

WYROK
z dnia 30 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 września 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **27 sierpnia 2020 r.** przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) GMT Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), 2) Gunnebo Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Fryderyka Chopina 20-22, 62-800 Kalisz; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Mikołowska 40, 41-400 Mysłowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Dolnośląskie, Dolnośląski Urząd Wojewódzki we Wrocławiu, Pl. Powstańców Warszawy 1 50-153 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: 1) GMT Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), 2) Gunnebo Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Fryderyka Chopina 20-22, 62-800 Kalisz; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Mikołowska 40, 41-400 Mysłowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) GMT Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), 2) Gunnebo Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Fryderyka Chopina 20-22, 62-800 Kalisz; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Mikołowska 40, 41-400 Mysłowice** 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 16 października 2018 r. 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Zakup 8 automatycznych bramek kontroli granicznej „ABC” z przeznaczeniem dla Placówki Straży Granicznej we Wrocławiu- Strachowicach*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.07.2020 r. pod nr 2020/S 130-318598 przez: Województwo Dolnośląskie, Dolnośląski Urząd Wojewódzki we Wrocławiu, Pl. Powstańców Warszawy 1 50-153 Wrocław zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 17.08.2020 r. (elektronicznie: EZD) Zamawiający poinformował o odrzuconiu - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „*Pzp*” oferty - Konsorcjum Firm: 1) GMT Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), 2) Gunnebo Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Fryderyka Chopina 20-22, 62-800 Kalisz; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Mikołowska 40, 41-400 Mysłowice zwane dalej: „Konsorcjum GMT” albo „*Odwołującym*”.

Stwierdził: „*(...) (zwaną dalej „SIWZ”) w związku z naruszeniem przez Wykonawcę zakazu zapoznania się z zawartością ofert przed terminem ich otwarcia.*

W niniejszym postępowaniu, w treści Rozdziału IX ust. 9 SIWZ, Zamawiający jednoznacznie wskazał, że: Na potrzeby oceny ofert, oferta musi zawierać:

- *Formularz ofertowy, sporządzony i wypełniony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ,*
- *wypełniony Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ,*
- *pełnomocnictwo do reprezentowania Wykonawcy (Wykonawców występujących wspólnie), o ile ofertę składa pełnomocnik. (...).*

Jednocześnie, w Rozdziale X ust. 2-4 SIWZ Zamawiający poinformował, że:

2. Wykonawca może złożyć w niniejszym postępowaniu jedną ofertę. 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.

3. Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych o którym mowa w Rozdziale VI ust 11 i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortal. Ofertę należy złożyć w oryginale. Ofertę, stanowiącą oświadczenie woli wykonawcy, należy uznać za dokument elektroniczny (ofertę złożoną w postaci elektronicznej) niezależnie od tego, czy jej postać elektroniczna powstała wyłącznie przy użyciu programu komputerowego, czy też na skutek przekształcenia postaci papierowej do postaci elektronicznej, jeżeli tylko dokument elektroniczny zostanie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.
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).

Wykonawca – Konsorcjum: GMT Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) ul. Mikołowska 40, 41-400 Mysłowice; Gunnebo Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Fryderyka Chopina 20-22, 62-800 Kalisz, w dniu 10 sierpnia 2020 r. złożył w niniejszym postępowaniu ofertę, na którą składają się:

1. Załącznik nr 1 do SIWZ – Formularz oferty, **wypełniony i zaszyfrowany zgodnie ze wskazanymi powyżej wymogami SIWZ.**
2. Załącznik nr 2 do SIWZ – Oświadczenie Wykonawcy w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, złożone przez osobę reprezentującą Lidera Konsorcjum, w formie dokumentu w formacie pdf., opatrzonego podpisem elektronicznym, **ale niezaszyfrowanego w sposób, określony w przywołanych powyżej postanowieniach SIWZ.**
3. Załącznik nr 2 do SIWZ – Oświadczenie Wykonawcy w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, złożone przez osobę reprezentującą Partnera Konsorcjum, w formie dokumentu w formacie pdf., opatrzonego podpisem elektronicznym, **ale niezaszyfrowanego w sposób, określony w przywołanych powyżej postanowieniach SIWZ.**
4. Załącznik nr 2 do SIWZ – Oświadczenie Wykonawcy w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, złożone przez osobę reprezentującą Podwykonawcę, któremu Wykonawca zamierza powierzyć realizację części zamówienia, w formie dokumentu w formacie pdf., opatrzonego podpisem elektronicznym, **ale niezaszyfrowanego w sposób, określony w przywołanych powyżej postanowieniach SIWZ.**
5. Pełnomocnictwo do wszelkich czynności, związanych z reprezentowaniem Konsorcjum, udzielone jego Liderowi przez Partnera Konsorcjum. w formie dokumentu w formacie pdf.,

opatrzonego podpisem elektronicznym, **ale niezaszyfrowanego w sposób, określony w przywołanych powyżej postanowieniach SIWZ.**

6. Załącznik nr 7 do SIWZ – Oświadczenie dotyczące udostępnienia zasobów, złożone przez osobę reprezentującą Podwykonawcę, któremu Wykonawca zamierza powierzyć realizację części zamówienia, w formie dokumentu w formacie pdf., opatrzonego podpisem elektronicznym, **ale niezaszyfrowanego w sposób, określony w przywołanych powyżej postanowieniach SIWZ.**

7. Polecenie przelewu kwoty wadium, w formie dokumentu w formacie pdf., opatrzonego podpisem elektronicznym, **ale niezaszyfrowanego w sposób, określony w przywołanych powyżej postanowieniach SIWZ.**

Tymczasem, zgodnie z art. 86 ust. 1 ustawy Pzp: Z zawartością wniosków o dopuszczenia do udziału w postępowaniu lub ofert nie można się zapoznać przed upływem terminu, odpowiednio, do ich złożenia lub otwarcia.

Jednocześnie – zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, wyrażonym w wyroku z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05 – ofertę stanowi nie tylko sam formularz oferty, lecz także dokumenty wymagane przez Zamawiającego w SIWZ – składające się na część oferty sensu largo. W konsekwencji, dokumenty, wymienione w pkt 2-7 powyżej, **powinny zostać złożone w formie zaszyfrowanej**, uniemożliwiającej zapoznanie się z ich treścią zarówno Zamawiającemu jak i innym osobom czy podmiotom przed upływem terminu składania ofert. Należy podkreślić, że Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, zwany dalej „JEDZ”, jako oświadczenie woli Wykonawcy, zawiera informacje umożliwiające identyfikację samego Wykonawcy jak i jego zasobów. Ujawnienie takich informacji przed upływem terminu składania ofert, do którego doszło poprzez przekazanie w postaci niezaszyfrowanej wszystkich – poza formularzem ofertowym – dokumentów, składających się na ofertę Wykonawcy, rodzi ryzyko ich nieuprawnionego wykorzystania przez innych Wykonawców, co w konsekwencji przekładać się może na naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców. Zarazem, w przypadku niniejszego postępowania, brak zaszyfrowania przez Wykonawcę załączników do oferty, stanowi naruszenie art. 86 ust. 1 ustawy Pzp, który – jak wskazano powyżej – obejmuje swoim zakresem zarówno formularz ofertowy jak również pozostałe dokumenty, jakie Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty w celu jej skutecznego złożenia w postępowaniu przetargowym. Wskazane powyżej naruszenie art. 86 ust. 1 ustawy Pzp skutkuje niezgodnością oferty Wykonawcy z przepisami ustawy Pzp oraz SIWZ i stanowi przesłankę do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. (...).”

W dniu 20.08.2020 r. (elektronicznie: EZD) Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty - Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa zwanych dalej: „Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.” albo „*Przystępującym*”.

W dniu 27.08.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum GMT wniosło odwołanie na czynność z 17 oraz 20.08.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (za pomocą ePUaP). Zarzucił:

1. art. 86 ust. 1 Pzp poprzez przyjęcie, że w postępowaniu mogło dojść do nieuprawnionego wykorzystania przez innych wykonawców danych z oferty, a w konsekwencji przekładać się na naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców;

2. art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 Pzp poprzez przyjęcie, że oferta złożona przez Odwołującego była niezgodna z Pzp oraz jej treść nie odpowiadała treści SIWZ;

3. art. 92 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe przyjęcie, że oferta złożona przez Wykonawcę - Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest ofertą najkorzystniejszą, podczas gdy prawidłowe przeprowadzenie czynności oceny ofert winno skutkować wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i spełniającej wszystkie wymagania Zamawiającego i Pzp. W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez KIO niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;

3. nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego - Konsorcjum firm w składzie GMT Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Gunnebo Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum),

b. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy - Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

c. przeprowadzenia ponownej czynności oceny ofert;

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zgodnie z treścią pkt X SIWZ - Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert pkt. 2 - 4, Zamawiający określił następujące warunki: „2. Wykonawca może złożyć w niniejszym postępowaniu jedną ofertę. 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.

3. Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych o którym mowa w Rozdziale VI ust 11 i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortal. Ofertę należy złożyć w oryginale. Ofertę, stanowiącą- oświadczenie woli wykonawcy, należy uznać za dokument elektroniczny (ofertę złożoną w postaci elektronicznej) niezależnie od tego, czy jej postać elektroniczna powstała wyłącznie przy użyciu programu komputerowego, czy też na skutek przekształcenia postaci papierowej do postaci elektronicznej, jeżeli tylko dokument elektroniczny zostanie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

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)."

Ponadto zgodnie z pkt X.9 SIWZ: „Otwarcie ofert następuje poprzez użycie aplikacji do szyfrowania ofert dostępnej na miniPortalu i dokonywane jest poprzez odszyfrowanie i otwarcie ofert za pomocą klucza prywatnego.”

Analogiczne zapisy zostały zawarte w pkt IV.2.7) Ogłoszenia - warunki otwarcie ofert, gdzie wskazano: „Informacje o osobach upoważnionych i procedurze otwarcia: Jak w rozdziale X SIWZ. Otwarcie ofert dokonane zostanie przez komisję przetargową, powołaną przez Zamawiającego. Otwarcie ofert następuje poprzez użycie aplikacji do szyfrowania ofert, dostępnej na miniPortalu i dokonywane jest poprzez odszyfrowanie i otwarcie ofert za pomocą klucza prywatnego. Otwarcie ofert jest jawne, Wykonawcy mogą uczestniczyć w sesji otwarcia ofert.”

Przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu zostały złożone dwie oferty, oferta Odwołującego oraz drugiego Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W dniu 17.08.2020 r. Zamawiający przekazał informację o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując w szczególności naruszenie art. 86 ust. 1 Pzp poprzez przyjęcie, że ze względu na nieprawidłowe zaszyfrowanie oferty przez Odwołującego w postępowaniu mogło dojść do nieuprawnionego wykorzystania przez innych wykonawców danych z oferty, a w konsekwencji przekładać się na naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców. Przyjęcie, że doszło do naruszenia art. 86 ust. 1 Pzp

skutkowało w konsekwencji uznaniem złożonej oferty za niezgodną z Pzp oraz treścią SIWZ, co stanowiło podstawę do jej odrzucenia zgodnie z art. art. 89 ust. 1 i 2 Pzp. W dniu 20.08.2020 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy - Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że Wykonawca nie podlegał wykluczeniu, złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a ponadto wybrana oferta była ofertą najkorzystniejszą w ramach zastosowanych kryteriów oceny ofert oraz uzyskała łącznie 80 pkt. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że oferta złożona przez Odwołującego podlegała odrzuceniu jako nie spełniająca wymagań ustawy p.z.p. i wymagań SIWZ.

Jako podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 i 2 Pzp w związku z naruszeniem art. 86 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 86 ust. 1 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”*. W pierwszej kolejności wskazał, że na gruncie prowadzonego Postępowania Zamawiający w sposób mylący posługiwał się w SIWZ określeniem „Oferta”, „Formularz oferty” oraz załączników do Oferty. Istotnie w punkcie IX.9 SIWZ wskazano, że na potrzeby oceny ofert, oferta musi zawierać Formularz oferty, Wypełniony JEDZ i pełnomocnictwo. Z kolei w pkt X.4 SIWZ wskazuje, że do „oferty” należy dołączyć JEDZ. Takie skonstruowanie zapisów SIWZ mogło w Odwołującym wywołać mylne przekonanie, że ofertą podlegającą obowiązkowi szyfrowaniu jest wyłącznie Formularz ofertowy, natomiast JEDZ i ewentualne pozostałe załączniki nie są objęte już tym obowiązkiem i winny podlegać przekazaniu Zamawiającemu w sposób określony w pkt X.4 SIWZ. Zgodnie natomiast z ugruntowanym stanowiskiem judykatury, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Takie stanowisko zostało zaprezentowane m. in. w wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18.03.2015 r., sygn. akt tli Ca 70/15, gdzie wskazano, że: *„Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy”*. Wskazane stanowisko zostało zaaprobowane również przez KIO, m.in. w wyroku z dnia 22.10.2018 r., KIO 1991/18. Odwołujący istotnie składając dokumenty dokonał wymaganego szyfrowania wyłącznie w odniesieniu do Formularza ofertowego. To działanie wykluczyło możliwość zapoznania się z treścią oferty przez podmioty postronne, w tym przez innych potencjalnych wykonawców. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że wyłącznie w Formularzu oferty zostały zawarte dane podlegające ocenie przez Zamawiającego, tj. dwa wskazane kryteria - cena oferty brutto - waga 60% oraz okres gwarancji i rękojmi - waga 40%. Żadne inne dokumenty nie zawierały danych, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania, w tym zachwianie

zasady konkurencyjności. Na gruncie postępowania kluczowa jest również okoliczność, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności składanie oświadczeń, zawiadomień oraz przekazywanie informacji, odbywa się elektronicznie za pośrednictwem dedykowanego formularza dostępnego na ePUAP oraz udostępnionego przez mini Portal (Formularz do komunikacji). We wszelkiej korespondencji związanej z niniejszym postępowaniem Zamawiający i Wykonawcy posługują się numerem ogłoszenia (BZP, TED lub numerem postępowania - AL-ZP.272-18/20/ZP/PN) (pkt VI.2 SIWZ). Taka konstrukcja wyklucza co do zasady możliwość dostępu do skrzynki Zamawiającego podmiotom nie uprawnionym - w tym przede wszystkim wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Już samo wykorzystanie mini Portalu poprzez użycie dedykowanego formularza dostępu na ePUAP wyklucza możliwość dostępu do dokumentów składanych w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę wyżej wskazane okoliczności brak jest podstaw do przyjęcia, że wobec braku zaszyfrowania części dokumentów przez Odwołującego mogło dojść do naruszenia art. 86 ust. 1 Pzp. Wobec oczywistego braku naruszenia art. 86 ust. 1 Pzp, w ocenie Odwołującego brak było podstaw do odrzucenia oferty wyłącznie ze względu na wystąpienie nieprawidłowości o charakterze formalnym. Jak już zostało wskazane powyżej na gruncie prowadzonego Postępowania brak było jakichkolwiek możliwości technicznych - ze względu na zaszyfrowanie Formularza ofertowego oraz złożenie dokumentów za pośrednictwem Mini Portalu przy wykorzystaniu dostępu przez ePUAP, do dostępu przez podmioty nieuprawnione. Ugruntowane jest stanowisko judykatury zgodnie z którym oferta nie powinna podlegać odrzuceniu wyłącznie ze względu na wystąpienie błędów o charakterze formalnym, jeżeli te nie mają wpływu na treść złożonej oferty. Ugruntowane jest stanowisko, że niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot umowy nie odpowiada opisanemu SIWZ przedmiotowi zamówienia, a sprzeczność oferty z SIWZ musi mieć charakter materialny, a nie formalny. Takie stanowisko zostało zaprezentowane m. in. w wyroku KIO z dnia 23.06.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 565/08 gdzie wskazano, że *„Artykuł 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwarza możliwość odrzucenia oferty Wykonawcy, gdy jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. Tak więc odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu nastąpić może tylko w przypadku gdy jej treść merytoryczna nie odpowiada treści (wymogom) postawionym w s.i.w.z.”*. Wobec przytoczonej powyżej argumentacji w ocenie Odwołującego nie tylko brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art, 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. wobec rzekomej niezgodności z SIWZ, lecz również zupełnie nie są spełnione przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1

Pzp, tj. niezgodności z ustawą. W tym zakresie należy wskazać, że Zamawiający zarówno w piśmie z 17.08.2020 r. informującym o odrzuceniu oferty, jak i piśmie z 20.08.2020 r. informującym o dokonaniu wyboru, nie zawarł uzasadnienia jaka rzekomo niezgodność oferty z ustawą miała miejsce. Stąd Odwołujący nie jest w stanie odnieść się w sposób bardziej szczegółowy do tego zarzutu. Konsekwencją wadliwych działań odnośnie przyjęcia przez Zamawiającego występowania naruszenia art. 86 ust. 1 Pzp i odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 Pzp było dokonanie wyboru oferty Wykonawcy - Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.

Zamawiający w dniu 31.08.2020 r. (elektronicznie: EZD) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.09.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.

W dniu 07.09.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu (na posiedzeniu) oraz Przystępującym.

W pierwszej kolejności, w kontekście zarzutu o rzekomym posługiwaniu się przez Zamawiającego w mylący sposób określeniami: „oferta”, „formularz oferty” oraz „załączniki do oferty” (pkt 2.2 odwołania), należy wskazać, że wysnuta na tej podstawie teza o mylnym wrażeniu Odwołującego, że ofertą podlegającą obowiązkowemu szyfrowaniu jest wyłącznie Formularz oferty, a JEDZ i pozostałe załączniki są zwolnione z tego wymogu nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym. Po pierwsze, przywołując postanowienia Rozdz. IX ust. 9 SIWZ, sam Odwołujący wyraźnie przyznał, że ich treść, tj.: „(...) *Na potrzeby oceny ofert, oferta musi zawierać:*

- *Formularz ofertowy, sporządzony i wypełniony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ,*
- *wypełniony Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ,*

- pełnomocnictwo do reprezentowania Wykonawcy (Wykonawców występujących wspólnie), o ile ofertę składa pełnomocnik. (...)”, precyzyjnie i jednoznacznie wskazuje dokumenty, jakie powinny złożyć się na ofertę, składaną w niniejszym postępowaniu.

Po drugie, wbrew tezie sformułowanej przez Odwołującego, z powyższymi postanowieniami SIWZ bynajmniej nie kolidują regulacje, zawarte w Rozdz. X ust. 4 SIWZ, a dotyczące wszystkich dokumentów składających się na ofertę, tj.:

„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).”

które należy odczytywać łącznie z postanowieniami Rozdz. X ust. 2-3 SIWZ, tj.:

„2. Wykonawca może złożyć w niniejszym postępowaniu jedną ofertę. 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.

3. Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych o którym mowa w Rozdziale VI ust 11 podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortal. Ofertę należy złożyć w oryginale. Ofertę, stanowiącą oświadczenie woli wykonawcy, należy uznać za dokument elektroniczny (ofertę złożoną w postaci elektronicznej) niezależnie od tego, czy jej postać elektroniczna powstała wyłącznie przy użyciu programu komputerowego, czy też na skutek przekształcenia postaci papierowej do postaci elektronicznej, jeżeli tylko dokument elektroniczny zostanie opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.”

Wyróżnienie wskazanych powyżej postanowień SIWZ jest o tyle istotne, że Instrukcja użytkownika systemu mini Portal na str. 25 jednoznacznie wskazuje, że: *„(...) W przypadku konieczności złożenia w ofercie kilku dokumentów, np. Oferta, pełnomocnictwo i tajemnica przedsiębiorstwa użytkownik powinien te dokumenty zapisać jako .zip i dopiero zaszyfrować Aplikacja do szyfrowania także jako.zip (...).”*

Tym samym, w ocenie Zamawiającego, podważane - jako rzekomo wprowadzające w błąd

- postanowienia SIWZ w rzeczywistości nie tylko jednoznacznie ale i zgodnie z zasadami składania ofert za pośrednictwem miniPortalu określały zawartość oraz sposób przygotowania oferty w postępowaniu. W konsekwencji, złożone w postaci niezaszyfrowanej załączniki:

- 1) Załącznik nr 2 do SIWZ - Oświadczenie Wykonawcy w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, złożone przez osobę reprezentującą Lidera Konsorcjum,
- 2) Załącznik nr 2 do SIWZ - Oświadczenie Wykonawcy w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, złożone przez osobę reprezentującą Partnera Konsorcjum,
- 3) Załącznik nr 2 do SIWZ - Oświadczenie Wykonawcy w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, złożone przez osobę reprezentującą Podwykonawcę, któremu Wykonawca zamierza powierzyć realizację części zamówienia,
- 4) Pełnomocnictwo do wszelkich czynności, związanych z reprezentowaniem Konsorcjum, udzielone jego Liderowi przez Partnera Konsorcjum,
- 5) Załącznik nr 7 do SIWZ - Oświadczenie dotyczące udostępnienia zasobów, złożone przez osobę reprezentującą Podwykonawcę, któremu Wykonawca zamierza powierzyć realizację części zamówienia,
- 6) Polecenie przelewu kwoty wadium,

powinny były zostać zapisane i zaszyfrowane przez Odwołującego we wskazany powyżej sposób. Jednocześnie, w kontekście przywołania w odwołaniu (pkt 2.4) stanowiska zajętego przez SO w Nowym Sączu w wyroku z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15, Zamawiający zwraca uwagę, że zacytowany przez Odwołującego fragment orzeczenia, tj.: *„(...) zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy (...)”*, odnosi się do odmiennego stanu faktycznego niż zaistniały w toku postępowania AL-ZP.272- 18/20/ZP/PN. Przedmiot oceny Sądu Okręgowego w Nowym Sączu stanowiła bowiem ewidentna rozbieżność w treści SIWZ, dotycząca opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, która - w ocenie Sądu - powinna była zostać tłumaczona zgodnie z literalnym brzmieniem SIWZ.

Tymczasem, w przypadku niniejszego postępowania - z racji jednoznacznych, przywołanych powyżej postanowień SIWZ w zakresie sposobu przygotowania oferty, odwołujących się także do Regulaminu korzystania z miniPortalu - brak jest podstaw do stwierdzenia jakichkolwiek dwuznaczności w tym względzie.

Co istotne, przyjęte przez Zamawiającego rozumienie zakresu pojęcia oferty ściśle odpowiada interpretacji, przyjętej przez KIO w orzeczeniu z 05.11.2019 r., jakie zapadło w sprawie KIO 2130/19, a w którym skład orzekający jednoznacznie stwierdził, 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. (...) 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 (...).”.

Z tej perspektywy, argument Odwołującego, zawarty w pkt 2.5 odwołania nie zasługuje - w ocenie Zamawiającego - na uwzględnienie, tym bardziej, że - zgodnie ze wskazanym powyżej orzeczeniem: „(...) 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 charakter niektórych dokumentów czy odmiennosc 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 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 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 (...).”

Mając na uwadze powyższe stanowisko, nie sposób zgodzić się z tezą, zawartą w pkt 2.7 Odwołania, zgodnie z którą jakoby (...) brak jest podstaw do przyjęcia, że wobec braku zaszyfrowania części dokumentów przez Odwołującego mogło dojść do naruszenia art. 86 ust. 1 p.z.p. We wspomnianym powyżej orzeczeniu w sprawie KIO 2130/19 Izba - odnosząc się do zakresu wspomnianej regulacji ustawowej - podkreśliła, że: *„(...) ustawodawca wprowadził zakaz zapoznania się z zawartością ofert przed terminem ich otwarcia (...) a w jej ocenie (...) 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 przyjmując 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 składnych dokumentów, co czyniłoby niemożliwym nieujawnianie treści ofert przed upływem terminu na ich złożenie. Tym samym ceł ustawodawcy nie zostałyby w żaden sposób osiągnięty. (...) 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.”*

Natomiast, w kontekście podważenia przez Odwołującego (w pkt 2.8 odwołania) zasadności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp z racji rzekomego wystąpienia nieprawidłowości o charakterze wyłącznie formalnym, Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, że w przywołanym już powyżej orzeczeniu w sprawie KIO 2130/19 Izba jednoznacznie wykluczyła możliwość przyjęcia takiej interpretacji w stosunku do przypadku niezaszyfrowania załączników do oferty, stwierdzając: *„(...) 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 (...).” Na koniec wskazał, że - wbrew stanowisku, wyrażonemu w pkt 2.12 odwołania - Zamawiający, zarówno w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty jak i w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, podał zarówno uzasadnienie prawne (art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 86 ust. 1 Pzp) jak i faktyczne (niezgodność z Pzp oraz SIWZ w zw. z naruszeniem przez Wykonawcę zakazu zapoznania się z zawartością ofert przed terminem ich otwarcia poprzez niezaszyfrowanie wybranych części jego oferty - wraz z uszczegółowieniem, na czym polegała powyższa nieprawidłowość) podjętych przez siebie czynności, kwestionowanych obecnie przez Odwołującego.

W dniu 28.09.2020 r. (e-mailem) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. wniosła pismo uczestnika postępowania wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W przedmiotowej sprawie nie powinno budzić wątpliwości, iż zakres dokumentów objętych pojęciem „oferty” jest szerszy niż tylko Formularz ofertowy czy poszczególne informacje w nim zawarte, takie jak kryteria oceny ofert. Wynika to zarówno z brzmienia Rozdziału X SIWZ, jak i z przyjętego sposobu określania oferty w kontekście obowiązków związanych z jej formą i tworzeniem. Rozumienie oferty sensu larga jako kompletu dokumentów składanych w postępowaniu, a więc nie tylko jako Formularz oferty, zostało trafnie przytoczone w cytowanym przez Zamawiającego orzeczeniu o sygn. akt KIO 2130/19, ale jest również potwierdzone w praktyce stosowania przepisów ustawy Pzp, np. na tle dostępu do ofert na podstawie art. 96 ust. 3 Pzp, który w sposób niebudzący wątpliwości uczestników rynku zamówień publicznych odnosi się do szerszego zakresu dokumentów niż tylko sensu stricte treść oferty zawarta w Formularzu ofertowym. W kontekście wymagań SIWZ dotyczących sposobu składania ofert oraz przepisu art. 86 ust. 1 Pzp, zakres pojęcia oferty występuje niewątpliwie w ujęciu szerokim i wynika z faktu, że informacją niepodlegającą ujawnieniu do chwili otwarcia ofert jest nie tylko cena i kryteria oceny ofert, ale chociażby już sam fakt złożenia oferty przez dany

podmiot czy konfigurację podmiotów - już same te informacje są zawarte nie tylko w formularzu oferty, ale również w dokumentach towarzyszących. Ponadto JEDZ zawiera także Informacje o sposobie realizacji zamówienia, a tym samym nie powinno budzić wątpliwości, że jest częścią oferty i wymagania w stosunku do niego powinny być takie same. Rozważania doktryny i orzecznictwa, prowadzone w tym zakresie w kontekście, historycznej zmiany przepisów, zobowiązującej do przesyłania dokumentu JEDZ w formie elektronicznej i w postaci zaszyfrowanej, wystarczająco wyjaśniły tę kwestię i ugruntowały rozumienie zakresu oferty w przedmiotowym kontekście dla wszystkich profesjonalnych uczestników rynku zamówień publicznych. Argumentacja Odwołującego wskazuje, że podnoszone w odwołaniu wątpliwości w tym zakresie, podyktowane są wyłącznie sytuacją w jakiej znalazł się Odwołujący i formułowane wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego, jednakże nie znajdują pokrycia w rzeczywistych wątpliwościach interpretacyjnych, które Odwołujący powziął składając ofertę w tym postępowaniu. Należy zauważyć, że sposób sformułowania SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie odbiega od standardowych postanowień zawieranych w licznych Specyfikacjach przygotowywanych przez innych zamawiających. W szczególności, postanowienia zawarte w pkt X SIWZ, m.in. przytaczane w treści odwołania postanowienia pkt X.2-4 i X.9 SIWZ są zgodne z rekomendowanymi przykładowymi postanowieniami SIWZ dotyczącymi wykorzystania do komunikacji z wykonawcami m.in. Portalu, opracowanymi przez Prezesa UZP i dostępnymi na stronie internetowej urzędu (plik o nazwie „Zapisy do SIWZ mini Portal”, dostępny w zakładce „Baza wiedzy” - „Wzorcowe dokumenty”). Twierdzenia o niezrozumieniu zakresu dokumentów, do jakich zaszyfrowania zobowiązywały wymagania SIWZ, nie są zatem wiarygodne i wskazują na brak zachowania przez Odwołującego wymaganej w tym przypadku należytej staranności w ramach tego postępowania, a nie na efekt ścisłego i rzetelnego stosowania się przez Wykonawcę do wadliwie opracowanej treści SIWZ. Naruszenia art. 86 ust. 1 Pzp nie można przyrównywać do uchybienia czysto formalnego, nieistotnego z punktu widzenia prowadzonego postępowania, jakim mogą być niezgodne z SIWZ ponumerowanie stron, zatytułowanie dokumentów czy naruszenie innych wskazówek o bardziej porządkowym charakterze. W przypadku wymogów SIWZ dotyczących zaszyfrowania oferty, których Odwołujący nie dopełnił, mamy do czynienia z instrukcjami, do których przestrzegania Zamawiający zobowiązał Wykonawców w celu realizacji określonego ustawowo obowiązku uniemożliwienia zapoznania się z zawartością złożonych ofert do chwili ich otwarcia. Ten obowiązek określony w art. 86 ust. 1 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do dopełnienia szeregu obowiązków związanych z organizacją postępowania, zapewnieniem właściwych środków technicznych, a także - zawarcia w SIWZ odpowiednich wymagań, do których Wykonawców mają obowiązek się stosować, aby umożliwić skuteczne działanie

przewidzianych przez Zamawiającego mechanizmów zmierzających do zgodności prowadzonego postępowania z przepisami ustawy. Odwołujący nie kwestionował na etapie do upływu terminu składania ofert, prawidłowości narzędzi dobranych przez Zamawiającego do przeprowadzenia postępowania ani nadmiarowości wprowadzonych wymagań. Brak zastosowania się Wykonawcy do wymogu szyfrowania zawartości oferty w przewidziany sposób lub innych wymagań wynikających z obowiązków i zasad określonych w ustawie, prowadzi zatem nie tylko do naruszenia wymagań SIWZ, ale także wymagań ustawowych. Stąd prawidłowo wskazana przez Zamawiającego i uzasadniona w Informacji o odrzuceniu podstawa prawna to zarówno art. 89 ust. 1 pkt 2, jak i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Systemowa i celowościowa interpretacja przepisu art. 86 ust. 1 Pzp wskazuje na jego istotne znaczenie dla prowadzonego postępowania, podobnie jak istotne znaczenie ma czynność otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Należy zauważyć, że przepis ten konstytuuje bezwarunkowy obowiązek uczestników postępowania, tj. nie uzależnia jego obowiązywania ani od woli wykonawcy (nie jest to uprawnienie, z którego wykonawca mógłby zrezygnować) ani od rzeczywistych skutków jego naruszenia, np. wpływu na wynik postępowania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowienia SIWZ.

Dowodami w sprawie są również złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) wydruki w zakresie zgłoszenia sprawy do Wykonawcy do Zamawiającego oraz zgłoszenie oferty z mini portalu w postępowaniu Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie wraz wydrukiem z tego postępowania zestawienia zbiorczego ofert otwartych, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również streszczenie oceny i porównania złożonych ofert,
- 2) wydruki testów portalu ePuaP w j. angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski,

3) wydruk w zakresie zgłoszenia sprawy do wykonawcy oraz zgłoszenie oferty z mini portalu w postępowaniu będącym przedmiotem sporu.

Dowodami w sprawie są również złożone przez Zamawiającego na rozprawie:

- wydruki elektronicznego obiegu dokumentów u Zamawiającego – jedno z plikami formularza ofertowego zaszyfrowanego oraz drugi z pozostałymi dokumentami, które nie były zaszyfrowane.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odpowiedź na odwołanie, pismo uczestnika postępowania, czyli Przystępującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 86 ust. 1 Pzp poprzez przyjęcie, że w postępowaniu mogło dojść do nieuprawnionego wykorzystania przez innych wykonawców danych z oferty, a w konsekwencji przekładać się na naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez przyjęcie, że oferta złożona przez Odwołującego była niezgodna z Pzp oraz jej treść nie odpowiadała treści SIWZ;
3. art. 92 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe przyjęcie, że oferta złożona przez Wykonawcę - Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z jest ofertą najkorzystniejszą, podczas gdy prawidłowe przeprowadzenie czynności oceny ofert winno skutkować wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i spełniającej wszystkie wymagania Zamawiającego i Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma uczestnika postępowania, tj. Przystępującego. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego. W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Względem zarzutu pierwszego oraz drugiego.

Odnosnie do wskazanej przez Zamawiającego, podstawy prawnej odrzucenia oferty, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w ocenie Izby została ona zasadnie wskazana, a zarzut naruszenia tego przepisu podlega oddaleniu.

Postanowienia SIWZ w tym postępowaniu nie rodzą żadnych wątpliwości, niejednoznaczności, co więcej stanowisko Odwołującego nie może abstrahować od punktu odniesienia oraz od tego, że Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem, który nie pierwszy raz składa ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kwestia rozumienia oferty w sensie szeroki (sensu largo), czy węższym (sensu stricte) jest mu znana i wynika nie tylko z faktu, że złożył co do zasady ofertę z oczekiwanymi przez Zamawiającego dokumentami, ale z tego, że jest to informacja powszechnie znana każdemu uczestnikowi rynku zamówień publicznych, chociażby z uwagi na powszechny charakter w zamówieniach publicznych takiego rozmienu znany od czasów wydania wyroku SN z 21.10.2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05: *„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.”*

Nie można raz twierdzić, że ofertą jest tylko sam formularz ofertowy, a raz uznawać jako ofertę także oświadczenia i dokumenty do niej dołączone (chociażby poprzez ich złożenie). Na szeroki charakter bezsprzecznie wskazuje Rozdz. IX ust. 9 SIWZ: *„(...) Na potrzeby oceny ofert, oferta musi zawierać:*

- *Formularz ofertowy, sporządzony i wypełniony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ,*
- *wypełniony Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ,*

- pełnomocnictwo do reprezentowania Wykonawcy (Wykonawców występujących wspólnie), o ile ofertę składa pełnomocnik. (...)”. Nadto, Rozdz. X ust. 4 SIWZ, gdzie stwierdza się: „do oferty należy dołączyć JEDZ (...), a następnie wraz z plikami stanowiącymi ofertę (...)”, czyli jednoznacznie stwierdza się, że chodzi o pliki, a nie plik, czyli liczba mnoga. Potwierdza to również Rozdz. V ust. 12 tabela: „Wraz z formularzem oferty (załącznika nr 1 do SIWZ) Wykonawca składa:”. Jednocześnie, niniejsze postanowienia nie można odczytywać w oderwaniu od Rozdz. X ust. 2 – 3 SIWZ. W ich ramach wskazywano sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania oferty podkreślając, że opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortalu (Rozdz. X ust. 3 zdanie drugie SIWZ), zaś Wykonawca składając ofertę czyni to za pośrednictwem formularza do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu (Rozdz. X ust. 2 zdanie drugie SIWZ). Nadto, w Rozdz. X ust. 5 SIWZ stwierdza się, że sposób zmiany i wycofania oferty został opisany w Instrukcji użytkownika dostępnej na miniPortalu. Skoro więc wycofanie i zmiana to także analogicznie złożenie oferty.

Podobnie w Rozdz. VI ust. 6 SIWZ: „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”. Treść odwołania wskazuje, że Odwołujący był tego świadom (pkt 2.6 odwołania; „(...) odbywa się elektronicznie za pośrednictwem dedykowanego formularza dostępnego na ePUAP oraz udostępnionego przez mini Portal (Formularz do komunikacji) (...)), co czyni całą argumentację Odwołującego, co do braku odesłania do Regulaminu korzystania z miniPortalu i Instrukcji użytkownika dostępnej na miniPortalu niewiarygodną. Izba nie zgadza się także generalnie, że informacja o Instrukcja użytkownika dostępnej na miniPortalu nie znajdowała się w SIWZ, gdyż miało to miejsce przez Regulamin korzystania, który odsyła w swej treści do tej Instrukcji, gdzie na str. 25 stwierdza się, że: „(...) W przypadku konieczności złożenia w ofercie kilku dokumentów, np. Oferta, pełnomocnictwo i tajemnica przedsiębiorstwa użytkownik powinien te dokumenty zapisać jako .zip i dopiero zaszyfrować Aplikacja do szyfrowania także jako.zip (...)”. jak i w ust. 5 Rozdz. X SIWZ. Nadto, zgodnie z Rozdz. I pkt 1 SIWZ: „W niniejszym postępowaniu oferta wraz z dokumentami przekazywana będzie w formie elektronicznej przez miniportal <https://miniportal.uzp.gov.pl>, (...)”.

Odpowiadając na pytanie Odwołującego z rozprawy („(...) jednakże rodzi się pytanie, jak daleko należałoby, w przypadku przyjęcia argumentacji Zamawiającego, takie szyfrowanie przeprowadzać, gdzie kończyłaby się lista dokumentów, które wymagałyby takiego zaszyfrowania.(..)”), Izba stwierdza, że tą granicą jest każdorazowo to wszystko co

należy złożyć wraz z ofertą sensu largo i zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Niewątpliwie w tym postępowaniu był to JEDZ, stosowne pełnomocnictwa, wadium (Rozdz. VII ust. 5 SIWZ), ale także każdy inny dokument lub oświadczenie składane wraz z ofertą (sensu largo) przez Odwołującego.

Jednocześnie, Izba zwraca uwagę, że argumentacja z odpowiedzi jest odpowiedzią na odwołanie, z tej przyczyny zawiera pogłębienie informacji zawartej w odrzuceniu oferty, chociażby na stanowisko z pkt 2.6 („2.6. Na gruncie Postępowania kluczowa jest również okoliczność, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności składanie oświadczeń, zawiadomień oraz przekazywanie informacji, odbywa się elektronicznie za pośrednictwem dedykowanego formularza dostępnego na ePUAP oraz udostępnionego przez mini Portal (Formularz do komunikacji). We wszelkiej korespondencji związanej z niniejszym postępowaniem Zamawiający i Wykonawcy posługują się numerem ogłoszenia (BZP, TED lub numerem postępowania - AL-ZP.272-18/20/ZP/PN) (punkt VI.2 SIWZ). (...).”). Dodatkowo, Izba nie zgadza się ze stanowiskiem, że tylko formularz ofertowy zawiera dane podlegające ocenie przez Zamawiającego. Niewątpliwie JEDZ zawiera takie informacje, jak i informacje stanowiące oświadczenie woli, na które wskazywał Przystępujący na rozprawie: „w JEDZ-u znajduje się oświadczenie woli, np. co do tego, jak zostanie zrealizowane zamówienie, czy będzie to miało miejsce z wykorzystaniem podwykonawców.”.

Nadto, Izba przychyliła się do stanowiska wynikającego z wyroku KIO 05.11.2019 r., sygn. akt: KIO 2130/19 zgodnie z którym niezasyfrowanie załączników do oferty nie stanowi nieprawidłowości o charakterze formalnym: „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 zasyfrowania stanowi tylko uchybienie formalne i nie może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby powyższe 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.”

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W zakresie drugiej podstawy odrzucenia art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp w związku art. 86 ust.1 Pzp, Izba w całości podzieliła stanowisko wynikające z wyroku KIO z 05.11.2019 r., sygn. akt: KIO 2130/19, w konsekwencji oddalając zarzut w tym zakresie. Zgodnie z przywołanym wyrokiem: „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 charakter niektórych dokumentów czy odmiennosc 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 stricto jak również pozostałe dokumenty jakie wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty w celu jej skutecznego złożenia w postępowaniu przetargowym.” Poza tym, nie można zgodzić się z Odwołującym, że adresatem powyższego przepisu, tj. art. 86 ust. 1 Pzp jest wyłącznie Zamawiający, jest on bowiem skierowany do wszystkich uczestników postępowania, tak Zamawiającego, jak i Wykonawców. Nadto, w ocenie Izby istota art. 86 ust.1 Pzp sprowadza się do tego, aby inni uczestnicy postępowania nie mogli zapoznać się z jej treścią przed upływem terminu na składanie ofert. Podobnie w wyroku KIO z 05.11.2019 r., sygn. akt: KIO 2130/19.

Odnosnie wydruków złożonych przez Odwołującego dotyczących postępowania prowadzonego przez Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie, izba nie może brać ich pod uwagę, gdyż dotyczy innego postępowania, nie są znane Izbie postanowienia SIWZ obowiązujące w tamtym postępowaniu. Nadto, prawidłowość prowadzenia postępowania przez niniejszy Urząd nie jest przedmiotem rozpatrywanego postępowania odwoławczego. Brak jest podstaw do stosowania analogii, byłoby to wręcz niedopuszczalne.

Nadto, z wydruków złożonych przez Zamawiającego wynika, że na skutek braku zaszyfrowania oferta sensu largo – pliki niezasyfrowane - zostały otwarte, celem przekierowania do właściwej jednostki u Zamawiającego. Dowody przedstawione przez Odwołującego na koniec rozprawy (wydruk w zakresie zgłoszenia sprawy do wykonawcy

oraz zgłoszenie oferty z mini portalu w postępowaniu będącym przedmiotem sporu) potwierdzają i korelują /nazwy plików/ z wydrukami (dowodami) złożonymi przez Zamawiającego z jego programu do obiegu dokumentów. Nadto, zasadnie wskazywał Przystępujący, że zaszyfrowana oferta została zakwalifikowana jako ZłożenieZmianaWycofanie, a pozostałe dokumenty jako Wykonawca Zamawiający, czyli korespondencja między Zamawiającym a Wykonawcą. Inaczej mówiąc odpowiadają stosownie zgłoszeniu oferty oraz zgłoszeniu sprawy od Wykonawcy do Zamawiającego.

Jednocześnie należy podkreślić, że wydruki szyfrowania portali ePuaP złożone przez Odwołującego, nie wnoszą nic do przedmiotu sporu, gdyż szyfrowanie oferty wymagane przez Zamawiającego postanowieniami SIWZ, na zasadach określonych dla miniPortalu, w Regulaminie odsyłającym do Instrukcji mają na celu zabezpieczenie przed niezasadnym otwarciem oferty przed terminem otwarcia m.in. takimi, jaki zaistniał u Zamawiającego. Należy przy tym zauważyć, że stanowisko Zamawiającego w tym zakresie zostało przedstawione niejako w odpowiedzi na stanowisko z odwołania z pkt 2.6 („(...) *Taka konstrukcja wyklucza co do zasady możliwość dostępu do skrzynki Zamawiającego podmiotom nie uprawnionym - w tym przede wszystkim wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Już samo wykorzystanie mini Portalu poprzez użycie dedykowanego formularza dostępu na ePUAP wyklucza możliwość dostępu do dokumentów składanych w postępowaniu.*”) 2.8 i 2.9 („2.8. *Wobec oczywistego braku naruszenia art. 86 ust. 1 p.z.p., w ocenie Odwołującego brak było podstaw do odrzucenia oferty wyłącznie ze względu na wystąpienie nieprawidłowości o charakterze formalnym.* 2.9. *Jak już zostało wskazane powyżej na gruncie prowadzonego Postępowania brak było jakichkolwiek możliwości technicznych - ze względu na zaszyfrowanie Formularza ofertowego oraz złożenie dokumentów za pośrednictwem Mini Portalu przy wykorzystaniu dostępu przez ePUAP, do dostępu przez podmioty nieuprawnione.*”), że nie było naruszenia art. 86 ust.1 Pzp, gdyż brak jest było jakichkolwiek możliwości technicznych – ze względu na szyfrowanie przez ePuaP.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie do zarzutu trzeciego, czyli braku uzasadnienia prawnego i faktycznego w informacji o odrzuceniu, w ocenie Izby było ono wystarczające w tej informacji, o czym świadczy samo odwołanie. Przywołano tam także postanowienia SIWZ, jak i odesłania do Regulaminu korzystania z miniPortalu i szyfrowania oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 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 r. poz. 972). Jednocześnie, Izba informacyjnie wskazuje, że do uznania wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przepisanych konieczne jest przedłożenie do akt sprawy rachunku będącego podstawą zaliczenia m.in. wynagrodzenia pełnomocnika do kosztów postępowania (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....