

WYROK
z dnia 23 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę **Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Tarnowskie Góry w Tarnowskich Górach**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hymon Fotowoltaika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie, Hymon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24aa w zw. z art. 10b w zw. z art.10a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) poprzez zaniechanie przeprowadzenia wszelkich czynności prowadzących do skutecznego odszyfrowania oferty odwołującego,
2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Tarnowskie Góry w Tarnowskich Górach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odnawialne źródła energii na terenie Gminy Tarnowskie Góry”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 10 maja 2021 roku wykonawca Sanito Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie w zakresie części nr 1 – instalacje fotowoltaiczne i kolektory słoneczne – od czynności i zaniechań zamawiającego, w tym m.in.:

- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy – Konsorcjum firm: Hymon Fotowoltaika Sp. z o.o. Lider Konsorcjum, 33-100 Tarnów, ul. Dojazd 16a oraz Hymon Sp. z o.o. – Członek Konsorcjum 33-100 Tarnów, ul. Dojazd 16a (zwanego dalej również: „HYMON” lub „przystępujący”), podczas, gdy przy badaniu i ocenie ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty doszło do pominięcia prawidłowo złożonej oferty odwołującego, co wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu i naruszenie uczciwej konkurencji,

- zaniechania przez zamawiającego doprowadzenia do skutecznego odszyfrowania oferty odwołującego,

- zaniechania przez zamawiającego dokonania badania i oceny prawidłowo złożonej przez odwołującego oferty,

- zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

ewentualnie (w przypadku obiektywnej niemożności odszyfrowania oferty odwołującego):

- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty HYMON, podczas gdy przy badaniu i ocenie ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty doszło do pominięcia prawidłowo złożonej oferty odwołującego (której niemożność odszyfrowania wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego), co wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu i naruszenie uczciwej konkurencji,

- zaniechanie stwierdzenia w związku z powyższym, że w postępowaniu doszło do nierównego potraktowania wykonawców w postępowaniu i naruszenia uczciwej konkurencji

w postępowaniu, jak również zaniechania stwierdzenia, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. przepisów, tj.:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24aa w zw. z art. 10b w zw. z art.10a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty HYMON, w zakresie części nr 1 – instalacje fotowoltaiczne i kolektory słoneczne, podczas, gdy przy badaniu i ocenie ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty doszło do pominięcia prawidłowo złożonej oferty odwołującego, co wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu i naruszenie uczciwej konkurencji,

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24aa w zw. z art. 10b w zw. z art.10a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem prawidłowo złożonej oferty odwołującego, która na podstawie ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert powinna stanowić ofertę najwyżej ocenioną i nie podlegającą odrzuceniu (a odwołujący nie powinien podlegać wykluczeniu z postępowania),

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24aa w zw. z art. 10b w zw. z art.10a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty pomimo braku uprzedniego uczynienia zadość obowiązkowi skutecznego odszyfrowania oferty odwołującego oraz braku przeprowadzenia wszelkich możliwych czynności prowadzących do skutecznego odszyfrowania oferty odwołującego, a następnie jej zbadania i oceny wraz z pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu, co wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu i naruszenie uczciwej konkurencji,

4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24aa w zw. z art. 10b w zw. z art.10a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przeprowadzenia wszelkich czynności prowadzących do skutecznego odszyfrowania oferty odwołującego, a następnie jej zbadania i oceny wraz z pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu, co wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu i naruszenie uczciwej konkurencji,

5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24aa w zw. z art. 10b w zw. z art.10a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przystąpienie do badania i oceny pozostałych ofert w postępowaniu

bez uprzedniego dokonania wszelkich czynności w celu ostatecznego ustalenia możliwości/nieвозмоści odszyfrowania oferty odwołującego oraz poprzez pominięcie informacji uzyskanej w korespondencji mailowej z dnia 04.03.2021 r. od miniportal UZP, z której wynikało, że niemożliwość odszyfrowania oferty była związana z wewnętrznym systemem zamawiającego, co wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu i naruszenie uczciwej konkurencji przez zamawiającego,

6. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez pozostawienie prawidłowo złożonej przez odwołującego oferty bez dokonania jej oceny ani bez podjęcia jakichkolwiek decyzji dotyczącej oferty odwołującego w postępowaniu, co jest niedopuszczalne wobec obowiązujących przepisów ustawy P.z.p.,

7. art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w zakresie części nr 1 – instalacje fotowoltaiczne i kolektory słoneczne, pomimo że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nie podlegających odrzuceniu;

ewentualnie (w przypadku obiektywnej niemożliwości odszyfrowania oferty Odwołującego):

8. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24aa w zw. z art. 10b w zw. z art.10a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty HYMON, w zakresie części nr 1 – instalacje fotowoltaiczne i kolektory słoneczne, podczas, gdy przy badaniu i ocenie ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty doszło do pominięcia prawidłowo złożonej oferty odwołującego (której niemożliwość odszyfrowania wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego), co wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu i naruszenie uczciwej konkurencji,

9. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 10b w zw. z art.10a ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione 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, podczas gdy narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami zapewnione przez zamawiającego uniemożliwiły odszyfrowanie oferty prawidłowo złożonej przez odwołującego, co w

konsekwencji doprowadziło do niemożliwości prawidłowej oceny oferty ww. wykonawcy oraz jej wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

10. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 10b w zw. z art.10a ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez nierówne potraktowanie wykonawców (odwołującego) w postępowaniu i naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu, jak również zaniechania stwierdzenia, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego zaniechania unieważnienia postępowania.

oraz innych przepisów powołanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty HYMON jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 – instalacje fotowoltaiczne i kolektory słoneczne,
2. dokonanie przez zamawiającego wszelkich możliwych czynności zapewniających skuteczne odszyfrowanie oferty odwołującego,
3. dokonanie badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem prawidłowo złożonej oferty odwołującego,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w zakresie części nr 1 – instalacje fotowoltaiczne i kolektory słoneczne, na podstawie ustalonych w s.i.w.z. kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

ewentualnie (w przypadku obiektywnej niemożliwości odszyfrowania oferty odwołującego):

5. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty HYMON jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 – instalacje fotowoltaiczne i kolektory słoneczne;
6. stwierdzenia, że w postępowaniu doszło do nierównego potraktowania wykonawców w postępowaniu i naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu, jak również stwierdzenia, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w konsekwencji unieważnienia postępowania w zakresie części nr 1 – instalacje fotowoltaiczne i kolektory słoneczne.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p., interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności

zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Zamawiający nie uczynił zadość obowiązkowi dokonania wszelkich ustaleń i czynności umożliwiających skuteczne odszyfrowanie prawidłowo zaszyfrowanej i prawidłowo złożonej oferty odwołującego, pominął uwagi miniportalu UZP dotyczące nieprawidłowości w działaniu wewnętrznego systemu zamawiającego w powyższym zakresie, i nie dopełniając obowiązków związanych z doprowadzeniem do skutecznego odszyfrowania oferty odwołującego, dokonał dalszego badania i oceny ofert (z pominięciem oferty odwołującego) oraz wyboru oferty HYMON jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części nr 1 – instalacje fotowoltaiczne i kolektory słoneczne. Odwołujący jest uczestnikiem postępowania, jego oferta została prawidłowo złożona i nie zawiera błędów oraz powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu, a tym samym istnieje możliwość wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania, w czym należy równolegle upatrywać interes we wniesieniu odwołania, albowiem wpływa to na sytuację prawną odwołującego w postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy P.z.p., przy uwzględnieniu zarzutów odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 maja 2021 roku, doręczonej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2021 roku wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zm.) jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie,
- 2) oddalenie w całości odwołania.

Zamawiający zakwestionował ponadto interes odwołującego we wniesieniu odwołania, stwierdzając, że odwołujący nie wskazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że jego oferta ma taką wartość, iż gdyby została odszyfrowana, stanowiłaby istotną konkurencję dla pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Hymon Fotowoltaika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie, Hymon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie. Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego zarówno w zakresie wniosku o odrzucenie odwołania, jak i jego oddalenie.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza wysokość, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

W dniu 11 marca 2020 r. zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zamówienia pn. „Odnawialne źródła energii na terenie Gminy Tarnowskie Góry” z podziałem na 3 części.

W rozdziale XXIII s.i.w.z. „Opis sposobu przygotowania oferty” ust. 1 zdanie drugie „Ofertę należy złożyć pod rygorem nieważności wyłącznie w formie elektronicznej, podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym, za pomocą dedykowanego formularza dostępnego na ePUAP lub przez miniPortal. W ust. 2 akapit drugi zamawiający wskazał:

„UWAGA! Za datę przekazania oferty wraz z załącznikami oraz innych dokumentów i informacji przyjmuje się datę ich wpływu do skrzynki ePUAP Zamawiającego.

Sposób złożenia oferty przez Wykonawcę, sposób zaszyfrowania oferty (klucz publiczny) oraz pozostałe informacje zawiera Instrukcja użytkownika systemu miniPortal, która stanowi załącznik do niniejszego postępowania”.

Zamawiający w rozdz. XXV „Termin i miejsce składania ofert” w ust. 1 wskazał: „Wykonawca składa ofertę za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany lub wycofania oferty dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu. Klucz publiczny niezbędny do zaszyfrowania oferty przez Wykonawcę jest dostępny na miniPortalu. W formularzu oferty Wykonawca zobowiązany jest podać adres skrzynki ePUAP, na którym będzie prowadzona korespondencja związana z postępowaniem”.

Zamawiający wyznaczył ostateczny termin składania ofert w zakresie części nr 1 Postępowania – instalacje fotowoltaiczne i kolektory słoneczne na dzień 23.02.2021 r. Termin otwarcia ofert został wyznaczony na dzień 23.02.2021 r. na godz. 13.00.

Zamawiający w rozdziale XXVI „Informacje o trybie otwarcia i ocenie ofert” wskazał, co następuje:

„1. Otwarcie ofert jest jawne.

2. Otwarcie ofert następuje poprzez użycie aplikacji do szyfrowania ofert dostępnej na miniPortalu i dokonywane jest poprzez odszyfrowanie i otwarcie ofert za pomocą klucza prywatnego.

(...) 7. Zgodnie z art. 24aa ustawy, Zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega

wykluczeniu (art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz wybrane podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 ustawy, wskazane przez Zamawiającego w pkt. 2.2. rozdziału XV SIWZ) oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego w pkt. 3.1., 3.2. i 3.3. rozdziału XV SIWZ”.

W dniu 22.02.2021 r. odwołujący złożył za pośrednictwem miniportalu UZP ofertę w zakresie części nr 1 postępowania – instalacje fotowoltaiczne i kolektory słoneczne.

W dniu 23 lutego 2021 roku zamawiający dokonał otwarcia ofert. Zamawiający nie mógł odszyfrować i otworzyć oferty złożonej przez odwołującego. Żaden z wykonawców nie był obecny podczas otwarcia ofert.

W dniu 24 lutego 2021 roku zamawiający przekazał wykonawcom informację z otwarcia ofert, w której wskazał najważniejsze informacje dotyczące złożonych ofert na poszczególne części. Ponadto zamawiający zawiadomił, że w postępowaniu została złożona oferta odwołującego. Zamawiający nie mógł otworzyć oferty odwołującego. Próbując odszyfrować ofertę otrzymał komunikat: „Rezultat deszyfrowania: Informacja o zaszyfrowanym pliku nie istnieje w systemie”. Zamawiający przesłał plik do analizy informatycznej przez administratora Miniportalu.

Zamawiający od dnia 23 lutego 2021 roku do 4 marca 2021 roku prowadził korespondencję mailową z administratorem miniPortalu. W dniu 4 marca 2021 roku administrator przesłał informację następującej treści: „Analiza przesłanego pliku wykazała, że plik został zmodyfikowany przez Państwa system obiegu dokumentów. Proszę o kontakt z administratorem tego systemu. Przesłany przez Państwa plik został przy pobieraniu przez system przycięty i na jego końcu brakuje stopki (i prawdopodobnie również kolejnych danych). Proszę też o analizę, czy system ten pozwala na obsługę plików o wielkości około 30 MB”.

Z informacji mailowej z dnia 5 marca 2021 roku, przekazanej przez pracownika zamawiającego, wynika:

- „1. Obieg dokumentów umożliwia pobranie plików powyżej 30 MB.
2. Zmiana nazwy pliku nie ma znaczenia, bowiem inna oferta również miała zmienioną nazwę i weryfikacja przebiegła pomyślnie a tylko przy przedmiotowej ofercie był błąd.
3. W systemie obiegu dokumentów Zamawiającego wszystkie oferty mają poprawną opcję „Weryfikacja podpisu” a tylko ta jedna oferta ma opis „Brak podpisu”.

Wniosek:

Najprawdopodobniej oferta nie ma podpisu lub nastąpiło uszkodzenie pliku zanim załącznik dotarł do systemu Zamawiającego”.

W dniu 30.04.2021 r. zamawiający przesłał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego w zakresie części nr 1 – instalacje fotowoltaiczne i kolektory słoneczne.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym w szczególności: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert wraz z listą obecności, korespondencji mailowej pomiędzy zamawiającym a administratorem miniPortalu oraz informacji o wyniku postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jednakże odwołanie wnoszone jest po tej dacie, a zatem zgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), do niniejszego postępowania odwoławczego stosuje się przepisy nowego P.z.p. (n.P.z.p.).

Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ustawy n.P.z.p.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż odwołujący, wykazując swój interes we wniesieniu odwołania, musiałby udowodnić, że zaoferowana przez niego cena jest konkurencyjna wobec innych ofert złożonych w postępowaniu.

Izba wskazuje, że w ramach procedury odwróconej, a z taką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia bez względu na zajmowane przez niego miejsce w rankingu. Szerokie rozumienie interesu zostało potwierdzone między innymi wyrokiem z dnia 10 grudnia 2018 r., wydanym przez KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 2446/18, w którym Izba uznała, iż w przypadku uwzględnienia odwołania, przy ponownym badaniu ofert, odwołujący może podnosić zarzuty wobec wyłonionego wykonawcy. W wyniku ich potwierdzenia, czyli w sytuacji kolejnego badania i oceny ofert przez zamawiającego, odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia, w sytuacji, gdyby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24aa w zw. z art. 10b w zw. z art.10a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 P.z.p. poprzez zaniechanie przeprowadzenia wszelkich czynności prowadzących do skutecznego odszyfrowania oferty odwołującego, z powodu jego wniesienia po upływie terminu określonego w ustawie, tj. na podstawie art. 528 pkt 3 n.P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 n.P.z.p. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W myśl art. 515 ust. 3 pkt 1 n.P.z.p. odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Istota sporu dotyczy faktu nieodszyfrowania oferty złożonej przez odwołującego. Zamawiający w s.i.w.z. dokładnie określił dzień i godzinę otwarcia ofert. Termin ten określony został na 23 lutego br. godz. 13.00, o czym wszyscy wykonawcy byli poinformowani. W wyznaczonym terminie zamawiający podjął próbę odszyfrowania oferty odwołującego i próba ta zakończyła się niepowodzeniem.

Izba wskazuje, że czynność otwarcia ofert jest czynnością szczegółowo opisaną w ustawie P.z.p. Ustawa określa wszystkie działania, jakie zamawiający jest obowiązany podjąć podczas otwarcia ofert. W szczególności zamawiający jest obowiązany wskazać miejsce i termin otwarcia ofert w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wynika z art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy P.z.p. Następnie, stosownie do art. 86 ust. 2 i nast., w wyznaczonym terminie zamawiający dokonuje jawnego otwarcia ofert, podając uprzednio kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podaje także nazwy (firmy) wykonawców oraz elementy przedmiotowo istotne złożonych ofert.

Otwarcie ofert cechuje się zatem wysokim stopniem sformalizowania, a wszelkie czynności i zaniechania zamawiającego mające miejsce podczas otwarcia ofert podlegają kontroli przewidzianej przepisami ustawy P.z.p. dotyczącymi środków ochrony prawnej.

Jak już wyżej wskazano, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający ustalił termin czynności otwarcia ofert na dzień 23 lutego 2021 roku godz. 13.00 i w wyznaczonym terminie czynność tę przeprowadził. Zamawiający nie odszyfrował i nie otworzył oferty złożonej przez odwołującego, na co odwołującemu przysługiwało uprawnienie do złożenia środka ochrony prawnej. Bieg terminu do wniesienia odwołania rozpoczął się w dniu 23

lutego br. i zakończył w dniu 5 marca br. Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 10 maja 2021 roku, zatem uchybił terminowi do dokonania tej czynności.

Bez znaczenia dla terminu wniesienia odwołania pozostają czynności, które zamawiający wszczął w celu wyjaśnienia przyczyn braku możliwości odszyfrowania oferty odwołującego. Wskazać należy, że zamawiający podjął te czynności niezwłocznie jeszcze tego samego dnia, w którym nastąpiło otwarcie ofert. Ustalenie przyczyn było o tyle istotne dla zamawiającego, że mógł on spodziewać się odwołania na podjęte przez niego czynności bądź zaniechania dotyczące nieodszyfrowania oferty odwołującego. Dokonane ustalenia mogły bowiem zaważyć na decyzji zamawiającego w kwestii ewentualnego uwzględnienia odwołania. Sam fakt wszczęcia postępowania wyjaśniającego nie był równoznaczny z tym, że termin do wniesienia odwołania nie rozpoczął swego biegu. Izba podkreśla raz jeszcze, że odwołanie dotyczyło czynności i zaniechań zamawiającego, które miały miejsce w dniu 23 lutego 2021 roku, nie zaś czynności innych i podejmowanych później.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24aa w zw. z art. 10b w zw. z art.10a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 P.z.p. poprzez zaniechanie przeprowadzenia wszelkich czynności prowadzących do skutecznego odszyfrowania oferty odwołującego został wniesiony z naruszeniem terminu przewidzianego ustawą n.P.z.p. i w tym zakresie odwołanie odrzuciła.

W pozostałym zakresie Izba uznała odwołanie za podlegające oddaleniu.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez pozostawienie prawidłowo złożonej przez odwołującego oferty bez dokonania jej oceny ani bez podjęcia jakichkolwiek decyzji dotyczącej oferty odwołującego w postępowaniu, co jest niedopuszczalne wobec obowiązujących przepisów ustawy P.z.p.

Izba podziela stanowisko odwołującego, iż zamawiający obowiązany był dokonać czynności względem oferty odwołującego, ustalając jej status w danym postępowaniu, i poinformować wykonawcę o decyzji, jaką podjął względem jego oferty. Ustawa P.z.p. nie przewiduje bowiem możliwości pozostawienia oferty bez dokonywania jakichkolwiek czynności względem niej (np. jej odrzucenia). W tym przypadku zamawiający takiej czynności zaniechał, czym naruszył przepisy wskazane w treści zarzutu.

Pomimo stwierdzenia naruszenia, zarzut podlega oddaleniu, a to z uwagi na treść art. 554 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć

istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia zarzutu, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek:

- 1) naruszenie przepisów ustawy oraz
- 2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania

Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7 a ustawy P.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego lub jako – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowanie postanowień takiej umowy.

Innymi słowy – z wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi lub może prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

W rozpoznawanym przypadku z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Oferta odwołującego nie została odszyfrowana i otwarta i odwołujący w terminie przepisanej ustawą nie wniósł odwołania na zaniechania zamawiającego w tym zakresie. Oferta odwołującego nie podlega zatem ocenie i nie może zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym ewentualne uwzględnienie zarzutu nie doprowadziłoby do zmiany wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozumianego jako wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba oddaliła, jako nieuzasadnione, pozostałe zarzuty odwołania. Zarzuty te odnosiły się do wykorzystywanego przez zamawiającego sprzętu, zaniechania oceny oferty odwołującego, dokonania oceny pozostałych ofert w postępowaniu z pominięciem oferty odwołującego oraz wyboru oferty przystępującego, mimo że to oferta odwołującego była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Zarzuty te były konsekwencją zaniechania odszyfrowania i otwarcia oferty odwołującego, które to zaniechanie nie zostało przez odwołującego skutecznie zaskarżone. Tym samym oferta odwołującego nie mogła być przedmiotem badania i oceny i nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 1 i 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 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: