Sygn. akt: KIO 419/21

WYROK

z dnia 10 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant:Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2021 r. przez wykonawcę **FBSerwis Karpatia Sp. z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Borzęcin, Borzęcin 583G, 32-815 Borzęcin**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Gminie Borzęcin unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Conteco Sp. z o.o. z siedzibą w Radłowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Prawo zamówień Publicznych,

2.Kosztami postępowania obciąża Gminę Borzęcin, Borzęcin 583G, 32-815 Borzęcin i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez FBSerwis Karpatia Sp. z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez FBSerwis Karpatia Sp. z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od Gminy Borzęcin, Borzęcin 583G, 32-815 Borzęcin na rzecz FBSerwis Karpatia Sp. z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 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:……...

Sygn. akt: KIO 419/21

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

Gmina Borzęcin (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych w gminie Borzęcin". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
w dniu 25 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 230-567142.

W dniu 8 lutego 2021 r. wykonawca FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1)wyboru oferty wykonawcy CONTEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Radłowie jako oferty najkorzystniejszej,

2)zaniechania odrzucenia oferty CONTEKO Sp. z o.o.,

3)uznania za skuteczną oferty CONTEKO Sp. z o.o. złożonej po terminie składania ofert,

4)uznania za dopuszczalne uzupełnienia oferty CONTEKO Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw.
z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 61 § 1 w zw. z art. 73 § 1 KC oraz w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CONTEKO Sp. z o.o., pomimo iż jest ona niezgodna z ustawą, tj. z przepisem art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, a nadto na mocy
art. 73 § 1 KC nieważna, gdyż została wprowadzona do systemu elektronicznego, z którego korzysta Zamawiający (platforma ePuap) bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego osób uprawnionych do reprezentowania CONTEKO Sp. z o.o.,

a zgodnie z obowiązującą na gruncie prawa polskiego teorią doręczenia chwilą złożenia oferty i warunkiem jej skutecznego złożenia było nie tyle samo sporządzenie oferty, co wprowadzenie jej do systemu ePuap w taki sposób, aby Zamawiający mógł się z nią zapoznać,

2.art. 84 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do uzupełnienia przez CONTEKO

Sp. z o.o. oferty po terminie składania ofert oraz zaniechanie zwrotu oferty CONTEKO Sp. z o.o. uzupełnionej (złożonej z podpisami elektronicznymi) po terminie składania ofert,

3.art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastosowanie przewidzianej w tym przepisie procedury wyjaśnień do nieważnej oferty CONTEKO Sp. z o.o. i tym samym doprowadzenie do uzupełnienia tej oferty.

Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania w całości,

2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,

3.nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty CONTEKO Sp. z o.o.,

Ponadto wniósł o:

4.zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego oszacowany jako opiewający na wartość przekraczającą tzw. progi unijne. Postępowanie jest prowadzone w postaci elektronicznej, zaś oferty winny być sporządzone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 ustawy Pzp). Z powyższego Odwołujący wywiódł, że aby skutecznie złożyć ofertę, wykonawcy winni byli ją sporządzić w postaci elektronicznej i opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym i w takiej formie przekazać ją Zamawiającemu. Jak zauważył Odwołujący, oferta jest oświadczeniem woli składanym wobec Zamawiającego, zatem zgodnie z art. 61 § 1 i 2 KC, do jej złożenia niezbędne było wprowadzenie do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, aby Zamawiający mógł się z nią zapoznać. W ocenie Odwołującego, w świetle powołanego przepisu nie może budzić wątpliwości, że oświadczenie woli, które ma wywoływać skutki prawne w sferze prawnej innej osoby, co do zasady musi być jej złożone.

Odwołujący podniósł, że w stanie faktycznym sprawy nie ulega wątpliwości, że CONTEKO Sp. z o.o. wprowadziła swoją ofertę do środka komunikacji elektronicznej (systemu ePuap) w taki sposób, że w terminie składania ofert Zamawiający mógł się zapoznać wyłącznie z formularzem oferty niepodpisanym elektronicznie (nieopatrzonym podpisem kwalifikowanym). W pobranym przez Zamawiającego z platformy ePuap archiwum stanowiącym ofertę CONTEKO Sp. z o.o. znajdowały się bowiem wyłącznie;

1.podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym Jednolity Europejski Dokument Zamówienia w formacie PDF,

2.podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym dokument PDF potwierdzający zapłatę na rachunek bankowy zamawiającego wadium w formie pieniężnej,

3.nieopatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym dokumenty;

a.Załącznik_ 1_SIWZ_ -_Formularz_ oferty-1. odt,

b.Załącznik_nr_4_SIWZ - _Oswiadczenie_o_braku_ wydania_prawomocnego_wyroku_sadu_lub_ ostateczej_decyzji_administracyjnej. odt

c.Załącznik_nr_5_SIWZ_ - _Oświadczenie_o_braku_orzeczenia_wobec_niego_ tytulem_srodka_zapobiegawczego_zakazu_ ubiegania_sie_o_zamowienia_publiczne.odt.

Jak zauważył Odwołujący, kluczowe znaczenie ma w tym przypadku formularz ofertowy (plik Załącznik__1_SIWZ_-_Formularz_oferty-1.odt), dokument ten obejmuje bowiem wszystkie istotne merytoryczne aspekty oferty - wyznacza on zatem treść oferty (stanowi on ofertę w wąskim rozumieniu). Powyższe znajduje potwierdzenie w postanowieniach Rozdziału 14 pk4.2) SIWZ, zgodnie z którymi: „Na ofertę składa się formularz ofertowy oraz pozostałe dokumenty, które wykonawca chce dołączyć do formularza ofertowego. W przypadku chęci przekazania wraz z formularzem ofertowym również innych dokumentów, pliki z takimi dokumentami należy skompresować do jednego pliku. Dopiero tak uzyskany plik należy zaszyfrować za pomocą aplikacji do szyfrowania, którą pobrać można pod linkiem: https://miniportal.uzp.gov.pt/ApiikacjaSzyfrowanie.aspx).

W ocenie Odwołującego, brak przekazania przez CONTEKO Sp. z o.o. (wprowadzenia do systemu ePuap) w tych okolicznościach formularza ofertowego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym oznacza, że wykonawca ten złożył w postępowaniu ofertę w nieprawidłowej formie - ofertę niepodpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W konsekwencji powyższego - mając na uwadze, że zgodnie z art. 10 ust. 5 ustawy Pzp oferty sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym - wykonawca CONTEKO Sp. z o.o. nie dochował wymogu tej normy, co powoduje, że oferta jest niezgodna z ustawą, o czym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 599/19.

Odwołujący podniósł, że oferta CONTEKO Sp. z o.o. winna zostać odrzucona również na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieważna na mocy odrębnych przepisów, tj. na mocy art. 73 § 1 KC. Zgodnie z przywołanym przepisem, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku oferty składanej w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego, sankcję nieważności za niedochowanie formy elektronicznej (opatrzonym podpisem kwalifikowanym) przewiduje wyraźnie przepis art. 10a ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, niedochowanie ww. formy przesądza
o nieważności oferty CONTEKO Sp. z o.o., a tym samym, o konieczności jej odrzucenia na mocy postanowienia art. 89 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2345/20; KIO 2590, zgodnie z którym
„w przypadku niezachowania wymaganej w świetle art. 10a ust. 5 ustawy Pzp dla oferty formy zastrzeżonej *ad solemnitatem*, przeważnie jako podstawę odrzucenia oferty wskazuje się art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Niemniej jak zauważa się w doktrynie, prawidłowe jest wskazywanie w takim przypadku także dodatkowo art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z uwagi na ulokowanie wymogów co do formy elektroniczną poza ustawą Pzp, w szczególności w § 781 k.c. (por. A. Szymańska, „Podstawy odrzucenia oferty w bieżącej praktyce - wybrane zagadnienia", PZP 2017, Nr 1, str. 50). Odrębne przepisy, o których mowa wart. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, to przede wszystkim właśnie przepisy Kodeksu cywilnego, to one regulują bowiem kwestie związane z formą prawną oświadczeń woli, skutkami jej zastrzeżenia pod określonymi rygorami czy wadami oświadczeń woli i mają zastosowanie w postępowaniach
o udzielenie zamówienia publicznego w związku z odesłaniem zawartym w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp".

Odwołujący podał, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy Zamawiający nie odrzucił oferty CONTEKO Sp. z o.o., lecz pismem z dnia 13 stycznia br. wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących złożenia w ofercie plików nie opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W odpowiedzi na to wezwanie, przekazanej Zamawiającemu w dniu 14 stycznia br. wykonawca CONTEKO Sp. z o.o. nie złożył żadnych wyjaśnień, a jedynie przesłał oświadczenie, że oferta została przez niego podpisana w dniu 2 stycznia 2021 r. oraz przesłał Zamawiającemu brakujące pliki podpisu (podpisy zostały wykonane w zewnętrznych plikach w formacie XADES). Tym samym, zdaniem Odwołującego, wykonawca CONTEKO Sp. z o.o. dokonał nieznanej przepisom ustawy Pzp czynności „uzupełnienia" oferty. W istocie zatem oferta CONTEKO Sp. z o.o. została złożona
w prawidłowej formie (podpisana) dopiero 10 dni po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu składania ofert.

Pomimo powyższego, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający uznał ofertę CONTEKO Sp. z o.o. za prawidłową i dokonał w dniu 27 stycznia br. wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej. Powyższe, w ocenie Odwołującego, stanowiło nie tylko o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp, ale również art. 87 ust 1 ustawy Pzp oraz art. 84 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wykonawca CONTEKO Sp. z o.o., przesyłając Zamawiającemu pliki podpisów, w tym podpisu do przekazanego wcześniej formularza ofertowego, nie wyjaśnił w żaden sposób swej oferty, ale ją uzupełnił, podjął próbę uzdrowienia dokonanej wcześniej nieważnej czynności prawnej, tj. czynności złożenia oferty. Jak wskazał Odwołujący, w istocie dopiero z chwilą przekazania brakujących podpisów, tj. dopiero w dniu 14 stycznia br., kiedy oświadczenie opatrzone podpisem kwalifikowanym wykonawcy zostało zgodnie z art. 61 § 2 KC wprowadzone do systemu ePuap w taki sposób, że Zamawiający mógł się z nim zapoznać - czynność złożenia oferty została dokonana w formie wymaganej przez Zamawiającego. Można więc twierdzić, w opinii Odwołującego, że CONTEKO Sp. z o.o. w dniu 14 stycznia br. podjęła próbę ponownego złożenia oferty - wcześniejszej oferty nie można uznać za złożoną, skoro była ona na mocy art. 73 § 1 KC nieważna.

Odwołujący przywołał wyrażany w doktrynie pogląd, zgodnie z którym „w myśl tradycyjnego poglądu czynność prawna nieważna od początku nie może być z biegiem czasu naprawiona (*quod ab initio vitiosum est, non potest in tractu temporis convalescere*). Taką powszechną regułę akceptuje również nauka polska. Natomiast różni się ona w ocenie, czy reguła ta dopuszcza wyjątki wskazane w przepisach szczególnych" (Z. Radwański,
M. Gutowski, Prawo cywilne - część ogólna, System Prawa Prywatnego tom 1, red. M. Safian s. 556). Odwołujący zaznaczył, że dla złożenia czy uzupełnienia oferty w postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego żaden przepis takiego wyjątku nie przewiduje, stąd też nieważność oferty złożonej w nieprawidłowej formie musi być uznana za nieważność definitywną, co stoi na przeszkodzie skutecznej konwalidacji czynności złożenia oferty na etapie późniejszym. Jak podkreślił Odwołujący, ewentualne „potwierdzenie" czy „uzupełnienie" czynności nie uchyla nieważności, a jeżeli CONTEKO Sp. z o.o. chciałaby osiągnąć zamierzone skutki prawne, musiałaby całą czynność złożenia oferty powtórzyć w sposób niewadliwy, a zatem dokonać czynności nowej (por. Z. Radwański, M. Gutowski, Prawo cywilne - część ogólna, System Prawa Prywatnego tom 1, red. M. Safian s. 545).

Odwołujący stwierdził, że nawet gdyby uznać - tak jak uczynił to Zamawiający - że złożone po terminie składania ofert uzupełnienie oferty CONTEKO Sp. z o.o. o kwalifikowany podpis elektroniczny „uzdrowiło" wcześniejszą nieważność czynności złożenia oferty, byłoby to równoznaczne z przyjęciem, że właściwa oferta została złożona dopiero w dniu 14 stycznia br., a więc 10 dni po terminie składania ofert. Tymczasem, jak podał Odwołujący, żaden
z przepisów ustawy Pzp nie przewiduje możliwości uzupełnienia oferty czy też złożenia jej ponownie po terminie składania ofert. Odwołujący wskazał, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakazuje dokonywania zmian w treści oferty (z wyjątkiem poprawiania oczywistych omyłek, co w stanie faktycznym nie miało miejsca). Skoro zaś zakazane jest dokonywanie zmiany oferty, tym bardzie zakazane jest składanie całej oferty po terminie składania ofert (argument *a fortiori - a minori ad maius*). Co więcej, jak wskazał Odwołujący, art. 84 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje, że oferta złożona po terminie składania ofert podlega zwróceniu.

W tych okolicznościach, w ocenie Odwołującego, uznanie przez Zamawiającego oferty złożonej przez CONTEKO Sp. z o.o. za ważną i skuteczną należy uznać za działanie nieprawidłowe.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie
w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Zamawiający podał, że w terminie składania ofert oferty złożyło dwóch wykonawców. W toku badania oferty CONTECO Sp. z o.o. Zamawiający poddał wszystkie składające się na nią dokumenty weryfikacji pod kątem

poprawności złożenia na nich kwalifikowanego podpisu elektronicznego oraz jego ważności. W związku z tym, że Zamawiający powziął wątpliwości
w tym zakresie, w dniu 13 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał CONTECO Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty. W odpowiedzi na powyższe, CONTECO
Sp. z o.o. potwierdziła złożenie w terminie ważnej oferty oraz przedstawiła dokumenty weryfikujące poprawność złożonej oferty w świetle wymagań dotyczących sporządzenia oferty w formie elektronicznej. Zamawiający wyjaśnił, że na podstawie odpowiedzi CONTECO
Sp. z o.o. poddał złożone przez wykonawcę pliki w ofercie oraz pliki z podpisami załączonymi do wyjaśnień weryfikacji, w wyniku której ustalił, że pliki o nazwie: „Formularz oferty", Załącznik nr 4 – „Oświadczenie o braku wydania prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej" oraz Załącznik nr 5 SIWZ – „Oświadczenie o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie", przekazane już uprzednio Zamawiającemu, zostały sporządzone i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 2 stycznia 2021 r., tj. przed terminem składania ofert. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, bezzasadne stają się rozważania Odwołującego odnośnie nieprawidłowości oferty złożonej przez CONTECO Sp. z o.o., w szczególności odnośnie złożenia jej po terminie wraz z zarzutem naruszenia przez Zamawiającego art. 84 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził ponadto, że w wyniku zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie doszło również do niedopuszczalnego treścią tego przepisu prowadzenia negocjacji z wykonawcą oraz dokonywania jakichkolwiek zmian w treści złożonej oferty. Zamawiający wskazał, że treść oferty wyznaczają jej merytoryczne aspekty dotyczące samego zobowiązania do wykonania określonego przedmiotu zamówienia, w wymagany przez zamawiającego sposób, w wymaganym terminie, za oferowanym wynagrodzeniem. W ocenie Zamawiającego, takim niedopuszczalnym działaniem byłaby zmiana oferty w zakresie ceny, kosztów jednostkowych, terminu wykonania czy zmiany jakichkolwiek elementów podlegających ocenie w ramach ustalonego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert. Zamawiający stwierdził, że w ramach dokonanej przez Zamawiającego czynności nie dokonano zmiany odnośnie tak rozumianej treści oferty CONTECO Sp. z o.o. Zamawiający podał, że dokonana czynność stanowiła jedynie potwierdzenie sporządzenia i podpisania oferty przez wykonawcę w dniu 2 stycznia 2021 r., tj. przed dniem składania ofert.

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

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp").

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

W przedmiotowej sprawie Izba ustaliła, że w dniu 2 stycznia 2021 r. CONTECO
Sp. z o.o. złożyła Zamawiającemu w formie elektronicznej m.in. trzy pliki, na które składały się Formularz oferty (Załącznik 1 do SIWZ), oświadczenie o braku wydania prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej (Załącznik nr 4 do SIWZ) oraz oświadczenie o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne (Załącznik nr 5 do SIWZ). Pliki te zostały podpisane podpisem zewnętrznym, dla skuteczności którego niezbędne jest przekazanie pliku podpisywanego oraz pliku podpisu. W terminie na składanie ofert Zamawiający otrzymał od CONTECO Sp. z o.o. jedynie pliki podpisywane. Zamawiający nie otrzymał plików podpisu. Powyższe wynika zarówno z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej na płycie CD, jak również z pisma skierowanego przez Zamawiającego do CONTECO Sp. z o.o. w dniu 13 stycznia 2021 r. W piśmie tym Zamawiający stwierdził, że w toku badania oferty Zamawiający poddał wszystkie składające się na nią dokumenty weryfikacji pod kątem poprawności złożenia na nich kwalifikowanego podpisu elektronicznego oraz jego ważności. Z weryfikacji dokonanej przez Zamawiającego wynikało, że ww. pliki nie zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Izba stwierdziła, że powyższe uchybienie stanowi o złożeniu oferty w formie niespełniającej wymogów określonych w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Uchybienie co do formy złożenia oferty stanowi o jej niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a to z kolei stanowi przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 78^1 § 1 KC, do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Uchybienie wymogowi opatrzenia oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym niesie za sobą skutek w postaci nieważności oferty. Taki sam skutek pociąga za sobą złożenie oferty bez pliku podpisu w sytuacji, gdy załączenie tego pliku było niezbędne dla stwierdzenia czy oferta została podpisana. Podkreślić w tym miejscu należy, że wobec podpisania przez CONTECO Sp. z o.o. ww. trzech plików, w tym formularza oferty, kwalifikowanym podpisem elektronicznym zewnętrznym, Zamawiający, aby stwierdzić, że oferta została skutecznie złożona, powinien być w posiadaniu zarówno

plików podpisywanych, jak i plików podpisów. Brak tych ostatnich jest uchybieniem nieusuwalnym i stanowi podstawę do odrzucenia oferty CONTECO Sp. z o.o. również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Stwierdzenie braków tego rodzaju nie podlega uzupełnieniu. Co za tym idzie, dokonane przez CONTECO Sp. z o.o. pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. (tj. po terminie składania ofert) uzupełnienie plików podpisów nie może wywołać skutku.

Izba miała na względzie, że Zamawiający w treści SIWZ podał wykonawcom zalecenia odnośnie kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W Rozdziale 10 pkt 14 Zamawiający wskazał:

„- dla dokumentów w formie „pdf" zaleca się podpis formatem PAdES,

- dokumenty w formacie innym niż „pdf" zaleca się podpisywać formatem XAdES.

Zaleca się stosowanie podpisu wewnętrznego, który polega na tym, że jest zapisany łącznie z podpisywanym dokumentem (tworzą jeden plik), a nie oddzielnie (plik podpisywany i plik podpisu). Szczegółowy sposób utworzenia podpisu wewnętrznego jest zawarty w instrukcji użytkownika programu, za pomocą którego składany jest kwalifikowany podpis elektroniczny".

Izba zwróciła również uwagę, że CONTECO Sp. z o.o. nie podjęła próby obrony złożonej oferty, nie zgłosiła przystąpienia do postępowania odwoławczego. Inicjatywy dowodowej nie podjął także Zamawiający, który nie przybył na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że oferta CONTECO Sp. z o.o. podlegała odrzuceniu. W konsekwencji, wszelkie czynności dokonane przez Zamawiającego wobec tej oferty, tj. próba jej wyjaśnienia, stanowiły naruszenie przepisów ustawy Pzp (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający. W takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia), koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) - łącznie 18 600,00 zł.

Przewodniczący:……..