

Sygn. akt: KIO 2130/19

WYROK
z dnia 5 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 listopada 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 października 2019 r.** przez wykonawcę **R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "KAMA" R. R., Mysłakowice,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu,**

przy udziale wykonawcy **S. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. R. Usługi Transportowe Witków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego wykonawcę **R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "KAMA" R. R., Mysłakowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R.**

R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "KAMA" R. R., Mysłakowice tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 21 października 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy R. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe „KAMA” R. R. miejscowość: Mysłakowice (dalej „**Odwołujący**”) zarzucają zamawiającemu Dolnośląskiej Służbie Dróg i Kolei we Wrocławiu (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z ustawą Pzp, a Zamawiający błędnie przyjął, że brak zaszyfrowania dokumentów stanowiących załączniki do oferty oraz przesłanie ich odrębnie (poza spakowanym plikiem ZIP) powoduje, iż oferta ta jest niezgodna z ustawą Pzp;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że treść oferty Odwołującego odpowiadała treści SIWZ, a Zamawiający błędnie przyjął, że brak zaszyfrowania dokumentów stanowiących załączniki do oferty oraz przesłanie ich odrębnie (poza spakowanym plikiem ZIP) powoduje, iż treść oferty tej nie odpowiada treści SIWZ.;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawny wybór oferty wykonawcy Usługi Transportowe S. R., mimo, że oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 PZP.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty wykonawcy Usługi Transportowe S. R., jako najkorzystniejszej na realizację Zimowego utrzymania dróg wojewódzkich na terenie Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu w latach 2019-2022 z podziałem na zadania, unieważnienia przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego; dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz przeprowadzenia wszystkich czynności niezbędnych do wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach niniejszego postępowania; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów (przedstawionych na rozprawie); przeprowadzenie dowodu z dokumentów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Zimowe utrzymanie dróg

wojewódzkich na terenie Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu w latach 2019-2022 z podziałem na zadania, nr sprawy NI.2720.81.2019, zostało wszczęte 7 sierpnia 2019 r. (ogłoszenie o zamówieniu 2019/S 151-372587). Dnia 27 sierpnia 2019 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej aktualny tekst jednolity SIWZ. Pierwotny termin składania ofert - wyznaczony na 11 września 2019 roku - został przez Zamawiającego wydłużony do 19 września 2019 roku. Zgodnie z pkt 11.1 SIWZ Zamawiający dopuszcza składania ofert w częściach — liczba zadań 9. Wykonawca może złożyć ofertę na maksymalnie 2 wybrane przez siebie zadania. Do wyznaczonego terminu składania ofert w ramach części 9 zamówienia zostały złożone dwie oferty - Odwołującego oraz wykonawcy Usługi Transportowe S. R. . Dowód: - ogłoszenie o zamówieniu, tekst jednolity SIWZ z dnia 27 sierpnia 2019 r., ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji z 12 września 2019 r., zbiorcze zestawienie ofert z dnia 19 września 2019 r. (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia).

Dalej Odwołujący wskazał, że w dniu 10 października 2019 roku Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 9 wybierając ofertę wykonawcy Usługi Transportowe S. R. . Jednocześnie tym samym pismem Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Zgodnie z treścią pisma informującego o wyborze oferty wykonawcy Usługi Transportowe S. R. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego „Oferta została odrzucona, ponieważ została przesłana do Zamawiającego w sposób niezgodny z wymogami, tj. nie zaszyfrowane załączniki do oferty zostały przekazane odrębnie przez epuap, winny być przekazane razem z ofertą przez e-puap na miniportal.”. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego powołał się zarówno na przepisy art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dowód: - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 października 2019 r. (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia).

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z czynnością odrzucenia jego oferty oraz z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z ustawą, a Zamawiający błędnie przyjął, że brak zaszyfrowania dokumentów stanowiących załączniki do oferty oraz przesłanie ich odrębnie (poza spakowanym plikiem ZIP) powoduje, iż oferta ta jest niezgodna z ustawą. W ocenie Odwołującego czynność odrzucenia oferty została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że brak zaszyfrowania wszystkich załączników do formularza ofertowego oraz przekazanie ich odrębnie tj. nieskompresowanie wszystkich załączników oferty do jednego pliku archiwum (ZIP) oraz przesłanie ich w

oddzielnej korespondencji (za pośrednictwem ePuapu) nie stanowi niezgodność oferty z ustawą Pzp, a w konsekwencji nie może skutkować odrzuceniem oferty. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2018 r. o sygn. akt: KIO 1071/18.

W ocenie Odwołującego przepisy ustawy Pzp nie nakładają na wykonawcę obowiązku w zakresie szyfrowania zarówno oferty, jak i załączników oferty. Zgodnie z art. 10g PZP Prezes Rady Ministrów określił w drodze rozporządzenia: 1) wymagania techniczne i organizacyjne użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, 2) sposób sporządzania i przechowywania dokumentów elektronicznych oraz sposób i tryb ich przekazywania, udostępniania i usuwania - mając na względzie konieczność zapewnienia konkurencji oraz potrzebę zapewnienia sprawności postępowania o udzielenie zamówienia, otwartego dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia oraz bezpieczeństwa przetwarzanych danych. Na podstawie ww. delegacji ustawowej, Prezes Rady Ministrów wydał rozporządzenie z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. poz. 1320 z późn. zm.), dalej r.u.ś.k.e., w którego §3 ust. 2 pkt 2 wskazano, że „Przekazanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wniosków, o których mowa w art. 134c ustawy, oraz prac konkursowych, następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia dodatkowo ochronę przed dostępem do treści tych dokumentów przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia”. Ponadto zgodnie z § 3 ust. 3 r.u.ś.k.e. „użycie środków komunikacji elektronicznej służących do przekazywania dokumentów elektronicznych, o których mowa w ust. 1 i 2, wymaga udostępnienia przez zamawiającego zainteresowanym wykonawcom informacji na temat specyfikacji połączenia, formatu przesyłanych danych oraz kodowania i oznaczania czasu przekazania danych”.

W ocenie Odwołującego z powyższych przepisów nie sposób wyinterpretować obowiązku wykonawcy do dokonywania czynności szyfrowania oferty, czy też wszelkich dokumentów stanowiących załączniki do oferty. Podobnie żadne przepisy ustawy Pzp nie nakładają na wykonawcę obowiązku przesyłania oferty oraz załączników w ramach jednej korespondencji. Odwołujący powołał się na stanowisko doktryny prawniczej w zakresie braku możliwości interpretacji rozszerzającej w przypadku badania przesłanek odrzucenia oferty: „Wymienione w przepisie przesłanki stanowią podstawy odrzucenia oferty. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w nim przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie, odrzucenia oferty. Katalog przesłanek jest przy tym zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco. Oznacza to, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może odrzucić oferty. Jako działanie bez podstawy prawnej

stanowiłoby to czynność prawną sprzeczną z prawem i jako taka nie mogłaby ona wywołać skutku zgodnie z treścią art. 58 k.c.” - Dzierżanowski Włodzimierz. Art. 89. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII. Wolters Kluwer Polska, 2018.

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika zatem, iż przepisy ustawy Pzp oraz przywołanego wyżej rozporządzenia nakładają obowiązek jedynie w zakresie: umożliwienia przekazywania ofert za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia dodatkowo ochronę przed dostępem do treści tych ofert przed wyznaczonym terminem otwarcia, obowiązek udostępniania przez zamawiającego zainteresowanym wykonawcom informacji na temat m. in. kodowania przekazywanych danych. W ocenie Odwołującego powyższe obowiązki zostały nałożone na Zamawiającego, a nie na wykonawców. Zatem przyjmując za aktualną zasadę braku możliwości zastosowania wykładni rozszerzającej przy ocenie możliwości odrzucenia oferty wykonawcy, należy stwierdzić, że odrzucenie oferty ze względu na jej niezgodność z ustawą Pzp w sytuacji gdy przepisy ustawy Pzp nie nakładają określonego obowiązku na wykonawcę.

W ocenie Odwołującego brak zaszyfrowania załączników do oferty oraz złożenie ich odrębnie nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na to, iż ustawodawca nie przewidział takiego obowiązku. Odwołujący powołała się wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2019 r. o sygn. akt: KIO 428/19.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie wykazał na czym polegała niezgodność oferty Odwołującego z ustawą Pzp. Z uwagi na brak regulacji nakładających obowiązek na wykonawcę szyfrowania plików stanowiących załącznik do oferty, niezaszyfrowanie tychże załączników oraz złożenie ich odrębnie nie może stanowić zaniechania Odwołującego wywołującego sprzeczność z ustawą Pzp. W nawiązaniu do przytoczonego wyżej stanowiska orzecznictwa oraz poglądu doktryny prawniczej, a także braku przepisów nakładających na wykonawcę obowiązek szyfrowania dokumentów elektronicznych brak jest podstaw ku temu aby uznać, iż Zamawiający miał prawo odrzucić ofertę Odwołującego z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tj. na niezgodność oferty z ustawą Pzp.

Odwołujący ponadto wskazał, że zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że treść oferty Odwołującego odpowiadała treści SIWZ, a Zamawiający błędnie przyjął, że brak zaszyfrowania dokumentów stanowiących załączniki do oferty oraz przesłanie ich odrębnie (poza spakowanym plikiem ZIP) powoduje, iż treść oferty tej nie odpowiada treści SIWZ. W

ocenie Odwołującego zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny prawniczej: „Podstawą odrzucenia oferty jest niezgodność jej treści z treścią SIWZ, a contrario za sprzeczne z ustawą należy uznać odrzucenie oferty z powodu niespełnienia ustalonych przez zamawiającego wymogów dotyczących jej formy. Potwierdził to Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych w wyroku z 15.07.2004 r., UZP/ZO/O-1058/04, LEX nr 190262, stwierdzając, że „skoro zamawiający zarzucił ofercie odwołującego tylko uchybienia formalne, należy uznać, iż jej treść zgodna jest z SIWZ. Zatem w zaistniałym stanie faktycznym, w ocenie Zespołu Arbitrów, zamawiający niesłusznie normę prawną zawartą w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych interpretuje rozszerzając ją na uchybienia formalne”. Za niezgodność z treścią SIWZ nie może być też uznane prezentowanie treści w ofercie w sposób inny niż oczekiwany przez zamawiającego” - Dzierżanowski Włodzimierz. Art. 89. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII. Wolters Kluwer Polska, 2018. Odwołujący powołał się również na wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2019 r. o sygn. akt: KIO 1053/19 oraz wyrok z dnia 20 marca 2019 r. o sygn. akt: KIO 406/19.

Ponadto, Odwołując wskazał, że w orzecznictwie KIO wskazuje się również, że „Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego” (wyrok KIO z 21 lipca 2017 roku, KIO 1337/17). Mając na uwadze powyższe stanowisko, w ocenie Odwołującego Zamawiający nie wykazał aby oferta złożona przez Odwołującego nosiła znamiona niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Istotnie bowiem metoda złożenia załączników do oferty, za pomocą której pominięto czynność szyfrowania oraz przesłano załączniki w oddzielnej korespondencji (za pośrednictwem ePuapu), nie może przesądzać o braku zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący podkreślił, iż w zakresie warstwy merytorycznej oferta Odwołującego jest ważna, a Zamawiający może odczytać jej treść. Brak zaszyfrowania plików stanowiących załącznik do oferty w żaden sposób nie warunkuje treści oferty. Należy zauważyć, iż gdyby Odwołujący oprócz oferty zaszyfrował także załączniki oraz przesłał je w ramach jednej korespondencji, treść oświadczenia woli pozostałaby w niezmienionej postaci. Wobec tego niezaszyfrowanie załączników do oferty oraz przekazanie ich Zamawiającemu oddzielnie nie ma faktycznego wpływu na treść oświadczenia woli Odwołującego.

W ocenie Odwołującego szyfrowanie jest czynnością, której skutkiem jest zapewnienie, iż przed upływem terminu otwarcia ofert nie dojdzie do zapoznania się z ich treścią. Wobec powyższego niezasadne jest przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym czynność szyfrowania stanowi merytoryczną część treści oferty. Szyfrowanie jest jedynie metodą umożliwiającą pełne udokumentowanie Zamawiającemu, iż przed otwarciem ofert nie doszło do zapoznania się z jej treścią. Mając na względzie przedstawione wyżej argumenty faktyczne i prawne nie ulega wątpliwości, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający dopuścił się w pierwszej kolejności naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp. Jak już nadmieniono oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu zarówno z uwagi jej niezgodności z ustawą, jak i temu, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawny wybór oferty wykonawcy Usługi Transportowe S. R., mimo, że oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz załącznikami (dalej „**SIWZ**”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków i wymagań Zamawiającego co do sposobu realizacji zamówienia; (ii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) raport ze złożenia dokumentów – Zgłoszenie ofert/wniosków dotyczący dokumentów złożonych przez Odwołującego przez miniPortal na okoliczność ustalenia sposobu złożenia przez wykonawcę oferty i załączników do oferty; (iv) pismo Zamawiającego z dnia 10 października 2019 r. na okoliczność ustalenia przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego; (v) instrukcji obsługi miniPortalu i Regulaminu korzystania z systemu miniPortalu na okoliczność wykazania w jaki sposób zostały określone wymogi co do zasady szyfrowania dokumentów.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu w latach 2019-2022 z podziałem na zadania”.

Izba ustaliła, że w SIWZ Zamawiający zawarł następujące regulacji co do sposobu złożenia dokumentów w postępowaniu:

Pkt 6.2 SIWZ - Oświadczenie, o którym mowa w pkt 6.1. SIWZ (w formie jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w

rozporządzeniu Wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem” lub „JEDZ”), Wykonawca zobowiązany jest przesłać Zamawiającemu w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zgodnie z zasadami określonymi w rozdz. 9 SIWZ.

W Rozdziale 9 Zamawiający wskazał m.in.

9.1.3. 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.

9.1.4. 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.

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

9.1.6. 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.

9.1.7. Identyfikator postępowania i klucz publiczny dla danego postępowania o udzielenie zamówienia dostępne są na Liście wszystkich postępowań na miniPortalu oraz stanowią załącznik do niniejszej SIWZ.

9.2. Złożenie oferty.

9.2.1. Wykonawca składa ofertę za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu. Klucz publiczny niezbędny do zaszyfrowania oferty przez Wykonawcę jest dostępny dla Wykonawców na miniPortalu. W formularzu oferty Wykonawca zobowiązany jest podać adres skrzynki ePUAP, na którym prowadzona będzie korespondencja związana z postępowaniem.

UWAGA: Nazwy wszystkich plików winny zawierać numer postępowania i nazwę firmy (skróconą nazwę umożliwiającą identyfikację plików w trakcie ich pobierania).

9.2.2. Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych: .pdf, .doc, .docx, .rtf, .xps, .odt. i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty opisany został

w Regulaminie korzystania z miniPortalu. Ofertę należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

9.2.3. Wszelkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które Wykonawca zastrzeże jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinny zostać złożone w osobnym pliku wraz z jednoczesnym zaznaczeniem polecenia „Załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa”, a następnie wraz z plikami stanowiącymi jawną część skompresowane do jednego pliku archiwum (ZIP).

9.2.4. Do oferty należy dołączyć Jednolity Europejski Dokument Zamówienia w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a następnie wraz z plikami stanowiącymi ofertę skompresować do jednego pliku archiwum (ZIP).

9.2.5. Wykonawca może przed upływem terminu do składania ofert zmienić lub wycofać ofertę za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP i udostępnionych również na miniPortalu. Sposób zmiany i wycofania oferty został opisany w Instrukcji użytkownika dostępnej na miniPortalu

9.2.6. Wykonawca po upływie terminu do składania ofert nie może skutecznie dokonać zmiany ani wycofać złożonej oferty.

9.3. Sposób komunikowania się Zamawiającego z Wykonawcami (nie dotyczy składania ofert).

9.3.1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami w szczególności składanie oświadczeń, wniosków (innych niż wskazanych w pkt 9.2.), zawiadomień oraz przekazywanie informacji odbywa się elektronicznie za pośrednictwem dedykowanego formularza dostępnego na ePUAP oraz udostępnionego przez miniPortal (Formularz do komunikacji). We wszelkiej korespondencji związanej z niniejszym postępowaniem Zamawiający i Wykonawcy posługują się numerem ogłoszenia (BZP, TED lub ID postępowania).

9.3.2. Zamawiający może również komunikować się z Wykonawcami za pomocą poczty elektronicznej, email: iz@dsdik.wroc.pl

9.3.3. Dokumenty elektroniczne, oświadczenia lub elektroniczne kopie dokumentów lub oświadczeń składane są przez Wykonawcę za pośrednictwem Formularza do komunikacji jako załączniki. Zamawiający dopuszcza również możliwość składania dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń za

pomocą poczty elektronicznej na ww. adres email. Sposób sporządzenia dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń musi być zgodny z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych oraz rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

9.3.4. Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu, innych niż oświadczeń, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości, co do jej prawdziwości.

W Rozdziale 11 SIWZ Zamawiający wskazał m.in.

11.4. Ofertę stanowi wypełniony „FORMULARZ OFERTY” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty:

- 1) KOSZTORYS OFERTOWY – wg załącznika do SIWZ.

11.5. Wraz z ofertą Wykonawca zobowiązany jest złożyć za pośrednictwem ePUAP i miniPortalu:

- 1) Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ);
- 2) Zobowiązania wymagane postanowieniami pkt 7.2. SIWZ, w przypadku gdy Wykonawca polega na zdolnościach innych podmiotów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) Pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ewentualnie umowa o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo. Pełnomocnik może być ustanowiony do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Pełnomocnictwo winno być załączone w formie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii; Pełnomocnictwo winno być sporządzone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.
- 4) Dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty (oryginał w postaci dokumentu elektronicznego) względnie do podpisania innych dokumentów składanych wraz z ofertą, chyba, że Zamawiający może je uzyskać w szczególności za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania

publiczne, a wykonawca wskazał to wraz ze złożeniem oferty o ile prawo do ich podpisania nie wynika z dokumentów złożonych wraz z ofertą;

5) Oryginał gwarancji lub poręczenia, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniądź, z uwzględnieniem postanowień pkt 13 SIWZ (WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM).

W Rozdziale 14 i 15 Zamawiający wskazał co następuje:

14. MIEJSCE ORAZ TERMIN SKŁADANIA OFERT

Oferty winny być złożone za pośrednictwem Formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu do dnia 11.09.2019 r. do godz. 9:00.

15. MIEJSCE, SPOSÓB I TERMIN OTWARCIA OFERT

15.1. Otwarcie ofert nastąpi w dniu 11.09.2019 r., o godzinie 10:00 w siedzibie Zamawiającego we Wrocławiu przy ul. Krakowskiej 28, sala konferencyjna II piętro.

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

15.3. Otwarcie ofert jest jawne, Wykonawcy mogą uczestniczyć w sesji otwarcia ofert.

15.4. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, poda kwotę brutto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

15.5. Podczas otwarcia ofert Zamawiający poda nazwy (firmy) oraz adresy Wykonawców, a także informacje dotyczące ceny oraz innych kryteriów, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. Odwołujący złożył ofertę za pośrednictwem e-PUAP i miniPortalu, z tym, że oferta – formularz oferty został złożony jako jeden plik zaszyfrowany. Odwołujący odrębnie złożył załączniki w postaci JEDZ, wadium (poręczenie) oraz kosztorysu ofertowego – dokumenty nie zostały zaszyfrowane. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 10 października 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. W przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 86 ust. 1 ustawy Pzp z zawartością wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu, odpowiednio do ich złożenia lub otwarcia. Z kolei w ust. 2 ustawodawca wskazał, 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 ich otwarcia.

Jak wynika z powyższych regulacji, ustawodawca wprowadził zakaz zapoznania się z zawartością ofert przed terminem ich otwarcia. Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż adresatem powyższej regulacji jest wyłącznie zamawiający. Zarówno literalna jak i celowościowa wykładnia powyższego przepisu nie pozwala na zaakceptowanie takiej interpretacji. Po pierwsze bowiem, ustawodawca nie wskazał *expressi verbis* adresata normy prawnej, zatem nieuprawniony jest pogląd, iż wyłącznie zamawiający obwarowany jest zakazem zapoznania się z treścią ofert przed upływem terminu na ich złożenie. Po drugie, skoro ustawodawca nie określił adresata normy, to przyjęć należy, że przepis ten ma zastosowanie do wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a więc zarówno do zamawiającego jak i do wykonawców. Podmioty te realizują zakaz określony przez ustawodawcę w art. 86 ust. 1 ustawy Pzp w odmienny sposób, z uwagi na odmienne znaczenie i role w procesie udzielania zamówienia publicznego. I o ile zgodzić się można z Odwołującym, że obowiązkiem zamawiającego jest zorganizowanie procesu wyłonienia wykonawcy w trybie przetargu publicznego w taki sposób, aby złożone przez wykonawców oferty nie były ujawnione do czasu upływu terminu na składanie ofert, o tyle mylnie argumentował Odwołujący, iż wykonawca nie ma w tym zakresie żadnych obowiązków. W ocenie bowiem Izby, obowiązek Zamawiającego zapewnienia tajności złożonych ofert koreluje z obowiązkiem wykonawców złożenia swoich ofert w taki sposób, aby wykluczona była możliwość zapoznania się z ich treścią przed upływem terminu na składania ofert. Gdyby przyjęć odmienną interpretację i ograniczyć krąg adresatów normy prawnej wyrażonej w art. 86 ust. 1 ustawy Pzp wyłącznie do zamawiającego, to realizacja obowiązku wynikającego z przywołanego przepisu przez zamawiającego byłaby niemożliwa. Wykonawca bowiem mógłby zawsze twierdzić, że nie musi szyfrować składanych dokumentów, co czyniłoby niemożliwym nieujawnianie treści ofert przed upływem terminu na ich złożenie. Tym samym cel

ustawodawcy nie zostały w żaden sposób osiągnięty. Oferty byłyby bowiem znane od momentu ich przesłania na wskazaną w SIWZ platformę internetową, a przepis art. 86 ust. 1 ustawy Pzp byłby regulacją zbędną. Tym samym w ocenie Izby, zasadne jest przyjęcie, że w świetle art. 86 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca składający ofertę w postępowaniu przetargowym ma obowiązek złożenia jej w taki sposób, aby inni uczestnicy postępowania nie mogli zapoznać się z jej treścią przed upływem terminu na składanie ofert.

Odrębną kwestią wymagającą analizy w okolicznościach niniejszej sprawy jest rozstrzygnięcie czy złożone przez Odwołującego niezaszyfrowane załączniki do oferty tj. kosztorys ofertowy, JEDZ oraz gwarancja wadialna powinny być uznane za ofertę w rozumieniu art. 86 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze Izba stanęła na stanowisku, iż w świetle zapisów SIWZ kosztorys ofertowy to część oferty *sensu stricte* i złożenie już tylko tego jednego dokumentu przez Odwołującego formie niezaszyfrowanej stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wskazać należy po pierwsze, że w SIWZ w pkt 11.4 Zamawiający wprost wskazał, że ofertę stanowi wypełniony formularz ofertowy oraz kosztorys ofertowy. Kosztorys ofertowy zawierał informację dotyczącą ceny za realizację zamówienia oraz cen jednostkowych na podstawie których wykonawca miał rozliczać wykonany prace na rzecz Zamawiającego. Niewątpliwie stanowi on, w ocenie Izby, element oferty *sensu stricto*, gdyż zawierał informacje znajdujące się w formularzu oferty i będące istotnym elementem oświadczenia woli wykonawcy. Tym samym brak jego zaszyfrowania umożliwił zapoznanie się z powyższymi informacjami przed upływem terminu składania ofert, co jest, w ocenie Izby, niedopuszczalne. Stanowi bowiem naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i umożliwia przekazanie wrażliwych informacji czy to przez samego zamawiającego innym podmiotom potencjalnie zainteresowanym złożeniem oferty w postępowaniu czy też pomiędzy samymi wykonawcami dotyczących istotnych aspektów oferty wykonawcy. To zaś godzi w zasadę samodzielnego przygotowania ofert przez wykonawców, a tym samym stoi w sprzeczności z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dalej wskazać należy, że w ocenie Izby JEDZ wykonawcy stanowił część oferty *sensu largo*. Dokument ten powinien być zatem złożony przez Odwołującego w formie zaszyfrowanej, uniemożliwiając tym samym zapoznanie się z jego treścią zarówno Zamawiającemu jak i innym wykonawcom przed upływem terminu składania ofert. Podzielić w tym zakresie należy stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05, w którym Sąd uznał, iż ofertę stanowi nie tylko sam formularz oferty, lecz także dokumenty wymagane przez zamawiającego w SIWZ, tzw. oferta *sensu largo*. Jak wskazał Sąd Najwyższy (...) *brak jest podstaw do wyłączenia z zakresu objętego treścią oferty tych*

*informacji, potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z SIWZ, które w wyniku badania przeprowadzonego przez zamawiającego zostały uznane za objęte bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania. Zważyć bowiem należy, że z mocy art. 82 ust. 3 PZP treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Jeśli więc przejawem spełnienia wymagań wynikających z SIWZ było udostępnienie przez oferenta informacji lub dokumentów, których może żądać zamawiający stosownie do regulacji zawartej m.in. w § 1 ust. 2 pkt 5 (wykazu wykonanych w ostatnich trzech latach usług) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. Nr 71, poz. 645), to oznacza to, że informacje te są elementem oferty w związku z treścią art. 82 ust. 3 P ZP, i to bez względu na to czy, zostały one objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.”. W ocenie Izby, zasadne jest przyjęcie, iż zakresem regulacji art. 86 ust. 1 ustawy Pzp należy objąć nie tylko ofertę *sensu stricto* tj. formularz oferty, ale również dokumenty, które wykonawca był zobowiązany złożyć wraz z ofertą w celu spełnienia wymagań wskazanych w SIWZ. JEDZ wykonawcy uznać należy, w świetle art. 86 ust. 1 ustawy Pzp za część oferty *sensu largo*. Dokument ten stanowi oświadczenie woli wykonawcy, zawiera informacje umożliwiające identyfikację samego wykonawcy jak i jego zasobów. Ujawnienie takich informacji przed upływem terminu składania ofert rodzi ryzyko ich nieuprawnionego wykorzystania przez innych wykonawców, co w konsekwencji przekładać się może na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.*

Co się zaś tyczy gwarancji wadialnej, to stanowi ona dokument zabezpieczający złożoną ofertę przez wykonawcę. Dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji nie stanowią też części oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy. W ocenie jednak Izby, wykładania celowościowa art. 86 ust. 1 ustawy Pzp pozwala na objęcie zakresem zakazu ujawniania dokumentów składanych przez wykonawcę również gwarancji wadialnej. Izba stoi na stanowisku, że celem ustawodawcy wyrażonym w art. 86 ust. 1 ustawy Pzp było uniemożliwienie zapoznania się z dokumentami składanymi przez wykonawcę w ujęciu szerokim tj. obejmującym zarówno formularz oferty jak i pozostałe dokumenty wymagane w celu skutecznego złożenia oferty. Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do nieuprawnionego selektywnego doboru dokumentów możliwych do udostępnienia przez wykonawców przed upływem terminu składania ofert. Nie ma żadnych argumentów celowościowych do ograniczenia zakazu zawartego w art. 86 ust. 1 ustawy Pzp wyłącznie do formularza oferty *sensu stricto*, a wyłączenia z jego zakresu pozostałych dokumentów koniecznych do skutecznego złożenia oferty przez wykonawcę. Niejednoznaczny charakteru niektórych dokumentów czy odmienność interpretacji ich znaczenia nie może decydować o ich ujawnieniu czy nie przed terminem składania ofert. Tym samym, w ocenie Izby, za zasadne i

odzwierciedlające cel ustawodawcy jest przyjęcie twierdzenia, iż zakresem regulacji art. 86 ust.1 ustawy Pzp objęte jest oferta *sensu stricte* jak również pozostałe dokumenty jakie wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty w celu jej skutecznego złożenia w postępowaniu przetargowym.

W ocenie Izby brak zaszyfrowania przez Odwołującego załączników do oferty stanowił naruszenie art. 86 ust. 1 ustawy Pzp, to zaś skutkuje niezgodnością oferty z przepisami ustawy Pzp i stanowi przesłankę do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Gdyby dopuścić możliwość składania dokumentów wymaganych przez zamawiającego wraz z ofertą w sposób niezaszyfrowany, to czyniłoby to zbędną regulację przewidzianą w art. 86 ust. 2 ustawy Pzp dotyczącą procesu otwarcia ofert. Ustawodawca czynności otwarcia ofert nadaje szczególne znaczenie. W jej wyniku poznajemy bowiem najważniejsze informacje o wykonawcach i zawartości ich ofert. Dopuszczenie możliwości wybiórczego decydowania przez wykonawcę które dokumenty wymagane przez zamawiającego powinny być zaszyfrowane, a które nie zaprzecza naczelnej zasadzie postępowania przetargowego określonej w art. 86 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Za irrelevantny uznać należy argument Odwołującego, że niezaszyfrowane załączniki były dostępne poprzez miniPortal zaledwie przez kilka godzin. Naruszenie art. 86 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga wykazania czy ktokolwiek zapoznał się z treścią dokumentu czy też wykazania określonego czasookresu dostępności dokumentów. Istotne jest tylko to, że określone dokumenty były jawne i dostępne podmiotom uczestniczącym w postępowaniu przed upływem terminu składania ofert, a więc istniało ryzyko zapoznania się z ich treścią.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy niezgodnej z postanowieniami zawartymi w SIWZ. Zgodzić się należy z Odwołującym, że co do zasady odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie może nastąpić z powodu uchybień formalnych. W oparciu o dorobek orzecznictwa i doktryny za uchybienia formalne a nie merytoryczne należy uznać np.: brak numeracji stron oferty, brak pieczęci pod oświadczeniem woli, brak podpisu na każdej stronie oferty, brak załączenia spisu treści oferty. Podkreślić jednakże należy, że na gruncie ustawy Pzp ustawodawca wprowadza wymogi formalne co do sposobu złożenia oświadczenia woli. Ustawodawca wskazał m.in. wymaganą formę dla złożenia oferty w postaci elektronicznie oraz zastrzegł, iż w postępowaniu oferta nie może być ujawniona do czasu upływu terminu na składanie ofert. Nieprawione jest stwierdzenie, iż niezastosowanie się do wymagań SIWZ w zakresie obowiązku zaszyfrowania stanowi tylko uchybienie formalne i nie może skutkować

odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby powyższa uchybienie Odwołującego rodzi nie tylko skutek w postaci uchybienia formalnego co do sposobu przekazania części dokumentacji ofertowej przez Odwołującego, ale skutkuje naruszeniem ustawy Pzp. W konsekwencji nie sposób zakwalifikować go wyłącznie jako uchybienia formalnego, nie mające znaczenia dla przebiegu postępowania przetargowego.

Wskazać należy, że za uchybienie formalne uznać można by było wyłącznie brak skompresowanie zaszyfrowanych dokumentów do jednego pliku, zgodnie z wymaganiami wskazanymi w pkt 9.2.4 SIWZ. Z taką jednak sytuacją nie mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym.

Biorąc pod uwagę wszystkie przedstawione powyżej argumenty, w ocenie Izby, Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego. TW konsekwencji, brak jest podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972 z zm.).

Przewodniczący: