

WYROK
z dnia 29 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant:

Cyprian Herl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021r. przez wykonawcę Strassmayr sp. z o.o. z siedzibą w Wysogotowie w postępowaniu prowadzonym przez Powiatowy Zarząd Dróg w Tarnowie z siedzibą w Zgłobicach przy udziale wykonawcy K. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą HYDROG Zakład Budowy Maszyn Eksport Import K. C. z siedzibą w Łodzi zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., 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 :

UZASADNIENIE

Zamawiający - Powiat Tarnowski Powiatowy Zarząd Dróg w Tarnowie z siedzibą w Zgłobicach prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę fabrycznie nowego remontera do nawierzchni dla Powiatowego Zarządu Dróg w Tarnowie z siedzibą w Zgłobicach”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP/00039028/01 w dniu 23 kwietnia 2021 r.

W dniu 24 maja 2021r. wykonawca - Strassmayr sp. z o.o. z siedzibą w Wysogotowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 6 w zw. z art. 63 ust. 2 Pzp w zw. z § 6 ust. 2 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. 2020 r. poz. 2452; dalej: „Rozporządzenie”) poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy – K. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą HYDROG Zakład Budowy Maszyn Eksport Import K. C. (dalej: „HYDROG” lub „Przystępujący”) i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo iż podmiot ten złożył ofertę bez zachowania formy wymaganej ww. przepisem, tj. bez zachowania wymogu złożenia oferty w postaci elektronicznej;

2.art. 57 pkt 2 w związku z art. 63 ust. 2 w zw. z art. 106 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 1 i 2 w zw. z 223 ust. 1 Pzp w zw. z § 6 ust. 2 i 5 Rozporządzenia poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego i zaniechanie jego wykluczenia z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał poprzez złożenie dokumentów w formie zgodnej z przepisami Pzp, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz, że nie podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie zarówno samej oferty, jak i dokumentu w postaci wykazu wykonanych dostaw, o którym mowa w punkcie 5 pkt 3 Szczególnych Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) oraz żądanych, a nieprzedłożonych faktur dotyczących dostaw na rzecz Embika sp. z o.o.;

3.art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo tego, że HYDROG, mimo wezwania go do przedłożenia faktur za dokonane dostawy, nie uczynił zadość wezwaniu i ograniczył się jedynie do wskazania dostaw wykonanych na rzecz Embika sp. z o.o.;

4.art. 204 ust. 1 w zw. z art. 57 pkt 1 i 2 Pzp poprzez wybranie oferty Przystępującego, podczas gdy oferta winna zostać odrzucona, co skutkowałoby wybraniem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

5.art. 16 Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wskutek wybrania oferty podlegającej odrzuceniu z powodu niespełnienia ustawowych wymogów.

W związku z tak sformułowanymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty Przystępującego i w konsekwencji odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z SWZ i obowiązującymi przepisami wskazanymi powyżej oraz wykluczenie HYDROG z postępowania ze względu na fakt, iż skutecznie nie wykazał on, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Przystępujący złożył ofertę, pierwotnie przygotowaną w formie papierowej i podpisaną własnoręcznie przez wykonawcę, a następnie oferta ta została zeskanowana i dopiero skan tej oferty został podpisany właściwym podpisem elektronicznym. Według Odwołującego taki sposób przygotowania oferty jest niezgodny z przepisami Pzp, jak i z zapisami SWZ. Wskazał, że z treści przepisu art. 63 ust. 2 Pzp wyraźnie bowiem wynika, że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia mają być składane w postaci elektronicznej, podpisanej podpisem zaufanym lub osobistym bądź w formie elektronicznej. Skan papierowej wersji oferty stanowi w tym przypadku wyłącznie kopię elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej. Wskazuje na to treść § 6 ust. 2 i 5 Rozporządzenia, z którego wynika, że jeżeli oryginał dokumentu lub środki dowodowe składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały wystawione w postaci papierowej, to wykonawca powinien przekazać cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone wymagany podpisem. To cyfrowe odwzorowanie jest utożsamiane z kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej, umożliwiającą zapoznanie się z jej treścią i jej zrozumienie. Co za tym idzie, w przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem. Z przywołanego przepisu wynika, że wersję elektroniczną dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w innej formie niż elektroniczna, ustawodawca określa mianem „elektronicznej kopii posiadanego dokumentu”. Powyższej kwalifikacji nie zmienia opatrzenie tak stworzonej elektronicznej kopii kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ustawodawca przesądził więc, że podpis ten należy traktować wyłącznie jako poświadczenie elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem. Odwołujący wskazał także, że zgodnie z przepisem art. 73 § 1 kodeksu cywilnego, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność

dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Kodeks cywilny wyraźnie rozróżnia wymogi formalne w zakresie oferty w formie tradycyjnej - pisemnej od oferty sporządzonej w formie elektronicznej. Dodać należy, iż ustawodawca nie przewidział dodatkowej możliwości scalania tych dwóch, odrębnych form w kolejny byt prawny, uznając go tym samym za niedopuszczalny. Zgodnie z treścią przepisu art. 781 § 2 kc dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej należy złożyć oświadczenie woli w postaci elektronicznej i opatrzyć go podpisem elektronicznym, co jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, przekazanie przez Przystępującego skanu oferty sporządzonej i podpisanej w formie tradycyjnej w świetle ww. przepisu nie powinno zostać uznane przez Zamawiającego za złożenie oferty w formie przewidzianej w art. 781 kc, tj. w zgodzie z przepisami Pzp oraz aktów wykonawczych. O niespełnieniu wymagań ustawowych oraz tych określonych w SWZ świadczy również złożenie w niewłaściwej formie pozostałych dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w toku postępowania, w tym wykazu dostaw, o którym mowa w pkt 5 ppkt 3 SWZ. W tym zakresie wykonawca również przedłożył kopie dokumentów w formie elektronicznej, zamiast dokumenty w formie elektronicznej. Podobnie jak oferta, także wyjaśnienia wykonawcy oraz dokumenty złożone przez niego stanowiły dokumenty, które zostały pierwotnie przygotowane w formie papierowej, z odręcznym podpisem, a dopiero po zeskanowaniu, podpisane podpisem zaufanym.

Uzasadniając zarzut dotyczący braku przedłożenia przez Przystępującego dokumentów potwierdzających doświadczenie Odwołujący wskazał, że wbrew wyraźnej treści wezwania z dnia 14 maja 2021 r. otrzymanego od Zamawiającego, wykonawca nie przedłożył faktur za zrealizowane dostawy na rzecz Embika sp. z o.o. wskazanych w wykazie dostaw. Zaniechanie przedłożenia przez wykonawcę tych dokumentów stanowi zatem niewykonanie treści w/w wezwania Zamawiającego, a tym samym naruszenie przepisów Pzp, skutkujące koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jeśli bowiem w przedmiotowej sprawie Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o przedstawienie wartości brutto i netto dostaw zrealizowanych na rzecz Embika sp. z o.o. oraz przedłożenie faktur dotyczących tych dostaw, to znaczy, że zamawiający miał wątpliwości co do wykazywanego doświadczenia wykonawcy, a ewentualne faktury wystawione w związku z wykazywanymi przez wykonawcę dostawami, miały te wątpliwości rozwiązać. Skoro jednak wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu tych faktur, nie wykonując tym samym wezwania Zamawiającego, wykonawca w gruncie rzeczy nie wykazał doświadczenia - jednej z przesłanek warunkujących przyjęcie oferty.

W konsekwencji powyżej opisane naruszenia przepisów Pzp doprowadziły ostatecznie również do naruszenia 204 ust. 1 Pzp. Jak wynika z informacji podanej przez Zamawiającego, gdyby oferta wykonawcy została odrzucona oferta Odwołującego powinna zostać wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza. Wyżej opisane działania i zaniechania Zamawiającego stanowią według Odwołującego także dowód faktu, że postępowanie było prowadzone w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym Zamawiający naruszył przepis art. 16 Pzp. W aktualnym bowiem stanie rzeczy zamówienie zostanie udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Przystępujący w piśmie z dnia 10 czerwca 2021r. wniósł o oddalenie odwołania w całości. Na wstępie wskazał, że wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza progu unijnego dla dostaw o których mowa w art. 3 Pzp. Ponadto wskazał, że zgodnie z zapisami z rozdziału XIII pkt 6 SWZ ofertę oraz oświadczenia składa się w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej w formacie danych np. pdf bądź innych rekomendowanych formatów opatrzonej kwalifikowanym lub podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Ofertę, w tym jej sposób zaszyfrowania, należało złożyć za pośrednictwem formularza dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu. Sposób złożenia oferty został opisany w „Instrukcji użytkownika”. Przystępujący zgodnie z „Instrukcją użytkownika” wszedł w formularz oferty i wybrał rodzaj i identyfikator postępowania. Uzupełnił informacje, iż nie jest podmiotem zagranicznym i zaznaczył, iż chce złożyć ofertę. Przystępujący wpisał dane Zamawiającego i wygenerował przez miniPortal zaszyfrowany załącznik. Następnie formularz oferty został podpisany podpisem zaufanym i wysłany. Przystępujący postąpił zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i złożył ofertę, którą podpisał podpisem zaufanym. Przystępujący podkreślił, że Pzp odróżnia oświadczenie, jakim jest oferta od innych oświadczeń składanych w postępowaniu. Ustawodawca każdorazowo odróżnia pojęcie „oferty” od „oświadczeń lub dokumentów” składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pojęcie „oświadczeń lub dokumentów” zarezerwowane jest dla wszelkich oświadczeń innych niż oferta, składanych przez Wykonawcę, a w szczególności tych składanych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Także w treści Rozporządzenia nie można odnaleźć intencji odstąpienia od tej legislacyjnej zasady. Mając na uwadze systematykę Pzp zasady poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów określone w Rozporządzeniu mają zastosowanie do innych niż oferta oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można uznać, iż zasady elektronicznego poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów „papierowych” miałyby mieć zastosowanie ofert. Oferta stanowi oświadczenie woli oferenta złożone w postaci elektronicznej. Z kolei, aby mówić o zachowaniu formy elektronicznej to wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 78¹ § 1 k.c.). W Pzp nie ma definicji pojęcia „formy elektronicznej”, a więc punktem odniesienia są tutaj przepisy kodeksu cywilnego z uwzględnieniem wpływu jaki może na ich wykładnię wywrzeć Pzp oraz Rozporządzenie. Oświadczenie woli zachowa formę elektroniczną, jeżeli dokument elektroniczny zostanie opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Dla zachowania formy elektronicznej czynności prawnej wystarcza jedynie opatrzenie elektronicznej treści oświadczenia podpisem elektronicznym. Z kolei pojęcie dokumentu elektronicznego zdefiniowane zostało w art. 3 pkt 35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z 23 lipca 2014 roku w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE. Rozporządzenie definiuje dokument elektroniczny jako „każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne”. W konsekwencji należy stwierdzić, iż sposób wygenerowania pliku nie ma doniosłości prawnej.

W konsekwencji zdaniem HYDROG za błędne zatem uznać należy twierdzenie, że skan podpisany elektronicznie jest jedynie kopią „papierowego” oryginału. Ponadto na gruncie Pzp nie można uznać, że dla zachowania formy elektronicznej oświadczenia woli (oferty) niezbędne jest nie tylko opatrzenie treści oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ale także wygenerowanie pliku, zawierającego treść oświadczenia wyłącznie w formie elektronicznej. Błędnie Odwołujący uznaje, iż determinantem zachowania formy elektronicznej staje się techniczny sposób wytworzenia treści oświadczenia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazał, że Zamawiający wezwał go pismem z dnia 10 maja 2021 r. do przedłożenia oświadczenia w przedmiocie grupy kapitałowej, zgodnie z załącznikiem nr 5, informacji z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej oraz wykazu dostaw zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWZ. Oświadczenia oraz dokumenty można było złożyć albo za pomocą poczty

elektronicznej albo przez ePUAP. Przystępujący złożył w terminie oświadczenia oraz dokumenty i podpisał podpisem zaufanym. Zgodnie z § 8 Rozporządzenia opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dokumenty podpisem zaufanym jest równoznaczne z opatrzeniem wszystkich dokumentów zawartych w tym pliku podpisem zaufanym.

Przystępujący zauważył ponadto, że Odwołujący podnosi naruszenie art. 106 ust. 1 PZP w związku z art. 107 ust. 1 i 2 PZP, co nie znajduje uzasadnienia, gdyż powyższe przepisy dotyczą przedmiotowych środków dowodowych. Przedmiotowe środki dowodowe to takie, które służą potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i składa je się wraz z ofertą w odróżnieniu od środków podmiotowych. niniejszym postępowaniu przedmiotowym środkiem dowodowym składanym wraz z ofertą był „Wykaz” parametrów technicznych” określony w załączniku nr 7 do SWZ. Zamawiający nie posiadał wątpliwości w zakresie złożonego przez Przystępującego „Wykaz parametrów technicznych” i nie wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie tego przedmiotowego środka dowodowego. Z tych względów odnosząc się do podmiotowych środków dowodowych należy podnieść, iż w rozdziale VII SWZ wskazano warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. W zakresie warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał wykazania posiadania doświadczenia w zakresie realizacji podobnych zamówień w okresie 3 ostatnich lat w postaci co najmniej 5 dostaw remontera do nawierzchni o wartości co najmniej 220.000,00 złotych brutto każda z dostaw. Należało, zgodnie z zapisami punktu 5 rozdziału VIII SWZ, złożyć wykaz dostaw wraz z załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. Powyższe wymogi stanowią powtórzenie przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy. W powyższym akcie wykonawczym określono rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą. W powyższym zakresie nie mieszczą się dokumenty takie jak dokumenty księgowe w postaci faktur. Z tych względów błędnie Odwołujący twierdzi, iż Przystępujący był prawnie zobligowany do ich przedłożenia.

Ponadto Przystępujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 14 maja 2021 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości kwot brutto realizowanych dostaw na rzecz Embika sp. z o.o. Przystępujący w załączniku nr 6 do SWZ wskazał, iż na rzecz Embika sp. z o.o. wartość każdego zamówienia przewyższała kwotę 48.400 Euro, co daje kwotę powyższej 220.000,00 zł. Na dowód powyższego zostały dołączone referencje, które potwierdzały, iż wartość każdego zamówienia wynosiła powyżej 48.400 Euro. Dla Zamawiającego wskazanie, iż wartość zamówienia wynosi więcej niż 48.400 Euro nie było oczywiste i z tych względów wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Dokonując wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający uznał, iż Przystępujący złożył wszystkie wymagane oświadczenia oraz podmiotowe środki dowodowe, a jedynie Przystępujący miał wyjaśnić wskazane kwoty dostaw brutto na rzecz Embika sp. z o.o. W myśl art. 223 Pzp Zamawiający posiada uprawnienie do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Poprzez wyjaśniać należy rozumieć „uczynić coś zrozumiałym”.

Przystępujący celem dokonania oczywistym dla Zamawiającego, iż wartości każdej dostawy remontera przekracza kwotę 220.000,00 złotych dokonał samouzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Przystępujący przedłożył referencje od Embika sp. z o.o. uzupełnione o ceny netto i brutto oraz doprecyzował, zgodnie z przedłożonymi uzupełnionymi referencjami, wykaz dostaw. Przystępujący podkreślił, że samodzielne uzupełnianie dokumentów przez wykonawcę jest dopuszczalne. W sytuacji natomiast samodzielnego uzupełnienia dokumentu, wykazu Zamawiający ma prawo jego uwzględnienia przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zasadnym jest przyjęcie generalnej zasady, zgodnie z którą w przypadku samodzielnego uzupełnienia prawidłowego dokumentu powinien być on wzięty pod uwagę przez Zamawiającego, zaś w sytuacji samodzielnego przedstawienia dokumentu zawierającego błędy Zamawiający powinien wezwać do jego uzupełnienia wskazując na wady dokumentu.

Podsumowując, zdaniem Przystępującego, biorąc pod uwagę zasadę równego traktowania należy uznać, iż dokonując samouzupełnienia podmiotowych środków dowodowych i w ten sposób dokonując wyjaśnień postąpił prawidłowo. Wyjaśnienia można było złożyć albo za pomocą poczty elektronicznej albo przez ePUAP. Przystępujący złożył w terminie wyjaśnienia wraz z samouzupełnieniem i podpisał podpisem zaufanym. Zgodnie z § 8 Rozporządzenia opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dokumenty podpisem zaufanym jest równoznaczne z opatrzeniem wszystkich dokumentów zawartych w tym pliku podpisem zaufanym.

Końcowo Przystępujący stwierdził, że jego oferta i wszystkie oświadczenia oraz dokumenty zostały złożone w postaci elektronicznej w formie danych pdf podpisane podpisem zaufanym. Przystępujący złożył wszystkie wymagane środki dowodowe przedmiotowe i podmiotowe. W terminie przedłożył wyjaśnienia. Przystępujący spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nie zachodziły w stosunku do niego żadne podstawy wykluczenia z postępowania. Nie było także żadnych podstaw prawnych do odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż została złożona zgodnie z przepisami i warunkami zamówienia. Dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej było prawidłowe i nie stanowiło naruszenia przepisów. Dokonując Wyboru oferty Przystępującego Zamawiający postępował zgodnie z ustawą PZP i nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

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

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę K. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą HYDROG Zakład Budowy Maszyn Eksport Import K.C. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SWZ, a także z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego w tym m.in. z treści wezwania z dnia 14 maja 2021r. i odpowiedzi Przystępującego udzielonej w dniu 17 maja 2021r.

Izba ustaliła, że niniejsze postępowanie nie przekracza progów unijnych oraz, że Zamawiający w rozdziale XIII pkt 6 SWZ ustalił, że ofertę oraz oświadczenia składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej w formacie danych np. pdf (zalecane) bądź innych rekomendowanych formatów np.: .doc, .docx, .odt opatrzonej podpisem kwalifikowanym lub podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Izba ustaliła także, że Przystępujący złożył ofertę w formie pliku w formacie pdf, który został opatrzone podpisem zaufanym. W analogiczny sposób Przystępujący złożył w postępowaniu również pozostałe dokumenty w tym załączniki nr 2, 3, 7, potwierdzenie zapłaty wadium, a także odpowiedź z dnia 17 maja 2021r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 maja 2021r.

Uwzględniając powyższe ustalenia oraz dokumentację postępowania Izba stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym brak było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 6 Pzp. Wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy (pkt 3), jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (pkt 5), nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego (pkt 6). Stosownie zaś do art. 63 ust. 2 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Izba uwzględniając treść ww. przepisu art. 63 ust. 2 Pzp oraz postanowienia rozdziału XIII pkt 6 SWZ stwierdziła, że oferta Przystępującego została złożona w prawidłowy sposób, a czynność wydruku i podpisania oferty, a następnie jej zeskanowanie nie przesądza o tym, iż dokument nie został sporządzony w postaci elektronicznej. Podkreślić należy, że dokument po zeskanowaniu zyskuje postać dokumentu elektronicznego, pozwalającą na opatrzenie go podpisem zaufanym bądź osobistym. Skoro więc Przystępujący elektronicznie, za pomocą platformy, złożył ofertę, która w formacie .pdf została podpisana podpisem zaufanym to nie ma podstaw do przyjęcia, że oferta została złożona z naruszeniem przepisów prawa. Zauważyć należy, że również SWZ dopuszczała możliwość złożenie oferty w formacie .pdf, a więc wykonawcy w niniejszym postępowaniu mogli przygotować ofertę i załączyć ją w tym właśnie formacie. Skoro więc Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty w formacie .pdf, to odrzucenie oferty z tego powodu naruszałoby przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Ponadto jak wskazał sam Przystępujący złożył on ofertę w sposób ściśle opisany w „Instrukcji użytkownika” miniPortalu, na którym prowadzone jest postępowanie, a więc nie sposób twierdzić że jego działanie było nieprawidłowe i niezgodne z SWZ.

Ponadto zauważyć należy, że zgodnie z art. 3 pkt 35 Rozporządzenia 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.U. UE. L. z 2014 r. Nr 257. str. 73) za dokument elektroniczny należy uznać każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Zgodnie zaś z definicją dokumentu elektronicznego znajdującą się w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2021 r. poz. 670 ze zm.) dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Niewątpliwie wszystkie te wymogi dokumentu elektronicznego spełnia oferta Przystępującego jak również pozostałe dokumenty złożone w przedmiotowym postępowaniu wraz z ofertą, jak również wyjaśnienia z dnia 17 maja 2021r. wraz z załącznikami.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego jakoby Przystępujący w postępowaniu złożył kopię oferty, tj. oferty sporządzonej pierwotnie w formie papierowej. Podkreślić należy, że pomimo braku definicji ustawowej pojęć kopii i oryginału, zasadnicza różnica pomiędzy oryginałem a kopią jest taka, że kopia dokumentu jest wyłącznie odwzorowaniem układu graficznego i treści zawartej w oryginalnym dokumencie. Kopia dokumentu jednak nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże ze złożeniem oświadczenia - gdyż nie zawiera oryginalnego podpisu osoby składającej oświadczenie i nie zmierza do wywołania skutków prawnych, a w przypadku dokumentowania oświadczenia woli, wykazania jakiej treści oświadczenie już (w przeszłości) złożono. W związku z powyższym skoro Przystępujący ujawnił ofertę wyłącznie w postaci elektronicznej, to uznać należy, że nie istnieje możliwość złożenia oświadczenia woli ujawnionego pierwszy raz w kopii. Innymi słowy, jeżeli wykonawca ujawnia oświadczenie Zamawiającemu, niezależnie od formy, to właśnie to oświadczenie - na konkretnym nośniku (w konkretnej formie, tu: elektronicznej) stanowi oryginał. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 25 lutego 2019r. sygn.. akt KIO 221/19, że aby być „kopią czegoś”, najpierw musi istnieć oryginał. Kopia oferty zatem byłaby dokumentową, dowodową formą wykazania, że zostało złożone oświadczenie woli określonej treści. Aby zatem przyjąć istnienie takiej kopii, najpierw musiałby istnieć oryginał tego, co zostało skopiowane. W niniejszej sprawie materiał (papier) będący nośnikiem określonej treści, która została przeniesiona (w formie obrazu) do postaci elektronicznej, nie jest „oryginałem” - jest jedynie materialnym substratem, procesu tworzenia nośnika oświadczenia woli. Nie można zatem uznać, że gotowe oświadczenie, zmierzające do wywołania skutków prawnych - stające się „oryginałem” oświadczenia w momencie jego ujawnienia Zamawiającemu (wtedy bowiem po raz pierwszy uzyskuje ono byt prawny) - może być kopią swojego substratu, powstałego w procesie tworzenia oryginału - rozumowanie takie byłoby nielogiczne. W ocenie Izby trudno zatem podzielić pogląd jakoby nigdy nieujawniona Zamawiającemu „oferta” w postaci papierowej miała stanowić „pierwotną treść oferty”, czy winna powodować taki skutek prawny, że oferta nie została sporządzona w postaci elektronicznej, a w papierowej, skoro sam ustawodawca nadaje skutek prawny tylko tym oświadczeniom woli, które zostały zamawiającemu ujawnione. Jeśli więc oferta Przystępującego stanowi jego oświadczenie woli, z którego treścią zapoznał się Zamawiający po dokonaniu czynności otwarcia ofert, to dokument ten dopiero w tym momencie został wprowadzony do obrotu. Nie można więc uznać za prawidłowe poświadczanie za zgodność z oryginałem dokumentu, który nie został wprowadzony do obrotu.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3,5 oraz 6 Pzp w zw. z art. 63 ust. 2 Pzp oraz § 6 ust. 2 i 5 Rozporządzenia.

W ocenie składu orzekającego w rozpoznawanej sprawie nie doszło także do zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, a w konsekwencji do naruszenia art. 57 pkt 2 w związku z art. 63 ust. 2 w zw. z art. 106 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 1 i 2 w zw. z 223 ust. 1 Pzp w zw. z § 6 ust. 2 i 5 Rozporządzenia.

Wskazać należy, że zgodnie z Rozdziałem VIII pkt 5.3 SWZ wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona na wezwanie Zamawiającego zobowiązany był do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w tym m.in. wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie

ostatnich 3 lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Izba ustaliła, że Przystępujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 maja 2021r. przedłożył załącznik nr 6 do SWZ, w którym w kolumnie „wartość zamówienia (kwota brutto)” we wszystkich 17 pozycjach wpisał: „powyżej 48 400 EURO; kurs średni NBP z dnia 23-04-2021: 1 EUR=4,5649 zł; 48 400 EUR= 220 941,16 zł”.

Zamawiający pismem z dnia 14 maja 2021r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie jego doświadczenia w realizacji dostaw. W treści wezwania Zamawiający wezwał o podanie cen brutto dostarczanych w różnych okresach czasu remonterów do EMBIKA Sp. z o.o. Wyjaśnił, że w związku z tym, że ceny podane w wykazie są jednakowe (wynikające z przeliczenia kursu euro w dn. 23.04.2021r.) a wpisane w referencjach wartości „powyżej 48 400 EUR” nie są dla Zamawiającego oczywiste i wystarczające zwrócił się o załączenie do wyjaśnień kopii faktur za zrealizowane dostawy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył pismo z dnia 17 maja 2021r. oraz dołączył referencje z firmy Embika Smoleńsk z podaniem dokładnych wartości dostaw netto oraz brutto. Podkreślił, że treść załączonego dokumentu wyczerpuje wymagania Zamawiającego w kwestii udokumentowania dostaw opisane w rozdziale VIII punkt 5 podpunkt 3) Specyfikacji Warunków Zamówienia. Jednocześnie wraz z tym pismem Przystępujący złożył nowy wykaz dostaw z szczegółowym wskazaniem kwot brutto zrealizowanych dostaw.

Uwzględniając powyższe ustalenia, w tym przede wszystkim treść SWZ oraz § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415; dalej: „rozporządzenie dokumentowe”) Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Wskazać należy, że Zamawiający nie jest uprawniony na podstawie ww. rozporządzenia ani też możliwości takiej nie przewidział w SWZ do żądania od wykonawców faktur potwierdzających wysokość zrealizowanych dostaw. Izba uznała wyjaśnienia Zamawiającego złożone w toku rozprawy, że żądanie przedłożenia faktur miało na celu jedynie wskazanie Przystępującemu możliwości wykazania wartości brutto zrealizowanych dostaw za logiczne. Zamawiający wyjaśnił także, że złożone wyjaśnienia wraz z referencjami oraz uzupełnionym wykazem dostaw w pełni czyniły zadość treści wezwania, bowiem Przystępujący w sposób szczegółowy podał wartości netto i brutto zrealizowanych dostaw, co potwierdzały także referencje od firmy Embika.

W konsekwencji skoro Zamawiający na podstawie przedłożonych przez Przystępującego na wezwanie dokumentów mógł w sposób niebudzący wątpliwości ustalić wartość zrealizowanych dostaw remonterów na rzecz firmy Embika, to uznać należało, że Przystępujący zdołał wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych. Fakt natomiast nieprzedłożenia na wezwanie Zamawiającego faktur potwierdzających wysokość zrealizowanych dostaw nie mógł skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania, bowiem takie działanie Zamawiającego naruszałoby przepis § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia dokumentowego i stałoby w sprzeczności z treścią SWZ, bowiem Zamawiający na potwierdzenie spełnienia ww. warunku przewidział jedynie konieczność przedłożenia wykazu dostaw.

Tym samym uznać należało, że zakwestionowane przez Odwołującego czynności Zamawiającego nie naruszały przepisów Pzp, a tym samym odwołanie podlegało oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: