Sygn. akt: KIO 540/19

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2019 r. przez wykonawcę **P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa P. W., ul. Chocianowska 17B, 59-220 Legnica**w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy, ul. Wojska Polskiego 10, 59-220 Legnica**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Porto Sp. z o.o., ul. Tadeusza Kościuszki 8, 59-230 Prochowice**

orzeka:

1.**Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Zarządowi Dróg Miejskich w Legnicy unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Porto Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Porto Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, w pozostałym zakresie zarzuty uznaje za niezasadne,**

2.kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy, ul. Wojska Polskiego 10, 59-220 Legnica** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa P. W., ul. Chocianowska 17B, 59-220 Legnica** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zarządu Dróg Miejskich w Legnicy, ul. Wojska Polskiego 10, 59-220 Legnica**na rzecz wykonawcy **P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa P. W., ul. Chocianowska 17B, 59-220 Legnica** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 w Legnicy.

Przewodniczący :……

Sygn. akt: KIO 540/19

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

Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy(dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie zieleni w pasach drogowych w okresie: 1.1.2019 r. – 31.12.2019 r. na terenie m. Legnicy. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 października 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2018/S 201-457835.

W dniu 28 marca 2019 r. wykonawca P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa P. W. (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

I.Art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. z siedzibą
w Prochowicach z postępowania z uwagi na świadome podanie przez ww. wykonawcę informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd w zakresie posiadania wiedzy
i doświadczenia w zakresie wykonywania usług stanowiących podstawę do ubiegania się
o udzielenie zamówienia na rzecz Zamawiającego określonego w SIWZ w sytuacji, gdy powołane okoliczności jako potwierdzające spełnienie wymagań Zamawiającego, miały wpływ na decyzję wyboru oferty najkorzystniejszej,

II.Art 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 78 K.C. poprzez niezasadne przyjęcie, że oferta Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. została złożona w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym w sytuacji, gdy sposób złożenia oferty przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. nie odpowiada warunkom, o których mowa w powołanym przepisie,

III.Art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z wz. z art. 78 K.C. poprzez zaniechanie ich zastosowania i nieodrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO
Sp. z o.o., pomimo że oferta ta jest nieważna i niezgodna z przepisami ustawy, gdyż została złożona bez zachowania

postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym jak również nie odpowiada treści SIWZ z powodu niespełnienia wymogu
w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobowym.

IV.Art. 85 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy
w stosunku do Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. upłynął termin związania z ofertą i z tego względu w/w oferta nie może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Ponadto:

V.Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, ponieważ oferta Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z uwagi na brak wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania usług stanowiących podstawę do ubiegania się o udzielenie zamówienia na rzecz Zamawiającego określonego w SIWZ, brak złożenia oferty w postaci elektronicznej
z kwalifikowanym podpisem elektronicznym, upływ terminu związania z ofertą, co potwierdza również naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący powołał się na argumentację jak poniżej.

1. ZARZUT AD. I

Odwołujący wskazał na treść pkt. V 1.3. SIWZ, zgodnie z którym „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie
z przepisami usługi:

1)utrzymania zieleni w pasach przydrożnych
2)utrzymanie zieleni w pasach rozdziału,
3)koszenie trawników w pasach przyulicznych,
4)cięcia drzew,
5)nasadzenia drzew,
6)nasadzenia krzewów,
7)zakładanie trawników,
8)formowanie żywopłotów
a wartość tych usług wynosiła co najmniej 1.000.000,00 zł”.

Jak podał Odwołujący, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. w złożonej ofercie jako dowód mający na celu potwierdzenie wykonywanych usług załączyło faktury oraz protokoły do tych ofert w ilości 10 sztuk, mianowicie

1)Faktura nr 505/2015 na kwotę 113316,84 zł
2)Faktura nr 455/2015 pkt. 1 na kwotę 73008,00 zł
3)Faktura nr 352/2015 na kwotę 73008,00 zł
4)Faktura nr 325/2015 na kwotę 113316,84 zł
5)Faktura nr 267/2015 na kwotę 73008,00 zł
6)Faktura nr 234/2015 na kwotę 113316,84 zł
7)Faktura nr 476/2014 na kwotę 73008,00 zł
8)Faktura nr 452/2014 na kwotę 113316,84 zł
9)Faktura nr 389/2014 na kwotę 73008,00 zł
10)Faktura nr 355/2014 na kwotę 81474,12 zł

Odwołujący stwierdził, że suma powołanych powyżej faktur stanowi łączną kwotę
w wysokości 899,781,48 zł brutto, a zgodnie z opisami na fakturach i dołączonymi protokołami odbioru dotyczą one „kompleksowego mechanicznego i ręcznego koszenia traw, chwastów oraz oczyszczania z chodników trawy zalegającej po koszeniu.”.

Mając na uwadze powyższe, jak również treść SIWZ oraz załączonych przez Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. dokumentów w postaci faktur oraz protokołów Odwołujący uznał, że nie został spełniony w najmniejszym nawet stopniu warunek stawiany przez Zamawiającego, albowiem przedłożone dokumenty nie potwierdzają „koszenia trawników w pasch przyulicznych”. Odwołujący podkreślił, że specyfika koszenia trawników w pasach przyulicznych od koszenia przy drodze różni się diametralnie. Koszenie trawników w znaczącym stopniu różni się od mechanicznego i ręcznego koszenia traw, występują inne utrudnienia w ruchu ulicznym, pojawia się ruch pieszych, a także ruch rowerowy, bardziej zróżnicowane, inne zanieczyszczenia i utrudnienia z tym związane jak chociażby zwierzęce odchody, trzeba zabezpieczać zaparkowane samochody oraz przechodniów przed ewentualnym wyrzuceniem kamieni przez stosowane urządzenia itp. Zdaniem Odwołującego, brak doświadczenia w tej usłudze może doprowadzić do niebezpiecznych wypadków i zdarzeń.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp.
z o.o. przedstawiło referencje do umowy 64/M/14 z dnia 26.05.2014 r. na zadanie „utrzymanie kanalizacji deszczowej” w zakresie wylotów do rzek, roboty eksploatacyjne, przy czym zakres wykonywanych usług dotyczył utrzymania wylotów w należytym stanie technicznym do otwartej i zamkniętej części cieków wodnych, konserwacja, sprawdzanie elementów zamykających, tj. przeglądy bieżące zasuw, klap oraz krat na wylotach kanalizacji deszczowej do rzek i cieków wodnych, a także w minimalnym stopniu sprzątania, karczowania i wykaszania miejsc wokół wylotów urządzeń kanalizacji deszczowej, co może stanowić jedynie ok. 1% ogólnej kwoty.

Jak podał Odwołujący, ponownie przedstawione przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o.

referencje nie dotyczą w żadnym stopniu spełnienia wymogów, nie są bowiem ani „utrzymaniem zieleni w pasach przydrożnych" ani „koszeniem trawników
w pasach przyulicznych", ani żadnym innym z pozostałych wymogów zawartych w SIWZ odnośnie spełnienia warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zakładanie trawników, nasadzenia drzew i krzewów, formowanie żywopłotów.

W kwestii dotyczącej wykonywanych usług cięcia drzew Odwołujący wskazał, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. przedstawiło jedynie referencje wycięcia 3 drzew, co w praktyce oznacza, że wartość prac wyniosła około 800,00 zł.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt. V. SIWZ Warunki udziału w postępowaniu „1.5. Wykonawca musi mieć 10 osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w tym min 2 osoby, które posiadają świadectwa: kursu pilarzy zajmujących się pielęgnacją drzew przydrożnych, a także uprawnienia dla 2 osób do prac na wysokościach, oraz aktualne badania wysokościowe."

Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający wezwał Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. do przedstawienia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, a w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia
i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Odwołujący podniósł, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. po wezwaniu Zamawiającego do przedstawienia oświadczenia o wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia w piśmie z dnia 14.01.2019 r. przedstawiło nazwiska jedynie 8 osób zatrudnionych na umowę o pracę oraz 5 osób wykonujących prace na podstawie umowy zlecenia. Wśród tych osób była tylko jedna osoba mająca uprawnienia pilarza i jedna osoba pracująca na umowę o pracę, która mogła pracować na wysokościach. Jednocześnie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. nie przedstawiło aktualnych na dzień wezwania przez Zamawiającego badań wysokościowych ani uprawnień pilarzy.

Odwołujący zwrócił też uwagę na postanowienia pkt. 2 SIWZ:

„Zamawiający stosownie do art. 29 ust. 3a ustawy, wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2016 poz. 1666)" - pracowników do obsługi utrzymania terenów zielonych. Wykonawca zatrudni na umowę
o pracę wyżej wymienione osoby na okres realizacji zamówienia. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu, zobowiązuje się do niezwłocznego zatrudnienia na to miejsce innej osoby spełniającej powyższe wymagania.".

Odwołujący stwierdził, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. nie spełniło także kolejnego warunku udziału w postępowaniu, gdyż do wykonania prac chciało skierować osoby, z którymi nie zostały zawarte umowy o pracę w rozumieniu Kodeksu Pracy oraz SIWZ, ale zleciło im pracę na podstawie umowy cywilnoprawej. Odwołujący zauważył, że umowa zlecenie może być zawarta do dokonania czynności cywilnoprawnych takich jak np. zawieranie umów, pozyskiwanie zleceń, reprezentowanie zleceniodawcy itp. i nie powinna mieć charakteru umowy o pracę, czyli występować w zamian tej umowy. Odwołujący zaznaczył, że prace polegające na koszeniu trawy nie są czynnościami cywilnoprawnymi, czyli wykonawca zleca te prace niezgodnie z prawem, mając na celu ominięcie przepisów Kodeksu Pracy.

Odwołujący zwrócił także uwagę na postanowienie pkt. VI. SIWZ Dokumenty i załączniki jakie Wykonawca jest zobowiązany załączyć do oferty, B. 4), zgodnie z którym Zamawiający wymaga, aby wykonawca przedstawił: „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz
z informacja o podstawie dysponowania tymi zasobami.".

Odwołujący stwierdził, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. przedstawiło jedynie wykaz narzędzi bez podania podstawy dysponowania tymi narzędziami. W ten sposób nie spełniło kolejnego warunku udziału w postępowaniu.

Dodatkowo, Odwołujący podniósł, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO
Sp. z o. o. wprowadziło Zmawiającego w błąd, albowiem złożona oferta nie zawierała Załącznika nr 2 do protokołu nr D/45/2015 odbioru częściowego spisanego w dniu 05.08.2015 r., z którego wynika, że w trakcie prac związanych z koszeniem Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. „skoszono nasadzenia przy murze oporowym na ul. Szczecińskiej na długości 300 mb (km projektowy 15+800 do 16+100 w ilości 300 sztuk" Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o. o. z siedzibą w Prochowicach zobowiązane było do naprawienia szkody, którą wyrządziło w czasie wykonywania prac, przy czym w/w prace nie były objęte zakresem umowy.

Kolejną kwestią, która wymaga, w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia, a która została pominięta przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. jest fakt, że
z opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego wykonywania usług bieżącego utrzymania na drogach krajowych nr 8e; S8; A8; 98 administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon we Wrocławiu i Rejon w Oleśnicy jednoznacznie wynika m.in., że koszenie obejmuje powierzchnię pasa drogowego, skarpy, przeciwskarpy, powierzchnie położone wewnątrz łącznic węzłów drogowych, powierzchnie przy drogach technologicznych,
z wyłączeniem pasa rozdziału i pasów na szerokości 6,0 m od krawędzi jezdni (WYŁĄCZONE POWIERZCHNI OBSŁUGUJE INNY WYKONAWCA!!!!).

2.ZARZUT AD. II i III

Odwołujący podniósł, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. wydrukowało formularz ofertowy opatrzony fizycznie podpisem Prezesa Zarządu A. K., następnie zeskanowało dokument i podpisało go elektronicznie kwalifikowanym bezpiecznym podpisem. Odwołujący, powołując się na wyrok KIO (sygn. akt KIO 2611/18) stwierdził, że niepodlegającym dyskusji faktem jest, że skan wydrukowanego (papierowego) formularza oferty, podpisany elektronicznie kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie stanowi oryginału oferty. To oznacza zaś, że taka oferta jest nieważna w rozumieniu ustawy Pzp i podlega odrzuceniu. Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści ww. wyroku wynika, że złożony plik zawierał ostemplowany, podpisany odręcznie przez osobę uprawnioną do reprezentacji spółki wypełniony formularz oferty, następnie zeskanowany do pliku PDF. Plik ten został opatrzony podpisem elektronicznym przez tę samą osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy. W ocenie KIO, oferta nie została złożona prawidłowo, gdyż dokument wysłany za pomocą poczty elektronicznej do Zamawiającego stanowi kopię oryginalnej oferty sporządzonej w formie pisemnej, która została poświadczona za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej. Oferta w oryginale, w postaci elektronicznej, opatrzonej podpisem elektronicznym nie została przez wykonawcę złożona.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w opisie sposobu przygotowania oferty zamieścił wymogi, zgodnie z którymi m.in.: oferta powinna być sporządzona w formie elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną i w języku polskim, pod rygorem nieważności. Jak zaznaczył Odwołujący, dla zachowania prawidłowej formy oferty nie wystarcza opatrzenie dokumentu w postaci elektronicznej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący podkreślił, że ustawodawca wyraźnie wskazał, że istotnym jest, aby oferta została „sporządzona" w postaci elektronicznej. Odwołujący wskazał, że słowo „sporządzenie" należy odróżnić od słowa „złożenie"; zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, pojęcie „sporządzenie" należy utożsamiać z wytworzeniem, powstaniem oświadczenia. Istotna jest zatem, jak podał Odwołujący, także pierwotna postać oferty.

3.ZARZUT AD. IV

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp oferent jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia
(z podaniem maksymalnych okresów związania, które zamawiający może w warunkach przetargowych przewidzieć). Art. 85 ust. 2 ustawy Pzp stanowi natomiast, że wykonawca, samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą,
z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu
o oznaczony okres, nie dłuższy jednak, niż 60 dni. Odwołujący stwierdził, że co prawda ustawa nie wskazuje *expressis verbis* na konieczność utrzymania stanu związania ofertą przez wykonawcę, jednakże wymóg ten w zestawieniu z regulacjami k.c. niewątpliwie ustanawia. To z kolei prowadzi, zdaniem Odwołującego, do konieczności przedłużenia terminu związania ofertą w czasie jego obowiązywania. Odwołujący zaznaczył, że przedłużyć można jedynie istniejący stan prawny, czyli zgodnie z językowym znaczeniem tego pojęcia „spowodować, że coś trwa dłużej, niż przewidziano". Stan prawny, który ustał, może być wyłącznie restytuowany - ustanowiony na nowo. Jak zauważył Odwołujący, możliwości takiej ustawa w odniesieniu do terminu związania ofertą nie przewiduje.
W konsekwencji, jak wskazał Odwołujący, termin związania ofertą ustalony przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownie do wymagań zawartych w art. 36 ust. 1 pkt 9 oraz art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, nie może upłynąć, lecz winien być przedłużany, tak, aby stan związania ofertą wykonawcy nie ustał.

Odwołujący podał, że termin związania ofertą rozpoczął bieg w dniu 18 grudnia 2018 r., następnego dnia po złożeniu ofert. W związku z odwołaniem wniesionym w dniu 8 lutego 2019 r. termin ten uległ zawieszeniu do dnia 20 lutego 2019 r., tj. do dnia wydania orzeczenia przez KIO w sprawie o sygn. akt KIO 231/19. Odwołujący zwrócił uwagę, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. dopiero w dniu 5 marca 2019 r. wyraziła zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem wadium, zatem uczyniła to po terminie, o którym mowa w art. 85 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, albowiem 60-dniowy termin upłynął w dniu 2 marca 2019 r.

Jak zauważył Odwołujący, istotne w przedmiotowej sprawie jest to, że wprawdzie umowa może być zawarta po upływie tego okresu, ale wybór oferty, którą wykonawca nie jest związany, nie jest możliwy (tak uznała KIO w wyroku z 31.01.2013 r., sygn. akt KIO 109/13 oraz w wyroku z 24.9.2012 r., sygn. akt KIO 1924/12: Jeżeli termin związania ofertą upłynął, nie podlega on przywróceniu i z tego względu oferta nie może zostać uznana za najkorzystniejszą).

4.ZARZUT AD. V

Jak podniósł Odwołujący, Zamawiający winien przygotować i przeprowadzić postępowanie
o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
W ocenie Odwołującego, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. znajdowało się w sytuacji uprzywilejowanej.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechał wykluczenia Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. z postępowania w sytuacji, gdy ww. podmiot podał informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie wykonywania usług stanowiących podstawę do ubiegania się o udzielenie zamówienia określonego w SIWZ. Odwołujący zauważył, że złożona przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO
Sp. z o.o. oferta nie zawierała istotnego załącznika, mianowicie Załącznika nr 2 do protokołu nr D/45/2015 odbioru częściowego spisanego w dniu 05.08.2015 r., z którego wynika, że
w trakcie prac związanych z koszeniem Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO
Sp. z o. o. „skoszono nasadzenia przy murze oporowym na ul. Szczecińskiej na długości 300 mb (km projektowy 15+800 do 16+100 w ilości 300 sztuk" Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o. o. zobowiązane było do naprawienia szkody, którą wyrządziło w czasie wykonywania prac, przy czym ww. prace nie były objęte zakresem umowy. Powyższe, zdaniem Odwołującego, świadczy o tym, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z

o.o. nie posiada wymaganego doświadczenia w realizacji tego typu usług, skoro w czasie ich wykonywania niszczy nasadzenia.

Odwołujący stwierdził ponadto, że oferta Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. nie odpowiadała treści SIWZ z uwagi na brak złożenia oferty w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym, upływ terminu związania z ofertą. W ocenie Odwołującego, dokonanie wyboru oferty Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o., pomimo zaistnienia ww. okoliczności, narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1)Uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu

a)Unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

b)Dokonania czynności ponownego skrupulatnego badania i oceny ofert,

c)Wykluczenia Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17

względnie

d)Odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2

2)Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o sygn. akt KIO 231/19 zainicjowanego wniesieniem w dniu 8 lutego 2019 r. odwołania przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o., w szczególności z treści odwołania, pism Zamawiającego oraz postanowienia KIO z dnia 20 lutego 2019 r. o umorzeniu postępowania odwoławczego

na okoliczność treści złożonych do Odwołania załączników, w szczególności treści pisma z dnia 14 stycznia 2019 r. wskazującego na brak możliwości realizacji usługi w oparciu o zapisy SIWZ

3)Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 20 marca 2019 r. wraz z załącznikami w postaci kompletnych protokołów, w szczególności protokołu nr D/45/2015 odbioru częściowego spisanego w dniu 05.08.2015 r. oraz Załącznika nr 2 do przedmiotowego protokołu

na okoliczność wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do zakresu oraz prawidłowego sposobu wykonania zadania na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, a w konsekwencji, spełniania wymagań stanowiących podstawę do ubiegania się o udzielenie zamówienia na rzecz Zamawiającego określonego w SIWZ w przedmiotowym postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumenty wymienione w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że w części podlega ono uwzględnieniu.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia. Warunek ten został określony przez Zamawiającego w pkt V.1.3. SIWZ, w którym Zamawiający podał, że „uzna, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami usługi utrzymania zieleni w pasach przydrożnych i pasach rozdziału, koszenie trawników w pasach przyulicznych, cięcia drzew, nasadzenia drzew i krzewów, zakładanie trawników, formowanie żywopłotów, a wartość tych usług wynosiła co najmniej 1.000.000,00 zł”.

Izba stwierdziła, że sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu nie pozostawia pola do interpretacji. Z jego literalnego brzmienia jednoznacznie wynika, że dla wykazania spełniania przedmiotowego warunku niezbędne było wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem w wykonaniu wszystkich wymienionych w treści warunku usług. Zamawiający, w istocie, jak stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, nie doprecyzował, jakich ilości z wyszczególnionych robót wymaga od wykonawców, Zamawiający nie określił

też wymogów co do kwotowego udziału poszczególnych elementów. Zamawiający wymienił jednak rodzaje usług, które uznał za istotne do wykazania, aby można było stwierdzić, że wykonawca posiada niezbędne doświadczenie do należytej realizacji zamówienia. Wartość wszystkich tych wykazanych usług miała składać się na kwotę co najmniej 1.000.000,00 zł. Przedmiotowe postanowienie SIWZ jest jasne. Nie budziło też ono wątpliwości wykonawców ubiegających się
o przedmiotowe zamówienie, bowiem nie składali oni odwołania wobec treści SIWZ będącej przedmiotem analizy. Co za tym idzie, treść określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawców, nie zmodyfikowana w toku postępowania o udzielenie zamówienia, pozostaje wiążąca zarówno dla Zamawiającego jako gospodarza postępowania, jak i dla wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

W przedmiotowej sprawie, nawet gdyby uznać, że treść warunku dotyczącą wymogu wykazania usług utrzymania zieleni czy koszenia można interpretować na korzyść Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o., to nadal bezsporna między stronami była okoliczność, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. nie wykazało realizacji części elementów składających się na warunek udziału w postępowaniu, jak nasadzenia drzew i krzewów, zakładanie trawników czy formowanie żywopłotów. Realizacja ww. usług nie wynika z dokumentów złożonych przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Realizacji tych usług wykonawca ten nie próbował nawet wykazać w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zarówno Zamawiający, jak
i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.oza wystarczające uznali wykazanie przez wykonawcę usługi koszenia traw jako spełniającej warunek, co wynika
z pisma Zamawiającego z dnia 27 lutego 2019 r. skierowanego do Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. W piśmie tym Zamawiający stwierdził, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, został sformułowany nieprecyzyjnie, dlatego Zamawiający przyjmuje usługi koszenia traw mechanicznie i ręcznie jako spełniające wymogi Zamawiającego. Zamawiający dodał, ze zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, każda wątpliwość powinna zostać rozstrzygnięta na korzyść wykonawcy. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. ww. treść pisma z 27 lutego 2019 r. uznała za modyfikację treści SIWZ, na co wykonawca ten wskazał w piśmie
z dnia 5 kwietnia 2019 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (str. 3). Tymczasem, zmiana treści SIWZ może być dokonana w trybie opisanym w ustawie Pzp (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp) i jest możliwa jedynie przed upływem terminu składania ofert. Dokonywanie zmian treści SIWZ, czy też dokonywanie jej interpretacji w sposób niezgodny
z jej literalnym brzmieniem, po upływie tego terminu, stanowi naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze, za nieuprawnione Izba uznała zawężenie katalogu usług, którymi zobowiązany był wykazać się wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.ow przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazano powyżej, wobec nie dokonania przez Zamawiającego zmiany treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, odstąpienie od obowiązku wykazania przez ww. wykonawcę części usług stanowiących element warunku, było działaniem nieuprawnionym. Bez znaczenia jest przy tym, jaką wagę mają poszczególne elementy warunku dla Zamawiającego. Zamawiający zobowiązany był do zweryfikowania realizacji przez wykonawców wszystkich usług wskazanych w treści warunku.

Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a co za tym idzie, podlega wykluczeniu
z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do stwierdzenia, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez nie załączenie do oferty Załącznika nr 2 do Protokołu D/45/2015. Izba stwierdziła, że w treści przedmiotowego Protokołu przekazanego Zamawiającemu zostało wskazane, że koszenie roślinności wykonano prawidłowo, ale nastąpiło uszkodzenie nasadzeń. Zamawiający znał zatem treść ww. Protokołu i miał podstawy, aby zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w sytuacji, gdyby powziął wątpliwości co do prawidłowej realizacji zamówienia. Izba miała przy tym na uwadze okoliczność, że GDDKiA wystawiła wykonawcyPrzedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. referencje dotyczące przedmiotowej usługi.

Nie potwierdził się także zarzut dotyczący wykazania przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. spełniania wymagań dotyczących osób skierowanych do realizacji zamówienia, jak też podstawy zatrudnienia personelu. Odwołujący na rozprawie stwierdził, że w piśmie z dnia 22 stycznia 2019 r. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. wskazała osoby o wymaganych przez Zamawiającego uprawnieniach,jednak nadal niewłaściwa pozostała podstawa zatrudnienia personelu. W spornym zakresie Izba zgodziła się ze stanowiskiem, że wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę nie stanowi warunku udziału w postępowaniu, którego spełnienie wykazywane jest na etapie składania ofert. Wymóg ten dotyczy etapu realizacji zamówienia, co potwierdza też treść samego wymagania zawarta w pkt III.2 SIWZ, jak też ustalony przez Zamawiającego w SIWZ sposób dokumentowania zatrudnienia oraz sankcje z tytułu niespełnienia przedmiotowego wymagania.

Izba nie dopatrzyła się także uchybień w złożonym przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. wykazie narzędzi. W pkt VI.B.4 SIWZ Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt V.1.4. SIWZ wymagał przedstawienia przez wykonawców wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją
o podstawie dysponowania tymi zasobami. Wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. przedłożył wraz z pismem z dnia 22 stycznia 2019 r. wykaz narzędzi, w którym złożył oświadczenie o podstawie dysponowania poszczególnym sprzętem. Za wykazanie w tym przypadku należy uznać, w ocenie Izby, złożone oświadczenie o dostępnym wykonawcy sprzęcie i podstawie jego dysponowania. Należy mieć bowiem na uwadze, że Zamawiający nie żądał złożenia w tym zakresie jakichkolwiek dokumentów, za wyjątkiem wykazu. Izba miała przy tym na

względzie, że Odwołujący nie podważył prawdziwości oświadczenia złożonego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 78 K.C. przez przyjęcie, że oferta Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. została złożona w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący argumentował, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. wydrukowała formularz ofertowy opatrzony podpisem Prezesa Zarządu A. K., a następnie zeskanowała dokument i podpisała go elektronicznie kwalifikowanym bezpiecznym podpisem. W swojej argumentacji Odwołujący oparł się na wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2611/18.

Izba nie podziela poglądu wyrażonego w przywołanym przez Odwołującego orzeczeniu zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 2611/18, uznając, iż fakt uprzedniego wydrukowania, wypełnienia, opatrzenia pieczęciami i własnoręcznego podpisania formularza ofertowego, a następnie jego zeskanowania i opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej nie powoduje sporządzenia oferty w sposób niezgodny z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nie budzi zatem wątpliwości, iż w stanie prawnym znajdującym zastosowanie w rozpoznawanej sprawie, oferta powinna być sporządzona
w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym i złożona przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zaś niedochowanie tego wymogu skutkuje jej nieważnością.

Izba stwierdziła, że brak jest przepisu ustawy Pzp, jak też przepisu innej ustawy czy aktu wykonawczego, który wprowadzałby ograniczenia w zakresie sposobu nadania dokumentowi postaci elektronicznej. W ocenie Izby, zasadnicze znaczenie należy przypisać temu, czym według prawa jest dokument elektroniczny. Zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy
z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2017 r., poz. 570 ze zm.) dokumentem elektronicznym jest stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej
i zapisany na informatycznym nośniku danych. Pojęcie dokumentu elektronicznego definiuje także Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE L 2014 Nr 257 str. 73, „eIDAS"), gdzie w art. 3 pkt 35 wskazano, że dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Dodatkowo, z art. 773 K.C. wynika, że dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią.

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. złożyła ofertę
w postępowaniu za pośrednictwem platformazakupowa.pl. Niewątpliwie przesłany dokument stanowił zbiór danych uporządkowanych w określonej wewnętrznej strukturze, stanowiący odrębną całość znaczeniową. Treść oświadczenia woli wykonawcy została zdigitalizowana
i zapisana na odpowiednim informatycznym nośniku danych. W tym stanie rzeczy trudno stwierdzić, aby oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO
Sp. z o.o. nie była dokumentem elektronicznym w rozumieniu ww. przepisów. W ocenie Izby, okoliczność, iż dokument elektroniczny powstał poprzez zeskanowanie wydrukowanego formularza oferty i podpisanie takiego pliku kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie przesądza, że oferta nie została sporządzona w postaci elektronicznej. Pojęcie „sporządzenia", którym ustawodawca posłużył się w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, jak zauważyła Izba w wyroku z dnia 8 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 119/19, nie zostało zdefiniowane. „Sporządzić" to zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego „wykonać, przygotować coś." Przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie wprowadzają jakichkolwiek ograniczeń co do tego, jak należy sporządzić dokument w postaci elektronicznej, w tym nie zakazują zdigitalizowania dokumentu. Pojęcie sporządzania oferty w postaci elektronicznej może zatem uwzględniać w swym zakresie znaczeniowym szereg czynności, także innych niż samo wytworzenie oświadczenia, np. wprowadzenie zbioru danych do systemu teleinformatycznego, modyfikację tych danych, ich przekonwertowanie, skompresowanie, spakowanie czy zapisanie na nośniku danych w odpowiednim formacie.
W ocenie Izby, pojęcie sporządzenia oferty w postaci elektronicznej powinno być rozumiane stosunkowo szeroko, jako przygotowanie oferty do opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym i złożenia za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej.

Izba podziela pogląd wyrażony w wyrokach z dnia 29 marca 2019 r., sygn. akt 428/19, z dnia 25 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 221/19 oraz z dnia 4 marca 2019 r., sygn. akt KIO 277/19, iż § 5 Rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej nie znajduje zastosowania w odniesieniu do oferty, jako że odnosi się do dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co wprost wynika z § 5 ust. 1 tego rozporządzenia. Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego oraz brak podstaw wykluczenia. Ponadto, w ocenie Izby, przepis § 5 Rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej miał na celu umożliwienie wykonawcom złożenia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej także oświadczeń lub dokumentów, które nie zostały lub nie mogą zostać sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego. Jako przykład wskazać tu można chociażby na wystawione
w formie pisemnej referencje, którymi wykonawca już dysponuje i którymi chciałby się posłużyć w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Ustawodawca, dając wykonawcom taką możliwość, uregulował w § 5 ust. 2 ww. Rozporządzenia kwestię poświadczania takich dokumentów za zgodność z oryginałem, uznając za równoznaczne z takim poświadczeniem opatrzenie dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę. Takie rozwiązanie niewątpliwie sprzyja sprawności i efektywności postępowań i ich elektronizacji. Nie można bowiem tracić z oczu okoliczności, iż celem elektronizacji jest usprawnienie komunikacji między zamawiającym a wykonawcami, a nie utrudnianie wykonawcom dostępu do zamówień publicznych.

Podsumowując, w ocenie Izby, wywodzenie na zasadzie analogii z § 5 Rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej, iż opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym oferta sporządzona poprzez zeskanowanie uprzednio wydrukowanego i wypełnionego formularza, jest ofertą niezgodną z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w sytuacji, gdy § 5 ww. Rozporządzenia do oferty się nie odnosi, a obowiązujące przepisy nie wprowadzają *explicite* ograniczeń co do sposobu wytworzenia dokumentu
w postaci elektronicznej i nie definiują czynności „sporządzenia oferty w postaci elektronicznej", jest zbyt daleko idące. Powyższe ma znaczenie tym większe, że taka rozszerzająca interpretacja stanowić miałaby w efekcie o nieważności oferty i jej niezgodności z ustawą. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 8 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 119/19, iż nie sposób stwierdzić nieważność czynności złożenia oferty na podstawie badania sposobu wprowadzania danych, czyli sposobu sporządzenia oferty, która została zakończona wtedy, kiedy dokument został przeformatowany na wersję elektroniczną
i opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Potwierdził się podniesiony przez Odwołującego zarzut dotyczący upływu terminu związania ofertą Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. Izba ustaliła, że termin związania ofertą rozpoczął bieg w dniu 18 grudnia 2018 r. – zgodnie z jednolitym poglądem wyrażanym w doktrynie, oraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, do obliczenia terminu związania ofertą nie mają zastosowania przepisy K.C.,
a przy obliczaniu terminu związania ofertą uwzględnia się dzień składania ofert. Wobec zawieszenia biegu terminu związania ofertą na okres od dnia 8 lutego 2019 r. do dnia 20 lutego 2019 r. w związku z postępowaniem odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 231/19), 60-dniowy termin związania ofertą upłynął w dniu 28 lutego 2019 r. Izba ustaliła, że w dniu 15 lutego 2019 r., a zatem w okresie ważności wadium i terminu związania ofertą, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. o przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem wadium. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. wyraziła zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem wadium
w dniu 5 marca 2019 r., a zatem po upływie terminu związania ofertą. Brak wyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w czasie jego trwania uznać należy za nie wyrażenie zgody, o którym mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Izba podziela stanowisko, że przedłużeniu może ulec tylko okres, który jeszcze trwa, zaś w przypadku upływu terminu może być mowa o jego przywróceniu lub reaktywacji, których ustawa Pzp dla terminu związania ofertą nie przewiduje. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, czy to samodzielnie przez wykonawcę, czy na wniosek zamawiającego, możliwe jest tylko w okresie obowiązywania tego związania. Pogląd taki został wyrażony przez Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 3 czerwca 2016 r. (sygn. akt X Ga 40/16/za), jak też przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19 czerwca 2015 r., (sygn. akt XXIII Ga 729/15). Należy ponadto mieć na uwadze, że Zamawiający zwracając się do Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. o przedłużenie przedmiotowego terminu już w dniu 15 lutego 2019 r. dał wykonawcy wystarczający czas na dokonanie tej czynności. Zaniechanie przedłużenia terminu związania ofertą w czasie jego trwania stanowi zaniedbanie Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o. i musi skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Odwołujący w odwołaniu nie przywołał przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o., jednak nie może być to podstawą do nieuwzględnienia przedmiotowego zarzutu. O treści zarzutu stanowią przede wszystkim przywołane w odwołaniu okoliczności faktyczne. Izba miała również na uwadze sformułowane w treści odwołania żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, oraz m.in. odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych PORTO Sp. z o.o.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak
w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 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 (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :……