

WYROK
z dnia 13 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2023 r. przez wykonawcę **COLAS Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Pałędziu** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Hajnowski, ul. Aleksego Zina 1, 17-200 Hajnówka**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Powiatowi Hajnowskiemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego - COLAS Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Pałędziu i nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Powiat Hajnowski i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) jako zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Powiat Hajnowski prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa kationowej emulsji asfaltowej szybkorozpadowej niemodyfikowanej C69B3 PU w ilości 120 ton”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 marca 2023r., nr 2023/BZP 00119297/01.

W dniu 29 marca 2023 r. wykonawca COLAS Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Pałędziu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp w związku z art. 67 Pzp, w zw. z §3 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (dalej określanego jako: „Rozporządzenie”), poprzez błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na niezastosowanie przez Odwołującego interaktywnego „Formularza ofertowego” udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-zamówienia i zamieszczonego w podglądzie postępowania w zakładce „informacje podstawowe”, a w jego miejsce zastosowanie formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej określanej również jako: „SWZ”) opublikowanej przez Zamawiającego,
- 2) art. 16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, i prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, ponieważ w dokumentacji dotyczącej Postępowania były wzajemne sprzeczności, wskazane poniżej w uzasadnieniu niniejszego odwołania, zaś Zamawiający bezzasadnie rozstrzygnął te sprzeczności na niekorzyść Odwołującego.

W oparciu o tak sformułowanie zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp w związku z art. 67 Pzp, w zw. z §3 ust. 1 Rozporządzenia wskazując na niezastosowanie przez Odwołującego interaktywnego „Formularza ofertowego” udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-zamówienia i zamieszczonego w podglądzie postępowania w zakładce „informacje podstawowe”. Jak wskazał Odwołujący, uchybienie polegało w ocenie Zamawiającego na tym, że formularz oferty Odwołującego nie został złożony zgodnie z pkt. IX SWZ, tj. przy użyciu „interaktywnego formularza” udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia.

Odwołujący odnosząc się do powyższego wskazał, że terminowo złożył ofertę na formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, zatytułowanym „Formularz oferty” (a więc tak samo jak „interaktywny formularz” oferty), co było dopuszczalne m.in. w świetle pkt VII ust. 1.1. SWZ, w formie podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym spełniającym wymogi wynikające z Pzp. Punkt ten stanowi bowiem: „Wykaz dokumentów które oferta musi zawierać: wypełniony formularz ofertowy [wg załącznika nr 1 do SWZ] (...)”. Formularz ten został również Zamawiającemu skutecznie doręczony, a Zamawiający zapoznał się z ofertą Odwołującego. Odwołujący wskazał, że wymogi co formy oferty w postępowaniu o wartości niższej niż progi unijne określa art. 63 ust. 2 Pzp, stanowiący, że ofertę taką składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Odwołujący zachował więc formę oferty, którą przewiduje Pzp, a także pkt VII ust. 1.1. SWZ.

W opinii Odwołującego, niezłożenie powyższej oferty za pośrednictwem opisywanego „interaktywnego formularza” spowodowało co najwyżej, że Zamawiający do otwarcia i zapoznania się z ofertą Odwołującego użył dokumentu w innym, dopuszczonym przez Zamawiającego formacie, jednak skutecznie i bez utrudnień Zamawiający zapoznał się z tą ofertą i poddał ją ocenie. Świadczy o tym zebrana w sprawie korespondencja Odwołującego z Zamawiającym. Mimo to, oferta Odwołującego została odrzucona, co należy traktować jako nadmierny, nieuzasadniony formalizm Zamawiającego, oraz naruszenie powyższych przepisów Pzp.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że niezależnie od nieuzasadnionego i nadmiernego formalizmu Zamawiającego, skutkującego odrzuceniem oferty Odwołującego, postanowienia SWZ są ze sobą wzajemnie sprzeczne. Pkt. VII ust. 1.1. SWZ stanowi bowiem, że wykaz dokumentów, które oferta musi zawierać, to m.in. „wypełniony formularz ofertowy [wg załącznika nr 1 do SWZ]”. Ponadto, w świetle pkt VII ust. 3. SWZ: „Treść złożonej oferty musi odpowiadać treści SWZ. Zamawiający zaleca wykorzystanie formularzy przekazanych przez Zamawiającego. Dopuszcza się złożenie w ofercie załączników opracowanych przez Wykonawcę, pod warunkiem, że będą one zgodne co do treści z

formularzami opracowanymi przez Zamawiającego”. Zgodnie z powyższym punktem SWZ, samo stosowanie formularzy ofertowych było jedynie zalecane, ale nie stanowiło przesłanki bezwzględnej ważności oferty i możliwości poddania jej ocenie. Odwołujący złożył ofertę w formie skanu podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, za pośrednictwem platformy określonej w SWZ. Ponadto, wszystkie załączniki do oferty zostały złożone w terminie i w formie wymaganej przez SWZ.

Według Odwołującego, odrzucenie jego oferty przez Zamawiającego jest sprzeczne z przepisami Pzp, w szczególności z powołanym wyżej art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp, a czynność Zamawiającego uzasadniona jest jedynie wzajemnie sprzecznymi klauzulami SWZ. Skoro bowiem w pkt VII ust. 1.1. SWZ przewidziano złożenie oferty na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, a w pkt IX ust. 1 wskazano, że wykonawca przygotowuje ofertę przy pomocy interaktywnego „formularza ofertowego” udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia, to samo złożenie przez Odwołującego oferty na powyższym formularzu ofertowym zgodnym z załącznikiem nr 1 do SWZ, w formie podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz wysłanie jej poprzez platformę określoną w SWZ, należy uznać za skuteczne. Zamawiający mógł bowiem zapoznać się z tą ofertą, oraz poddać ją ocenie i porównaniu z innymi ofertami. Ponadto, oferta ta spełniała wymogi co do formy określonej w art. 63 ust. 2 Pzp, tzn. jej skan został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zarzut Zamawiającego niezłożenia oferty na „interaktywnym formularzu” stanowi przejaw nadmiernie formalnego traktowania klauzul SWZ, które ponadto są niejednoznaczne i wzajemnie sprzeczne. Należy podkreślić, że treść „interaktywnego formularza” oferty i formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ pokrywają się, nie ma tam żadnych odmiennych informacji wpływających na ocenę oferty. Ponadto wyjaśnił, że wysłał Zamawiającemu ofertę poprzez platformę internetową określoną w SWZ (a więc poprzez właściwy „środek komunikacji elektronicznej”, o którym mówi powyższy art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp) jednak nie na „formularzu interaktywnym”, a w formie zgodnej z formularzem ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający mógł zapoznać się z treścią oferty Odwołującego i poddać ją ocenie (co też w praktyce uczynił) jednocześnie z innymi ofertami złożonymi w Postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba ustaliła:

Zamawiający w piśmie z dnia 24 marca 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Uzasadniając czynność odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał: *„została odrzucona w związku z naruszeniem przepisów art. 226 ust. 1 pkt. 6 w związku z art. 67 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, S 3 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2020 roku w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (t.j. Dz. U. 2020 poz. 2452 z późniejszymi zmianami).*

Zamawiający w Rozdziale IX „MIEJSCE, SPOSÓB 1 TERMIN SKŁADANIA OFERT” opisał dokładnie sposób składania oferty:

1. Wykonawca przygotowuje ofertę przy pomocy interaktywnego „Formularza ofertowego” udostępnionego przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia i zamieszczonego w podglądzie postępowania w zakładce „informacje podstawowe” .
- „2. Zalogowany Wykonawca używając przycisku „Wypełnij” widocznego pod „Formularzem ofertowym” zobowiązany jest do zweryfikowania poprawności danych automatycznie pobranych przez system z jego konta i uzupełnienia pozostałych informacji dotyczących Wykonawcy/Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.”
- „3. Następnie Wykonawca powinien pobrać „Formularz ofertowy”, zapisać go na dysku komputera użytkownika, uzupełnić go pozostałymi danymi wymaganymi przez użytkownika oraz podpisać odpowiednim rodzajem podpisu elektronicznego, zgodnie z pkt. 7 Rozdz. IX SWZ. Nie należy zmieniać nazwy pliku nadanej przez Platformę e-Zamówienia. Zapisany „Formularz ofertowy” należy zawsze otwierać w programie Adobe Acrobat Reader DC.”
- „4. Wykonawca składa ofertę za pomocą zakładki „Oferty/wnioski” widocznej w podglądzie postępowania po zalogowaniu się na konto Wykonawcy. Po wybraniu przycisku „Złóż ofertę” system prezentuje okno składania oferty umożliwiające przekazania dokumentów elektronicznych, w którym znajdują się dwa pola drag&drop (przeciągnij i upuść) służące do dodawania plików.”

„5. Wykonawca dodaje wybrany z dysku i uprzednio podpisany „Formularz oferty” w pierwszym polu („Wypełniony formularz oferty). W kolejnym polu (Załączniki i inne dokumenty przedstawione w ofercie przez Wykonawcę”) Wykonawca dodaje pozostałe pliki stanowiące ofertę lub składane wraz z ofertą.”

Wyżej wymieniony Wykonawca nie zastosował się do opisanej w SWZ procedury; nie wypełnił interaktywnego Formularza ofertowego ograniczając się jedynie do przesłania dokumentów wymienionych w Rozdziale VII SWZ oraz przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych w skompresowanym folderze. Przepis art. 226 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych narzuca na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w przypadku gdy nie została ona sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego, niezależnie od faktu, że w świetle treści pozostałych, przesłanych dokumentów mogłaby ona uchodzić za ofertę najkorzystniejszą.”.

Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający w Informacji z otwarcia ofert poinformował, że „do dnia 10 marca 2023 r. do godz. 9:00 wpłynęły 3 oferty jak niżej. Otwarcie nastąpiło 10.03.2023 r po godzinie 10:00.”. Z Informacji wynika, że oferta Odwołującego została przez Zamawiającego otwarta jako trzecia, a Zamawiający po jej otwarciu mógł zapoznać się z zaoferowaną przez Odwołującego ceną oraz oferowanym przez tego wykonawcę „Czasem reakcji na zgłoszenie Zamawiającego zapotrzebowania na emulsję [liczba dni]”.

Izba ustaliła ponadto, że w Raporcie z otwarcia ofert wskazano, że oferta Odwołującego została złożona w terminie, tj. 10 marca 2023 r. o godz. 7:47, a jej otwarcia dokonano o godz. 10:01.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego. Stosownie natomiast do treści art. 63 ust. 2 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Jak wskazano w komentarzu do art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp (red. Jaworska 2022, wyd. 4/M. Jaworska) Zamawiający zobowiązany jest m.in. do opisanie sposobu przygotowania i składania oferty za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Sporządzenie lub

przekazanie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego stanowi podstawę do jej odrzucenia (np. odrzuceniu podlega oferta sporządzona w pliku niezgodnym w wymaganiami SWZ, którego zamawiający nie jest w stanie odczytać, oferta, która została podpisana prawidłowo, ale wysłana mailem, a nie za pomocą systemu przeznaczanego do składania ofert). Wykładnia systemowa tego przepisu prowadzi do wniosku, że nie może on być stosowany w przypadku, kiedy wykonawca co prawda sporządził lub przekazał ofertę w sposób niezgodny ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego, ale umożliwiając jej otwarcie w terminie otwarcia ofert i zapoznanie się z treścią. Literalne stosowanie tego przepisu mogłoby bowiem prowadzić do nadmiernego formalizmu i eliminowania prawidłowych ofert. Jak wielokrotnie stwierdzała KIO, formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie, lecz służy zachowaniu podstawowych zasad prowadzenia postępowania i udzielania zamówień publicznych (tak np. KIO w wyr. z 25.6.2020 r., KIO 1176/20, Legalis).

Izba w całości podziela powyższy pogląd. Nie może być bowiem uznana za prawidłową czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty wykonawcy, która to oferta została sporządzona w umożliwiający jej otwarcie w terminie otwarcia ofert i zapoznanie się z treścią. Co więcej oferta ta została zgodnie z wymogami art. 63 ust. 2 Pzp, a ponadto zgodnie z rozdziałem VII pkt 1.1. i 1.6 SWZ. Jak wskazał Odwołujący oferta złożona przez niego na formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ była tożsama z treścią oferty składaną na formularzu interaktywnym. W ocenie Izby powołany przez Zamawiającego przepis art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp ma zastosowanie w sytuacji kiedy oferta została sporządzona bądź przekazana niezgodnie z wymogami Zamawiającego dotyczącymi formy jej przekazania lub sporządzenia, z tym zastrzeżeniem, że są to tylko uchybienia, które dotyczą korzystania ze środków komunikacji elektronicznej. Nie mogą więc dotyczyć samej postaci i formy oferty, lecz wyłącznie sposobu jej przekazywania lub sporządzania za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Środkiem komunikacji jest platforma służąca do zamieszczania informacji i ich przechowywania. Nie jest natomiast środkiem komunikacji elektronicznej np. format oferty (rodzaj pliku), ten bowiem odnosi się do postaci elektronicznej, a nie środka komunikacji. W przedmiotowym postępowaniu oferta została przekazana w terminie składania ofert za pośrednictwem właściwej platformy zakupowej i jak wyżej wskazano możliwe było jej otwarcie przez Zamawiającego. Co więcej Zamawiający pierwotnie badając oferty ocenił ją najwyżej i wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp, a postępowanie Zamawiającego cechował nadmierny formalizm, który spowodował odrzucenie oferty ważnej i złożonej w sposób prawidłowy.

Sygn. akt KIO 888/23

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp.

Przewodniczący: