

WYROK

z 18 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie 15 października 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 października 2021 r. przez wykonawcę POL-BUD Spółka Jawna, Z. G., M. G. z siedzibą w Zgierzu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: AMW SINEVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim, przy udziale wykonawcy Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych Promat Sp. z o.o. z siedzibą w Chwaszczynie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: POL-BUD Spółka Jawna, Z. G., M. G. z siedzibą w Zgierzu i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od odwołującego POL-BUD Spółka Jawna, Z. G., M. G. z siedzibą w Zgierzu na rzecz zamawiającego AMW SINEVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim kwotę 3 599 zł 99 gr (trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 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.

Sygn. akt: KIO 2933/21

AMW SINEVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim (dalej Zamawiający)

proceeds on the basis of provisions of the Act of 11 September 2019 r. Public Procurement Law (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, hereinafter: Pzp) proceedings for the award of a public contract in the form of a tender for the provision of a complex system of heating in m. Leżnica Wielka, Gąlków Mały, Regny, Grudziądz, Gardeja-Jamy, Gdynia Babie Doły", number: SVAU/4620-38/2021, hereinafter referred to as the proceedings.

The announcement of the award was published in the Official Journal of the European Union on 4 August 2021 r. under number 2021/S 149-397253.

On 1 October 2021 r. the contractor POL-BUD Spółka Jawna, Z. G., M. G. with its registered office in Zgierz (hereinafter: the appellant), filed an appeal, in which it complained about the non-compliance of the provisions of the tender and the award of the contract in the scope of part I of the proceedings, alleging that it violated the provisions of the Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp through the rejection of the tender of the appellant, which was compliant with the provisions of the law and signed electronically,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp in conjunction with art. 37 ust. 1 pkt 2 of the Act of 10 April 1997 r. - Energy Law (Dz.U. z 2021 r. poz. 716, z późn. zm.), through the rejection of the tender submitted by Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych Promat Sp. z o.o. with its registered office in Chwaszczynie (hereinafter: the respondent) - i.e. the subject failing to meet the conditions for participation in the proceedings, as it did not have a concession for the production of heat covering the scope of the subject of the proceedings in part 1, and thus irrelevant on the basis of separate provisions;
3. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp through the rejection of the tender submitted by the respondent, despite the fact that the tender of the contractor contained a low price or cost in relation to the subject of the award.

The appellant requested the consideration of the appeal and the award of the contract to the contractor:

1. the selection of the most advantageous offer for part 1 of the proceedings or
2. the repetition of the selection of offers with the consideration of the tender of the appellant as compliant with the provisions of the Pzp.

Moreover, the appellant requested the production of evidence of:

1. the concession awarded to the appellant by the Decision of the President of the Regulatory Authority for Energy Nr WCC/2891/26442/W/OŁO/2020/PSP on the production of heat for the period from 9 June 2020 r. to 9 June 2030 r. on the basis of the grounds for the rejection of the tender submitted by the respondent, with the note that the contractor did not meet the conditions for participation in the proceedings,
2. the concession awarded to the respondent by the Decision of the President of the Regulatory Authority for Energy Nr WCC/2887/18889/W/OGD/2020/KG on the production of heat for the period from 3 July 2020 r. to 31 December 2030 r. on the basis of the grounds for the rejection of the tender submitted by the respondent, with the note that he did not meet the conditions for participation in the proceedings,
3. the opinion of an expert in the field of electronic signatures on the basis of the compliance of the appellant's criterion for the preparation of the tender signed electronically with the applicable provisions of the law,
4. the tariffs of Nyskiej Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. for the confirmation of higher heat prices in decentralized local sources and information of the President of the Regulatory Authority for Energy nr 18/2021 in the matter of average prices of heat sales produced in units of cogeneration in 2020 - for the confirmation of average heat prices from coal sources in 2020.

In the justification of the appeal, the appellant indicated m.in.:

#### Zarzut nr 1

23 września 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Przystępującego. Zamawiający ponadto odrzucił ofertę Odwołującego

czym naruszył art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Oferta Odwołującego, wbrew stanowisku Zamawiającego, opatrzona była prawidłowym kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Podpis został złożony zgodnie z instrukcją dostawcy podpisu elektronicznego, więc brak było podstaw do odrzucenia oferty. Podpis, który dostarczył kwalifikowany dostawca usług zaufania i spełniał wymogi określone w załączniku nr 1 do Rozporządzenia eIDAS (nr 910/2014 z 23 lipca 2014 r.).

#### Zarzut nr 2

W warunkach udziału w postępowaniu wskazano, że o „udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów - dla Części 1 i 2. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże że posiada aktualną koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu energią cieplną lub aktualną koncesję w zakresie wytwarzania energii cieplnej udzieloną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, w oparciu o ustawę z 10.04.1997 r. Prawo energetyczne”.

Koncesja na wytwarzanie ciepła którą posiadał Przystępujący nie spełniała tego warunku. Nie obejmowała ona swoim przedmiotem części 1 zamówienia. Zgodnie z art. 37 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo energetyczne koncesja określa przedmiot oraz zakres działalności objętej koncesją. Prezes URE nie udzielił Przystępującemu koncesji na wytwarzanie ciepła obejmującej swym przedmiotem część 1 zamówienia. Koncesję taką posiadał i warunek ten spełniał wyłącznie Odwołujący.

Odwołujący podniósł dodatkowo, że zgodnie z Art. 57g ust. 1 ustawy Prawo energetyczne - kto prowadzi działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania, magazynowania lub przeladunku, skraplania, regazyfikacji, przesyłania lub dystrybucji, obrotu paliwami ciekłymi, gazowymi lub energią, w tym obrotu paliwami ciekłymi z zagranicą, bez wymaganej koncesji, podlega grzywnie do 5 000 000 zł albo karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5. Jeżeli wybrany wykonawca nie uzyska koncesji do czasu rozpoczęcia realizacji zamówienia to wykonywanie tej działalności bez koncesji będzie mogło stanowić przestępstwo. Zamawiający w takiej sytuacji może narazić się na odpowiedzialność za pomocnictwo zgodnie z art. 18 § 3 kk jeżeli dopuści do wykonywania takiej działalności przez podmiot nie posiadający koncesji.

Uwzględniając więc długie okresy udzielenia koncesji przez Prezesa URE (zgodnie z danymi ujawnionymi w publicznych rejestrach ) okres oczekiwania

na udzielenie koncesji dla danego obszaru i zakresy wnosi od kilku do kilkunastu miesięcy od daty złożenia wniosku.

#### Zarzut nr 3

W ocenie Odwołującego złożona przez Przystępującego oferta zawierała rażąco niską cenę. Przyjęta cena ofertowa nie uwzględniała istotnych zmian cen paliwa węglowego, obserwowanych od początku sierpnia.

Oferta Przystępującego nie uwzględniała również znaczących wzrostów cen energii elektrycznej stanowiących znaczący element kosztów działalności, a także istotnych zmian wynagrodzeń.

Łączna wielkość sprzedaży ciepła w systemach objętych częścią I postępowania wynosiła w 2020 r. blisko 52,6 tys. GJ. Uwzględniając odchylenie sprzedaży ciepła sięgające do 40 %

od wartości określonego roku - należało założyć, że wielkość sprzedaży będzie mogła sięgać do ok. 145 tys. GJ w okresie objętym zamówieniem. Przy ocenie wartości złożonej

oferty Przystępującego należało uwzględnić również niską sprawność układów wytwarzania. Średnia cena ciepła w 2020 r. ze źródeł opalanych węglem wynosiła 50,38 zł/GJ netto. (źródło: ).

W konsekwencji przy wycenie oferty należało uwzględnić wskaźnik korygujący do ceny ciepła ogłaszanej przez Prezesa URE o wartości co najmniej 1,3 w stosunku do dużych źródeł systemowych lub powiatowych wynikający z:

1. niewielkich ilości zamawianego paliwa węglowego,
2. składowania węgla w oddalonych od siebie składowiskach,
3. niskiej sprawności układu wytwarzania,
4. niskiego wskaźnika ilości sprzedaży ciepła do mocy zainstalowanej źródła.

Wartość składanej oferty zgodnie z wyliczeniami opisanymi powyżej powinna wynieść:

$147.280 \text{ GJ} \times 1,2 \times 50,38 \text{ zł/GJ} = 8.903.959,68 \text{ zł}$ , tj.:

(ilość ciepła) x (wskaźnik korygujący dla małych źródeł) x (średnia cena wg danych URE) = (cena netto).

W oparciu o powyższe wyliczenie Odwołujący wskazał, że minimalna cena oferty powinna wynosić 10 951 870,41 zł brutto. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, oferta złożona przez Przystępującego zawierała rażąco niską cenę.

14 października 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał:

Zarzut nr 1

Zgodnie z art. 61 ust. 1 Pzp, komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 63 ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej (tj. opatruje się ją kwalifikowanym podpisem elektronicznym).

Ponadto w części XI pkt 6 SWZ „Opis sposobu przygotowania i składania ofert” wskazano,

że ofertę pod rygorem nieważności należy sporządzić w formie elektronicznej tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Oferta Odwołującego została opatrzona podpisem elektronicznym, ale innym niż kwalifikowany. Okoliczność ta w ocenie Zamawiającego nie budziła wątpliwości.

Zamawiający dokonał weryfikacji podpisu elektronicznego za pośrednictwem następujących dostawców usług zaufania:

1. SmartSIGN
2. Szafir
- 3.
4. aplikacja „e-dowód Podpis elektroniczny” Polskiej Wytwórnicy Papierów Wartościowych S.A.

Podczas weryfikacji złożonego przez Odwołującego podpisu, otrzymano następujące raporty: „Niekwalifikowany podpis elektroniczny.” „Niekompletnie zweryfikowany. Certyfikat nie jest certyfikatem kwalifikowanym (w kontekście eIDAS)! Certyfikat podpisujący nie posiada

oczekiwanego atrybutu użycia klucza! Podpis nie może zostać określony jako zgodny z ETSI EN 319 102-1. Certyfikat nie zawiera adresów list CRL/OCSP. Certyfikat nie zawiera hipertączy do danych wystawcy (Authority information access locations)".

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający złożył dowody w postaci wydruków z walidacji podpisów Odwołującego z użyciem ww. aplikacji.

Komunikaty te jednoznacznie wskazywały, że podpis Odwołującego został opatrzony certyfikatem niekwalifikowanym oraz, że podpis został niekompletnie zweryfikowany (został złożony niekwalifikowany podpis elektroniczny). Tym samym Odwołujący podpisał ofertę podpisem elektronicznym, ale innym niż kwalifikowany, co oznaczało, że jego oferta została złożona niezgodnie z art. 63 ust. 1 Pzp. Zamawiający zatem zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 63 ust. 1 Pzp.

Odwołujący nie załączył do odwołania żadnego dokumentu np. wydruku z ekranu komputerowego (print screen) zawierającego wynik weryfikacji pliku który wskazywałby, że komunikat uzyskany w toku takiej weryfikacji nie był jednoznaczny lub też komunikat wskazywał na opatrzenie oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący nie uprawdopodobnił również, aby zaistniały jakiegokolwiek okoliczności wskazujące na niejednoznaczności co do złożonego podpisu. Weryfikacja złożonego podpisu nie wskazywała na jakiegokolwiek błędy czy też nieprawidłowości (brak jest komunikatów o treści: „błąd podpisu”, „walidacja nie udała się”, „nieprawidłowy skrót”, „podpis ma niepoprawną strukturę” itp.), które mogłyby uzasadniać przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

#### Zarzut nr 2

W części V pkt 1.2).2.2.1 SWZ „Warunki udziału w postępowaniu”, Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą się, że posiadają aktualną koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu energią ciepłą lub aktualną koncesją w zakresie wytwarzania energii cieplnej udzieloną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w oparciu o ustawę z 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne.

Zamawiający nie wymagał, aby aktualna koncesja na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu energią ciepłą lub aktualna koncesja w zakresie wytwarzania energii cieplnej obejmowała swoim przedmiotem lokalizacje wskazane w części 1 zamówienia — tj. obiekty zlokalizowane w m. Leżnica Wielka, Gałkówka Mała i Regny. Wymogiem Zamawiającego — sformułowanym w sposób jednoznaczny, precyzyjny i nie budzący wątpliwości — było posiadanie przez wykonawcę aktualnej koncesji w zakresie obrotu energią ciepłą lub aktualnej koncesji w zakresie wytwarzania energii cieplnej, bez powiązania tej koncesji z konkretną lokalizacją. Koncesja Przystępującego spełniała powyższe wymogi.

#### Zarzut nr 3

W toku badania i oceny ofert Zamawiający nie dopatrywał się przesłanek, które mogłyby wskazywać na zaferowanie przez Przystępującego ceny, która wydawałaby się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budziłaby wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z tej też przyczyny, Zamawiający nie zażądał od Przystępującego wyjaśnień w tym zakresie, stosownie do treści art. 224 ust. 1 Pzp. W sprawie nie zaistniały również przesłanki do żądania od wykonawcy udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 Pzp.

Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek twierdzeń lub dowodów które mogłyby wskazywać bądź też nasuwać wątpliwości co do tego, że cena zaferowana przez Przystępującego jest rażąco niska.

14 października 2021 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym ustosunkował się do zarzutów odwołania. Przystępujący wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Przystępujący wskazał:

#### Zarzut nr 1

Zadbanie o integralności podpisu elektronicznego jest obowiązkiem wnoszącego ofertę, a walidacja złożonych podpisów elektronicznych nie jest procesem samowolnym i musi być przeprowadzona zgodnie z przepisami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. L 2014 Nr 257, str. 73)

W przedmiotowym postępowaniu proces walidacji nie potwierdził ważności kwalifikowanego elektronicznego podpisu Odwołującego.

#### Zarzut nr 2

Przystępujący spełnił wszystkie wymagania określone w części V SWZ, w tym również wskazane w ust. 1 pkt 2.2.1, co wykazał składając Koncesję Nr WCC/2887/18889/W/OGD/2020/KG na wytwarzanie ciepła na okres od dnia 3 lipca 2020 r. do dnia 31 grudnia 2030 r.

#### Zarzut nr 3

Odwołujący formułując ten zarzut, nie opierał się na konkretnych zarzutach, lecz wyraził jedynie swój subiektywny i niczym niepoparty pogląd na temat sposobu kalkulacji ceny przez Przystępującego. Podane przez Odwołującego dane nie zostały powiązane z ofertą Przystępującego. Odwołujący złożył ofertę opiewającą na kwotę 10 226 599,33 zł brutto, za to Przystępujący zaoferował cenę 7 812 279,83 zł brutto, czyli o 23,6% niższą od ceny Odwołującego. Różnica ta nie budziła wątpliwości Zamawiającego i nie mogła być poczytywana za rażąco niską, szczególnie zważywszy na specyfikę prowadzonej przez Przystępującego działalności gospodarczej.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych Promat Sp. z o.o. z siedzibą w Chwaszczynie.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

#### Zarzut nr 1

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność wykazania, że oferta Odwołującego została we właściwy sposób opatrzona podpisami kwalifikowanymi. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 535 Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Tym samym to na Odwołującym ciążył ciężar dowodu w zakresie wykazania zasadności stawianego zarzutu. W ocenie Izby wniosek Odwołującego zmierzał do obejścia art. 535 Pzp, w szczególności, że poza ww. wnioskiem Odwołujący nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej zmierzającej do wykazania, że wynik walidacji podpisów Odwołującego złożonych na ofercie dawał pozytywny wynik (tj. potwierdzał, że oferta została prawidłowo podpisana podpisami kwalifikowanymi).

Część XI SWZ, pkt 6 stanowi:

„Ofertę, pod rygorem nieważności należy sporządzić w formie elektronicznej, tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, w następujący sposób:

(...)

c) Zamawiający zgodnie z postanowieniami Części VIII ust. 9 pkt 2 lit b SWZ określa dopuszczalny format kwalifikowanego podpisu elektronicznego jako:

- dokumenty w formacie pdf zaleca się podpisywać formatem PAdES,
- dopuszcza się podpisanie dokumentów w formacie innym niż pdf, wtedy należy użyć formatu XadES (...).

Między stronami nie było sporu, co do sposobu rozumienia powyższego postanowienia - żaden z uczestników postępowania odwoławczego nie kwestionował obowiązku złożenia oferty w postępowaniu w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

23 września 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części I postępowania oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Odrzucenie oferty zostało w następujący sposób uzasadnione:

„Podczas weryfikacji, złożonego przez Wykonawcę podpisu, otrzymano następujący raport: Niekwalifikowany podpis elektroniczny. Niekompletnie zweryfikowany. Certyfikat nie jest certyfikatem kwalifikowanym (w kontekście eIDAS)! Certyfikat podpisujący nie posiada oczekiwanego atrybutu użycia klucza! Podpis nie może zostać określony jako zgodny z ETSI EN 319 102-1. Certyfikat nie zawiera adresów list CRUOCSP. Certyfikat nie zawiera hiperłączy do danych wystawcy (Authority information access locations).

(.)

Podkreślenia wymaga fakt, że kwalifikowani dostawcy usług zaufania mogą także oferować usługi nie będące kwalifikowanymi usługami zaufania. Powyższe wynika choćby z samej definicji kwalifikowanego dostawcy usług zaufania. Zgodnie z legalną definicją pojęcie to oznacza dostawcę usług zaufania, który świadczy przynajmniej jedną kwalifikowaną usługę zaufania i któremu status kwalifikowany nadał organ nadzoru.

Ponieważ Wykonawca złożył ofertę na Platformie Zakupowej, która nie została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym jego oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z przepisami ustawy”.

Po przeprowadzeniu dowodu z dokumentów (wydruków zrzutów ekranowych obrazujących wynik weryfikacji podpisów elektronicznych złożonych pod ofertą Odwołującego) załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie Izba uznała, że jego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa.

W ocenie Izby Zamawiający udowodnił, że oferta Odwołującego nie została podpisana w sposób prawidłowy, tj. kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi.

W toku rozprawy Odwołujący złożył dowód (Umowa z subskrybentem nr 76939/2020 /1056/1094 i nr 76940/2020/1056/1094 - kopie), który miał służyć wykazaniu, że Odwołujący dysponował kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi, co pośrednio miało prowadzić do wykazania, że takie też podpisy zostały złożone na ofercie Odwołującego. Izba w zakresie tego dowodu wskazuje co następuje:

Z treści kopii Umów przedstawionych przez Odwołującego wynika jedynie, że obaj wspólnicy spółki zawarli umowy, których przedmiotem było wydanie na wniosek subskrybenta certyfikatu kwalifikowanego służącego do weryfikacji podpisu elektronicznego oraz do świadczenia usług z nim związanych. Nie można jednak zignorować faktu, że znajdujące się na stronach 2 obu umów oświadczenia subskrybentów po zawarciu umowy nie potwierdzały odbioru zestawu z certyfikatem kwalifikowanym oraz odbioru certyfikatu kwalifikowanego - odpowiednie pola przy poszczególnych punktach oświadczenia nie zostały w żaden sposób zaznaczone (np. przez postawienie znaku „x” jako potwierdzenie odbioru certyfikatów). Pełnomocnik Odwołującego nie był w stanie wyjaśnić tego faktu ograniczając się do oświadczenia, że złożone w charakterze dowodu kopie umów są w pełni zgodne z oryginalnymi umowami.

Złożenie przez Odwołującego ww. kopii umów w żaden sposób nie mogło potwierdzać, że oferta złożona w postępowaniu została prawidłowo opatrzona podpisem kwalifikowanym. Fakt, że Odwołujący dysponował prawidłowymi podpisami nie oznacza automatycznie, że prawidłowo podpisał ofertę.

Izba wskazuje za Zamawiającym, że Odwołujący nie złożył najbardziej oczywistego dowodu, który mógłby potwierdzać, że oferta została podpisana w sposób prawidłowy, tj. wydruków

zrzutów ekranowych z walidacji podpisów, które wykazywałyby, że były to podpisy

kwalifikowane.

Zamawiający przekazał do Izby całą dokumentację postępowania, w tym ofertę Odwołującego w takiej postaci, w jakiej została przekazana Zamawiającemu. Na podstawie art. 534 ust. 2 Pzp Izba przeprowadziła dowód z weryfikacji podpisów, którymi została opatrzona oferta Odwołującego. Weryfikacja została przeprowadzona za pomocą aplikacji proCertum SmartSign, a wynik był zgodny z wynikami przedstawionymi w dowodach Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarzut nr 1 nie potwierdził się, a odrzucenie oferty Odwołującego wobec powyższych faktów było w pełni uzasadnione. W konsekwencji Izba uznała, że nie ma podstaw do uznania, że żądanie Odwołującego, by Zamawiający unieważnił czynność odrzucenia jego oferty było zasadne.

Zarzuty nr 2 i 3 również nie potwierdziły się. Główną osią sporu między stronami było postanowienie Części V SWZ, pkt 2.2.1: „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże się, że posiada aktualną koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu energią ciepłą lub aktualną koncesję w zakresie wytwarzania energii cieplnej udzieloną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, w oparciu o ustawę z dnia 10.04.1997 r. Prawo energetyczne”. W ocenie Izby postanowienie to należało interpretować literalnie tj. jako wymóg posiadania koncesji na obrót lub wytwarzanie energii cieplnej w dowolnej lokalizacji. Taką też koncesją wykazał się Przystępujący - jego koncesja dotyczyła innych miejsc, w których Przystępujący obecnie świadczy usługi. Koncesja ta była w ocenie Izby w pełni zgodna z ww. wymogami SWZ.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający nie żądał, by przedmiotowa koncesja dotyczyła miejsc realizacji przedmiotu zamówienia, szczególnie, że jak przyznał w toku rozprawy Odwołujący (obecny wykonawca analogicznego zamówienia na rzecz Zamawiającego) tylko Odwołujący byłby w stanie wykazać się koncesją dotyczącą tych miejsc. Jak zgodnie wyjaśniły strony i Przystępujący, by móc świadczyć usługi obrotu lub wytwarzania energii cieplnej wykonawca najpierw musi uzyskać tytuł prawny do określonej lokalizacji, a dopiero potem może wystąpić o udzielenie mu koncesji dla danego miejsca bądź zmianę dotychczasowej koncesji przez wpisanie do niej nowej lokalizacji. Z tego względu niemożliwym jest dysponowanie koncesją dotyczącą określonej lokalizacji przez podmiot nie dysponujący daną lokalizacją.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nr 2 nie potwierdził się i podlegał oddaleniu.

W zakresie zarzutu nr 3 Izba wskazuje, że wobec oferty Przystępującego nie wypełniły się przesłanki wskazane w art. 224 ust. 2 pkt Pzp, zgodnie z którym w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 5 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W części I postępowania wpłynęły dwie oferty - Odwołującego i Przystępującego, cenami odpowiednio 10 226 599,33 zł i 7 812 279,83 zł. Na realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający, zgodnie z informacją z 30 lipca 2021 r. przeznaczył 10 710 384,70 zł i była to kwota tożsama z wartością szacunkową części I przedmiotu zamówienia powiększoną o VAT.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający nie miał ustawowego obowiązku wezwania Przystępującego do wyjaśnienia ceny. Odwołujący z kolei nie wykazał zasadności swojego zarzutu. W konsekwencji Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do wezwania Przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym jeżeli zaofiarowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

1. SWZ z załącznikami,
2. oferty Przystępującego i Odwołującego,
3. dokumentów podmiotowych złożonych przez Przystępującego 14 września 2021 r., ze szczególnym uwzględnieniem koncesji, których dotyczył zarzut nr 2,
4. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
5. wydruków zrzutów ekranowych złożonych przez Zamawiającego na okoliczność wykazania wadliwości podpisów elektronicznych, którymi została opatrzona oferta Odwołującego,
6. dowodu złożonego przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron, tj. Umowy z subskrybentem nr 76939/2020/1056/1094 i nr 76940/2020/1056/1094.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).