

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2019 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. INTER-NICCO sp. z o.o. sp.k., ul. Nabrzeżna 2, 43-300 Bielsko-Biała, 2. Lippold GmbH, Rondenburg 11-17, 22525, Republika Federalna Niemiec, 3. J. H. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INTER-NICCO.EU. J. H. w Bielsku-Białej, ul. Nabrzeżna 2, 43-300 Bielsko-Biała

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o., ul. Lubelska 53, 10-410 Olsztyn

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,
 - 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
 - 1.3. powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego;
 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o., ul. Lubelska 53, 10-410 Olsztyn, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. INTER-NICCO sp. z o.o. sp.k., ul. Nabrzeżna 2, 43-300 Bielsko-Biała, 2. Lippold GmbH, Rondenburg 11-17, 22525, Republika Federalna Niemiec, 3. J. H. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INTER-NICCO.EU. J. H. w Bielsku-Białej, ul. Nabrzeżna 2, 43-300 Bielsko-Biała
- tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego: Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o., ul. Lubelska 53, 10-410 Olsztyn na rzecz Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. INTER-NICCO sp. z o.o. sp.k., ul. Nabrzeżna 2, 43-300 Bielsko-Biała, 2. Lippold GmbH, Rondenburg 11-17, 22525, Republika Federalna Niemiec, 3. J. H. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INTER-NICCO.EU. J. H. w Bielsku-Białej, ul. Nabrzeżna 2, 43-300 Bielsko-Biała kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego obejmujące równowartość uiszczonych wpisów od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1562/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zwiększenie wydajności Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Olsztynie”, numer referencyjny: ZGOK/PN/36/2019, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21/05/2019 r. pod numerem 2019/S 097-234021.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. INTER-NICCO sp. z o.o. sp.k. w Bielsku-Białej, 2. Lippold GmbH, Rondenbarg 11-17, 22525, Republika Federalna Niemiec, 3. J. H. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INTER-NICCO.EU. J. H. w Bielsku-Białej - wniósł odwołanie od podjętych przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegających na:

1. odrzuceniu oferty Wykonawców wspólnie występujących w postępowaniu (Odwołującego), zgodnie z „Zawiadomieniem o odrzuceniu oferty wykonawcy” z dnia 2 sierpnia 2019 r., doręczonym Odwołującemu w dniu 2 sierpnia 2019 r.;
2. unieważnieniu postępowania zgodnie z „Zawiadomieniem o umorzeniu postępowania” z dnia 2 sierpnia 2019 r., doręczonym Odwołującemu w dniu 2 sierpnia 2019 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 10a ust. 5 - poprzez niezasadne i niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że oferta jest zgodna z ustawą Pzp w szczególności, iż oferta i pozostałe wymienione w tym przepisie dokumenty zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
2. art. 89 ust. 1 pkt 8 - poprzez niezasadne i niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że oferta jest ważna także na podstawie odrębnych przepisów;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ;
4. art. 93 ust. 1 pkt 4 - poprzez unieważnienie postępowania niezgodnie z przepisami Pzp, bowiem oferta Odwołującego jest ofertą ważną i najkorzystniejszą w postępowaniu (Gedyną ofertą).

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;

- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Ponadto, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1. Oferty Odwołującego złożonej w unieważnionym postępowaniu na okoliczność jej treści, załączonych do oferty dokumentów i sposobu ich podpisania,
2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 17 maja 2019 r. na okoliczność wymagań Zamawiającego w zakresie opisu sposobu przygotowania i składania ofert w postępowaniu, w tym wymagań formalnych w zakresie złożenia załączników w postaci kart katalogowych i instrukcji obsługi, braku określenia przez Zamawiającego w SIWZ dla załączników w postaci kart katalogowych i instrukcji obsługi wymogu ich podpisu - dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
3. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 6 sierpnia 2019 r. na okoliczność wymagań Zamawiającego w zakresie opisu sposobu przygotowania i składania ofert w postępowaniu, w tym wymagań formalnych w zakresie złożenia załączników w postaci kart katalogowych i instrukcji obsługi, określenia przez Zamawiającego w SIWZ dla załączników w postaci kart katalogowych i instrukcji obsługi wymogu ich podpisu - dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, jak niżej.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia została złożona jedna oferta - oferta

Odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 2 sierpnia 2019 r. zawiadomił drogą elektroniczną

Odwołującego o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179

ust. 1 Pzp, bowiem posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w tym przepisie, ponieważ gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, to z uwagi na to, że była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu, Odwołujący miałby możliwość zawarcia z Zamawiającym umowy o wykonanie zamówienia publicznego. Odwołanie zmierzało do zakwestionowania czynności Zamawiającego, jaką było odrzucenie oferty Odwołującego i unieważnienie postępowania. Zatem, w przypadku potwierdzenia się zarzutów Odwołującego, ma on szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę na skutek czynności Zamawiającego w postaci utraty zysku zakładanego w ramach realizacji umowy podpisanej na skutek udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Podstawą wniesienia odwołania były czynności Zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2019 r. - odrzucenie oferty Odwołującego i unieważnienie postępowania.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego przedstawionym w piśmie z dnia 2 sierpnia 2019 r. podniósł, że Odwołujący wraz z ofertą złożył karty katalogowe oferowanych rozdrabniaczy (karty katalogowe) oraz szczegółową instrukcję demontażu wału/ów (instrukcja) z tym, że ww. dokumenty nie zostały opatrzone podpisem. Jednocześnie Zamawiający podniósł, że wymagania dot. formy oferty wynikają z przepisów ustawy Pzp, zgodnie z którą „Oferty (...) sporządza się pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym” (art. 10a ust. 5 Pzp). Ponieważ karty katalogowe i instrukcja, zgodnie z opisami SIWZ stanowią treść oferty, to nieopatrzenie tych dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest w ocenie Zamawiającego niezgodne z ustawą i powoduje, że oferta jest nieważna na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 i 8 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego argumenty podane w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty nie mają żadnego uzasadnienia. Stanowisko Zamawiającego jest błędne, a uchybienia, których dopuścił się Zamawiający winny skutkować unieważnieniem czynności unieważnienia postępowania, nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazaniem Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego. Uzasadniając zaś podniesione w petitum odwołania zarzuty, Odwołujący podniósł, co następuje.

Na wstępie Odwołujący wskazał, że w postępowaniu ofertę złożył na formularzu

ofertowym, którego wzór stanowił załącznik nr 1 do Części I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej także jako: SIWZ) _ INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW (dalej także jako: IDW). Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiocie opisu sposobu przygotowania i składania ofert zawierała m.in. następujące postanowienia:

Rozdział X: Opis sposobu przygotowania i składania ofert:

(...)

2. Oferta powinna zostać sporządzona według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do IDW zatytułowany: Formularz Oferty.
3. Ofertę oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a tj. jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ szczegółowo opisał wymagania formalne dotyczące składania dokumentów w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający na każdym z osobna z wymaganych dokumentów wyraźnie wskazał, że musi on być potwierdzony elektronicznym podpisem kwalifikowanym. Natomiast przy dokumencie karty katalogowej oraz instrukcji wymiany takich opisów nie umieścił, zaznaczając jednocześnie, że oferta i załączniki do niej muszą być zgodne z opisami SIWZ. Zgodnie z opisem SIWZ wszystkie dokumenty, oprócz dwóch dokumentów - karty katalogowe, instrukcja obsługi - gdzie nie było napisane, że kwalifikowany podpis elektroniczny jest wymagany - zostały prawidłowo podpisane i wysłane. Zgodnie z postanowieniami SIWZ do oferty złożonej z podpisem kwalifikowanym Odwołujący dołączył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a następnie wraz z plikami stanowiącymi ofertę skompresował do jednego pliku archiwum (ZIP). Wszystkie wymagane dokumenty zostały też wymienione w treści formularza ofertowego, a cała oferta podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący zauważył, że przepis art. 89 ust. 1 Pzp zawiera katalog przesłanek, których zaistnienie obliuguje każdego zamawiającego do odrzucenia oferty. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 31 sierpnia 2010 r., sygn. akt V SA/Wa 769/10, katalog przesłanek wymienionych w art. 89 Pzp jest zamknięty, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może odrzucić oferty. Niewątpliwie, że wskazane przez Zamawiającego przesłanki niezgodności treści z przepisami Pzp i odrębnymi przepisami zawierają się w powyższym katalogu. Nie mogą one jednak mieć zastosowania do oferty Odwołującego, bowiem wskazane przez Zamawiającego uchybienie w ofercie polegające na nieopatrzonym podpisem elektronicznym załączników do oferty w postaci kart katalogowych i instrukcji (co do których Zamawiający nie określił wymogu ich złożenia z kwalifikowanym podpisem elektronicznym), nie stanowi ani uchybienia formalnego, ani nie odnosi się do merytorycznej części oferty, nie ma wpływu na ważność oferty. Określone szczegółowo w SIWZ wymagania formalne odnoszą się jedynie do kwestii formalnych - porządkowych oferty, które nie są wymagane przepisami Pzp, a zatem nie stanowią przesłanek do odrzucenia oferty, jako nieważnej. Brak podpisania kart katalogowych i instrukcji przez Odwołującego, zawierającej jedynie niewymagane ustawą Pzp informacje techniczne dotyczące oferowanych urządzeń zawartych w ofercie, nie oznacza, że Odwołujący nie złożył ważnej oferty, czy też nie zaoferował świadczenia odpowiadającego wymogom SIWZ. Przeciwnie - Zamawiający w zakresie merytorycznej treści oferty, w tym także w zakresie oferowanego sposobu wykonania zamówienia przez Odwołującego, nie postawił żadnych zarzutów.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że w myśl art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający niesłusznie uznał, że oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada wymogom koniecznym dla zachowania formy elektronicznej wskazanym w art. 78¹ k.c. Zgodnie z doktryną nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów to przede wszystkim jej niezgodność z przepisami Kodeksu cywilnego dotyczącymi wad oświadczenia woli (art. 82-87 k.c.) oraz brak właściwego podpisu osoby upoważnionej do działania w imieniu wykonawcy pod oświadczeniem woli stanowiącym ofertę (tu niezgodność z art. 78¹ k.c.) Odwołujący podkreślił, że złożył kwalifikowany podpis elektroniczny pod ofertą, który jest istotny i niezbędny do wyrażenia oświadczenia woli w zakresie dotyczącym realizacji zamówienia publicznego. Brak podpisu na dokumentach stanowiących dodatkowe informacje, nieistotne dla treści oferty, a stanowiących jedynie załącznik do oferty, który nie zmienia czy w sposób istotny nie precyzuje treści oferty, nie przesądza o nieważności oferty. Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 8 maja 2013 r., XI Ga 186/13: „Oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Nie musi natomiast wypełniać wymogów Zamawiającego co do formy prezentacji. Każdy wymóg postawiony przez zamawiającego w SIWZ co do formy składanych ofert może być traktowany wyłącznie jako zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób, nie zaś jako bezwzględny obowiązek wykonawców.” Na mocy rozporządzenia w sprawie dokumentów mogą być one złożone w oryginale (tj. dokument elektroniczny) lub kopii potwierdzonej elektronicznie za zgodność z oryginałem (np. skanu dokumentu sporządzonego w oryginale w formie papierowej). W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu

podpisanie jej przez wykonawcę albo odpowiednio podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca bądź przez podwykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest równoznaczne z poświadczeniem kopii dokumentu za zgodność z oryginałem. Zgodnie z 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. poz. 1320) w przypadku przekazywania przez wykonawcę dokumentu elektronicznego w formacie poddającym dane kompresji, opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dane kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest równoznaczne z poświadczeniem przez wykonawcę za zgodność z oryginałem wszystkich elektronicznych kopii dokumentów zawartych w tym pliku, z wyjątkiem kopii poświadczonych odpowiednio przez innego wykonawcę ubiegającego się wspólnie z nim o udzielenie zamówienia, przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący wskazał wyrok KIO 148/15, w którym Izba uznała, że: „dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli, niezbędnym jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść tego oświadczenia, a nie na innych dokumentach, oświadczeniach, załączonych do oferty.” Wprawdzie, wyrok odnosił się do formy pisemnej oferty, jednakże nie budzi wątpliwości, że per analogiam może mieć zastosowanie również do formy elektronicznej dokumentu, podpisywanego przy użyciu kwalifikowanego certyfikatu.

W ocenie Odwołującego przepisy ustawy Pzp, Kodeksu cywilnego ani rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 27 czerwca 2017 r. sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. poz. 1320) nie wymagają, aby wszystkie dokumenty składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przy użyciu środków komunikacji elektronicznej musiały być szyfrowane. Nadto, w ocenie Odwołującego, wszystkie oświadczenia złożone przez niego w ofercie m.in. dotyczące ceny, ewentualnego powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego w związku ze złożoną ofertą, pozacenowych kryteriów oceny ofert, akceptacji terminu płatności i projektu umowy, wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy czy też informacji dotyczącej ewentualnego objęcia informacji zawartej w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa, znajdowały w treści oferty, które zostały podpisane przez osobę uprawnioną do składania oświadczeń woli ze strony Odwołującego w wymaganej formie - tj. przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Natomiast, zgodnie z ugruntowanymi poglądami doktryny naruszenie art. 78 k.c. polega na braku własnoręcznego podpisu osoby upoważnionej do działania w imieniu wykonawcy pod oświadczeniem woli stanowiącym ofertę. Odwołujący poparł to stanowisko, w związku z tym stwierdził, że nie można uznać, iż podpis elektroniczny złożony przez osobę uprawnioną ze strony Odwołującego obejmujący ofertę, w której znajdowały się jego oświadczenia woli, naruszały dyspozycję art. 78¹ k.c. Z tego względu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp - poprzez niezasadne i niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że oferta jest ważna także na podstawie odrębnych przepisów, jest w pełni uzasadniony.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ Odwołujący wskazał, iż odrzucenie oferty albo wykluczenie wykonawcy może mieć miejsce jedynie w przypadku niespełnienia przez wykonawcę jasno sformułowanego warunku określonego w dokumentacji zamówienia. Tak wynika z postanowienia TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. Jednakże jak zostało już wyżej wskazane, Zamawiający w SIWZ dla przedłożenia wraz z ofertą kart katalogowych i instrukcji (jako jedynych), nie wymagał ich złożenia z kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z tego też względu uznał, że niewątpliwie oferta złożona przez Odwołującego

była zgodna z treścią SIWZ. Jeśli jednak zamiarem Zamawiającego byłoby, aby także i przedmiotowe dokumenty (tj. karty katalogowe, instrukcja) złożyć w formie przepisanej dla oferty (art. 10a ust. 5 Pzp), to winien to wyraźnie wskazać w treści SIWZ, albowiem ani przepisy Pzp ani innych ustaw (np. Kodeksu cywilnego) nie przewidują dla dokumentów innych niż wymienione w art. 10a ust. 5 Pzp rygoru nieważności w przypadku niezłożenia ich w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący wskazał, że potwierdzeniem powyższej tezy są czynności Zamawiającego podjęte w ramach nowego postępowania o udzielenie zamówienia na zadanie pn.:

„Zwiększenie wydajności Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Olsztynie” -

ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 sierpnia 2019 r. pod nr 2019/S 153-376572, zgodnie z którymi w nowym SIWZ Zamawiający w rozdziale X zawarł m.in. następujące warunki:

(■■■)

7. Wykonawca wraz z ofertą składa:

a. karty katalogowe obu oferowanych rozdrabniaczy

b. szczegółową instrukcję demontażu wału/ów ze zdjęciami/ rysunkami.

8. Dokumenty, o których mowa w ust. 7 stanowią treść oferty i muszą być złożone wraz z ofertą. Ww. dokumenty będą służyły ocenie oferty pod kątem jej zgodności z treścią SIWZ

oraz w ramach kryteriów jakościowych opisanych w Rozdziale XIII ust. 4, 5 i 6 niniejszej IDW.

Zamawiający informuje, że brak w Ofercie dokumentów wskazanych w ust. 7, nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP i będzie skutkowało odrzuceniem oferty

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.

9. Dokumenty wyszczególnione w ust. 7, składane są w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje Wykonawca/ Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego."

Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający w pierwszym, unieważnionym piśmie z dnia 2 sierpnia 2019 r. postępowaniu w sposób niewłaściwy (niezgodny z własną intencją) określił wymagania w zakresie przedłożenia wraz z ofertą dokumentów: karty katalogowe, instrukcja obsługi. Jednakże uchybienia Zamawiającego w tym względzie nie mogą być konwalidowane z zastosowaniem środków w postaci odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania.

Z uwagi na powyższe zarzuty niewątpliwie oferta Odwołującego była ważna, brak było

podstaw do unieważnienia oferty, zatem nie wystąpiła określona w art. 93 ust. 1 Pzp przesłanka unieważnienia postępowania, stąd też w pełni uzasadnionym jest żądanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, a następnie unieważniając postępowanie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, zatem odwołanie jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Załączniki (merytoryczne): Oferta Odwołującego, SIWZ z dnia 17 maja 2019 r. i z dnia 6 sierpnia 2019 r.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie ustnie do protokołu. Wskazał, że w orzecznictwie Izby występują zróżnicowane stanowiska co do wymogu podpisywania przez wykonawcę załączników do oferty, stąd wnosił o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Nie wystąpiły przesłanki odrzucenia odwołania, odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie w granicach zawartych w nim zarzutów.

Izba uznała, że Odwołujący spełnia przesłanki wymaganego interesu w uzyskaniu zamówienia i występuje potencjalna możliwość poniesienia szkody w wyniku nieuzyskania zamówienia na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, zatem Odwołujący jest legitymowany czynnie do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stan faktyczny w sprawie nie jest sporny, sprowadza się do ustalenia czy wymagane w SIWZ karty katalogowe obu oferowanych rozdrabniaczy i szczegółowa instrukcja demontażu wału/ów ze zdjęciami/ rysunkami - do złożenia wraz z ofertą, stanowiły treść oferty w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, które należało opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym, czy też stanowiły inne wymagane dokumenty złożone wraz z ofertą.

W rozdziale X SIWZ (Opis sposobu przygotowania i składania ofert) Zamawiający wymagał:

2. Oferta powinna zostać sporządzona według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do IDW zatytułowany: Formularz Oferty.

3. Ofertę oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, tj. jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem

elektronicznym.

7. Wykonawca wraz z ofertą składa:

- a. karty katalogowe obu oferowanych rozdrabniaczy,
- b. szczegółową instrukcję demontażu wału/ów ze zdjęciami/rysunkami.

8. Dokumenty, o których mowa w ust. 7 stanowią treść oferty i muszą być złożone wraz z ofertą. Ww. wymienione dokumenty będą służyły ocenie oferty w ramach kryteriów jakościowych opisanych w Rozdziale XIII ust. 4, 5, i 6 niniejszej IDW. Zamawiający informuje, że brak w ofercie dokumentów wskazanych w ust. 7, nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP i będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. ”

Odwołujący złożył ofertę - Formularz Oferty - Załącznik nr 1 do IDW (SIWZ) oraz JEDZ - w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Do oferty załączył wymagane oświadczenia i dokumenty. Załączył karty katalogowe obu oferowanych rozdrabniaczy i szczegółową instrukcję demontażu wału/ów ze zdjęciami/rysunkami (nie będące przedmiotem oceny Izby) - bez podpisów.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 8 ustawy Pzp, wskazując na niezgodność oferty z ustawą oraz nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów (pismo z dnia 2 sierpnia 2019 r.).

Powołał postanowienia SIWZ - rozdział X, ustępy (w kolejności podanej w piśmie):

7. Wykonawca wraz z ofertą składa: a. karty katalogowe obu oferowanych rozdrabniaczy, b. szczegółową instrukcję demontażu wału/ów ze zdjęciami/rysunkami.

8. Dokumenty, o których mowa w ust. 7 stanowią treść oferty i muszą być złożone wraz z ofertą. Ww. dokumenty będą służyły ocenie oferty w ramach kryteriów jakościowych opisanych w Rozdziale XIII ust. 4, 5 i 6 niniejszej IDW. Zamawiający informuje, że brak w Ofercie dokumentów wskazanych w ust. 7, nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP i będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.

4. Oferta musi być napisana w języku polskim, w formacie danych zgodnym z obowiązującym rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych, np. .pdf, .doc, .docx, .odt. i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy (...).

3. Ofertę oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, tj. jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zamawiający zacytował treść przepisu art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, art. 78¹ K.c.; wyrok

Izby z 17.01.2019 r. KIO 2658/18; treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz w końcowej konkluzji wskazał treść art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 8 ustawy Pzp.

W tym samym piśmie zamieścił informację o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu - jako skutek odrzucenia oferty Odwołującego.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska, co do zasady.

Odwołujący potwierdził, że do oferty (Formularz Oferty) złożonej w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym dołączył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a następnie wraz z plikami stanowiącymi ofertę skompresował do jednego pliku archiwum (ZIP). Wszystkie wymagane dokumenty zostały też wymienione w treści formularza ofertowego, a cała oferta podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W postępowaniu dowodowym strony, każda we własnym zakresie, ustaliły i potwierdziły, że - oferta Odwołującego w ścisłym rozumieniu (Formularz Oferty) wraz z JEDZ i pozostałymi załącznikami (oświadczeniami/dokumentami), w tym kartami katalogowymi i instrukcją - dokument elektroniczny w formacie poddającym dane kompresji z opatrzeniem pliku kwalifikowanym podpisem elektronicznym, został złożony w postępowaniu.

Zamawiający przyznał, że na rozprawie zostało wykazane, że plik zawierający m.in. kwestionowane dokumenty, przekazany Zamawiającemu, został podpisany wymaganym kwalifikowanym podpisem przez p. J. H.

Izba uznała, że odwołanie jest zasadne i podlega uwzględnieniu.

Wymagania SIWZ definiują pojęcie oferty dwojako - jako formularz oferty (oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy - art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego) z obowiązkiem sporządzenia pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatrzeniem kwalifikowanym podpisem elektronicznym (rozdział X ust. 2 i 3 IDW SIWZ), co odpowiada treści art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz treści oferty - dokumenty wymienione w ust. 7 stanowią również treść oferty (ust. 8 rozdziału X), co wskazuje na szerokie rozumienie pojęcia oferty (formularz oferty i wszystkie załączniki składane z formularzem oferty).

Opis spornych dokumentów wymienionych w rozdziale X ust. 7, w świetle wymagań zawartych w ust. 8 tego rozdziału, jednoznacznie wskazuje na pewną sprzeczność opisu - są to dokumenty stanowiące treść oferty, lecz składane wraz z ofertą, co wskazuje, że poza ofertą. Niezależnie od tego, dokumentom tym nadano znaczenie o charakterze potwierdzającym jakościowe wymagania Zamawiającego (kryteria jakościowe opisane w rozdziale XIII ust. 4, 5, 6 IDW stosowane w toku oceny ofert). W opisie kart katalogowych i instrukcji (dokumenty pochodzące zazwyczaj od producenta) nie zamieszczono wymogu opatrzenia ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jedyną sankcją jaką zamieszczono w ust. 8, to tylko sankcja w przypadku braku dokumentów wskazanych w ust. 7 - powodująca niemożność ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy.

W okolicznościach złożenia przez Odwołującego: kart katalogowych (Lippold), dane techniczne - 1. rozdrabniacz wstępny VZS 3.1-10; 2. rozdrabniacz w funkcji rozrywarki VZS 3.1-10; 3. Instrukcji demontażu/montażu wałów rozdrabniacza VZS 3.1-10 (tajemnica przedsiębiorstwa) - nie występuje sankcja wynikająca z rozdziału X ust. 8 IDW, a więc treść oferty nieodpowiadająca treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), której Zamawiający w piśmie nie wskazał.

Zamawiający nie żądał opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym kart katalogowych obu oferowanych rozdrabniaczy i szczegółowej instrukcji demontażu wału/ów ze zdjęciami/rysunkami, czym zakwalifikował wymagane dokumenty do dokumentów niestanowiących oferty w znaczeniu art. 10a ust. 5 ustawy Pzp.

Zatem, nie zostały spełnione przesłanki uznania oferty za niezgodną z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp) i nieważną na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 78¹ K.c.: § 1. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. § 2. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej).

Wskazany w piśmie Zamawiającego wyrok Izby dotyczy (jak wynika z cytowanej treści) braku podpisu pod formularzem ofertowym.

Podważenie skuteczności odrzucenia oferty Odwołującego skutkuje podważeniem czynności Zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Na podstawie powyższych ustaleń i ich oceny, Izba uwzględniła żądania przedstawione w odwołaniu, w granicach zawartych w nim zarzutów, orzekając jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego w

kwocie 15 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia oraz zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł stanowiącą równowartość uiszczonego wpisu - § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:.....

