sygn. akt: KIO 1455/22

WYROK

z dnia 15 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2022 r. przez wykonawcę D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DAMBOL Budownictwo

i Nadzory D. B., ul. Ludwika Zamenhofa 13 lok. 7; 63-400 Ostrów Wielkopolski, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Miasto Oleśnica, ul. Rynek Ratusz 1; 56-400 Oleśnica,

przy udziale wykonawcy Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., ul. Klonowa 10; 55-002

Kamieniec Wrocławski, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DAMBOL Budownictwo i Nadzory D. B., ul. Ludwika Zamenhofa 13 lok. 7; 63-400 Ostrów Wielkopolski i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DAMBOL Budownictwo i Nadzory D. B., ul. Ludwika Zamenhofa 13 lok. 7; 63-400 Ostrów Wielkopolski, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą

DAMBOL Budownictwo i Nadzory D. B., ul. Ludwika Zamenhofa 13 lok. 7; 63-400 Ostrów Wielkopolski na rzecz zamawiającego Gmina Miasto Oleśnica, ul. Rynek Ratusz 1; 56-400 Oleśnica, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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) 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 1455/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Oleśnica prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Pełnienie nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn.: Budowa dróg o nawierzchni utwardzonej wraz z infrastrukturą techniczną na terenie osiedla pomiędzy ul. Europejską a Polną w Oleśnicy".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych

nr 2022/BZP 00116332/01 z dnia 08.04.2022 r.

Dnia 25 maja 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 30 maja 2022 roku, wykonawca D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DAMBOL Budownictwo i Nadzory D. B., ul. Ludwika Zamenhofa 13 lok. 7; 63-400 Ostrów Wielkopolski (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1) odrzuceniu oferty odwołującego złożonej w postępowaniu, pomimo że oferta odwołującego jest zgodna z ustawą Pzp oraz zgodna z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego,

2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o.,

ul. Klonowa 10, 55-002 Kamieniec Wrocławski, złożonej w postępowaniu, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie XII.3.4) lit. b) specyfikacji warunków zamówienia, dalej jako: „SWZ", a więc w sytuacji, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, a także zaniechania wezwania przez zamawiającego wykonawcy Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., do udzielenia wyjaśnień w zakresie złożonych przez tego wykonawcę podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, o którym mowa w punkcie XII.3.4) lit. b) SWZ, pomimo że istnieją istotne wątpliwości, czy wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu,

3) wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., pomimo że oferta ta nie zawiera najkorzystniejszego bilansu kryteriów oceny ofert,

4) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta odwołującego zawiera korzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert, przez co powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1-3 Pzp przepisów, tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 63 ust. 2 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz punktu XVII.5

SWZ, poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów w sytuacji, w której nie powinny być zastosowane, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo że złożył on ofertę zgodną z przepisami ustawy Pzp, a także zgodną z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego, a więc pomimo że odwołujący złożył ważną i prawidłową ofertę w postępowaniu, co skutkowało nieuzasadnionym odrzuceniem oferty odwołującego w sposób sprzeczny z treścią tych przepisów,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe niezastosowanie tego przepisu w sytuacji, w której powinien zostać zastosowany, polegające na zaniechaniu

odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie XII.3.4) lit. b) SWZ, które przejawia się w:

1) niewykazaniu, że osoba wskazana przez wykonawcę Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, tj. Pan K. M., posiada uprawnienia budowlane w specjalności sieci i instalacji elektrycznych bez ograniczeń, gdyż z informacji uzyskanych przez odwołującego wynika, że osoba ta nie posiada uprawnień o numerze wskazanym w wykazie osób złożonym przez wykonawcę,

2) niewykazaniu, że osoba wskazana przez wykonawcę Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, tj. Pan K. M. posiada w pełni wymagane przez zamawiającego uprawnienia budowlane w specjalności sieci i instalacji elektrycznych bez ograniczeń, wystawione przez upoważniony do tego podmiot,

3. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa w punkcie 2.

powyżej - art. 128 ust. 4 Pzp poprzez jego niewłaściwe niezastosowanie, które polegało na pominięciu przez zamawiającego treści tego przepisu i zaniechaniu wezwania

wykonawcy Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., do udzielenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez tego wykonawcę podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu osób na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie XII.3.4) lit. b) SWZ, pomimo że istnieją istotne wątpliwości, czy:

1) osoba wskazana przez wykonawcę Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, tj. Pan K. M., posiada uprawnienia budowlane w specjalności sieci i instalacji elektrycznych bez ograniczeń,

2) osoba wskazana przez wykonawcę Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, tj. Pan K. M. posiada w pełni wymagane przez zamawiającego uprawnienia budowlane w specjalności sieci i instalacji elektrycznych bez ograniczeń, wystawione przez upoważniony do tego podmiot,

4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ spośród ofert złożonych w postępowaniu a niepodlegających odrzuceniu i w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób inny, niż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,

oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w postępowaniu,

2. odrzucenie oferty wykonawcy Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., z uwagi na

niewykazanie przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu,

3. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia żądania, o którym mowa w punkcie 2. powyżej: wezwanie wykonawcy Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień

w zakresie posiadanych przez Pana K. M. uprawnień budowlanych w celu ustalenia, czy osoba wskazana przez wykonawcę w wykazie osób spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie XII.3.4) lit. b) SWZ w zakresie posiadania uprawnień budowlanych w specjalności sieci i instalacji elektrycznych bez ograniczeń,

4. dokonanie ponownego badania oferty odwołującego,

5. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie

ustalonych w SWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Zgodnie z ustalonymi w SWZ wymaganiami oraz obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, prawidłowe dokonanie badania i oceny oferty odwołującego przez zamawiającego powinno skutkować uznaniem,

że oferta odwołującego spełnia wymogi określone w ustawie Pzp i jest zgodna z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego. W związku z powyższym zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Dodatkowo prawidłowe dokonanie oceny oferty wykonawcy Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o. przez zamawiającego powinno skutkować stwierdzeniem, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, przez co oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania, w czym należy równolegle upatrywać interes we wniesieniu odwołania, albowiem wpływa to na sytuację prawną odwołującego w postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami Pzp, przy uwzględnieniu zarzutów niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

[Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 63 ust. 2 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp

oraz punktu XVII.5 SWZ]

Zdaniem odwołującego oferta została złożona prawidłowo. Oferta złożona w postępowaniu przez odwołującego została przygotowana pierwotnie w wersji papierowej, następnie została zeskanowana. W dalszych krokach odwołujący skompresował wszystkie pliki składające się na ofertę, tak przygotowane archiwum opatrzył podpisem zaufanym, następnie zaszyfrował i przekazał podpisane, zaszyfrowane archiwum plików zamawiającemu przez miniPortal, stosownie do postanowień SWZ.

Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na dopuszczalność takiego sposobu złożenia oferty. Przykładowo, w wyroku z dnia 29 lipca 2021 r., wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1561/21, Izba uznała, że: „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”.

Podobnie, w wyroku z dnia 4 marca 2019 r., sygn. akt: KIO 277/19, Izba stwierdziła, że: „w przedmiotowej sprawie odwołujący sporządził ofertę zgodnie z przepisem zawartym w art. 10a ust. 5 Pzp. Nie ma przy tym znaczenia wcześniejsze wydrukowanie przygotowanego na potrzeby postępowania, formularza ofertowego i podpisanie go przez upoważnioną osobę poprzez złożenie przez nią podpisu własnoręcznego. Jak wskazano powyżej brak zachowania formy przewidzianej w art. 10a ust. 5 Pzp sankcjonowany jest nieważnością czynności wykonawcy, tym samym oferta będąca przecież oświadczeniem woli w rozumieniu art. 60 k.c., sporządzona w postaci papierowej jest nieważna. W związku z tym nie może ona wywoływać żadnych skutków prawnych w tym także być uznana za oryginał oferty. Oryginał oferty został sporządzony dopiero po spełnieniu wymogów określonych w art. 10a ust. 5 Pzp, tj. po nadaniu ofercie postaci elektronicznej i opatrzeniu jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku z dnia 25 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 221/19. W ocenie odwołującego ww.

wymogi zostały zachowane w niniejszej sprawie w odniesieniu do jego oferty.

Podobnie, zapisy SWZ również dopuszczają taki sposób złożenia oferty (pkt XVII.1 i XVII.5 SWZ) - w oparciu o zapisy SWZ należy dojść do wniosku, że podpisanie podpisem zaufanym całego folderu w formacie .zip było alternatywą względem podpisywania podpisem zaufanym poszczególnych plików. Zgodnie bowiem z treścią ww. przepisów: „Oferta musi być sporządzona w języku polskim, w postaci elektronicznej w formacie danych: .pdf, .doc, .docx, .rtf,.xps, .odt i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Jeżeli na ofertę składa się kilka dokumentów, Wykonawca powinien stworzyć folder, do którego przeniesie wszystkie dokumenty oferty, podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Następnie z tego folderu Wykonawca zrobi folder .zip (bez nadawania mu haseł i bez szyfrowania). Dopuszczalne jest też podpisanie całego folderu w formacie .zip. W kolejnym kroku za pośrednictwem Aplikacji do szyfrowania Wykonawca zaszyfruje folder zawierający dokumenty składające się na ofertę”.

Zdaniem odwołującego, opatrzenie całego archiwum plików podpisem zaufanym było w pełni dopuszczalne, w związku z czym złożona przez niego oferta jest prawidłowa i zgodna z zapisami Pzp. Tym samym nie powinna zostać odrzucona.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że przekazywał zamawiającemu w toku postępowania dowody opatrzenia całego archiwum plików pn. „Nadzór Oleśnica Polna Europejska.zip”, składającego się na ofertę odwołującego, podpisem zaufanym. Zdaniem odwołującego zrzuty ekranu jednoznacznie świadczą o podpisaniu skompresowanego archiwum plików pn. „Nadzór Oleśnica Polna Europejska.zip” podpisem zaufanym odwołującego.

W świetle powyższego, w ocenie odwołującego oferta złożona w postępowaniu jest prawidłowa i nie powinna zostać odrzucona jako niezgodna z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp oraz jako niezgodna z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego. Czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego jest zatem nieprawidłowa i powinna zostać uchylona.

[Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp]

Zdaniem odwołującego, zamawiający w sposób niezgodny z przepisami zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie XII.3.4) lit. b) SWZ.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponowali osobą/osobami z następującymi uprawnieniami: do kierowania robotami budowlanymi w zakresie dróg - bez ograniczeń, sieci i instalacji sanitarnych - bez ograniczeń, sieci i instalacji elektrycznych - bez ograniczeń.

Na potwierdzenie dysponowania osobą z uprawnieniami w specjalności sieci i instalacji elektrycznych - bez ograniczeń, wykonawca Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o. wskazał, że będzie dysponował specjalistą w osobie Pana K. M..

Z powszechnie dostępnych informacji zawartych na stronie internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa (pod adresem:)
wynika, że Pan K. M. nie posiada uprawnień o numerze wskazanym w wykazie osób złożonym w toku postępowania przez wykonawcę Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o., co obrazuje zrzut ekranu z ww. strony.

Dodatkowo, sam wskazany format zapisów uprawnień (26)86)L) nie odpowiada formatom zapisów w pozostałych rubrykach wskazanych przez wykonawcę, dla pozostałych osób przywołanych w wykazie osób złożonym w toku postępowania.

Zamawiający w toku postępowania nie weryfikował w żaden sposób ww. rozbieżności. Zdaniem odwołującego, przedmiotowa rozbieżność powinna zostać wyjaśniona, gdyż nie jest w obecnym stanie rzeczy pewne, czy wykonawca dysponuje do realizacji zamówienia objętego postępowaniem osobą z uprawnieniami budowlanymi w specjalności sieci i

instalacji elektrycznych - bez ograniczeń. Na podstawie złożonych dokumentów nie sposób więc dojść do wniosku, aby wykonawca wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przedmiotowa kwestia zdaje się szczególnie istotna w świetle uwag określonych poniżej.

Ze wskazanego przez wykonawcę numeru uprawnień budowlanych wskazanych dla Pana K. M. (tj. 26)86)L) może wynikać, że uprawnienia te zostały wydane przed 1994 rokiem, zatem nie zostały one uzyskane na podstawie ustawy z dnia 07.07.1994 r. - Prawo Budowlane ani

na podstawie rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Pan K. M. mógł zatem uzyskać uprawnienia do pełnienia odpowiednich funkcji na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Co wymaga podkreślenia, na podstawie przepisów powyższego rozporządzenia wydawano tylko uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie, a stanowił o tym podstawowy zapis w uprawnieniach o treści: „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych". Powyższe uprawnienie na ogół były uznawane za odpowiednik uprawnień budowlanych w ograniczonym zakresie, ponieważ ich wydanie było zależne od uznaniowej decyzji organu administracyjnego. Dopiero po roku 1994 przywrócono podział na uprawnienia bez ograniczeń i z ograniczeniami. Skoro więc nie można w jednoznaczny sposób stwierdzić, że Pan K. M. uzyskał uprawnienia budowlane na podstawie rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (a najprawdopodobniej uzyskał uprawnienia budowlane na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie), to nie można dojść do wniosku, że posiada uprawnienia w zakresie sieci

i instalacji elektrycznych - bez ograniczeń.

Wykonawca nie wykazał zatem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie XII.3.4) lit. b) SWZ. Z przedmiotowych względów jego oferta nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą z następującymi uprawnieniami: sieci

i instalacji elektrycznych - bez ograniczeń.

[ewentualny zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp]

Gdyby Izba doszła do wniosku, że odrzucenie oferty wykonawcy, ze względów wskazanych powyżej było przedwczesne, to odwołujący wskazuje, że przedmiotowe okoliczności powinny zostać wyjaśnione przez zamawiającego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego zamawiający w oparciu o wykaz osób złożony w postępowaniu przez wykonawcę, nie mógł dojść do jednoznacznego wniosku, że Pan K. M. posiada uprawnienia budowlane w specjalności sieci i instalacji elektrycznych - bez ograniczeń. Zamawiający nie powziął natomiast wątpliwości co do takiego stanu rzeczy, co należy uznać za naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, które polega na zaniechaniu wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie posiadanych przez Pana K. M. uprawnień budowlanych w celu ustalenia, czy osoba wskazana przez wykonawcę w wykazie osób spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie XII.3.4) lit. b) SWZ.

[Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp]

Konsekwencją wyżej opisanych naruszeń przepisów ustawy Pzp było także nieprawidłowe zastosowanie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, które polegało na zaniechaniu przez zamawiającego dokonania czynności wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych

w dokumentach zamówienia. Gdyby bowiem zamawiający zastosował się do brzmienia wyżej wymienionego przepisu, to musiałby dojść do wniosku, że to oferta złożona przez odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert ustanowionych w dokumentach zamówienia dla postępowania. Z uwagi na fakt, że zamawiający nie doszedł do takiego wniosku, w wyniku naruszeń opisanych w poprzedniej części niniejszego pisma, doszło także do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Naprawienie przedmiotowych uchybień wymaga dokonania przez zamawiającego ponownej oceny oferty odwołującego, zgodnie

z wnioskiem niniejszego odwołania. W konsekwencji, w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy Pzp, należy uznać, że odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego. Nie jest dla zamawiającego zrozumiały cel przytaczania wyroków KIO, iż nie podlega odrzuceniu oferta,

która została podpisana w formie papierowej a następnie zeskanowana i ponownie podpisania - tym razem już podpisem elektronicznym, bowiem zamawiający nigdzie nie wskazał, że takie postępowanie wykonawcy było powodem odrzucenia oferty. Już w wezwaniu do wyjaśnień

z dnia 10.05.2022 r. skierowanym do odwołującego, gdzie zamawiający odnosił się do wcześniejszego jego pisma, znalazło się stwierdzenie, że: „Zgadzając się zatem ze stwierdzeniem, że podpisanie i zeskanowanie takich podpisanych plików do pdf. nie dyskwalifikuje takiego dokumentu o ile został on podpisany elektronicznie (zamawiający zna orzeczenie KIO przytoczone przez Państwa w piśmie) i zgadzając się ze stwierdzeniem, że można było podpisać również „zzpiowany" folder, Zamawiający ponownie stwierdza, że w toku badania oferty przy pomocy wskazanych w/w narzędzi nie uzyskał potwierdzenia, że folder ten lub pliki w nim zawarte zostały podpisane jednym z trzech rodzajów podpisów wskazanych w SWZ".

Gdyby zatem wykonawca zeskanował podpisane na papierze pliki oferty a następnie je podpisał (lub podpisał folder, w którym zostały spakowane) to taka oferta zostałaby przyjęta przez zamawiającego jako prawidłowa. Tak się jednak nie stało, co zamawiający w szczegółowy sposób opisał w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający wskazał, że odwołujący w odwołaniu, ale też już w trakcie postępowania w celu wyjaśnienia wątpliwości przez zamawiającego, nie przedłożył żądanych przez zamawiającego dowodów podpisania „zzipowanego" folderu, w którym zamieścił zeskanowane pliki oferty. Takim dowodem nie jest w szczególności zrzut z ekranu ze skrzynki odwołującego w aplikacji ePUAP, bowiem nie służy ona do weryfikacji podpisu elektronicznego przekazywanych nią dokumentów. Za pomocą takiego zrzutu można jedynie udowodnić, że podpisany podpisem zaufanym został formularz do przekazania oferty - i tego faktu zamawiający nie kwestionuje, jednakże podpisanie formularza nie jest równoznaczne z podpisaniem - zgodnie z przytoczoną w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego opinią UZP oraz wyrokiem NSA.

Odwołujący nie kwestionuje zresztą faktu, że podpisanie samego formularza nie powoduje uznania załączonej do niego oferty za podpisaną, lecz próbuje zakwestionować twierdzenia zamawiającego, że złożony folder z plikami oferty nie został podpisany, nie przedstawiając na to żadnych dowodów. W złożonym odwołaniu, zamieszczone zostało następujące

stwierdzenie: „Zdaniem Odwołującego oferta została złożona prawidłowo. Oferta złożona w Postępowaniu przez Odwołującego została przygotowana pierwotnie w wersji papierowej, następnie została zeskanowana. W dalszych krokach Odwołujący skompresował wszystkie pliki składające się na archiwum opatrzył podpisem zaufanym, następnie zaszyfrował i przekazał podpisane, zaszyfrowane archiwum plików Zamawiającemu przez miniPortal, stosownie do postanowień SWZ".

Odnosząc się do powyższego, zamawiający stwierdził, że powyższe mija się całkowicie ze stanem faktycznym w sprawie. Należy zwrócić uwagę, że odwołujący w ogóle nie odniósł się do stwierdzenia zamawiającego, że spakowany folder w formacie .zip. otrzymuje po jego podpisaniu podpisem zaufanym dodatkowe rozszerzenie .xml. Zatem folder, w którym wykonawca przekazał ofertę powinien - po jego podpisaniu przez wykonawcę mieć nazwę

Nadzór Oleśnica Polna Europejska.zip.xml a ma jedynie nazwę Nadzór Oleśnica Polna Europejska.zip - patrz zrzuty z ekranu z wyjaśnieniami odwołującego, znajdujące się w treści odwołania jak i w dokumentacji prowadzonego postępowania. Powyższe łatwo jest stwierdzić, podpisując podpisem zaufanym dowolny skompresowany folder dla przykładu - i zamawiający wnosi o przeprowadzenie takiego dowodu w trakcie rozprawy.

Zamawiający zwraca uwagę, że już po złożeniu wyjaśnień przez odwołującego, pracownik zamawiającego sekretarz komisji przetargowej (...), dla rozwiania wszelkich wątpliwości, dzwonił do (...) (odwołujący) i telefonicznie razem z nim przeprowadził proces podpisania zzipowanego pliku, wskutek którego to procesu odwołujący otrzymał plik z rozszerzeniem zip.xml na końcu.

Brak odniesienia się odwołującego do powyższego jest zdaniem zamawiającego nieprzypadkowy, podobnie jak brak zrzutów ekranu z weryfikacji pliku za pomocą

dedykowanej do tego strony elektronicznie-

wykorzystaj-podpis-zaufany. i to nie tylko w odwołaniu, ale przede wszystkim w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę. Odwołujący nie dołożył należytej staranności i nie zastosował się w pełni do treści wezwania zamawiającego wzywającej do złożenia wyjaśnień o określonej treści.

Załączone przez odwołującego zrzuty ekranu ze skrzynki ePUAP nie tylko, że nie

potwierdzają podpisania skompresowanego folderu oferty podpisem zaufanym, ale stanowią dowód, że nie zostało to zrobione - patrz rozważania dotyczące nazwy pliku. Zamawiający załącza na końcu niniejszej odpowiedzi na odwołanie zrzuty ekranu z prób weryfikacji - zarówno pliku zaszyfrowanego jak i odszyfrowanego - za pomocą w/w dedykowanej strony służącej do podpisu jak i weryfikacji podpisu zaufanego, ale także za pomocą aplikacji firmy Certum do podpisu kwalifikowanego, której zamawiający używa w codziennej pracy i która posiada również funkcjonalność weryfikacji podpisu zaufanego.

Zamawiający wnioskował również o przeprowadzenie - w miarę możliwości technicznych i uznania takiej potrzeby przez skład Izby - takiej weryfikacji w stosunku do pliku znajdującego się w skrzynce ePUAP odwołującego - jeżeli powyższe przytoczone argumenty, zawarte również w piśmie o odrzuceniu oferty odwołującego nie w pełni przekonają Izbę do słuszności stanowiska zamawiającego.

W świetle powyższego zamawiający podtrzymuje swoją czynność odrzucenia oferty opisaną w zawiadomieniu o wyniku postępowania.

Zarzut polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o.

Zdaniem zamawiającego, jako nadużycie i próbę manipulacji należy ocenić twierdzenia odwołania, że oferta ta podlega odrzuceniu z powodu niewykazania, że osoba wskazana przez przystępującego, posiada uprawnienia budowlane w specjalności sieci i instalacji elektrycznych bez ograniczeń, gdyż z informacji uzyskanych przez odwołującego wynika, że osoba nie posiada uprawnień o numerze wskazanym w wykazie osób złożonym przez wykonawcę.

Wskazany bowiem na str. 11 odwołania numer - to - jak sama nazwa tamże wskazuje numer członkowski w Izbie Budowlanej a nie numer uprawnień budowlanych. Wpis na stronie internetowej Izby Budowlanej nie zawiera numeru uprawnień. Twierdzenie zatem, iż z załączonego zrzutu ekranu z wpisem do Izby wynika, że Pan (...) nie posiada takiego numeru uprawnień jak wskazany w wykazie przedłożonym zamawiającemu jest próbą wprowadzenia zamawiającego oraz Krajowej Izby Odwoławczej w błąd, co do stanu faktycznego.

Podobne uwagi należy odnieść co do dalszych wywodów odwołującego. Twierdzenie, że

sam wskazany format zapisów uprawnień (26)86)L) nie odpowiada formatom zapisów w pozostałych rubrykach wskazanych przez wykonawcę i wyciąganie z tegoż wniosków o tym, że w/w osoba może nie posiadać uprawnień jest jedynie spekulacją i gołosłownym stwierdzeniem, nie popartym żadnymi dowodami. Podobne uwagi należy odnieść do dalszych stwierdzeń odwołującego.

Zamawiający zauważa, że odwołujący nie sprostał ciężarowi dowodu wynikającego z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawiając jedynie przypuszczenia a nie dowody służące obaleniu domniemania prawidłowości kwestionowanego dokumentu złożonego zgodnie z wymogami SWZ. Zamawiający oceniał bowiem dokumenty złożone przez wykonawców będąc ściśle związany zapisami SWZ. Skoro przystępujący złożył (pod rygorem odpowiedzialności karnej) wymagane oświadczenie dotyczące spełniania warunków o treści zgodnej z SWZ, to zamawiający nie miał prawa tegoż oświadczenia kwestionować, tym bardziej na podstawie domniemanych lub nawet wymyślonych przesłanek. Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne i w opinii zamawiającego odwołujący nie sprostał temuż wymogowi,

w szczególności nie przedstawił dowodów na swoje twierdzenia w taki sposób, aby można był powiedzieć, że zamawiający w chwili podejmowania decyzji o uznaniu oświadczenia wykonawcy za prawidłowe, mógł mieć choć cień wątpliwości i przesłanki aby podjąć inną decyzję, szczególnie w świetle zapisów SWZ.

W związku z odpowiedzią na drugi z zarzutów udzieloną powyżej, omawianie zarzutów nr 3 i 4 jest bezprzedmiotowe i zamawiający wnioskuje o ich oddalenie.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Biuro Inżynierskie Via Regia sp. z o.o. Przystępujący, złożył dodatkowe pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi

przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na

uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, a ponadto wskazuje, co następuje.

W dniu 25.05.2022 r. zamawiający zawiadomił wykonawców oraz zamieścił treść zawiadomienia o wyniku postępowania na stronie internetowej. W przekazanym zawiadomieniu, zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jako niezgodną z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, bowiem 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.

Zamawiający podał, iż „Oferta jest zatem niezgodna z art. 226 ust. 1 pkt. 3 w związku z art. 63 ust. 2 ustawy oraz jest niezgodna z wymogami SWZ w tym zakresie - w szczególności

z rozdz. XVII ust. 1 i 5 SWZ. Zgodnie bowiem z ust. 1 tegoż rozdziału: Oferta musi być sporządzona w języku polskim, w postaci elektronicznej w formacie danych: .pdf, .doc, .docx, .rtf, .xps, .odt i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, natomiast w ust. 5 Zamawiający wskazał, że: Jeżeli na ofertę składa się kilka dokumentów, Wykonawca powinien stworzyć folder, do którego przeniesie wszystkie dokumenty oferty, podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Następnie z tego folderu Wykonawca zrobi folder .zip (bez nadawania mu haseł i bez szyfrowania). Dopuszczalne jest też podpisanie całego folderu

w formacie .zip. W kolejnym kroku za pośrednictwem Aplikacji do szyfrowania Wykonawca zaszyfruje folder zawierający dokumenty składające się na ofertę. Wykonawca nie spełnił żadnego z powyższych jasno sprecyzowanych wymogów, bowiem ani sam folder ani dokumenty w nim się znajdujące nie zostały podpisane”.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, dowodem powołanym przez odwołującego, nie może być zrzut z ekranu ze skrzynki odwołującego w aplikacji ePUAP, bowiem nie służy ona do weryfikacji podpisu elektronicznego przekazywanych nią dokumentów. Za pomocą takiego zrzutu można jedynie udowodnić, że podpisany podpisem zaufanym został formularz

do przekazania oferty (vide: Uchwała NSA z dnia 6 grudnia 2021 r., sygn. I FPS 2/21, w której Sąd uznał, że skargę stanowiącą załącznik do formularza pisma ogólnego, podpisanego podpisem zaufanym, przesłanego przez platformę ePUAP, należy uznać za podpisaną jedynie wówczas, gdy została ona odrębnie podpisana podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym). Odwołujący na rozprawie, co prawda zaprzeczył temu twierdzeniu, jednakże dowodu na okoliczność przeciwną nie zgłosił. W ocenie Izby, za zasadne przyjąć należy stanowisko, iż w przypadku grupy dokumentów, które są spakowane do jednego folderu i „zzipowane”, można uznać za podpisane podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym tylko w sytuacji, gdy folder ten uzyskał rozszerzenie .xml. W takim przypadku folder taki posiada następujące rozszerzenie: .zip.xml.

Tymczasem folder odwołującego zawiera jedynie rozszerzenie .zip, które potwierdza, że grupa dokumentów w nim zamieszczona została sformatowana do formatu ZIP. Zarówno dowód przedstawiony przez zamawiającego (zrzuty ekranu), jak i samodzielnie przeprowadzona przez Izbę weryfikacja folderu odwołującego „Nadzór Oleśnica Polana Europejska.zip", potwierdzają, że folder ten nie został opatrzony podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym, co oznacza, że oferta (oraz inne dokumenty) nie została podpisana w sposób określony przez zamawiającego.

Zamawiający w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. XII pkt. 3 ppkt. 4 lit. b) SWZ, określonego następująco „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że dysponuje lub będzie dysponował: osobą/osobami z następującymi uprawnieniami: do kierowania robotami budowlanymi w zakresie dróg - bez ograniczeń, sieci i instalacji sanitarnych - bez ograniczeń, sieci i instalacji elektrycznych - bez ograniczeń", zażądał złożenia wykazu osób przewidzianych do wykonania zamówienia - zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ.

Przystępujący złożył prawidłowo wypełniony, z którego wynika, że będzie dysponował właściwymi osobami posiadającymi uprawnienia wymagane przez zamawiającego w SWZ i zdaniem Izby, zamawiający nie miał żadnych przesłanek aby taki wykaz uznać za nieprawidłowy. Dla kwestionowanej przez odwołującego osoby (...) wskazano, że posiada uprawnienia budowlane w specjalności sieci i instalacji elektrycznych bez ograniczeń, podając przy tym nr uprawnień 26)86)Lw - zgodnie z wymogiem zamawiającego.

W ocenie Izby, zarzuty odwołania koncentrują się de facto na niedającym się w ocenie odwołującego zidentyfikowaniu numeru uprawnień dla osoby wskazanej przez przystępującego. Odwołujący do odwołania, czy też na rozprawie nie przedstawił żadnego dowodu, że osoba zgłoszona przez przystępującego, nie posiada stosownych uprawnień - bez ograniczeń. Zgodnie natomiast z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów,

z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy (art. 535 ustawy Pzp). Wobec braku ze strony odwołującego, jakiejkolwiek inicjatywy dowodowej, Izba uznała zarzut odwołującego za bezzasadny (nieudowodniony). Same hipotetyczne wątpliwości odwołującego nie mogą zostać uznane za wykazanie zasadności stawianych zarzutów.

Izba nie znalazła również podstaw do nakazania zamawiającemu wezwania przystępującego do wyjaśniania wątpliwości odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....