

WYROK

z dnia 25 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Marta Sioma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2022 r. przez odwołującego Spółdzielnię Socjalną "Jasne, że BUS" w Częstochowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Częstochowa

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Spółdzielnię Socjalną "Jasne, że BUS" w Częstochowie i zalicza na poczet kosztów kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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

wyroku z dnia 25 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 67/22

Zamawiający - Gmina Miasto Częstochowa, ul. Śląska 11/13, 42-217 Częstochowa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Zapewnienie w okresie

od dnia zawarcia umowy do 31.08.2022 r. usług transportu oraz opieki w czasie przewozu

dzieci i uczniów z niepełnosprawnością, zamieszkałych na terenie miasta Częstochowy do jednostek oświatowych, w tym przedszkoli, punktów przedszkolnych lub oddziałów

przedszkolnych w szkole podstawowej, szkół i ośrodków rewalidacyjno-wychowawczych (szacuje się, że z transportu i opieki skorzysta około 160 dzieci i uczniów dowożonych do ok. 20 jednostek oświatowych)", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 listopada 2021 r. pod numerem 2021/S 216-568766, dalej zwanej „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 10 stycznia 2022 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Spółdzielnia Socjalna "Jasne, że BUS" ul. Okólna 17/19 lok. 165, 42-218 Częstochowa (dalej zwany „odwołującym”).

W odwołaniu wskazano co następuje: „W związku z wyborem oferty Firmy Alfabus Kielce na w/w zadanie, na podstawie art 253 Ustawy o Zamówieniach Publicznych składam protest wobec czynności podjętej przez zamawiającego polegającej na zaniechaniu przez zamawiającego czynności, do której był on zobowiązany przepisami Ustawy, a mianowicie:

- podania przyczyny odrzucenia oferty Jasne, że BUS
- przesłania na naszą prośbę dokumentów potwierdzających wybór oferty Alfabus Kielce.

W związku z tym, że interes Spółdzielni doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, żądamy powtórzenia przetargu na w/w zadanie. Uzasadnienie: Nie udostępnienie dokumentów stwarza podejrzenie, iż wybrany oferent nie spełnia warunków, a w szczególności nie posiada wymaganej ilości taboru samochodowego oraz etatów kierowców i opiekunów.”

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Izba - po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska stron złożone pisemnie i ustnie do protokołu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu niewłaściwego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, strona sama na rozprawie przyznała, że zasugerowano się informacją zamieszczoną na Biuletynie Informacji Publicznej zamawiającego, która zawierała ograniczone informacje, zaś właściwe uzasadnienie odrzucenia oferty przekazano odwołującemu korespondencją elektroniczną. Zgodnie z dokumentacją postępowania, zamawiający w piśmie z dnia 30 grudnia 2021 r. wskazał odwołującemu, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 63 ust. 1 p.z.p., ponieważ nie została podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a podpisem zaufanym, co nie spełnia wymagań art. 63 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że zarzut braku podania przyczyny odrzucenia oferty odwołującego nie znalazł potwierdzenia w materiale procesowym. Na marginesie można zaznaczyć, że zamawiający prawidłowo odrzucił tę ofertę, ponieważ gdy postępowanie posiada określoną wartość, czyli przekracza progi krajowe, ustawodawca zastrzegł dla prawidłowości złożenia oferty - pod rygorem nieważności, konieczność zachowania formy elektronicznej, która została uregulowana w art. 78¹ § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p., na podstawie którego do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zatem dla zachowania formy elektronicznej konieczne jest złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i podpisanie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Chodzi o tzw. bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. (tak E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 10, Warszawa 2021, Art. 78¹ k.c., Legalis; por. także Prawo zamówień publicznych. Komentarz., M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak - Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Art. 63 p.z.p., Legalis, gdzie wskazano: „(...) należy odróżnić kwalifikowany podpis elektroniczny od innych rodzajów podpisów elektronicznych. Tylko użycie tego pierwszego zapewnia taki skutek jak złożenie oświadczenia w formie elektronicznej, równoważnej formie pisemnej (art. 78¹ § 2 KC).”).

Natomiast brak podpisania oferty właściwym podpisem - brak zachowania obligatoryjnej formy elektronicznej - skutkuje jej odrzuceniem, ponieważ jest to wada, której nie można konwalidować. Określony w art. 63 ust. 1 p.z.p. rygor nieważności oznacza, że niezachowanie właściwej formy oferty powoduje sankcję nieważności, a tym samym dochodzi do wypełnienia hipotezy art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.p., więc działanie zamawiającego było właściwe.

Odwołujący zarzucił również zamawiającemu, że nie przekazano mu dokumentacji postępowania, w szczególności dokumentów potwierdzających prawidłowość wyboru oferty wykonawcy Alfa Bus Sp. z o. o. w Kielcach, którą wybrano jako ofertę najkorzystniejszą. Izba ustaliła, że wniosek o udostępnienie dokumentacji złożono 5 stycznia 2022 r., zaś zamawiający przekazał odwołującemu wnioskowane dokumenty 10 i 11 stycznia 2022 r., czyli w pierwszy dzień roboczy jednostki zamawiającej od dnia złożenia wniosku (opóźnienia wynikały także z problemów technicznych w przekazywaniu plików, co zamawiający udowodnił załączoną do odpowiedzi na odwołanie korespondencją elektroniczną). Odwołujący dysponował więc znaczącą częścią dokumentacji w dniu 10 stycznia 2022 r., w którym upływał termin na wniesienie odwołania. Nie można także pomijać, że wniosek o dostęp do dokumentów postępowania nie został złożony niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, a kilka dni później.

Niemniej, po otrzymaniu rzeczonych dokumentacji odwołujący postawił wybranemu wykonawcy zarzuty, które okazały się bezzasadne. Podważano złożone umowy o pracę, kiedy jak trafnie podniósł zamawiający stanowią dokumenty dodatkowe, których nie wymagano w postępowaniu na etapie składania ofert. Zamawiający nie postawił żadnych wymagań dotyczących wymiaru etatu, miejsca zamieszkania kierowców, itd. Nie można zatem wyciągać wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji z powodu wymogów, których nie ujęto w SWZ, nawet jeżeli odwołującemu wydały się one zasadne z powodu sposobu realizacji zamówienia. Obecnie, kiedy nie ma już możliwości zmiany dokumentacji postępowania, a jej brzmienie ustalone przed terminem na składanie ofert wiąże

zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą, można wymagać, oceniać

i ponosić ewentualne negatywne konsekwencje wyłącznie w oparciu o treść jednoznacznie zawartą w SWZ. Podobnie w zakresie wymaganych zdolności podmiotowych, które określono w pkt 8 SWZ pt. informacja o warunkach udziału w postępowaniu - jeżeli

odwołujący nie jest w stanie wykazać, że zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę

wykonawcy Alfa Bus Sp. z o. o. w Kielcach, czyli na kanwie ustalonych warunków

postępowania wadliwie ocenił dokumenty złożone przez tego wykonawcę, to nie ma

podstaw, aby uznać wybranego wykonawcę za nieposiadającego wymaganego potencjału podmiotowego. Innymi słowy, wszystkie twierdzenia podniesione przez odwołującego, które miały stanowić wadę oferty Alfa Bus Sp. z o. o. w Kielcach, a nie były związane z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SWZ, nie mogły podważyć prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na ocenie i badaniu tej oferty, a w konsekwencji wyborze jej jako najkorzystniejszej. Zamawiający sprawdza czy spełniono wymagania z SWZ w oparciu o oświadczenia i dokumenty, których w niej wymagano, składane na wykazanie warunków w SWZ zawartych, zaś Izba weryfikując czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym także sprawdza czy wykonawca dysponuje np. odpowiednim zasobem technicznym (16 pojazdami odpowiednimi do realizacji usług) czy prawidłowym

potencjałem kadrowym (16 kierowcami i 16 opiekunami dzieci i uczniów), jedynie zgodnie z warunkami zawartymi w pkt 8 SWZ - tu odpowiednio pkt 8.3 i 8.4 specyfikacji.

Należy także zaznaczyć, iż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest

postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym trzon materiału procesowego i podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony. Zgodnie z art. 534 ust. 1 p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Oznacza to obowiązek dostarczenia organowi procesowemu środków, przy pomocy których mógłby on przekonać się o tym, że przytoczone okoliczności są prawdziwe, zaś z drugiej strony określa, kto ponosi negatywne konsekwencje braku wywiązania się z nałożonego ciężaru dowodowego, czyli materialnoprawny skutek nieudowodnienia istotnych okoliczności, z których wywodzone są skutki prawne. Natomiast odwołujący usiłował wywodzić stawiane hipotezy z całokształtu własnych założeń lub własnej oceny sytuacji, bez wskazania, a następnie udowodnienia faktów, które mogłyby podważyć ocenę zamawiającego i doprowadzić do odrzucenia podważanej oferty.

Skład orzekający zauważa również, że odwołujący domagał się powtórzenia przetargu, kiedy w postępowaniu złożył ważną ofertę jeszcze jeden wykonawca (Ł. O.

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ł. O. Oparka „DVL” w Korczynie), której prawidłowości nie zaskarżono. Zaoferowana przez tego wykonawcę cena, która przekracza środki przeznaczonych na realizację zamówienia, co podnoszono na rozprawie, sama w

sobie nie powoduje odrzucenia oferty, ponieważ zamawiający ma obowiązek rozważenia zwiększenia swojej kwoty, więc należałoby także udowodnić, że jednostka zamawiająca nie jest w stanie zwiększyć środków przeznaczonych na realizację umowy do ceny oferty. Zatem nawet wyeliminowanie z przetargu wykonawcy Alfa Bus Sp. z o. o. w Kielcach (gdyby

okazało się zasadne) nie spowodowałoby konieczności automatycznego unieważnienia postępowania, a tym samym nie byłoby podstaw do uwzględnienia rozpoznawanego środka zaskarżenia ze względu na art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Ponadto nie wskazano w odwołaniu okoliczności, które Izba mogłaby poddać subsumpcji pod art. 255 p.z.p., który dotyczy przesłanek obligatoryjnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomijając już obowiązek ich

udowodnienia.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że w ustalonym stanie rzeczy nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. - zamawiający w sposób prawidłowy dokonał

odrzucenia oferty odwołującego i prawidłowo wybrał ofertę najkorzystniejszą, zatem

odwołanie musiało zostać oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania

odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia 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). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Przewodniczący: