

Sygn. akt: KIO 786/23

## WYROK

z dnia 31 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2023 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa „PRIMBUD” sp. z o. o., ul. Nowa 30J, 37-400 Nisko w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Potworów

orzeka:

1. uwzgl

ędnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Gminie Potworów unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nakazuje temu Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa „PRIMBUD” sp. z o. o., ul. Nowa 30J, 37-400 Nisko, a także nakazuje temu Zamawiającemu dokonanie

ponownego badania i oceny złożonej oferty,

2. koszt

ami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Potworów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa „PRIMBUD” sp. z o. o., ul. Nowa 30J, 37-400 Nisko tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Potworów na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa „PRIMBUD” sp. z o. o., ul. Nowa 30J, 37-400 Nisko kwotę 11 811 zł 70 gr (słownie: jedenaście tysięcy osiemset jedenaście złotych siedemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 786/23

## Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Potworów wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie podstawowym pn.: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z kontenerową oczyszczalnią ścieków w miejscowości Mokrzec w trybie zaprojektuj i wybuduj.”, nr referencyjny: RGK.I.271.1.2023.

Przedmiotowe zamówienie zamieszczone w dniu 21 lutego 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem ogłoszenia 2023/BZP 00103969.

W dniu 13 marca 2023 r. Zamawiający na stronie prowadzonego postępowania umieścił informację o odrzuceniu oferty Odwołującego: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa „PRIMBUD” sp. z o. o., ul. Nowa 30J, 37-400 Nisko i

unieważnieniu postępowania przetargowego.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 20 marca 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. -Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub P.z.p., które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3) P.z.p. poprzez jego zastosowanie, bez okoliczności, które miałyby podstawę do

zastosowania tego przepisu;

2. art. 255 pkt 2) P.z.p poprzez jego zastosowanie, mimo braku wystąpienia takiej okoliczności.

Przy tak sformułowanych zarzutach Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Spółki;
3. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej unieważnieniu niniejszego postępowania,
4. nakazanie powtórzenia czynności obejmującej przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu,
5. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego, w przypadku możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia, lub unieważnienia postępowania;
6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym również uzasadnionymi kosztami Odwołującego związanymi z udziałem w postępowaniu odwoławczym pełnomocnika procesowego w kwocie 3.600 złotych oraz pokrycia kosztów dojazdu do Krajowej Izby Odwoławczej.

Zdaniem Odwołującego - brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie 226 ust. 1 pkt 3) P.z.p.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w informacji o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego i wskazał, że ofertę odrzucono na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji Zamawiający wskazał, że: „Oferta złożona przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa „PRIMBUD” Sp. z o. o. została złożona w sposób nieprawidłowy, tj. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP oraz oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zostały złożone w formie elektronicznej i nieopatrzone podpisem zaufanym lub osobistym.”.

Według Odwołującego - decyzja Zamawiającego jest całkowicie nieuprawniona i bezpodstawa, albowiem Odwołujący złożył ofertę w formie elektronicznej, czyli w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym z kwalifikowanym certyfikatem osób wskazanych do reprezentacji w Odpisie KRS.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że w uzasadnieniu prawnym odrzucenia oferty Zamawiający napisał, że: „Zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub 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. Poprzez formę elektroniczną należy rozumieć, postać elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Brak zachowania właściwej formy oferty, która określona została rygorem nieważności w ustawie Pzp będzie skutkować odrzuceniem oferty.” I dalej w treści Zamawiający podał podstawę prawną odrzucenia oferty: „Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 ze zm.), Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.”

Odwołujący oświadczył, że załączył ofertę, która została podpisana przez Wykonawcę (dwuosobowa reprezentacja), która została uzupełniona o wszystkie dane, informacje, ceny i oświadczenia, a następnie niektóre informacje lub oznaczenia (niemające wpływu na ocenę oferty w zakresie uznania za najkorzystniejszą) dotyczące „powstania braku obowiązku podatkowego” – pkt 1, str. 3 Formularza Oferty, oraz na stronie 4 w punkcie 14 dotycząca informacji na temat wielkości przedsiębiorstwa, osoba przygotowująca ofertę, wypełniła to ręcznie, zaznaczając odpowiedni krzyżyk, następnie została zeskanowana do formatu .pdf i dołączono także dwa oświadczenia: o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw wykluczenia.

Według Odwołującego - wszystkie wymagane w postępowaniu dokumenty były przygotowane w jednym pliku w formacie .pdf, który został podpisany kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przez osoby wskazane do reprezentacji w Krajowym Rejestrze Sądowym. Sygnatury podpisów zostały umieszczone na końcu strony Formularza oferty. Wielkość całego pliku spełniała zapisy SWZ.

Odwołujący zaznaczył również, że w § 10 Informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których Zamawiający będzie komunikował się z Wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej” w pkt 11 Zamawiający napisał, że: „Maksymalny rozmiar plików przesyłanych za pośrednictwem „Formularzy do komunikacji” wynosi 150 MB (wielkość ta dotyczy plików przesyłanych jako załączniki do jednego formularza)”.

Wyjaśnił, że oferta, która zawierała także oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (dwie strony) znajdujące się pod treścią oferty stanowią jeden plik, którego wielkość wynosi 3104 KB, zatem nie jest większa niż 150 MB.

Odwołujący zadeklarował również, że kolejnym krokiem po przygotowaniu całej oferty (wraz załącznikami) i podpisaniu kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przez osoby wskazane do reprezentacji została wysłana do Zamawiającego

przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego co do podstawy odrzucenia jego oferty, ponieważ Zamawiający wskazując podstawę prawną odrzucenia, powołując się na art. 63 ust. 2 ustawy nie rozumie jej zapisu, bowiem w tym artykule Ustawodawca wskazał, że ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

W związku z tym argumentował, że jego oferta została złożona w formie elektronicznej, czyli zgodnie z zapisem art. 78<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego, do którego Zamawiający jest zobligowany odnieść się (zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców (...)) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...) stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.).

Wskazał również, że w § 1 opisano, że dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Według Odwołującego - należy przez to rozumieć, że każde odzwierciedlenie dokumentu (skan, zdjęcie) w postaci elektronicznej, po opatrzeniu go kwalifikowanym podpisem elektronicznym z kwalifikowanym certyfikatem, wystawionym przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania, staje się formą elektroniczną dokumentu w rozumieniu art. 78<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego.

Wskazał, że w Rozporządzeniu 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 uchylającym dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE L z 2014 r. Nr 257, s. 73) zdefiniowano w art. 3 następujące określenia:

- 10) „podpis elektroniczny” oznacza dane w postaci elektronicznej, które są dołączone lub logicznie powiązane z innymi danymi w postaci elektronicznej, i które użyte są przez podpisującego jako podpis;
- 12) „kwalifikowany podpis elektroniczny” oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego;
- 15) „kwalifikowany certyfikat podpisu elektronicznego” oznacza certyfikat podpisu elektronicznego, który jest wydawany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i spełnia wymogi określone w załączniku I;
- 20) „kwalifikowany dostawca usług zaufania” oznacza dostawcę usług zaufania, który świadczy przynajmniej jedną kwalifikowaną usługę i któremu status kwalifikowany nadał urząd nadzoru.

Mając na względzie powyższe definicje z rozporządzenia unijnego, a także zapisy w ustawie Pzp w art. 63 ust. 2 Odwołujący wyjaśnił, że dokonał wyboru w zakresie rodzaju podpisu, jakim została opatrzona jego oferta.

Podniósł, że oferta została złożona w formie elektronicznej, co nawet sam Zamawiający przyznał w uzasadnieniu prawnym pisma o odrzuceniu naszej oferty.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający nie odróżnia tych dwóch (podstawowych) rodzajów składania ofert, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej. Zdecydowaliśmy się napisać pismo, że to błędna interpretacja, a w związku z tym powiadomił, że wysłał dość jasno opisane wyjaśnienie z szeregiem argumentów, w którym bardzo dokładnie przedstawił, czym różni się forma elektroniczna od postaci elektronicznej.

Dodatkowo, zaznaczył, że wskazał uchybienia, jakich dopuścił się Zamawiający, dając tym samym czas aby dokonał unieważnienia czynności odrzucenia naszej oferty i unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 2.

W odpowiedzi Zamawiający nie uwzględnił tego pisma uzasadniającego, że jego decyzja pozostaje niezmienna. Brak uwzględnienia naszych argumentów w złożonym wniosku o zmianę decyzji w zakresie odrzucenia naszej oferty przez Zamawiającego nie wynikała z faktu, że w obecnym stanie prawnym nie ma możliwości złożenia do Zamawiającego informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności, jak to było w poprzednim stanie prawnym (art. 181 poprzedniej ustawy Pzp z 2004 roku), ale uznał, że jeżeli bardzo szczegółowo wyjaśni i, opisze, że jest to bardzo duży błąd, uniknie złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że obowiązkiem Zamawiającego w pierwszej kolejności po upływie terminu otwarcia ofert jest zweryfikowanie otrzymanych plików pod względem prawidłowości złożonych podpisów.

Oświadczył, że nie ma wiedzy, czy taka czynność została wykonana przez Zamawiającego. Nie ma raportów dotyczących weryfikacji pliku, który Zamawiający otrzymał.

Niemniej jednak, przedstawił, że w piśmie o odrzuceniu oferty jest napisane przez Zamawiającego takie zdanie: "(...) zostały złożone w formie elektronicznej (...)", i to Odwołujący potwierdził, że w takiej formie przygotował wszystkie dokumenty wraz z formularzem oferty.

Dalej, Zamawiający napisał, że: "(...) i nieopatrzone podpisem zaufanym lub podpisem osobistym." I z tym Odwołujący także się zgodził, że jego oferta, wraz z wszystkimi dołączonymi do niej oświadczeniami w jednym pliku nie zostały opatrzone podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, ponieważ cały plik został podpisany ważnym w momencie

składania tego podpisu kwalifikowanym podpisem elektronicznym z kwalifikowanym certyfikatem.

Zatem brak podpisu zaufanego lub podpisu osobistego nie dyskwalifikuje naszej oferty jako niezgodnej z ustawą.

Zauważył, że w komentarzu UZP na stronie 717 napisano, że „W postępowaniach o wartościach równych lub przekraczających kwoty unijne, złożenie oferty nieopatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym – skutkować będzie odrzuceniem takiej oferty. W postępowaniach poniżej progów unijnych brak podpisu kwalifikowanego, zaufanego lub osobistego wywoła taki sam skutek.” [Prawo zamówień publicznych – Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, wyd. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021].

Podkreślił, że największym problemem jest nieuznanie, że w obecnym elektronicznym obiegu dokumentów, składanie podpisu elektronicznego dotyczy zawartości całego pliku, bez względu ile w pliku znajduje się dokumentów.

Zaznaczył, że plik ten nie był poddany kompresji (zmniejszeniu objętości), ponieważ nie było takiej potrzeby. Jego wielkość wraz z nałożonym podpisem była niewiele ponad 1,3 MB, czyli ponad dziesięciokrotnie mniejsza niż wskazano w SWZ.

Dotatkowo wskazał, że Zamawiający (mimo błędnego rozumienia składania podpisów elektronicznych na plikach) odrzucił jego ofertę, bez wcześniejszego wezwania do uzupełnienia brakujących oświadczeń.

Takie działanie – zdaniem Odwołującego - potwierdza, że Zamawiający na podstawie art. 513 pkt 2 zaniechał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której był zobowiązany na podstawie ustawy, czyniąc tym samym kolejną podstawę do wniesienia odwołania.

Wskazał, że w ustawie Pzp w art. 128 ust. 1 ustawodawca napisał, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że (pkt 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Wyraził wątpliwości, dlaczego Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia, czy dlatego, że zamierzał unieważnić to postępowanie, ponieważ kwota wskazana w jego ofercie przekraczała kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację niniejszego zadania i nie ma możliwości jej zwiększenia, czy dlatego, że uznał naszą ofertę złożoną w formie elektronicznej, bez podpisu zaufanego lub podpisu osobistego jako nieważną prawnie.

Z powyższych względów stwierdził, że odrzucenie oferty Odwołującego było niezasadne, a Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) P.z.p.

Do odwołania Odwołujący załączył między innymi: kopię Informacji o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania 13.03.2023 r.; Ofertę złożoną w postępowaniu; Specyfikację Warunków Zamówienia; Ogłoszenie o zamówieniu; Raporty walidacji z różnych programów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Odwołującego wraz z innymi jego oświadczeniami, odwołania, zawiadomienia Zamawiającego o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania z dnia 13 marca 2023 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 30 marca 2023 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.128 ust.1 ustawy Pzp, art.226 ust.1 pkt 3, art.255 pkt 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego, której treść jest niezgodna z przepisami ustawy.

W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 8 marca 2023 r. złożył ofertę podpisaną elektronicznie przez uprawnione osoby kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Jednocześnie w pliku tym, w którym zamieszczona była powyższa oferta załączone były również oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu.

Ponadto, Izba ustaliła, że Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania z dnia 13 marca 2023 r. motywował w uzasadnieniu faktycznym, że „(...) Oferta złożona przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa „PRIMBUD” Sp. z o.o. została złożona w sposób nieprawidłowy, tj. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP oraz oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zostały złożone w formie elektronicznej i nieopatrzone podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.(...), zaś uzasadnieniu prawnym Zamawiający podał, że „(...) Zgodnie z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub 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. Poprzez formę elektroniczną należy rozumieć, postać elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Brak zachowania właściwej formy oferty, która określona została pod rygorem nieważności w ustawie Pzp będzie skutkować odrzuceniem oferty. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.), Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.(...).

Natomiast w części odnoszącej się do unieważnienia postępowania Zamawiający podał następujące uzasadnienie prawne: „(...) Mając na uwadze art. 255 pkt. 2 ustawy PZP Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.(...) oraz uzasadnienie faktyczne: „(...)W przedmiotowym postępowaniu w wymaganym terminie wpłynęła 1 oferta, która została przez Zamawiającego odrzucona-informacja o Wykonawcach i powodach odrzucenia oferty została zamieszczona powyżej-wobec czego Zamawiający unieważnia postępowanie.(...)”.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający pismem z dnia 30 marca 2023 r. udzielił krótkiej odpowiedzi na odwołanie według następującej treści „W odpowiedzi na odwołania

złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa „PRIMBUD” Sp. z o.o., ul. Nowa 30J, 37 - 400 Nisko w postępowaniu pn.: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z kontenerową oczyszczalnią ścieków w miejscowości Mokrzec w trybie zaprojektuj i wybuduj.” informuję, że podtrzymuję stanowisko zawarte w piśmie o odrzuceniu oferty, że tj. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP oraz oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zostały złożone w formie elektronicznej i nieopatrzone podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Z uwagi na powyższe wnoszę o oddalenie odwołania w całości.”.

Po przeanalizowaniu zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba doszła do przekonania, że powyższe stanowisko Zamawiającego jest chybione.

W pierwszej kolejności wymaga wskazania, że Zamawiający w powołanym wyżej, zaskarżonym rozstrzygnięciu podał jedynie jako nieprawidłowe oświadczenie Odwołującego o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oraz oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do art.226 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

W rozpoznawanej sprawie, wydaje się, że Zamawiający nie odróżnia treści oferty od dokumentów, o których mowa w art.125 ust.1 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Z brzmienia powyższego przepisu wynika jednoznacznie, że ustawodawca nadał odrębne znaczenie samej ofercie, która stanowi oświadczenie woli, zaś czym innym są sporne oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, które stanowią oświadczenie wiedzy wykonawcy.

Zgodnie z art.8 ust.1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej).

Jednocześnie w myśl art.66 § 1 kodeksu cywilnego oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.

W sprawie tej oferta Odwołującego zawierała oświadczenie woli dotyczące ceny i pełnego zakresu kosztów realizacji zamówienia w nią wchodzących, rękojmi i gwarancji, sposobu realizacji zamówienia, w tym podwykonawstwa, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a więc wszystkie niezbędne elementy umowne (essentialia negotii).

Powyższego oświadczenia stanowiącego ofertę Zamawiający nie zakwestionował w zaskarżonej czynności, zaś nieprawidłowości upatrywał jedynie w omawianych oświadczeniach.

Należy zwrócić uwagę, że gdyby Zamawiający dostrzegał różnicę pomiędzy treścią oferty a innymi oświadczeniami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to zastosowałby przepis art.126 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środkach dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby – nie zwrócenie uwagi przez Zamawiającego na powyższe różnice nie zwalniało go z obowiązku

zastosowania powyższego przepisu prawa poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia nowego oświadczenia, o którym mowa w ustawie Pzp, zawierającego stosowny podpis elektroniczny lub jego uzupełnienia.

Jeżeli Zamawiający na tle rozpoznawanej sprawy nie skorzystał z cyt. wyżej przepisu, to należało przyjąć, że naruszył przepis art.128 ust.1 ustawy Pzp.

Według zapatrywania Izby – Zamawiający nie miał również dostatecznej podstawy, aby odrzucić ofertę Odwołującego na zasadzie art.226 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp z tego powodu, że przepis ten dotyczy oferty, a nie innych oświadczeń składanych w toku postępowania przetargowego.

Ostatecznie z powodu wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający bezzasadnie unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w warunkach, o których mowa w art.255 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem nie zachodziła sytuacja nie złożenia żadnej oferty (była złożona oferta Odwołującego).

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 589 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....