując o sześciu złożonych ofertach. Powyższe działania i zaniechania Zamawiającego naruszają naczelné zasady, tj. zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości i zasadę jawności postępowania i nie mogą zostać konwalidowane, ze względu na jednokrotność i niepowtarzalność czynności otwarcia ofert, a zatem wszelkie błędy popełnione podczas jej dokonywania wymuszają unieważnienie postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 lutego 2021r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na wstępie pisma procesowego Zamawiający przytoczył brzmienie Rozdziału 4.4.1. SIWZ zgodnie z którym: „Otwarcie ofert nastąpi w dniu 14.01.2021 r. o godz. 12:15 na Platformie Zakupowej Grupy TAURON.” Po zmianie dokonanej dnia 07 stycznia 2021 r., postanowienie to otrzymało brzmienie: „Otwarcie ofert nastąpi w dniu 28.01.2021 r. o godz. 09:15 na Platformie Zakupowej Grupy TAURON.”. Na podstawie Rozdziału 4.4.2. SIWZ: „Niezwłocznie po otwarciu ofert Zamawiający zamieszcza w Systemie w zakładce „Pytania/informacje”, zgodnie z art. 86 ust. 5 Pzp informacje dotyczące: 4.2.1. kwoty, jaką

zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, 4.4.2.2. firm oraz adresów Wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie, 4.4.2.3. ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.”. Wyjaśnił także, że w jego ocenie zarzut Odwołującego został skierowany w dużej mierze wobec postanowień SIWZ i praktyki Zamawiającego w zakresie sposobu realizacji czynności otwarcia ofert (w których to czynnościach podmioty tworzące Odwołującego brały niejednokrotnie udział w ramach innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego.

Zamawiający kolejno wskazał, że w dniu 28 stycznia 2021 r. członkowie Komisji Przetargowej powołanej na potrzeby niniejszego postępowania dokonali otwarcia i odszyfrowania 6 ofert złożonych przez wykonawców. Wyjaśnił, że jedna z funkcjonalności platformy elektronicznej, którą posługuje się Zamawiający przy przeprowadzaniu postępowań w formie elektronicznej, jest zautomatyzowany proces generowania tzw. informacji z otwarcia ofert, to jest informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 Pzp. Proces ten, będący konsekwencją zainicjowania przez upoważnioną osobę, ale również w dalszym swym przebiegu automatycznego procesu odszyfrowania ofert, wieńczy zamieszczenie w/w informacji w systemie i jej natychmiastową dostępność dla wszystkich zainteresowanych otwarciem ofert. W przedmiotowym postępowaniu — zapewne ze względu na dużą liczbę ofert oraz ich obszerność — proces odszyfrowania ofert przedłużył się w porównaniu do zwykłego okresu jego trwania co z kolei spowodowało, że przedłużył się — zwykle realizowany natychmiast (w czasie rzeczywistym) — proces tworzenia informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 Pzp. Odwołujący pobrał w/w informację w trakcie jej generowania, a następnie po jej zakończeniu.

Zamawiający podkreślił, że czynność otwarcia ofert, jak również zamieszczenia informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 Pzp, nastąpiła jednokrotnie, a ponadto w sposób jawny i w pełni zgodny z przytoczonymi w opisie zarzutu przepisami Pzp. Zamawiający wskazał, że przepisy Pzp nie precyzują, w jaki sposób nastąpić ma urzeczywistnienie zasady jawności w odniesieniu do czynności otwarcia ofert, a ponadto, że przepis art. 86 ust. 2 Pzp stanowi o jawnym, a nie o publicznym (w rozumieniu dostępnym dla publiczności) charakterze czynności otwarcia ofert. Funkcjonalność platformy zakupowej, generująca w sposób automatyczny (wyłączając możliwość jakiegokolwiek ingerencji Zamawiającego lub podmiotów trzecich) i w czasie rzeczywistym informacje dla zainteresowanych zapewnia zachowanie jawności tejże czynności. W opinii Zamawiającego, realizacja zasady jawności oznacza danie prawa do zapoznania się, otrzymania informacji nt. czynności i otrzymanej dokumentacji. Pojęcie „jawny” nie jest tożsame z pojęciem „publiczny” w znaczeniu publicznego, bezpośredniego fizycznego (ewentualnie za pomocą streaming0 video i audio) udziału „obok” czy „ramię w ramię” z przedstawicielami Zamawiającego dokonującymi

czynności otwarcia ofert i dostępu do czynności i informacji w czasie rzeczywistym W rzeczywistości realnej lub wirtualnej. Podkreślił również, że instrumenty elektroniczne — w przeciwieństwie do papierowych — umożliwiają realizację dostępu on-line, jak również zabezpieczenie — znacznie pewniejsze i w znacznie wyższym stopniu niż ma to miejsce w przypadku papierowych kopert - przed nieuprawnioną ingerencją w treść ofert w czasie ku temu nieprzewidzianym. Elektroniczność oznacza również powstające w czasie rzeczywistym „ślady” wszelkich dokonywanych czynności, co uniemożliwia ingerencję ich przebieg lub później w ich zapis bez pozostawienia wyraźnych śladów takich działań. Każdy zainteresowany ma możliwość pobrania informacji dotyczących zarówno kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowania zamówienia, jak i istotnych parametrów złożonych ofert, jak zwłaszcza ich liczby, identyfikacji podmiotów, które je złożyły oraz postanowień ofert istotnych ze względu na przyjęte kryteria oceny ofert. O tym, że dostęp do informacji następował w czasie rzeczywistym (tj. na bieżąco w miarę wykonywania czynności) świadczy interwencja telefoniczna jednego z Wykonawców, po ściągnięciu przez niego pierwszej, niepełnej jeszcze informacji (w której widniały 3 odszyfrowane na tamten moment oferty). Powyższe zdaniem Zamawiającego oznacza, iż wykonawcy mieli zapewnioną możliwość śledzenia procesu otwarcia ofert na bieżąco (w czasie rzeczywistym).

Zamawiający zauważył, że także, że podmioty składające się na Odwołującego niejednokrotnie uczestniczyły w postępowaniach Zamawiającego, u „którego czynność otwarcia ofert wyglądała i wygląda identycznie począwszy od wprowadzenia elektronicznej postępowania i nie wnosili z tego powodu żadnych zastrzeżeń.

Kolejno Zamawiający wskazał, że w ramach niniejszego Postępowania otwarcie ofert miało charakter jednorazowy, ponieważ otwarcie ofert rozpoczęło się z chwilą wskazaną w treści SIWZ (po zmianie) i trwało aż do chwili odszyfrowania i otwarcia wszystkich ofert złożonych w ramach postępowania. Powołując się na oświadczenie operatora platformy Marketplanet (Otwarty Rynek Elektroniczny sp. z o.o.) wskazał, że w „przedmiotowej sprawie proces odszyfrowywania ofert został zainicjowany przez użytkownika zalogowanego jako „TPE\m.”, rozpoczął się 28.01.2021 o godz. 9:20.01.710 a zakończył 28.01.2021 o godz. 9:21:00.837. Był to zatem bez wątpienia proces jednorazowy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego dwukrotnego zamieszczenia informacji z otwarcia ofert Zamawiający wyjaśnił ponownie, że informacja, o której mowa w treści art. 86 ust. 5 Pzp tworzyła się automatycznie w miarę postępowania procesu odszyfrowania i otwarcia ofert. Zamieszczenie tej informacji nastąpiło jednokrotnie, o czym świadczy właśnie podnoszony przez Odwołującego fakt, że dokument ten miał w procesie jego generowania tę samą datę oraz godzinę i to samo oznaczenie. W miarę odszyfrowywania ofert w treści dokumentu „dopisywane” były bowiem kolejne wpisy dotyczące ofert.

W piśmie procesowym z dnia 25 lutego 2021r. Przesłujący po stronie Odwołującego w całości poparł stanowisko i argumenty oraz wnioski zawarte w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”). Do rozpoznania odwołania zastosowanie natomiast znajdowały przepisy Pzp obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum firm: HYDROTECH S.A. z siedzibą w Rybniku i BECKER-WARKOP sp. z o.o. z siedzibą w Świerklanach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz wykonawcę Przedsiębiorstwo HYDROMEL sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp. Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, w tym Rozdziału 4.4.1. oraz przedłożonego przez Zamawiającego dowodu stanowiącego oświadczenie operatora platformy Marketplanet (Otwarty Rynek Elektroniczny sp. z o.o.).

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 86 ust. 2 Pzp, 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. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ust. 3). Podczas otwarcia ofert Zamawiający podaje nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach (ust. 4). Jednocześnie z ust. 5 wynika, że Zamawiający niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie oraz ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutu dotyczącego naruszenia zasady jawności otwarcia ofert zgodzić należało się z Odwołującym, że zasada jawności postępowania to jedna z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Istota rozpoznawanego zarzutu sprowadza się do wyjaśnienia, czy zasadne jest żądanie Odwołującego by za jawne otwarcie ofert uznać tylko takie otwarcie w którym wykonawcy mogą fizycznie uczestniczyć w czynności ich otwarcia.

Postępująca elektronizacja postępowań, a także obostrzenia spowodowane zagrożeniem pandemią Covid-19 wprowadziły do systemu Pzp komunikowanie się Zamawiającego z wykonawcami także za pomocą platform zakupowych. W tym konkretnym przypadku Zamawiający w Rozdziale 4.4.1. SIWZ ustalił warunki dotyczące zarówno składania ofert jak i ich otwarcia wskazując, że otwarcie ofert nastąpi na Platformie Zakupowej Grupy TAURON. Powyższa kwestia, jako treść SIWZ mogła podlegać kwestionowaniu przez Odwołującego, za pomocą wniosku o wyjaśnienie SIWZ, czy też wniesienie odwołania do KIO. Z takiej możliwości Odwołujący jednak nie skorzystał. Tym samym treść SIWZ stała się obowiązująca zarówno dla Zamawiającego i wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zauważyć także należy, że podmioty wchodzące w skład Konsorcjum Odwołującego, brały udział w licznych postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego, w których otwarcie ofert następowało w analogiczny sposób i dotychczas nie było przez Odwołującego kwestionowane. Dlatego też Izba uznała, że Odwołujący miał pełną wiedzę i świadomość dotyczącą sposobu otwarcia ofert prowadzonego przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, rozważenia Izby wymagała kwestia, czy kwestionowane przez Odwołującego, działanie Zamawiającego stanowi naruszenie przepisów Pzp w

zakresie jawności dokonania określonej czynności w postępowaniu. Powyższą kwestię reguluje wspomniany wyżej przepis 86 ust. 2 Pzp. Przepis ten stanowi, że otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym i doktryną zasada jawności jest zachowana, gdy informacje i dokumenty z postępowania są powszechnie dostępne. Niewątpliwym jest, że z powyższego przepisu wynika także potrzeba udostępnienia tych informacji wykonawcom w czasie rzeczywistym, tj., albo poprzez publiczny udział wykonawców w otwarciu ofert, bądź poprzez bieżące w czasie rzeczywistym informowanie za pomocą informacji elektronicznej, jak przebiega otwieranie ofert w szczególności poprzez podawanie informacji w zakresie treści wymienionych w art. 86 ust.3 i 4 Pzp. Jawność ma bowiem na celu umożliwienie nie tylko wszystkim wykonawcom, ale także wszystkim zainteresowanym podmiotom poznania m. in. zarówno informacji o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a także informacji o oferentach oraz zaoferowanej przez nich cenie.

W ocenie składu orzekającego, sposób otwarcia ofert dokonywany przez Zamawiającego, a polegający na tym, że każdy zainteresowany podmiot miał możliwość pobrania informacji dotyczących zarówno kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowania zamówienia, jak i istotnych parametrów złożonych ofert, jak zwłaszcza ich liczby, identyfikacji podmiotów, które je złożyły oraz postanowień ofert istotnych ze względu na przyjęte kryteria oceny ofert w czasie rzeczywistym, czyni zadość zasadzie jawności otwarcia ofert. W ocenie składu orzekającego, powołana przez Zamawiającego okoliczność, potwierdzająca, że każdy zainteresowany posiadał dostęp do informacji z otwarcia ofert w czasie rzeczywistym (tj. na bieżąco w miarę wykonywania czynności) świadczy interwencja telefoniczna jednego z Wykonawców, po ściągnięciu przez niego pierwszej, niepełnej jeszcze informacji. Powyższe zdaniem Izby w sposób niebudzący wątpliwości potwierdza, że zarówno Odwołujący jak i inne podmioty miały możliwość śledzenia procesu otwarcia ofert na bieżąco. Co istotne Odwołujący powyższemu twierdzeniu Zamawiającego nie zaprzeczył.

Skład orzekający uwzględniając wyjaśnienia Zamawiającego oraz złożony dowód stwierdził, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający dokonując otwarcia ofert na Platformie Zakupowej w sposób umożliwiający wszystkim zainteresowanym poznanie informacji z otwarcia, nie naruszył zasady jawności otwarcia ofert. Tym samym zarzut Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego w niniejszym postępowaniu nie doszło także – wbrew stanowisku Odwołującego – do naruszenia art. 86 ust. 2 Pzp poprzez podwójne otwarcie przez Zamawiającego złożonych ofert.

W tym zakresie Izba przeprowadziła dowód złożony przez Zamawiającego, tj. oświadczenie Marketplanet, z którego wynika, że: *„Otwarcie ofert jest w pełni*

automatycznym procesem realizowanym przez system SWOZ, a inicjowanym przez operatora, na przebieg którego nie ma wpływu żaden użytkownik systemu (w tym operator postępowania). Otwarcie ofert jest procesem jednokrotnym i możliwym do uruchomienia tylko i wyłącznie po upływie zadanego terminu otwarcia ofert, który musi nastąpić najwcześniej wraz z upływem terminu składania ofert lub później. W trakcie trwania procesu nie ma technicznie żadnych możliwości do ingerencji w jego przebieg, wartości ofert, generowania protokołu, zawartości ofert czy jakiegokolwiek innej ingerencji w dane złożonych ofert przez operatora postępowania czy jakąkolwiek inną osobę.

W przedmiotowej sprawie proces odszyfrowywania ofert został zainicjowany przez użytkownika zalogowanego jako „TPE\m.”, rozpoczął się 28.01.2021 09:20:01.710, a zakończył: 28.01.2021 godz. 9:21:00.837. Taki stan rzeczy potwierdza historia przejść stanowych postępowania oraz zapytania ofertowego w systemie. Oferenci mogli w tym czasie widzieć i pobrać protokół, który był w trakcie procesu otwarcia uzupełniany o dane kolejnych otwartych i odszyfrowanych ofert. Oferent zalogowany jako „xhydromel” wykonał próbę pobrania protokołu z otwarcia ofert: 28.01.2021 09:20:36. Oferent zalogowany jako „weglokoks” wykonał próbę pobrania protokołu z otwarcia ofert: 28.01.2021 09:22:36. Świadczą o tym wpisy w logach dostępowych.”.

Uwzględniając powyższe, oraz fakt, że Odwołujący nie przedłożył dowodu przeciwnego podważającego taki stan rzecz, Izba w składzie orzekającym dała wiarę twierdzeniom Zamawiającego, że przyczyną sprawiającą, iż Odwołujący najpierw uzyskał protokół z informacją o 3 ofertach, a po ponownym wejściu na Platformę – jak wyjaśnił na rozprawie – protokół z informacją o 6 złożonych ofertach wynikał z tego, że podczas prowadzonej przez Zamawiającego czynności otwarcia ofert oferenci mogli w tym konkretnym czasie widzieć i pobrać protokół, który był w trakcie procesu otwierania ofert uzupełniany o dane kolejnych otwartych i odszyfrowanych ofert. Powyższe nie oznacza natomiast, że Zamawiający dokonał dwukrotnego otwarcia ofert, tym bardziej, że z przedłożonego przez niego dowodu wynika, że czynność otwarcia ofert rozpoczęła się rozpoczęła się 28.01.2021r. o godz. 09:20:01.710, a zakończyła 28.01.2021r. godz. 9:21:00.837. Powyższe potwierdza, że była to jedna czynność Zamawiającego, w czasie której zostały otwarte wszystkie złożone w postępowaniu oferty w liczbie 6. Natomiast jak już wyżej wskazano uzyskane przez Odwołującego protokoły ze wskazaną różną ilością złożonych ofert wiązało się z faktem pobrania przez Odwołującego częściowego protokołu, który był w trakcie procesu otwarcia uzupełniany o dane kolejnych otwartych i odszyfrowanych ofert

Z uwagi na powyższe stanowisko, zarzut podlegał oddaleniu.

Sygn. akt KIO 414/21

Izba stwierdziła ponadto, że Zamawiający podał informacje o których mowa w art. 86 ust. 5 Pzp z uwzględnieniem zasad określonych w przytoczonym wyżej Rozdziale 4.4.2. SIWZ. Odwołujący miał więc wiedzę, że wszystkie wymagane ww. przepisem elementy składające się na otwarcie ofert zostaną przez Zamawiającego podane w Informacji z otwarcia ofert, co wprost wynikało z postanowień ww. Rozdziału SIWZ. Podkreślić jeszcze raz należy, że Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa zaskarżenia postanowień SIWZ do KIO, a tym samym treść SIWZ stała się obowiązująca zarówno dla Zamawiającego i wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....