Sygn. akt: KIO 186/20

WYROK

z dnia 11 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2020 r. przez wykonawcę

Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi
w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A.
z siedzibą w Sopocie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego
w sprawie o sygn. akt: KIO 186/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Pocztowe

   Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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:

Sygn. akt: KIO 186/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi w Warszawie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na ubezpieczenie mienia i odpowiedzialności cywilnej szkół rolniczych prowadzonych i nadzorowanych przez Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z podziałem na 4 części (znak postępowania: BDG.zp.23.1.115.2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 238 - 583893.

W dniu 30 stycznia 2020 r. wykonawca Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 86 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez otwarcie ofert przy zaniechaniu otwarcia oferty Odwołującego z powodu braku możliwości zapoznania się z ofertą, z przyczyn technicznych, bez wcześniejszego pozyskania wyjaśnień w zakresie przyczyn wystąpienia takiej okoliczności,

2. art. 86 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez otwarcie ofert przy zaniechaniu otwarcia oferty Odwołującego z powodu braku możliwości zapoznania się z ofertą, z przyczyn technicznych, bez wcześniejszego pozyskania wyjaśnień w zakresie przyczyn wystąpienia takiej okoliczności.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności otwarcia ofert przez Zamawiającego oraz ze względu na fakt, że otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną i niepowtarzalną zobowiązanie Zamawiającego do unieważnienia postępowanie przetargowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż złożył ofertę za pomocą miniPortalu w przetargu nieograniczonym znak: BDG.zp.23.1.115.2019 na ubezpieczenie mienia i odpowiedzialności cywilnej szkół rolniczych prowadzonych i nadzorowanych przez Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi, na IV (cztery części) części zamówienia, zgodnie z wymogami SIWZ Rozdział II.

W dniu 20.01.2020 r. nastąpiło otwarcie ofert, podczas którego Zamawiający nie dokonał otwarcia oferty Odwołującego powołując się na brak możliwości otworzenia oferty i zapoznania się z treścią ze względów technicznych. Zamawiający, bez próby wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności zaistniałej sytuacji, w szczególności podjęcia wyjaśnień z Odwołującym, zamknął otwarcie dokonując następującego wpisu w zbiorczym zestawieniu ofert „Jednocześnie Zamawiający informuje, iż do upływu terminu składania ofert wpłynęła jeszcze jedna oferta - Wykonawcy Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych. Pliku nie można było otworzyć, podczas próby jego otworzenia pojawił się następujący komunikat: „Archiwum ma niewłaściwy format lub jest uszkodzone".

Wskutek powyższego Zamawiający dokonał otwarcia jednej konkurencyjnej oferty w zakresie II części zamówienia, w pozostałym zakresie unieważnił postępowanie powołując się na art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.

Po zapoznaniu się ze Zbiorczym otwarciem ofert w dniu 20 stycznia 2020 r., Odwołujący wystosował informację do Zamawiającego wskazując na naruszenie prawa. Odpowiedź wskazywała na okoliczność dotąd nie podnoszoną przez Zamawiającego - podwójne zaszyfrowanie oferty.

Odwołujący wskazał, iż otwarcie ofert następuje w sposób określony w art. 86 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art 86 ust. 2 ustawy 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. Z art. 86 ust. 2 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający bezpośrednio po upływie terminu składania ofert, tj. w tym samym dniu, w którym termin ten upłynął, zobowiązany jest do otwarcia złożonych ofert w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniach, w których oferty składane są elektronicznie, za pośrednictwem miniPortalu, zamawiający pobiera przesłane pliki, następnie je odszyfrowuje i otwiera, a po otwarciu odczytuje informacje, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, tj. podaje nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków

płatności zawartych w ofertach.

W sytuacji, w której podczas czynności otwarcia ofert okazuje się, że Zamawiający nie jest w stanie otworzyć przesłanych przez wykonawców plików, mogących zawierać ofertę w postępowaniu, zamawiający zobowiązany jest do podjęcia czynności mających na celu wyjaśnienie, jaka jest przyczyna niemożności otwarcia tych plików. Wyjaśnienie powyższego ma kluczowe znaczenie dla dalszego przebiegu postępowania i determinuje dalsze czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, że w świetle zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dopuszczalne zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności weryfikacyjnych w ww. zakresie.

Koniecznym, po stronie Zamawiającego, jest wykazanie przyczyn braku możliwości otwarcia ofert. Nie można uznać za wystarczające stwierdzenie Zamawiającego zawarte w zbiorczym zestawieniu ofert otwartych „Archiwum ma niewłaściwy format lub jest uszkodzone". Zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia przyczyn zaistnienia okoliczności uniemożliwiających otwarcie przesłanej przez Odwołującego oferty, w szczególności nie zostało ustalone czy wada techniczna ma charakter pierwotny tj. czy oferta została przekazana przez Odwołującego w postaci uniemożliwiającej otwarcie plików, czy może wada pojawiła się później np. wskutek błędnego zapisu plików przez Zamawiającego, braku właściwego oprogramowania komputerów przetwarzających przekazane oferty, błędów wynikających z pośrednictwa miniPortalu, czy innych. Taka wątpliwość wymagała wyjaśnienia dla prawidłowego, zgodnego z prawem otwarcia ofert. Podkreślić natomiast należy, że format i wymagania techniczne przekazanej przez Odwołującego oferty były zgodne z wymaganiami SIWZ. Potwierdza to Zgłoszenie oferty.

Odwołujący uzasadniał, że formuła komunikatu „Archiwum ma niewłaściwy format lub jest uszkodzone" zawarta w Zbiorczym zestawieniu ofert, nie daje podstaw do merytorycznej weryfikacji informacji przez Odwołującego. Otrzymanie Urzędowego Potwierdzenia Przedłożenia (UPP) oraz potwierdzenia terminowego Zgłoszenia oferty (zawierającego plik z ofertą we właściwym formacie) pozwala na twierdzenie o prawidłowo przekazanej ofercie. W takiej sytuacji ustalenie przyczyn braku możliwości zapoznania się z ofertą ma bardzo istotne znaczenie ze względu na art. 10b ustawy Pzp, zgodnie z którym właśnie Zamawiający zapewnia, 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. To on ponosi więc odpowiedzialność za to, jak działa system. Uwzględniając fakt podwójnego szyfrowania podniesiony w odpowiedzi na informację o naruszeniu prawa, jako podstawy braku otwarcia oferty Odwołującego, koniecznym było wykluczenie chociażby takiej okoliczności. Brak szczegółowego ustalenia przyczyn braku możliwości otwarcia oferty powoduje, że została naruszona zasada przejrzystości i jawności postępowania przetargowego oraz zasad równego traktowania.

Wskutek braku wyjaśnień, Zamawiający dokonał otwarcia jednej, konkurencyjnej oferty z zakresu II części zamówienia, w pozostałym zakresie unieważnił postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, tj. Zamawiający założył, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, podczas gdy w rzeczywistości Zamawiający nie dokonał otwarcia oferty wobec czego nie mógł zapoznać się z jej treścią. Tym samym Zbiorcze zestawienie ofert nie zawiera przesłanek stanowiących podstawę unieważnienia w oparciu o art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt niespójności w dokumentacji po otwarciu ofert przez Zamawiającego. Zbiorcze zestawienie ofert wskazuje na niewłaściwy format lub jest uszkodzenie pliku. Z kolei unieważnienie postępowania jako podstawę podaje brak oferty niepodlegającej odrzuceniu a odpowiedź na informację o naruszeniu prawa przez Zamawiającego, wskazuje okoliczność podwójnego szyfrowania. Stąd też należy wysnuć wniosek, że w chwili otwarcia ofert Zamawiający nie miał pełnej wiedzy o przyczynach braku możliwości otwarcia oferty oraz zaniechał przeprowadzenia wyjaśnień pozwalających na przeprowadzenie czynności otwarcia ofert, które nie obarczałoby postępowania nieusuwalną wadą, skutkującą istotnym wpływem na przyszłą umowę.

Otwarcie ofert powinno nastąpić najpóźniej do końca dnia, w którym upłynął termin ich składania tj. do godziny 24:00. Zamawiający nie może odroczyć otwarcia ofert w czasie ani przedłużyć terminu otwarcia. Nie jest również możliwe dokończenie przerwanego, czy nie w pełni przeprowadzonego otwarcia ofert. Publiczne otwarcie ofert nie może zostać powtórzone w danym postępowaniu, jest to bowiem czynność faktyczna oraz jednokrotna. Otwarcie ofert polega na ich rozpakowaniu i odczytaniu informacji wymaganych przepisami.

Naruszenie prawa przez Zamawiającego wskazuje na brak zachowania fundamentalnych zasad zamówień publicznych: jawności, przejrzystości i równego taktowania oferentów. Działanie Zamawiającego mogłoby prowadzić do obejścia prawa i skutkować wyłonieniem jako najkorzystniejszej oferty danego wykonawcy, pomimo faktu iż pozostali wykonawcy złożyliby oferty bardziej korzystne, jednak z różnych względów nie dokonano ich otwarcia. „Złożenie w sposób skuteczny oferty powoduje, bowiem, że na Zamawiającym ciąży obowiązek dokonania jej otwarcia, zgodnie z art. 86 ust. 2 ustawy p.z.p. i podjęcia dalszych czynności. W przypadku skutecznego złożenia oferty (w warunkach określonych przez Zamawiającego), zaniechanie czynności otwarcia skutkuje, (...), koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p." - wyrok KIO z 29 sierpnia 2008 r. (KIO/UZP 855/08).

Uwzględniając powyższe, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego tj. otwarcia ofert oraz zobowiązanie Zamawiającego do unieważnienia postępowania przetargowego. Unieważnienie tej czynności, jako jednokrotnej i niepowtarzalnej skutkować musi, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, unieważnieniem postępowania. Wada postępowania jest nieusuwalna wobec czego będzie wywierała tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że spowoduje jej bezwzględną nieważność, a tym samym prawną bezskuteczność.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 lutego 2020 r. wniósł o:

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;

2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów zastępstwa profesjonalnego pełnomocnika, według norm przepisanych; ewentualnie o:

3. oddalenie odwołania w całości;

4. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów zastępstwa profesjonalnego pełnomocnika, według norm przepisanych.

Ponadto Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w piśmie na okoliczności w nim wskazane oraz całej dokumentacji postępowania, która została przekazana przez Zamawiającego Krajowej Izbie Odwoławczej.

Zamawiający uzasadniał, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadził czynność otwarcia ofert w sposób zgodny z art. 86 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że 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 otwarcia. Z kolei w świetle art. 86 ust. 1 ustawy Pzp z zawartością o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu, odpowiednio do ich złożenia lub otwarcia. Obowiązek zaszyfrowania oferty nie jest wyłącznie uprawnieniem wykonawców, lecz jest obowiązkiem, który powinien zostać spełniony, aby ich oferta brała udział w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu otwarcie ofert odbyło się dniu 20.01.2020 r. o godz. 12.00 w siedzibie Zamawiającego w Warszawie. Otwarcie ofert było jawne i uczestniczyło w nim czterech członków komisji przetargowej oraz dwóch pracowników Biura Administracyjno-Budżetowego, jako wsparcie techniczne w związku z pojawiającym się problemem z otwarciem jednej z ofert. W otwarciu ofert nie uczestniczył przedstawiciel żadnego z wykonawców. Podczas otwarcia oferty Odwołującego pojawił się komunikat: „Archiwum ma niewłaściwy format lub jest uszkodzone". Zamawiający podjął kilkukrotne próby otwarcia oferty Odwołującego, lecz za każdym razem okazywały się one bezskuteczne (zob. kopie komunikatów pojawiających się podczas prób otwarcia oferty - dowód nr 2). Wbrew twierdzeniu Odwołującego Zamawiający podjął działania zmierzające do ustalenia przyczyny braku możliwości otwarcia tej oferty, ponieważ zwrócił się do administratora miniPortalu z wnioskiem o wyjaśnienie przyczyny braku możliwości otwarcia oferty Odwołującego. W otrzymanej odpowiedzi stwierdzono, że „Analiza Państwa zgłoszenia wykazała, że oferta została błędnie, podwójnie zaszyfrowana. Aplikacja w momencie szyfrowania oferty odkłada numery oferty, tzw. Hash pliku. Hash pliku jest przesyłany z ePUAP-u do miniPortalu w momencie wysyłania oferty za pośrednictwem Formularza do złożenia zmiany, wycofania oferty lub wniosku. W przypadku zaszyfrowania oferty dwa razy do systemu odkładany jest eden hash - ten ostatni, i to ten hash jest rozpoznawany przez Aplikacje do deszyfrowania oferty (...).". W odpowiedzi podkreślono, iż

tak załączonego pliku Zamawiający nie ma możliwości odszyfrować, a tym samym Zamawiający nie może zapoznać się z treścią załączonych dokumentów.

Zamawiający odwołał się do stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który w odpowiedzi z dnia 17.01.2019 r. przekazanej Marszałkowi Senatu stwierdził, że sytuacja podwójnego szyfrowania ofert przez wykonawców, których nie można następnie otworzyć, nie wynika z nieprawidłowo działającego systemu, lecz z wykonywania poszczególnych kroków niezgodnie z instrukcją użytkowania. W związku z tym przyjąć należy, iż pełną odpowiedzialność za brak możliwości otwarcia oferty ponosi sam Odwołujący.

Zamawiający podniósł, że przestrzegał zasady przejrzystości i jawności, ponieważ w piśmie z dnia 27.01.2020 r. przekazał Odwołującemu wszystkie istotne informacje dotyczące przebiegu otwarcia złożonej przez niego oferty oraz podał przyczyny, które stanowiły podstawę takiej decyzji, tj. braku możliwości otwarcia pliku oraz wskazał przyczyny takiej sytuacji, leżące po stronie Odwołującego. Działanie Zamawiającego stanowi realizację powołanych podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych i zabezpiecza interes Odwołującego.

Niezasadny jest zarzut Odwołującego dotyczący niespójności w dokumentacji po otwarciu ofert przez Zamawiającego. Zamawiający, realizując obowiązek przestrzegania zasady przejrzystości i jawności postępowania (art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) niezwłocznie po otwarciu ofert zamieścił na swojej stronie internetowej informacje nie tylko dotyczące firmy oraz adresu wykonawcy, który złożył ofertę (art. 86 ust. 5 ustawy Pzp), ale także informacje dotyczące przesłanego pliku, z którego treścią podczas czynności otwarcia ofert nie był w stanie się zapoznać. Dzięki udostępnieniu tej informacji Odwołujący miał możliwość podjęcia działań zmierzających do wyjaśnienia przyczyn braku możliwości otwarcia jego oferty, chociażby mógł samodzielnie zwrócić się do administratora miniPortalu z wnioskiem o ustalenie przyczyny niemożności otwarcia jego oferty. Tymczasem Odwołujący nie ustosunkował się do informacji przekazanych mu przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27 stycznia 2020 r., dotyczących podwójnego szyfrowania oferty oraz nie udowodnił, że złożył ofertę zgodnie z Instrukcją Użytkownika miniPortalu, dostępną pod adresem: .

Załączone do odwołania dokumenty, tj. Zgłoszenie oferty/wniosku i UPP - Urzędowe Poświadczenie Przedłożenia, potwierdzają jedynie, że Odwołujący przed upływem terminu składania ofert wysłał swoją ofertę, a okoliczności tej, tj. »wysłania przez Odwołującego pliku z ofertą, Zamawiający nie kwestionuje. Należy podkreślić, iż samo złożenie oferty za pomocą formularza ePUAP i uzyskanie Urzędowego Poświadczenia Przedłożenia nie potwierdza wskazywanej w odwołaniu „skuteczności" złożenia oferty.

Sporna między stronami jest przyczyna, z powodu której Zamawiający nie mógł otworzyć oferty złożonej przez Odwołującego. W ocenie Zamawiającego dokument pt. „Lista złożonych ofert" potwierdza, że system informatyczny miniPortalu w momencie składania oferty przez Odwołującego działał poprawnie. O jego prawidłowym działaniu świadczy fakt, że oferta Odwołującego została przekazana w czasie zbliżonym do przekazania oferty przez Przystępującego. Odwołujący przekazał ofertę w dniu 17.01.2020 r. o godz. 14:51, a Przystępujący tego samego dnia, tj. 17.01.2020 r. o godz. 15:04. Przy czym podczas sesji otwarcia ofert w dniu 20.01.2020 r. oferta Przystępującego została otwarta bez żadnego problemu, a oferty złożonej przez Odwołującego Zamawiający nie był w stanie otworzyć, nawet korzystając z pomocy dwóch informatyków z Biura Administracyjno-Budżetowego.

W związku z tym, że Zamawiający nie mógł otworzyć oferty Odwołującego i zapoznać się z jej treścią, zasadnie uznał, że oświadczenie woli Odwołującego o zamiarze ubiegania się o zamówienie nie zostało w ogóle złożone, a w konsekwencji jego ofertę należy potraktować jako „ofertę niebyłą". Konsekwencją zajęcia takiego stanowiska było unieważnienie przez Zamawiającego postępowania w części I, III i IV, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający mógłby wskazać jako podstawę prawną unieważnienia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp tylko wówczas, gdyby to z winy Zamawiającego nie można było otworzyć oferty. Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości udowodnił, że odpowiedzialność za brak możliwości otwarcia oferty ponosi Odwołujący, który błędnie zaszyfrował ofertę poprzez jej dwukrotne zaszyfrowanie, co spowodowało brak możliwości jej otwarcia przez Zamawiającego. Stąd też uznać należy, iż Zamawiający, wypełniając dyspozycję art. 86 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w sposób prawidłowy dokonał publicznego otwarcia ofert, następnie przy zachowaniu zasady przejrzystości i jawności postępowania (art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) podjął działania zmierzające do wyjaśnienia przyczyn braku możliwości otwarcia oferty Odwołującego, a w konsekwencji zasadnie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp unieważnił I, III i IV część postępowania, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Odwołujący nie zdołał podważyć prawidłowości działań podjętych przez Zamawiającego, a zatem jego odwołanie powinno zostać oddalone w całości jako

bezzasadne.

Wniosek o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów zastępstwa profesjonalnego pełnomocnika, znajduje uzasadnienie w przepisie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania

odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba, po zapoznaniu się ze stanowiskiem Stron, oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższy wniosek Zamawiający uzasadniał tym, że Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie złożył skutecznie oferty w przedmiotowym postępowaniu, gdyż wskutek błędów wykonawcy polegających na podwójnym zaszyfrowaniu oferty, Zamawiający nie miał możliwości zapoznania się z treścią oświadczenia woli wykonawcy. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący utracił status wykonawcy w momencie, kiedy Zamawiający nie mógł zapoznać się z treścią jego oferty.

Izba stwierdziła, że wniosek o odrzucenie odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie. Stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania, a nie jest przesłanką formalną skutkującą odrzuceniem odwołania stosownie do treści art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 31 stycznia 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 3 lutego 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, informację z otwarcia ofert, protokół z miniPortalu wskazujący złożone oferty w systemie, zawiadomienie o unieważnieniu części I, III i IV zamówienia.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 lutego 2020 r.

Nadto skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. symulacja komputerowa wskazująca na zmiany rozmiaru pliku;
2. symulacja komputerowa szyfrowania pliku oferty;
3. printscreen wskazujący na rozmiar pliku analizowanego przez Zamawiającego;
4. ekspertyza informatyczna Odwołującego;
5. historia mailowa.

Izba zaliczyła również do materiału sprawy dowody złożone przez Zamawiającego, tj.:

1. korespondencję elektroniczną z administratorem miniPortalu z dnia 23 stycznia 2020 r.;
2. pismo Prezesa UZP z dnia 17 stycznia 2019 r.;

3. lista złożonych ofert - wydruk z miniPortalu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem II SIWZ zawierającym informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów:

A. Informacje ogólne:

1. w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu miniPortalu ePUAP-u oraz poczty elektronicznej Zamawiającego.

2. Zamawiający wyznacza następującą osobę do kontaktu z Wykonawcami: N. S., e-mail: n..s.@minrol.gov.pl

3. Wykonawca zamierzający wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi posiadać konto na ePUAP. Wykonawca posiadający konto na ePUAP ma dostęp do formularzy: złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku oraz do formularza do komunikacji.

4. Wymagania techniczne i organizacyjne wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych, elektronicznych kopii dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu opisane zostały w Regulaminie korzystania z miniPortalu oraz regulaminie ePUAP.

5. Maksymalny rozmiar plików przesyłanych za pośrednictwem dedykowanych formularzy do: złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku oraz do komunikacji wynosi 150 MB.

6. 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.

7. Identyfikator postępowania i klucz publiczny dla danego postępowania o udzielenie zamówienia są dostępne na liście wszystkich postępowań na miniPortalu oraz stanowią załącznik nr 2 do SIWZ.

Termin składania ofert upłynął w dniu 20 stycznia 2020 r. o godz. 9.00. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 20 stycznia 2020 r. o godz. 12.00.

Z informacji dostępnych w miniPortalu wynika, iż w postępowaniu złożone zostały dwie oferty, tj. Odwołującego w dniu 17 stycznia 2020 r. o godz. 14.51 oraz Przystępującego w dniu 17 stycznia 2020 r. o godz. 15.04.

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert w części I, III i IV nie wpłynęła żadna oferta. Przystępujący złożył ofertę w części II zamówienia. Ponadto w ww. piśmie Zamawiający

wskazał, że do upływu terminu składania ofert wpłynęła jeszcze jedna oferta - wykonawcy Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych. Zamawiający podał, że pliku nie można było otworzyć, podczas prób jego otworzenia pojawił się następujący komunikat: „Archiwum ma niewłaściwy format lub jest uszkodzone”.

W dniu 22 stycznia 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu części I, III i IV zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w uzasadnieniu faktycznym podając, iż w ww. częściach nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Pismem z dnia 23 stycznia 2020 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o naruszeniu art. 86 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez

odstąpienie od otwarcia oferty Odwołującego.

W dniu 23 stycznia 2020 r. Zamawiający zwrócił się do administratora miniPortalu z wnioskiem o wyjaśnienie przyczyny braku możliwości otwarcia oferty Odwołującego.

W otrzymanej w dniu 23 stycznia 2020 r. odpowiedzi stwierdzono, że „Analiza Państwa zgłoszenia wykazała, że oferta została błędnie, podwójnie zaszyfrowana. Aplikacja w momencie szyfrowania oferty odkłada numery oferty, tzw. Hash pliku. Hash pliku jest

przesyłany z ePUAP-u do miniPortalu w momencie wysyłania oferty za pośrednictwem Formularza do złożenia zmiany, wycofania oferty lub wniosku. W przypadku zaszyfrowania oferty dwa razy do systemu odkładany jest jeden hash - ten ostatni, i to ten hash jest rozpoznawany przez Aplikacje do deszyfrowania oferty. W związku z powyższym nie mają Państwo możliwości odszyfrowania i odczytania tej oferty".

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 86 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 86 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez otwarcie ofert przy zaniechaniu

otwarcia oferty Odwołującego z powodu braku możliwości zapoznania się z ofertą, z przyczyn technicznych, bez wcześniejszego pozyskania wyjaśnień w zakresie przyczyn wystąpienia takiej okoliczności Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z art. 86 ust. 2 ustawy 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. Jednocześnie stosownie do treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ponadto w myśl art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Izba wskazuje, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie sposób stwierdzić, że Zamawiający naruszył art. 86 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. W dniu 20 stycznia 2020 r. o godz. 12.00 w siedzibie Zamawiającego w Warszawie odbyło się otwarcie ofert. Otwarcie ofert było jawne i uczestniczyło w nim czterech członków komisji przetargowej oraz dwóch pracowników Biura Administracyjno-Budżetowego, jako wsparcie techniczne w związku z pojawiającym się problemem z otwarciem jednej z ofert. W otwarciu ofert nie uczestniczył przedstawiciel żadnego z wykonawców. Powyższe okoliczności nie były kwestionowane przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izbą.

Nie było sporne między Stronami, iż w terminie skladania ofert do Zamawiającego, oprócz oferty Przystępującego, wpłynęły zaszyfrowane przez Odwołującego i podpisane elektronicznie dokumenty nazwane „OFERTA PTUW.ZIP".

Jak wyjaśnił Zamawiający, podczas otwarcia oferty Odwołującego pojawił się komunikat o treści: „Archiwum ma niewłaściwy format lub jest uszkodzone". Zamawiający podjął kilkukrotne próby otwarcia oferty Odwołującego, lecz za każdym razem okazywały się one bezskuteczne.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez Odwołującego, iż w świetle zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dopuszczalne zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności weryfikacyjnych, w sytuacji gdy zamawiający nie jest w stanie otworzyć przesłanych przez wykonawców plików, mogących zawierać ofertę w postępowaniu. Wbrew jednak twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w przedmiotowej sprawie podjął czynności zmierzające do wyjaśnienia okoliczności uniemożliwiających otwarcie przesłanej przez Odwołującego oferty. Jakkolwiek Zamawiający wystąpił do administratora miniPortalu dopiero po unieważnieniu części I, III i IV zamówienia (w dniu 23 stycznia 2020 r.), to uzyskane od administratora systemu informacje potwierdziły, że oferta przekazana przez Odwołującego została błędnie, podwójnie zaszyfrowana, co też skutkowało brakiem możliwości jej odszyfrowania i odczytania.

W ocenie Izby Odwołujący nie podważył ww. stanowiska przedstawionego przez administratora miniPortalu wyrażonego w wiadomości elektronicznej z dnia 23 stycznia 2020 r. Tożsame stanowisko w ww. zakresie uzyskał zresztą sam Odwołujący w wiadomości elektronicznej z 7 lutego 2020 r. Odwołujący nie wykazał również, by w procesie złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu nie popełnił błędu, skutkującego podwójnym zaszyfrowaniem oferty. Zauważyć również należy, iż odwołujący się wykonawca w toku rozprawy, jak i w złożonym piśmie procesowym z 10 lutego 2020 r. nie podważał komunikatów, które „wyskakiwały" Zamawiającemu podczas prób otwarcia oferty wykonawcy.

Odwołujący nie wzruszył również stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przedstawionego w piśmie z dnia 17 stycznia 2019 r. adresowanym do Marszałka Senatu RP, w którym wprost wskazano, iż sytuacja podwójnego szyfrowania oferty nie wynika z nieprawidłowo działającego systemu, lecz z wykonywania poszczególnych kroków niezgodnie z instrukcją użytkowania. Ponadto jak wskazał Prezes UZP w rzeczonym piśmie,

odnośnie przygotowywanej modyfikacji systemu miniPortal, „do czasu wgrania nowej wersji aplikacji Urząd weryfikuje zgłoszenia od Zamawiających i Wykonawców i na bieżąco pomaga Zamawiającym i Wykonawcom rozwiązywać problemy dotyczące użytkowania miniPortalu." W świetle powyższego stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych, nie sposób w ocenie Izby wywodzić negatywnych konsekwencji wobec Zamawiających, którzy podejmują czynności wyjaśniające w przypadkach braku możliwości otwarcia pliku z ofertą, korzystając z pomocy administratora miniPortalu i na podstawie informacji uzyskanych przez właściwy podmiot, podejmują dalsze czynności w postępowaniu.

Ponadto Izba wskazuje, że stanowisko prezentowane przez Odwołującego było niespójne. Z jednej strony w uzasadnieniu odwołania wykonawca wskazał, iż czynność otwarcia ofert jest czynnością jednokrotną oraz że zamawiający nie może jej odroczyć ani przedłużyć terminu otwarcia, z drugiej zaś strony zarzucał Zamawiającemu zaniechanie wszechstronnego wyjaśnienia braku możliwości otwarcia oferty, w szczególności podjęcia wyjaśnień z Odwołującym.

Jednocześnie wskazać należy, iż mimo że w treści uzasadnienia odwołania odwołujący się Wykonawca zwraca uwagę na brzmienie art. 10b ustawy Pzp, to czyni to jednak w kontekście wagi ustalenia przyczyn braku możliwości zapoznania się z ofertą wykonawcy. Innymi słowy, Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 10b ustawy Pzp, poprzez udostępnienie wadliwego narzędzia do komunikacji elektronicznej ograniczającego wykonawcy dostęp do zamówienia, a skoncentrował się w odwołaniu na zarzuceniu Zamawiającemu zaniechania podjęcia czynności wyjaśniających przyczyny braku możliwości otwarcia oferty wykonawcy. Jak już wskazano powyżej, okoliczność, iż plik z ofertą Odwołującego został przekazany Zamawiającemu w dniu 17 stycznia 2020 r., zatem przed upływem terminu składania ofert, za pośrednictwem miniPortalu, nie była przedmiotem sporu. Z kolei podniesiona przez Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 10 lutego 2020 r. argumentacja, jakoby błąd skutkujący niemożnością odczytania oferty Odwołującego powstał po przesłaniu oferty Zamawiającemu w samym systemie oraz rozważania dotyczące zmiany wagi pliku w trakcie drogi elektronicznej, zostały podniesione dopiero w toku rozprawy przed Izbą, przez co nie mogły zostać wzięta pod uwagę, jako wykraczające poza zakres postawionych w odwołaniu zarzutów.

Jednocześnie zwrócić należy uwagę, iż Odwołujący nie zakwestionował w ramach środków ochrony prawnej czynności dalszych, które nastąpiły po czynności otwarcia ofert, tj. czynności unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp części I, III i IV zamówienia.

Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia art. 86 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba, mając na uwadze treść § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z uwagi na brak przedstawienia do akt sprawy rachunków/faktur świadczących o poniesieniu tych kosztów oraz o ich wysokości.

Przewodniczący: .....