sygn. akt: **KIO 574/19**

**WYROK**
**z dnia 12 kwietnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Emil Kuriata**
**Członkowie: Beata Konik**
**Piotr Kozłowski**

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę - **SOR Libchavy spol. S.r.o., Dolni Libchaby 48, 56116 Libvchavy (Republika Czeska)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej sp. z o.o., ul. Towarowa 1; 43-100 Tychy,** przy udziale wykonawców:

a)**MAN Truck & Bus Polska sp. z o.o., Al. Katowicka 9, Wolica; 05-830 Nadarzyn** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

b)**SCANIA POLSKA S.A., Stara Wieś, Al. Katowicka 316; 05-830 Nadarzyn** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 oraz unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 1.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej sp. z o.o.** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SOR Libchavy spol. S.r.o., Dolni Libchaby 48, 56116 Libvchavy,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej sp. z o.o.** na rzecz **SOR Libchavy spol. S.r.o.** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione
   z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

**Przewodniczący:**……
**Członkowie:** ……
……..

sygn. akt: **KIO 574/18**

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej sp. z o.o., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Dostawa 20 sztuk fabrycznie nowych autobusów typu MAXI (tabor B) oraz 23 sztuk fabrycznie nowych autobusów typu MEGA ((tabor C) - zasilanych sprężonym gazem CNG spełniających normę emisji spalin EURO VI" - drugie postępowanie".*

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 8 grudnia 2018 roku, pod numerem 2018/S 237-542348.

Dnia 22 marca 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 1 kwietnia 2019 roku wykonawca SOR Libchavy spol. S.r.o.(dalej „*Odwołujący*") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1.czynności wyboru oferty złożonej przez Scania Polska S.A., jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Scania podlegała odrzuceniu z uwagi na brak możliwości jej otwarcia w trakcie otwarcia ofert w dniu 1 lutego 2019 roku,
2.czynności badania i oceny oferty Scania,
3.zaniechaniu odrzucenia oferty Scania, która została złożona niezgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co uniemożliwiło jej otwarcie trakcie czynności otwarcia ofert w dniu 1 lutego 2019 r.,
4.zaniechaniu odrzucenia oferty Scania, pomimo braku jej otwarcia w trakcie otwarcia ofert oraz wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Scania, pomimo
iż oferta Scania nie została złożona zgodnie z wymogami s.i.w.z.,
5.zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, mimo że oferta złożona przez odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
6.zaniechaniu unieważnienia postępowania, pomimo iż zamawiający dokonał otwarcia oferty Scania w sposób niejawny, po zakończeniu czynności otwarcia ofert w dniu
1 lutego 2019 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Scania, której treść nie odpowiada treści 10.1.7 s.i.w.z., pkt 10.1.8 s.i.w.z., pkt 13.2 s.i.w.z. oraz pkt 13.5 s.i.w.z.,
2)art. 8 ust. 1 w zw. z art. 86 ust. 2 w zw. z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia i otwarcie oferty Scania w sposób niejawny, po zakończeniu czynności otwarcia ofert,
3)art. 8 ust. 1 w zw. z art. 86 ust. 2 w zw. z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez brak przekazania w trakcie czynności otwarcia ofert w dniu 1 lutego 2019 r. informacji dotyczących oferty Scania w zakresie wymaganym art. 86 ust. 4 ustawy Pzp,
4)art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy (tj. Scania) wybranemu przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,
5)art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 93 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia
w zakresie zadania nr 1 wykonawcy Scania, pomimo obowiązku unieważnienia postępowania przez zamawiającego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:
a)unieważnienia czynności wyboru oferty Scania jako najkorzystniejszej, w zakresie zadania nr 1,
b)przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert, i:
- odrzucenia oferty Scania,
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
2)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Ewentualnie, z ostrożności, w razie nienakazania odrzucenia oferty Scania, podtrzymując pozostałe wnioski, odwołujący wniósł o:
1)uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:
a)unieważnienia czynności wyboru oferty Scania jako najkorzystniejszej,
b)unieważnienia postępowania,
2)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania z uwagi na fakt, iż złożył w niniejszym postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu i obecnie znajduje się na 2 pozycji pod względem przyznanej punktacji ofert. Natomiast zgodnie z zarzutami zawartymi w odwołaniu, oferta Scania powinna zostać odrzucona, ewentualnie z uwagi na naruszenia przepisów p.z.p. przez zamawiającego, w/w postępowanie w zakresie, co najmniej zadania nr 1, powinno zostać unieważnione. W konsekwencji, w przypadku uwzględnienia odwołania i dokonania czynności odrzucenia oferty Scania, oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, a w rezultacie zamawiający powinien udzielić zamówienia odwołującemu. Zaniechanie czynności lub ich dokonanie niezgodnie z przepisami p.z.p. przez zamawiającego, które zostały opisane w odwołaniu naraża odwołującego na poniesienie szkody poprzez utratę spodziewanego zysku z wykonania inwestycji oraz poniesienie kosztów w związku z przygotowaniem oferty.

Zamawiający, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku – o oddalenie odwołania.

Pisma procesowe w sprawie złożyli również przystępujący, po stronie zamawiającego wykonawcy.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy: MAN Truck & Bus Polska sp. z o.o. oraz SCANIA Polska S.A.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W przedmiotowym postępowaniu, w dniu 1 lutego 2019 roku, odbyła się czynność otwarcia ofert, w trakcie której obecny był przedstawiciel odwołującego, tj. Pan J.W. oraz przedstawiciel wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A.

W trakcie czynności otwarcia ofert, komisja przetargowa otworzyła 4 oferty złożone w postępowaniu, tj. ofertę:

1.Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Owińskach,
2.Autosan sp. z o.o. z siedzibą w Sanoku,
3.MAN TRUCK & BUS POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie,
4.SOR Libchavy spol. S.r.o. z siedzibą w Libchavach (Czechy).

Przedstawiciele wykonawców obecni na otwarciu ofert, w tym również przedstawiciel odwołującego, zostali poinformowani, że jednej z ofert nie można otworzyć.

Ostatecznie, przedstawiciele wykonawców obecni na otwarciu ofert, w tym również przedstawiciel odwołującego, zostali poinformowani, że udało się otworzyć jedynie 4 w/w oferty. Następnie przedstawiciele wykonawców zostali poinformowani o zakończeniu czynności otwarcia ofert oraz jednocześnie poproszeni o opuszczenie miejsca otwarcia ofert z uwagi na zakończenie tej czynności.

W tym samym dniu, tj. w dniu 1 lutego 2019 r., zamawiający opublikował „Informację z otwarcia ofert", w której wskazał, że złożono w/w oferty oraz dodatkowo ofertę Scania Polska S.A. w zakresie zadania nr 1. Jednocześnie zamawiający wskazał, że: *„Złożono - w formie elektronicznej - 5 ofert. Komisja poinformowała osoby obecne na otwarciu ofert o braku możliwości otwarcia oferty nr 2 (oferty Scania). Niezwłocznie po otwarciu ofert komisja podjęła kolejną próbę otwarcia oferty nr 2, złożonej przez Scania Polska S.A. Próba ta powiodła się na innym komputerze z uwagi na zainstalowane tam dodatkowe oprogramowanie."*.

Odwołujący podniósł, iż jak wynika z samej informacji z otwarcia ofert z dnia 1 lutego 2019 r. („Informacja"), zamawiający nie mógł otworzyć oferty Scania w trakcie otwarcia ofert złożonych w postępowaniu z uwagi na fakt, że oferta Scania albo została złożona z naruszenie postanowień s.i.w.z. albo była ofertą „pustą". Ponadto, jak twierdzi zamawiający, był on w stanie otworzyć ofertę Scania po zakończeniu czynności otwarcia ofert, z wykorzystaniem „*dodatkowego oprogramowania*".

Zdaniem odwołującego, z powyższej informacji wynikają dwie istotne kwestie:

1. oferta Scania została złożona niezgodnie z s.i.w.z., gdyż prawdopodobnie dopiero na skutek kontaktu z przedstawicielem Scania zamawiający zdołał otworzyć ofertę Scania z użyciem dodatkowego oprogramowania nieprzewidzianego w s.i.w.z. lub też czego odwołujący nie wyklucza, Scania ponownie załadowała elektroniczną ofertę, która tym razem umożliwiła zamawiającemu jej otwarcie, tj. ofertę spełniającą wymogi s.i.w.z,.

2.zamawiający otworzył ofertę Scania po zakończeniu czynności otwarcia ofert, która odbyła się w dniu 1 lutego 2019 roku o godzinie 10:30, na której obecni byli przedstawiciele wykonawców, w tym przedstawiciel odwołującego.

Powyższe prowadzi do wniosku, że oferta Scania podlegała odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z zapisami

s.i.w.z., albo postępowanie, co najmniej w zakresie zadania nr 1, podlega unieważnieniu z uwagi na otwarcie oferty Scania dopiero po zakończeniu czynności otwarcia ofert złożonych w postępowaniu - co sam przyznał zamawiający w Informacji.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie uwzględniła wniosków zamawiającego i przystępującego Scania o odrzucenie odwołania wskazując, iż okoliczność poinformowania przez zamawiającego wykonawców
o złożonych ofertach, w tym o ofercie otwartej bez udziału osób uczestniczących
w procedurze publicznego i jawnego otwarcia ofert nie może stanowić przesłanki, samej
w sobie, skutkującej liczeniem terminu od tej daty, albowiem na tę chwilę nieznana była decyzja zamawiającego, co do losów oferty nr 2 złożonej przez wykonawcę Scania. Dopiero informacja o czynności zamawiającego, polegającej na uznaniu za ofertę najkorzystniejszą oferty nr 2, mogła stanowić podstawę do stawiania zarzutów zamawiającemu, co do czynności i zaniechań zamawiającego względem tej oferty. Tym samym Izba uznała,
że odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zachodziły podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 1. Okoliczność taka wprost wynika z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 86 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.

Wskazać bowiem należy, co wynika z niespornego stanu faktycznego sprawy,
iż zamawiający w wyznaczonym dniu i o określonej godzinie dokonał czynności publicznego
i jawnego otwarcia ofert złożonych w postępowaniu, jednakże z tym zastrzeżeniem,
iż w trakcie otwarcia ofert zamawiający poinformował osoby obecne na otwarciu ofert
o braku możliwości otwarcia oferty nr 2. Po zakończeniu ww. procedury zamawiający,
w osobach komisji przetargowej, podjął kolejną próbę otwarcia oferty nr 2, która zakończyła się sukcesem na innym komputerze, jednakże już bez udziału osób przybyłych na otwarcie ofert. Czynność ta w ocenie Izby, w sposób bezpośredni narusza w szczególności dyspozycję przepisu art. 8 ust. 1 oraz art. 86 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, albowiem procedura otwarcia oferty nr 2 nie odbyła się w sposób jawny dla wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym nie podano nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, ceny, warunków płatności oraz terminu wykonania zamówienia dla oferty nr 2.

Powyższe uchybienia zamawiającego naruszyły naczelną zasadę zamówień publicznych, wynikająca z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem postępowanie nie zostało przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co skutkowało naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zamówienia nie udzielono wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Wskazywane wyżej naruszenia wpisują się w dyspozycję przepisu art. 93 ust. 7 ustawy Pzp, który nakazuje unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podnieść bowiem należy, na co wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach, iż czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową i niepowtarzalną, cyt. *„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. (…) 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”* (wyrok KIO z dnia 4 lipca 2016 roku, sygn. akt KIO 1096/16), *„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 nierozerwalnie 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.”* (wyrok z dnia 12 października 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1344/09).

Powyższą zasadę potwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 2 lutego 2010 roku, sygn. akt V Ca 2601/09, która ze wszech miar znajduje swoje zastosowanie do przedmiotowego postępowania. Sąd stwierdził bowiem, iż *„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 rozstrzygniecie 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.".*

Krajowa Izba Odwoławcza zdaje sobie sprawę, iż nastąpiły znaczące zmiany w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, związane z jej elektronizacją, 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 pozostawałby „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 pancernej, 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 elektronizacją 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.

W związku z brakiem jakichkolwiek dowodów, dotyczących okoliczności podnoszonych przez odwołującego, związanych z zarzutem zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Scania z uwagi na fakt, iż oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), Izba oddaliła ten zarzut, jako nieudowodniony.

Izba oddaliła wnioski dowodowe stron i uczestników postępowania odwoławczego, dotyczące powołania dowodu z zeznań świadków stwierdzając, iż wszelkie okoliczności sprawy wynikają wprost ze złożonych oświadczeń i dokumentów, tym samym przeprowadzenie wnioskowanych dowodów było zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, a tylko wydłużyłoby postępowanie odwoławcze.

Izba dopuściła dowody złożone przez zamawiającego i przystępującego Scania, jednakże stwierdzając, iż potwierdzają one okoliczności w nich wskazane, tj. że oferta nr 2 wykonawcy Scania została złożona w terminie, jej treść nie była korygowana, a plik z ofertą nie był plikiem pustym albowiem zawierał elektroniczną ofertę.

Izba przyjęła za wiarygodne oświadczenia zamawiającego o tym, iż zamawiający nie kontaktował się z wykonawcą Scania w trakcie procedury otwierania oferty, czy też że po terminie została złożona nowa oferta wykonawcy Scania, albowiem odwołujący żadnego dowodu przeciwnego nie przedstawił.

Powyższe nie mogło jednak przesądzić o oddaleniu odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:……

Członkowie: …….

…….