

## WYROK

Warszawa, dnia 30 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez wykonawców

**Firma Budowlana Ekoinbud sp. z o.o. sp.k. w Gdańsku (KRS: 0000641303)**

**Ekoinbud sp. z o.o. w Gdańsku (KRS: 0000253597)**

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Sulechów**

**orzeka:**

**Oddala** odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty odwołującego 102 zł 00 gr (słownie: sto dwa złote zero groszy) tytułem opłaty skarbowej i 676 zł 00 gr (słownie: sześćset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

### **Uzasadnienie**

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Sulechów (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku kancelarii leśnictwa, leśniczówki, budynku gospodarczego i altany w leśnictwie Sycowice”, znak: NB.270.4.2024 (dalej Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału oraz zasady prowadzenia Postępowania, w tym składania ofert, określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

W dniu 15 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Firma Budowlana Ekoinbud sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Gdańsku (ul. Geodetów 29, 80-298 Gdańsk, nr KRS: 0000641303) oraz Ekoinbud sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (ul. Geodetów 29, 80-298 Gdańsk, nr KRS: 0000253597) (dalej Odwołujący) od niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 8 lipca 2024 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej w ramach Postępowania, mimo że nie podlegała ona odrzuceniu oraz czynności Zamawiającego z dnia 8 lipca 2024 r. polegającej na unieważnieniu Postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 6) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z Rozdziałem XX SWZ poprzez uznanie, że Odwołujący złożył ofertę nieskutecznie z uwagi na złożenie jej w formacie .rar, podczas gdy Zamawiający otworzył złożoną ofertę i ogłosił o jej złożeniu; naruszenie art. 255 pkt 2) Pzp poprzez unieważnienie Postępowania w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu i Postępowanie nie podlegało unieważnieniu.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty; unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania; dokonania oceny oferty Odwołującego.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Strony powoływały się na dokumenty Postępowania. Odwołujący dodatkowo na e-Podręcznik Ministerstwa Cyfryzacji, zawierający wskazówki dla pracowników urzędów i instytucji publicznych, co do działań podejmowanych w związku z otrzymywaniem dokumentów i plików elektronicznych dostępny pod linkiem .

Izba oparła się na dokumentach postępowania. Dodatkowo wzięła pod uwagę stanowiska stron prezentowane w toku postępowania odwoławczego. W zakresie epodręcznika stwierdziła, że jest on nieprzydatny dla rozstrzygnięcia istoty sporu, choć potwierdza stanowisko Odwołującego oparte na niespornej pomiędzy stronami okoliczności

technicznej możliwości otwarcia plików skompresowanych Rar przy użyciu programu 7z. **Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie w postaci dokumentacji postępowania (szczególności SWZ i oferty Odwołującego) z uwzględnieniem stanowisk stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba uznała zarzuty za nieuzasadnione i oddaliła odwołanie.

Izba ustaliła, w oparciu o dokumenty postępowania, bezsporne okoliczności, że:

1. Zgodnie z SWZ XX 10. Pozostałe zalecenia Zamawiającego: Formaty plików wykorzystywanych przez wykonawców powinny być zgodne z "Obwieszczeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2017 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych".
    - 1) Zamawiający rekomenduje wykorzystanie formatów: .pdf .doc .xls .jpg (.jpeg) ze szczególnym wskazaniem na .pdf
    - 2) W celu ewentualnej kompresji danych Zamawiający rekomenduje wykorzystanie jednego z formatów: a) .zip b) .7Z
    - 3) **Wśród formatów powszechnych a NIE występujących w rozporządzeniu występują: .rar .gif .bmp .numbers .pages. Dokumenty złożone w takich plikach zostaną uznane za złożone nieskutecznie**
    - 4) Zamawiający zwraca uwagę na ograniczenia wielkości plików podpisywanych profilem zaufanym, który wynosi max 10MB, oraz na ograniczenie wielkości plików podpisywanych w aplikacji eDoApp służącej do składania podpisu osobistego, który wynosi max 5MB. (...);
  2. Zgodnie z SWZ XXI 10.: **Sposób oraz termin składania ofert. Szczegółowa instrukcja dla Wykonawców dotycząca złożenia, zmiany i wycofania oferty znajduje się na stronie internetowej pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/strona/45-instrukcje>**
  3. Zgodnie ze Szczegółową instrukcją dla Wykonawców § 1 Informacje ogólne 5. Występuje limit objętości plików lub spakowanych folderów w zakresie całej oferty lub wniosku do ilości 10 plików lub spakowanych folderów (pliki można spakować zgodnie z ust. 8) przy maksymalnej wielkości 150 MB. (...) 8. W przypadku większych plików zalecamy skorzystać z instrukcji pakowania plików dzieląc je na mniejsze paczki po np. 150 MB każda (link do instrukcji)." Instrukcja, do której odsyła link wskazuje możliwą ścieżkę postępowania wykonawcy, którego oferta z załącznikami przekracza dopuszczalne wielkości i opisuje Dzielenie pliku na części oraz łączenie plików wskazując przykładowo, że w celu dzielenia pliku na części o określonym rozmiarze (np. 150MB) należy skorzystać z programu do archiwizacji np. 7-Zip (bezpłatne rozwiązanie) , programy dostępne są na wiele platform sprzętowych, w tym między innymi Windows, Linux, Mac OS X oraz dodatkowo przypomina, że formaty plików wykorzystywanych przez wykonawców powinny być zgodne z "OBWIESZCZENIEM PREZESA RADY MINISTRÓW z dnia 9 listopada 2017 sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych" oraz ze specyfikacją zamieszczoną przez Zamawiającego na stronie postępowania.
- Dalej Izba ustaliła bezsporne okoliczności, że:
4. Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2024 r. za pośrednictwem Platformy Zakupowej opublikował ogłoszenie o zamówieniu na „Budowę budynku kancelarii leśnictwa, leśniczówki, budynku gospodarczego i altany w leśnictwie Sycowice”;
  5. Odwołujący złożył ofertę na realizację ww. zamówienia w terminie składania ofert poprzez umieszczenie plików zawierających wymagane przez Zamawiającego dokumenty za pośrednictwem formularza Platformy Zakupowej;
  6. Platforma Zakupowa, za pośrednictwem której Zamawiający prowadził korespondencję z Wykonawcami, w tym przyjmował oferty potencjalnych oferentów, posiada ograniczenia w zakresie ilości oraz wielkości plików, jakie wykonawca może złożyć za pośrednictwem formularza do złożenia oferty;
  7. Wobec wskazanego w przywołanej powyżej Instrukcji dla wykonawców § 1 Informacje ogólne 5 limitu objętości plików lub spakowanych folderów w zakresie całej oferty lub wniosku do ilości 10 plików lub spakowanych folderów przy maksymalnej wielkości 150 MB, Odwołujący skompresował pliki przygotowane do złożenia w ramach oferty przy wykorzystaniu programu WinRAR, co oznacza, że po kompresji danych uzyskane archiwum powstało w formacie „.rar”;
  8. Zamawiający dokonał czynności technicznej otwarcia ofert, w tym oferty Odwołującego i w dniu 18 czerwca 2024 r. z ogłosił na podstawie art. 222 ust.5 Pzp, iż do dnia upływu terminu na składanie ofert wpłynęła tylko jedna oferta, która została złożona przez Odwołującego. Zamawiający opublikował również cenę ofertową, jaką Odwołujący wskazał w

formularzu swojej oferty;

9. W dniu 08.07.2024 r. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego powołując się na art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, tj. wskazując, że oferta nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego, podnosząc, że: „Wykonawca na platformie zakupowej dołączył plik o nazwie „do złożenia.rar”. Zamawiający zgodnie z SWZ w celu ewentualnej kompresji danych rekomendował wykorzystanie .zip, .7z. Zamawiający wyraźnie i jednoznacznie wskazał, że wśród formatów powszechnych, a NIE występujących w rozporządzeniu występują: .rar .gif .bmp .numbers .pages. i dokumenty złożone w takich plikach zostaną uznane za złożone nieskutecznie.” W związku z powyższym należy uznać, iż oferta została złożona w sposób nieskuteczny i tym samym podlega odrzuceniu jak na wstępie.”;

Dalej Izba ustaliła również, bezsporne pomiędzy stronami okoliczności, że:

10. Pliki skompresowane do rar, a więc w tym również oferta Odwołującego, mogą i zostały otwarte przez Zamawiającego z wykorzystaniem dopuszczonego SWZ programu 7z;
11. Zamawiający stosuje ograniczenia możliwości stosowania do kompresji programów analogiczne do opisanych w SWZ w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia;
12. Odwołujący wcześniej składał oferty Zamawiającemu w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia korzystając z kompresji dopuszczonej SWZ (a więc innej niż rar), po raz pierwszy skorzystał do kompresji rar u Zamawiającego w tym Postępowaniu;
13. Wykonawcy w ramach Postępowania nie kwestionowali zapisów SWZ ograniczających możliwość kompresji plików oraz wynikającego z naruszenia ograniczenia przewidzianego przez Zamawiającego skutku w postaci nieskuteczności złożenia oferty. .

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmierne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 6) Pzp 6) zamawiający odrzuca ofertę jeśli nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego. Tutaj Izba wskazuje na powszechnie akceptowaną i uzasadnioną brzmieniem oraz charakterem przywołanej normy zasadę istnienia z jednej strony obowiązku zamawiającego odrzucenia oferty w sytuacji wystąpienia tej przesłanki a z drugiej zakazu rozszerzającej jej interpretacji. Izba wskazuje również, że stoi na stanowisku istnienia obowiązku odrzucenia ofert w sytuacji jej sporządzenia przy wykorzystaniu oprogramowania, do którego zamawiający nie ma dostępu, w sytuacji zamieszczenia tej informacji w SWZ.

Dalej zgodnie z art. 64 Pzp Zamawiający korzysta, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, tylko z takich narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2023 r. poz. 57, 1123 i 1234), z produktami powszechnie używanymi służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych, i które nie ograniczają wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu.

Zgodnie z art. 67 Pzp **Zamawiający zamieszcza** w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkursu lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia **informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej**.

Zgodnie z art. 68 Pzp Przekazywanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosków, o których mowa w art. 371 ust. 3, oraz prac konkursowych odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zapewniających zachowanie integralności, autentyczności, nienaruszalności danych i ich poufności w ramach wymiany i przechowywania informacji, w tym zapewniających możliwość zapoznania się z ich treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składanie.

Dalej Izba stwierdza, że zarówno Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych jak i zastępujące je Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 21 maja 2024 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych wprowadzają wyłącznie minimalne wymagania dla zamawiających w zakresie stosowanych przez nich rozwiązań i dopuszczonych formatów (dalej Rozporządzenie) nie uprawniają w świetle art. 16 Pzp i art. 64 Pzp do stosowania nieuzasadnionych w ramach zasad proporcjonalności i niedyskryminacji wykonawców ograniczeń w dokonywaniu czynności faktycznych w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które dotyczyć mogą również kwestii ograniczania dopuszczanych formatów – programów kompresujących dane. Treść Rozporządzenia nie rodzi po stronie zamawiających obowiązku ograniczania jako dopuszczonych w Postępowaniu programów innych niż wymienione w nim ogólnie dostępne programy umożliwiające pakowanie plików. Rozporządzenia nie wymieniają wśród wskazanych jako ogólnie dostępne programy do pakowania plików, których możliwość użycia zapewnia podmiot publiczny w ramach komunikacji - programu rar.

Zgodnie z Ustawą zamawiający określają ramy i zasady oraz wymagania również techniczne w ramach prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, czego wyrazem jest zarówno obowiązek zamieszczenia określonych informacji przewidziany art. 67 Pzp jak i ogólne zasady odnoszące się do formułowania treści warunków zamówienia opisane dokumentami zamówienia czemu wyraz daje w szczególności norma art. 134 Pzp.

W Postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał oprogramowanie kompresujące rar, którego użycie i złożenie ofert z jego wykorzystaniem przez wykonawców nie będzie przez niego akceptowane.

Zgodnie z art. 255 ust. 1 pkt 2) Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 2) wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W ocenie Izby w niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”. Zarzut odnosił się do sprzeczności z Ustawą czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z Rozdziałem XX SWZ poprzez uznanie, że Odwołujący złożył ofertę nieskutecznie z uwagi na złożenie jej w formie .rar, podczas gdy Zamawiający otworzył złożoną ofertę i ogłosił o jej złożeniu.

Izba wskazuje, że ocena ewentualnej nadmiarowości ograniczeń wprowadzonych SWZ nie może być przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Samo zaś techniczne otwarcie oferty nie ma znaczenia dla oceny czynności Zamawiającego jej odrzucenia wobec oparcia czynności o przewidziane SWZ jednoznacznie: ograniczenie formatów programów kompresyjnych i wiążący się z tym skutek.

Izba nie może wykraczać poza treść zarzutu - nie może rozstrzygać o skuteczności zapisu SWZ, na podstawie którego odrzucono ofertę wykonawcy.

Izba, co do zasady zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, co do interpretacji przywołanych przepisów Rozporządzenia oraz Ustawy jako zobowiązujących Zamawiającego do zapewnienia wykonawcom możliwości sporządzania i przekazywania dokumentów i prowadzenia korespondencji z wykorzystaniem powszechnie dostępnych środków elektronicznych – w tym również oprogramowania. Podstawą uwzględnienia odwołania na tym etapie nie może być ocena skuteczności i prawidłowości zapisu SWZ, który stanowił podstawę podjęcia przez Zamawiającego zaskarżonej odwołaniem czynności a którego brzmienie jest jednoznaczne. Wskazujące, że złożenie oferty w formie rar zostanie przez Zamawiającego uznane za nieskuteczne.

Konsekwencją oddalenia zarzutu pierwszego jest oddalenie zarzutu drugiego opierającego się na okoliczności nieprawidłowości odrzucenia jedynej oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, koszty opłaty skarbowej i dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

**Przewodniczący:.....**