

Sygn. akt: KIO 3103/24

WYROK

Warszawa, dnia 24 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez wykonawców P. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. F. – wspólnik spółki cywilnej CARACAS i M. L. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M. L. – wspólnik spółki cywilnej CARACAS działających wspólnie w ramach spółki cywilnej pod firmą CARACAS s.c. P.F., M. L. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Puszcza Mariańska

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3, 4, 5, 6 i 8 odwołania,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców P. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. F. – wspólnik spółki cywilnej CARACAS i M.L. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M.L. – wspólnik spółki cywilnej CARACAS działających wspólnie w ramach spółki cywilnej pod firmą CARACAS s.c. P. F., M. L. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Puszcza Mariańska tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2 zasądza od wykonawców P. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. F. – wspólnik spółki cywilnej CARACAS i M. L. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M.L. – wspólnik spółki cywilnej CARACAS działających wspólnie w ramach spółki cywilnej pod firmą CARACAS s.c. P. F., M.L. w Warszawie na rzecz zamawiającego Gminy Puszcza Mariańska kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie:

trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3103/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Puszcza Mariańska (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Świadczenie usługi cateringowej do placówek oświatowych prowadzonych przez Gminę Puszcza Mariańska w okresie od 01.09.2024 r. do 31.12.2025 r.” (znak sprawy: Z.271.8.2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 maja 2024 r. pod nr 2977462024

Dnia 26 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu odwołanie złożyli wykonawcy P. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. F. – wspólnik spółki cywilnej CARACAS i M. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. L. – wspólnik spółki cywilnej CARACAS działający wspólnie w ramach spółki cywilnej pod firmą CARACAS s.c. P. F., M. L. w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od czynności podjętych przez Zamawiającego dnia 20 sierpnia 2024 r. tj.: 1. badania i oceny ofert zakończonego dnia 20 sierpnia 2024 r,

2. odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty wykonawcy M. K. prowadzącej

działalność gospodarczą pod firmą Studio Smaku Catering M. K. w Piasecznie

3. wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę M. K.

prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Studio Smaku Catering M. K. w Piasecznie

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 3 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp przez niedookreślenie jaki próg unijny wartości zamówienia jest przekroczony w tym postępowaniu przetargowym, a poprzestanie na stwierdzeniu, że „Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wydanym na podstawie art. 3 ust. 2 p.z.p.” w związku z OBWIESZCZENIEM PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ

PUBLICZNYCH z dnia 3 grudnia 2023 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów,

2. art. 7 pkt 34 ustawy Pzp poprzez pominięcie zawartej w nim definicji oraz nieuwzględnienie, iż zamawiane usługi mają charakter usług społecznych,
3. naruszenie art. 4 lit. b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.2), zwanej dalej „dyrektywą 2014/24/UE”-przez nieuwzględnienie w postępowaniu, iż zamawiane usługi mają charakter usług społecznych dla których próg unijny wynosi 750000 Euro,
4. art. 63 ust. 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i postawienie warunku sprzecznego z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp, że oferty w postępowaniu Z.271.8.2024 mogą być podpisane tylko kwalifikowanym podpisem elektronicznym i odrzucenia oferty odwołującego się podpisanej podpisem elektronicznym zaufanym,
5. naruszenie art. 63 ust. 2 ustawy Pzp przez uznanie, że oferta odwołującego się jest niezgodna z przepisami ustawy oraz 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.
6. zamówienie jest powyżej nieokreślonego dokładnie progu unijnego i wymaga podpisywania ofert tylko w formie elektronicznego podpisu kwalifikowanego,
7. art. 226 ust. 1 pkt 3 i 6 2 ustawy Pzp przez uznanie, że oferta odwołującego się została zamówienie jest powyżej nieokreślonego dokładnie progu unijnego i wymaga podpisywania ofert tylko w formie elektronicznego podpisu kwalifikowanego i odrzucenia oferty podpisanej podpisem elektronicznym zaufanym,
8. naruszenie art. 4 lit. b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.2)), zwanej dalej „dyrektywą 2014/24/UE”-przez nieuwzględnienie w postępowaniu, iż zamawiane usługi mają charakter usług społecznych dla których próg unijny wynosi 750000 Euro.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 4) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- 5) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert,
- 6) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazał on, że oferta Odwołującego przy pominięciu faktu odrzucenia jej przez Zamawiającego była pod względem ceny najkorzystniejszą ofertą na liście rankingowej. Fakt ten jak wskazał Odwołujący wynika z informacji z otwarcia ofert. Odwołujący wskazał, że gdyby nie odrzucenie jego oferty musiałaby ona zostać uznana za najkorzystniejszą i uzyskałaby maksymalną liczbę punktów.

Odwołanie w zakresie zarzutu nr 7 zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 20 sierpnia 2024r. - Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 26 sierpnia 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że usługi cateringowe to tylko nazwa potoczna/handlowa. W języku zamówień publicznych oraz innych przepisów nie są to usługi jednorodne. Są rozbite na szereg usług pojedynczych oznaczonych kodami. A kody mają znaczenie przy kwalifikowaniu usług jako usługi społeczne. Odwołujący wskazał, że niestety Zamawiający w jakikolwiek sposób nie uwzględnił w zamówieniu, że dotyczy ono usług społecznych. A tym samym próg unijny to 750 000 Euro. Swoim działaniem i zaniechaniem doprowadził do tego, że w jego ocenie postępowanie dotyczyło zamówienia powyżej bliżej nie określonego progu unijnego i stosownie do art. 63 ust. 1 prawa zamówień publicznych oferta wymagała tylko kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Doszło zatem do pominięcia art. 63 ust. 2 prawa zamówień publicznych i niezgodnego z prawem uznania, że oferta nie może być odpisana podpisem zaufanym. Zamawiający według Odwołującego bezpodstawnie uznał, że zamówienie nie dotyczy usług społecznych i w związku z tym nie ma progu unijnego w kwocie 750 000 Euro - co doprowadziło do nieprawidłowej oceny ofert i odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący wskazał, że obowiązkowa elektroniczna wszystkich zamówień z sektora publicznego nałożyła na strony uczestniczące w postępowaniach przetargowych obowiązek dysponowania kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ale nie jest to jak zauważył Odwołujący wymagane zawsze. Przepisy dopuszczając inną formę podpisu elektronicznego niż podpis elektroniczny kwalifikowany. Odwołujący wskazał, że od 1 stycznia

2024 roku obowiązują nowe progi unijne w zamówieniach publicznych oraz nowy kurs euro, który stosujemy do przeliczania wartości zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający:

1. nie uznał usług oznaczonych 55321000-6 Usługi przygotowywania posiłków oraz 55520000-1 Usługi dostarczania posiłków za usługi społeczne z wyższym progiem unijnym, a tym samym nie zastosował art. 63 ust. 2 ustawy Pzp; lub
2. pomimo uznania ich za usługi społeczne dał prymat zapisom SWZ oraz ustanowionemu w niej wg własnego wyboru wymogu podpisu kwalifikowanego- do czego w świetle dyrektyw oraz przepisów prawa zamówień publicznych nie miał uprawnienia.

Odwołujący zauważył, że z SWZ nie wynika jaki tak naprawdę próg unijny jest stosowany przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w przypadku odrzucenia oferty jako sporządzonej lub przekazanej w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego - zamawiający powinien wskazać na konkretne postanowienie, warunki z którym sprzeczna jest oferta wykonawcy. Obowiązkiem zamawiającego jest również podanie, który konkretnie element oferty wykonawcy jest sprzeczny z warunkami zamówienia. Uzasadnienie faktyczne przyczyny prawnej określonej w art. 226 ust. 1 pkt 6 prawa zamówień publicznych nie stanowi według Odwołującego prawidłowego uzasadnienia faktycznego. Nie pozwala ono jego zdaniem na ustalenie jakie konkretnie warunki techniczne lub organizacyjne zostały złamane przy składaniu oferty.

W dniu 5 września 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, wskazując jednocześnie, że zarzuty naruszenia z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 7 pkt 34 ustawy Pzp, art. 63 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 4 lit. b Dyrektywy 2014/24/UE są spóźnione i powinny zostać odrzucone, ewentualnie pominięte, bowiem nie dotyczą etapu badania i oceny ofert, a wyłącznie treści SWZ na etapie ogłoszenia postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie zarzutów nr 1, 2, 3, 4, 5, 6 i 8 odwołania Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w związku z tym, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp:

„2. Odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie:

(...)

- 1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub

zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.”

Zgodnie zaś z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp:

„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (...)

- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.”

Jak wynika z dokumentacji postępowania, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 22 maja 2024 r. Zarzuty nr 1-6 i 8 dotyczą tego, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, że wartość zamówienia przekracza progi

unijne. Konsekwencją tego było wprowadzenie w SWZ wymogu posługiwania się podpisem kwalifikowanym m.in. przy podpisywaniu ofert składanych przez wykonawców, co doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący wskazał, że zamówienie dotyczy nieokreślonego dokładnie progu unijnego (zarzut nr 6 – stanowiący drugie zdanie zarzutu nr 5, jak dookreślił podczas posiedzenia przed Izłą Odwołujący), jak również, że Zamawiający pominął definicję wskazaną w art. 7 pkt 34 ustawy Pzp oraz nie uwzględnił, że zamawiane usługi mają charakter usług społecznych (zarzuty nr 1, 2, 3). Wskazać jednak należy, że Odwołujący posiadał wiedzę o tym, do zamówień o jakiej wartości (poniżej czy powyżej progów unijnych) Zamawiający zakwalifikował przedmiotowe zamówienie już w momencie ogłoszenia o zamówieniu. To wówczas powinien w związku z tym skorzystać ze środków ochrony prawnej i wskazać na elementy podniesione w zarzutach nr 1-6 i 8, jeżeli uznał, że czynności i zaniechania Zamawiającego są niezgodne z ustawą Pzp. Odwołujący jak sam wskazał miał wówczas taką wiedzę, jednak działając w oparciu o własne wieloletnie doświadczenie i przekonanie własne w oparciu o kody CPV zastosowane przez Zamawiającego założył, że jest uprawniony do zastosowania przepisów właściwych dla zamówień poniżej progów unijnych, ponieważ mają one zastosowanie przed postanowieniami ustalonymi przez Zamawiającego z uwagi na ich charakter rangi ustawowej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie zastosował w przedmiotowym postępowaniu art. 63 ust. 2 ustawy Pzp i postawił warunek z nim sprzeczny (zarzut nr 4), co doprowadziło do naruszenia wskazanego w zarzucie nr 5 i 6 (Odwołujący podczas posiedzenia doprecyzował, że zarzut nr 6 stanowi drugie zdanie zarzutu nr 5 i omyłkowo zostało opatrzone cyfrą 6 jako odrębny zarzut). Ponownie należy wskazać, że wiedzę o tym, że Zamawiający w prowadzonym przez siebie postępowaniu nie zastosował wskazanego przepisu Odwołujący posiadał już 22 maja 2024 r. To wówczas wszyscy wykonawcy zostali poinformowani, że zamówienie zostało zakwalifikowane powyżej progów unijnych i to wówczas

posiedli wiedzę, że ich oferta zostanie odrzucona, jeśli nie złożą oferty w formie określonej w SWZ. Mając na uwadze powyższe zdaniem Izby odwołanie w zakresie zarzutów nr 1-6 i 8 należało uznać za spóźnione.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu o nr 7 podniesionego w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta Odwołującego uplasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Studio Smaku Catering M. K. w Piasecznie. Strony nie wniosły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, ani nie zgłosiły opozycji.

Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy M. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Studio Smaku Catering M. K. w Piasecznie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego z uwagi na to, że wykonawca ten nie zgłosił skutecznie przystąpienia w ustawowym terminie.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: „1. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. 2. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.” Odnosząc się do formy zgłoszenia przystąpienia wskazania wymaga, że zgłoszenie przystąpienia wnosi się w formie pisemnej bądź w postaci elektronicznej poprzez przekazanie zgłoszenia na elektroniczną skrynkę podawczą Urzędu, co wynika z art. 508 ustawy Pzp: „1. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. 2. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe, osobiście, za

pośrednictwem pośłańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym na adres do doręczeń elektronicznych, o którym mowa w art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 285).” oraz § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453): „1. Pisma w postępowaniu odwoławczym w postaci elektronicznej wnoszone przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 508 ust. 2 ustawy, przekazuje się na elektroniczną skrynkę podawczą Urzędu lub na wskazany adres poczty elektronicznej, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby, przy czym odwołanie i zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrynkę podawczą Urzędu.” Wykonawcy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie przystąpienia po upływie terminu wskazanego w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp jest bezskuteczne. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w jednej z ww. postaci. Oznacza to, że zgłoszenie przystąpienia musi dotrzeć do Prezesa Izby w terminie 3 dni od otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania i jest to termin zawity.

Izba ustaliła, że Przystępujący przesłał do Izby dokument przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego za pośrednictwem operatora pocztowego. Oświadczenie o przystąpieniu zawierało jedynie wydruk

podpisu elektronicznego M. K. Dokument nie został opatrzony podpisem własnoręcznym. Jak wskazano powyżej pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym na adres do doręczeń elektronicznych. Podczas posiedzenia wykonawca wskazał, że nie miał możliwości złożenia podpisu pod dokumentem przystąpienia z uwagi na urlop. Izba wskazuje jednak, że należało w związku z tym zgłosić przystąpienie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej i wówczas opatrzyć go podpisem elektronicznym. Zgodnie z art. 78¹ § 2 kodeksu cywilnego oświadczenie woli w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

Wymogi zachowania formy pisemnej określa art. 78 kodeksu cywilnego. Dla zachowania formy pisemnej wymagane jest złożenie własnoręcznego podpisu (nie może to być kopia lub odwzorowanie podpisu, a w tym przypadku wydruk podpisu elektronicznego).

Mając na uwadze powyższe Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy M. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Studio Smaku Catering M. K. w Piasecznie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego oraz pisma procesowego z dnia złożonego przez 9 września 2024 r. przez Odwołującego stanowiącego polemikę co do stanowiska Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Świadczenie usługi cateringowej do placówek oświatowych prowadzonych przez Gminę Puszcza Mariańska w okresie od 01.09.2024 r. do 31.12.2025 r.”

W dniu 22 maja 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 297746-2024 ukazało się ogłoszenie dotyczące przedmiotowego zamówienia.

Na stronie tytułowej SWZ Zamawiający zawarł następującą informację:

„Zamawiający: Gmina Puszcza Mariańska Zaprasza do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, o jakich stanowi art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz.1605 z późn. zm.) – dalej p.z.p. na:

„Świadczenie usługi cateringowej do placówek oświatowych prowadzonych przez Gminę Puszcza Mariańska w okresie od 01.09.2024 r. do 31.12.2025 r.”

Rodzaj zamówienia: usługi.”

Zgodnie z rozdziałem III pkt 2 SWZ:

„ 2. Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wydanym na podstawie art. 3 ust. 2 p.z.p.”

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 9 SWZ:

„Nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień (CPV):

55321000-6 Usługi przygotowywania posiłków

55520000-1 Usługi dostarczania posiłków.”

Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 5,6 i 10 SWZ:

5 .Ofertę, w tym Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (ESPD) sporządza się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym).

6 . Oferta oraz przedmiotowe środki dowodowe (jeżeli były wymagane) składane elektronicznie muszą zostać podpisane podpisem elektronicznym kwalifikowanym, w procesie składania oferty, kwalifikowany podpis wykonawca składa bezpośrednio na dokumencie, który następnie przesyła do systemu.

10. Oferta powinna być:

- a) sporządzona na podstawie załączników niniejszej SWZ w języku polskim,
- b) złożona przy użyciu środków komunikacji elektronicznej tzn. za pośrednictwem
- c) podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę/osoby uprawnione.” Zgodnie z rozdziałem XVIII pkt 4 SWZ:

„Oferta składana elektronicznie musi zostać podpisana elektronicznym podpisem kwalifikowanym. W procesie składania oferty za pośrednictwem platformazakupowa.pl, Wykonawca powinien złożyć podpis bezpośrednio na dokumentach przesłanych za pośrednictwem platformazakupowa.pl. Zalecamy stosowanie podpisu na każdym załączonym pliku osobno, w szczególności wskazanych w art. 63 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp, gdzie zaznaczona, iż oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci lub formie elektronicznej i opatruje się odpowiednio kwalifikowanym podpisem elektronicznym.”

Dnia 20 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Studio Smaku Catering M. K. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podał, że odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp, ponieważ złożona przez niego oferta jest niezgodna z przepisami ustawy oraz nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi i przez zamawiającego. Zamawiający wskazał, że stosownie do art. 63 ust. 1 ustawy Pzp - 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 (tj. opatruje się ją kwalifikowanym podpisem elektronicznym). Wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien więc złożyć ofertę, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej, podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W przypadku braku podpisu lub błędnego podpisu elektronicznego, złożona oferta jest nieważna.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisem SWZ zawartym w rozdziale XIV ust. 5 SWZ ofertę, w tym Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (ESPD) należało sporządzić pod rygorem nieważności w formie elektronicznej oraz podpisać kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający wskazał, że oferta złożona przez Odwołującego została podpisana podpisem zaufanym, który w postępowaniach przekraczających progi unijne jest podpisem nieprawidłowym, powodującym nieważność złożonej oferty. Zamawiający podał, że Odwołujący złożył ofertę, która nie spełnia wymogu wynikającego z treści art. 63 ust. 1 ustawy Pzp. W takiej sytuacji oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że przepis ten stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Ponadto Zamawiający zauważył, że oferta Odwołującego nie

została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi określonymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia, wobec czego podlega odrzuceniu także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 pzp. Przepis ten stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli 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 wskazał, że weryfikacja oferty Wykonawcy w programie do sprawdzania podpisu elektronicznego, potwierdziła, że podpis pochodzi od Ministra Cyfryzacji, zatem jest podpisem zaufanym, a nie kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając w dniu 26 sierpnia 2024 r. odwołanie.

Przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy było ustalenie czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez:

- przez uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, z uwagi na to, że zamówienie jest powyżej nieokreślonego dokładnie progu unijnego i wymaga podpisywania ofert tylko w formie elektronicznego podpisu kwalifikowanego, podczas gdy Odwołujący podpisał ofertę podpisem zaufanym.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp:

„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

(...)

6) 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”.

Zgodnie z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp:

„1. 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 dniu 22 maja 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu. W dokumentacji postępowania Zamawiający wskazał, że postępowanie jest prowadzone według przepisów właściwych dla zamówień powyżej progów unijnych. Kwestia ta była bezsporna między stronami. Sporne było to, czy Odwołujący był

uprawniony do opatrzenia oferty podpisem zaufanym, czy powinien użyć elektronicznego

podpisu kwalifikowanego. Izba wskazuje, że sam Odwołujący podczas posiedzenia i rozprawy wskazał, że był przekonany, że Zamawiający popełnił błąd wskazując, że w prowadzonym postępowaniu będzie stosował przepisy właściwe dla postępowań powyżej progów unijnych. Był on jednak przekonany, że Zamawiający popełnił błąd, w związku z czym jest on uprawniony do stosowania w jego ocenie przepisów nadrzędnych nad SWZ. Przekonanie swoje opierał na wieloletnim doświadczeniu, w tym zamówieniu realizowanym m.in. na rzecz Zamawiającego. Izba wskazuje, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że skoro mamy do czynienia z usługami społecznymi, a próg w przypadku takich usług jest wyższy, to powinniśmy zawsze stosować przepisy dotyczące zamówień poniżej progów unijnych. Tym bardziej, że jak podniósł Odwołujący, Zamawiający wraz z ogłoszeniem o zamówieniu dokładnej wartości zamówienia nie podał. Jak wskazał Zamawiający zakwalifikowanie przedmiotowego zamówienia do zamówień powyżej progów unijnych wynikało ze zsumowania przez niego zamówień realizowanych w danym roku. Izba wskazuje, że zdarza się tak, że zamawiający opierają się na planie zamówień na dany rok. Ma miejsce wówczas sytuacja jak w przedmiotowej sprawie, że wartość pojedynczego zamówienia nie przekracza progów unijnych, podczas gdy ich suma w planie zamówień na dany rok już tak. Determinuje to konieczność stosowania przez Zamawiającego przepisów właściwych dla sumy zamówień.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w dokumentacji wielokrotnie wskazał na konieczność użycia kwalifikowanego podpisu elektronicznego (np. rozdział XIV ust. 5, 6 i 10 SWZ, rozdział XVIII pkt 4 SWZ). Nawet jeżeli Odwołujący był przekonany, że Zamawiający w dokumentacji postępowania popełnił błąd, powinien w ustawowym terminie skorzystać ze środków ochrony prawnej i wnieść w tym zakresie odwołanie. Zaniechał jednak tej czynności, podobnie jak nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do zadania Zamawiającemu pytań. Prawdopodobnie już samo zadanie pytania Zamawiającemu pozwoliłoby Odwołującemu uzyskać wiedzę, z czego wynika zakwalifikowanie przez Zamawiającego zamówienia do zamówień powyżej progów unijnych, a tym samym nie pozostawałby on w błędnym przekonaniu, że wystarczające będzie złożenie pod ofertą podpisu zaufanego. Zdaniem Izby są to czynności, które Odwołujący jako profesjonalista w obrocie powinien był wykonać, ponieważ jest podmiotem od którego wymaga się należytej staranności.

Podczas posiedzenia i rozprawy Odwołujący podniósł, że swoje przekonanie o możliwości stosowania przepisów właściwych dla zamówień publicznych opierał również o to, że jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykazanie, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonawca zrealizował co najmniej 1 zamówienie o wartości nie niższej niż 1 800 000,00 zł brutto polegające na przygotowaniu i dostawie żywienia dla dzieci lub młodzieży szkolnej. Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że argumentacja ta nie została podniesiona w złożonym odwołaniu, w związku z czym należy ją uznać za spóźnioną. Niezależnie od tego Izba

wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu muszą być postrzegane przez pryzmat przedmiotu zamówienia, ale nie muszą być z nim tożsame.

Jak wynika z Komentarza do ustawy Pzp pod redakcją H. Nowak i M. Winiarza do przykładowych uchybień skutkujących odrzuceniem oferty należy np. brak zachowania właściwej formy oferty, która pod rygorem nieważności została określona w ustawie Pzp. Forma taka wynika z art. 63 ustawy Pzp. Odwołujący formy tej nie zachował, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia jego oferty. W złożonym odwołaniu Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazał na warunki techniczne lub organizacyjne, które również legły u podstaw odrzucenia jego oferty. Izba wskazuje, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wielokrotnie podkreślił, że warunkiem tym była konieczność użycia kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: