

WYROK

Warszawa, dnia 6 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2024 r. przez wykonawcę S.I., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S.I. Usługi remontowo – budowlane, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dygowo

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 126 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,
2. oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę S.I., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S.I. Usługi remontowo – budowlane i:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę S.I., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S.I. Usługi remontowo – budowlane, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez wykonawcę S.I., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S.I. Usługi remontowo – budowlane, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez zamawiającego Gminę Dygowo tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od S.I., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S.I. Usługi remontowo – budowlane, na rzecz Gminy Dygowo kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 512/24

UZASADNIENIE

W dniu 16 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy S.I., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S.I. Usługi remontowo – budowlane, (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą „Adaptacja budynku oświaty na żłobek” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Gminę Dygowo (dalej jako „Zamawiający”) „od czynności (...) polegających na: - odrzuceniu oferty Odwołującego, - w konsekwencji wybór oferty J.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IN-TECH w Świdwinie, także pomimo zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych”.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- „art. 226 ust. 1 pkt 3 i 6 Pzp w związku z art. 63 ust. 2 Pzp, w zw. z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 26 i art. 32 ust. 1 i 2 Rozporządzenia 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 uchylające dyrektywę 1999/93/WE (dalej jako "rozporządzenie eIDAS") przez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego z powodu negatywnego komunikatu uzyskanego podczas weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego pod ofertą, podczas gdy oferta została prawidłowo podpisana i nie podlega odrzuceniu oraz poprzez uznanie, iż plik o formacie XADES nie był dopuszczony zgodnie z zapisami SWZ, kiedy to plik ten jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym zapisanym w tym formacie. Zastrzeżenie z punktu 10 rozdziału VII a SWZ dotyczy oferty, oświadczeń oraz podmiotowych środków dowodowych, nie zaś podpisów.
- art.126 ustawy PZP, albowiem dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej bez wzywania Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.”.

Odwołujący wniósł o „1) uwzględnienie odwołania, 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego”, a także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że „uwzględni odwołanie w części tj. co do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wobec nieumyślnego naruszenia przez Zamawiającego art. 126 ustawy Pzp” i wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części oraz „o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztu wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą”.

Izba ustaliła w zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i rozważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 stycznia 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00002705.

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby zawarte w odpowiedzi na odwołanie oświadczenie Zamawiającego, iż „uwzględni odwołanie w części tj. co do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wobec nieumyślnego naruszenia przez Zamawiającego art. 126 ustawy Pzp”, należało uznać za oświadczenie o uwzględnieniu części zarzutów przedstawionych w odwołaniu –zarzutu naruszenia art. 126 Pzp.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 Pzp, „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.”.

Mając na uwadze powyższe uzasadnione było umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu naruszenia art. 126 Pzp, co Izba uczyniła w punkcie 1. wyroku.

Po rozpoznaniu pozostałego zarzutu odwołania - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) i 6) w związku z art. 63 ust. 2 Pzp w związku z art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w związku z art. 26 i art. 32 ust. 1 i 2 rozporządzenia 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 uchylającego dyrektywę 1999/93/WE - Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy”, zaś art. 226 ust. 1 pkt 6) Pzp 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”. Stosownie do art. 63 ust. 2 Pzp „w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wnioski 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”. Zgodnie z art. 78 §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny „Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany”. Stosownie do art. 26 rozporządzenia 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 uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (dalej jako „Rozporządzenie”) „zaawansowany podpis elektroniczny musi spełniać następujące wymogi: a) jest unikalnie przyporządkowany podpisującemu; b) umożliwia ustalenie tożsamości podpisującego; c) jest składany przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, których podpisujący może, z dużą dozą pewności, użyć pod wyłączną swoją kontrolą; oraz d) jest powiązany z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna”. Art. 32 ust.1 Rozporządzenia stanowi, iż „proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego, pod warunkiem że: a) certyfikat, który

towarzyszy podpisowi, był w momencie składania podpisu kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego zgodnym z załącznikiem I; b) kwalifikowany certyfikat został wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i był ważny w momencie składania podpisu; c) dane służące do walidacji podpisu odpowiadają danym dostarczonym stronie ufającej; d) unikalny zestaw danych reprezentujących podpisującego umieszczony w certyfikacie jest prawidłowo dostarczony stronie ufającej; e) jeżeli w momencie składania podpisu użyty został pseudonim, zostaje to wyraźnie wskazane stronie ufającej; f) podpis elektroniczny został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego; g) integralność podpisanych danych nie została naruszona; h) wymogi przewidziane w art. 26 zostały spełnione w momencie składania podpisu”, zaś art. 32 ust. 2 Rozporządzenia, iż „system wykorzystany do walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego zapewnia stronie ufającej prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwia stronie ufającej wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem”.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, a „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy” (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). W sytuacji, jaka występuje w niniejszym postępowaniu - gdy odwołanie jest wnoszone na czynność odrzucenia oferty – należy mieć przy tym na względzie treść art. 253 ust. 1 pkt 2) Pzp, zgodnie z którym „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne”. Tym samym wydając wyrok, w którym ocenia zgodność z przepisami Pzp czynności odrzucenia oferty wykonawcy, Izba orzeka w granicach treści uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności podanego przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy oraz w granicach przedstawionych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych, wskazujących na naruszenie w związku z tą czynnością przepisów Pzp, których naruszenie zarzucono w odwołaniu.

Izba ustaliła, że w dniu 12 lutego 2024 r. Zamawiający opublikował dokument o treści „Zawiadomienie o wyborze ofert

Gmina Dygowo jako Zamawiający działając zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z 2023 poz.605 ze zm.); zwanej dalej „ustawą Pzp”, zawiadamia, że w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę: Przedsiębiorstwo Budowlane IN-TECH J.P., Drawska 54; 78-300 Świdwin Oferta spełnia wszystkie wymogi określone przepisami ustawy Pzp jej treść jest zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (art. 218 ust. 2 ustawy Pzp) oraz została wybrana jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert (art. 239 ust. 1 ustawy Pzp). Wykaz i porównanie złożonych ofert, niepodlegających odrzuceniu:

Kolejność ofert wg kryteriów oceny ofert	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Cena oferty (zł brutto)	Ilość punktów w kryterium ceny	Okres gwarancji (miesiące)	Ilość punktów w kryterium okres gwarancji	Łączna punktacja
1.	Przedsiębiorstwo Budowlane IN-TECH J.P. Drawska 54 78-300 Świdwin	895 900,00 zł	60	60 miesięcy	40	100
2.	MEDIA TECHNIK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa ul. Matejki 5 78-100 Kołobrzeg	960 122,00 zł	55,99	60 miesięcy	40	95,99
3.	Zakład Budowlany Robert Stelmach POD WILCZE 48 78-217 Stanomino	998 993,00 zł	53,81	60 miesięcy	40	93,81
4.	Usługi Budowlane Marcin Szawłowski Jaśminowa 4 78-100 Kołobrzeg	1 193 819,07 zł	45,03	60 miesięcy	40	85,03
5.	BPM-BAU Sp. z o.o. Andrzeja Struga 44/26 70-784 Szczecin	975 000,00 zł	55,13	60 miesięcy	40	95,13
6.	GORBUD Sp. z o.o. ul. Kołobrzeska 8C 78-300 Świdwin	999 000,00 zł	53,81	60 miesięcy	40	93,81

Zawiadomienie o odrzuceniu oferty

Zamawiający, działając zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku poz. 605 ze zm.), zawiadamia o odrzuceniu oferty Wykonawcy Usługi remontowo-budowlane S.I., Bardy 1,78-113 Dygowo; w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z powodu, że oferta tego wykonawcy 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 oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z powodu niezgodności oferty tego wykonawcy z art. 63 ust. 2 ustawy Pzp. Oferta tego wykonawcy nie została złożona w formie elektronicznej lub w postaci

elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Uzasadnienie faktyczne

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych. Oferta wraz z oświadczeniami została złożona przez Wykonawcę Usługi remontowo- budowlane S.I., Bardy 1, 78-113 Dygowo w postępowaniu „Adaptacja budynku oświaty na żłobek” w dniu 18.01.2024 roku o godz.8:38:22; poprzez platformę e-Zamówienia. W dniu 18 stycznia 2024 r. po godz. 10:15 na platformie e-Zamówienia, został wygenerowany raport z przebiegu otwarcia ofert. Według ww. raportu przesłane, podpisane i niewymagające weryfikacji przez użytkownika dokumenty Wykonawcy, tj: - oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania (załącznik nr 4 do SWZ); - oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału (załącznik nr 3 do SWZ); - oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2023 r. poz. 1497) (załącznik nr 4 do SWZ; - Oświadczenie o udzieleniu poręczenia wadium Nr 11/00012/2024/W/E W/w dokumenty zostały złożone poprawnie tj. zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ponadto w wygenerowanym raporcie z przebiegu otwarcia ofert, wyszczególniono dwa pliki; tj.: - formularz ofertowy (załącznik Nr 2 do SWZ), który został podpisany, ale wymagał weryfikacji przez użytkownika oraz - przypisany do niego plik XAdES, który również został podpisany i wymagał weryfikacji przez użytkownika. Weryfikacja podpisu elektronicznego na powyższych dokumentach, która została przeprowadzona przez Zamawiającego, przeznaczonymi do tego celu narzędziami do weryfikacji podpisów elektronicznych, dała wynik negatywny (komunikaty : nieważny/nieprawidłowy; podpis dokumentu jest nieprawidłowy; negatywnie zweryfikowany). Ponadto format plików xades (plik podpisu elektronicznego) nie był dopuszczony zgodnie z zapisami rozdziału VIIa SWZ. Zamawiający postawił wymagania dotyczące form oraz podpisu ofert, co zostało opisane w rozdziale VIIa SWZ: - pkt 10: Ofertę, oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp., podmiotowe środki dowodowe, pełnomocnictwa, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, sporządza się w postaci elektronicznej w formacie danych .doc, .docx, .odt, .pdf, .gif, .jpg, jpeg, .ods, .tif, .txt, .xls, .xlsx, .xml, .zip. Zamawiający zaleca sporządzanie dokumentów w formacie .pdf - pkt 13 : Ofertę, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym, podpisem osobistym. Obowiązek zachowania formy elektronicznej, pod rygorem nieważności, opatrzonej podpisem kwalifikowanym lub opatrzonej podpisem zaufanym lub osobistym wynika z art. 63 ustawy z Pzp. Złożenie oferty bez prawidłowego i ważnego podpisu elektronicznego jest uchybieniem nieusuwalnym. Dlatego też brak podpisu dokumentów elektronicznych skutkuje ich nieważnością i oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 6 stawy Pzp.

Uzasadnienie prawne

Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 6 w związku z art. 63 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) odrzucił ofertę Wykonawcy Usługi remontowo-budowlane S.I., Bardy 1, 78-113 Dygowo. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Przepis art. 63 Pzp. ustanawia formę elektroniczną dla oferty lub postać elektroniczną oferty opatrzoną podpisem zaufanym lub podpisem osobistym - dla postępowań o wartościach mniejszych niż progi unijne. W postępowaniach poniżej progów unijnych brak podpisu kwalifikowanego, zaufanego lub osobistego skutkować będzie odrzuceniem takiej oferty. Dodatkowo wskazać należy, że oferta Wykonawcy podlega równolegle odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty na podstawie ust. 1 pkt 6, jeżeli oferta 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. Przepis ten należy interpretować w powiązaniu m.in. z art. 67 Pzp, zgodnie z którym zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej. W przedmiotowym postępowaniu SWZ, zgodnie z Pzp, wymagała złożenia (sporządzenia) oferty przez wykonawców w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym, podpisem osobistym pod rygorem nieważności. Wykonawca złożył Formularz ofertowy stanowiący treść oferty bez podpisu i przypisany do niego plik XAdES, który po zweryfikowaniu przez Zamawiającego, przeznaczonymi do tego celu narzędziami do weryfikacji podpisów elektronicznych, dała wynik negatywny. Wskazać przy tym należy że wobec faktu, że formularz ofertowy stanowi treść oferty wykluczona jest wobec tego możliwość zastosowania procedury wezwania do uzupełnienia oferty w trybie art. 128 Pzp. W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne dla ofert oraz oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa art 125 ust. 1 Pzp, wprowadzono rygor

nieważności w zakresie formy ich złożenia. Zgodnie z art. 63 ust. 2 Pzp złożenie następuje pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (dokument w postaci elektronicznej opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Dokonanie czynności bez zachowania wymogu formy zastrzeżonej przez ustawy pod rygorem nieważności stanowa wadę tej czynności prawnej, która polega na niewywołaniu przez czynność zamierzonych skutków prawnych związanych z jej dokonaniem (nieważność bezwzględna). Tym samym niepodpisanie oferty w wymaganej formie lub nieprawidłowe złożenie podpisu pod ofertą powoduje w konsekwencji, że oferta podlega odrzuceniu na podst. art. 226 ust. 1 pkt 3 i 6 Pzp.”.

W świetle treści dokumentu opublikowanego przez Zamawiającego w dniu 12 lutego 2024 r. zawierającego informację o odrzuceniu oferty Odwołującego należy stwierdzić, że Zamawiający wskazał w nim dwie odrębne przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego. Jedną z nich było uznanie, że oferta ta nie jest niezgodna z art. 63 ust. 2 Pzp – w tym zakresie podstawą prawną odrzucenia tej oferty był art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 63 ust. 2 Pzp – drugą zaś przyjęcie, że oferta ta 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 - w tym zakresie podstawą prawną odrzucenia tej oferty był art. 226 ust. 1 pkt 6) Pzp.

Podzielając stanowisko Odwołującego Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 6) Pzp w zakresie, w jakim uzasadnieniem faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie tego przepisu było to, że format pliku (danych), w jakim została ona sporządzona, nie był zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w rozdziale VIIa pkt 10 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) określono, że „Ofertę, oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp., podmiotowe środki dowodowe, pełnomocnictwa, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, sporządza się w postaci elektronicznej w formacie danych .doc, .docx, .odt, .pdf, .gif, .jpg, .jpeg, .ods, .tif, .txt, .xls, .xlsx, .xml, .zip. Zamawiający zaleca sporządzanie dokumentów w formacie .pdf”.

Ponadto Izba ustaliła (było to przy tym okolicznością bezsporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego), że Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu - formularz ofertowy w pliku o nazwie „cds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa199397_Oferta_1”, który został sporządzony w postaci elektronicznej w formacie danych .pdf. W konsekwencji jest oczywiste, iż oferta Odwołującego została sporządzona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w rozdziale VIIa pkt 10 SWZ.

Nie może zaś uzasadniać odrzucenia oferty Odwołującego to, że w ww. postanowieniu SWZ nie był wymieniony format danych (plików) .xades. Niewątpliwie jest, że plik o nazwie „ocds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa199397_Oferta_1.pdf.xades”, który został przekazany Zamawiającemu przez Odwołującego wraz z formularzem ofertowym w pliku o nazwie „cds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa199397_Oferta_1”, jest plikiem zawierającym kwalifikowany podpis elektroniczny (jak nazywa go Zamawiający w ww. dokumencie opublikowanym w dniu 12 lutego 2024 r. „plikiem podpisu elektronicznego”). Wymaga wskazania, że w pliku tym zawarty tak zwany „zewewnętrzny” kwalifikowany podpis elektroniczny, którym opatrzone plik o nazwie „cds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa199397_Oferta_1” w formacie danych .pdf; format danych (pliku) .xades jest wyłącznie formatem danych rzeczonoego podpisu, a nie formatem danych pliku o nazwie „cds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa199397_Oferta_1”.

W takiej sytuacji art. 226 ust. 1 pkt 6) Pzp nie znajdował zastosowania, ponieważ przepis ten zobowiązuje (a jednocześnie uprawnia) zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy wyłącznie wtedy, gdy niezgodność sporządzenia lub przekazania z określonymi przez zamawiającego wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej dotyczy oferty – czyli w przypadku Postępowania formularza ofertowego – którą nie jest plik zawierający kwalifikowany podpis elektroniczny, którym opatrzone ofertę.

Przekazanie Zamawiającemu przez Odwołującego wraz z formularzem ofertowym pliku o nazwie „ocds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa199397_Oferta_1.pdf.xades” nie oznacza więc, że oferta Odwołującego zawarta w pliku o nazwie „cds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa199397_Oferta_1” została sporządzona niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w rozdziale VIIa pkt 10 SWZ.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 6) Pzp nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania, gdyż nie miało ono wpływu ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik Postępowania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”. Brak zaś było podstaw do stwierdzenia, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 63 ust. 2 Pzp, a zatem iż wynik Postępowania byłby bądź mógłby być inny, gdyż oferta ta nie podlegała odrzuceniu i powinna zostać zbadana i oceniona.

Należy stwierdzić, że z treści odwołania nie wynika, jakie okoliczności faktyczne i prawne wskazują na

naruszenie tego przepisu w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego. Nie wskazano w nim także okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie w związku z tą czynnością i w związku z art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp powołanych w odwołaniu art. 26 i art. 32 ust. 1 i 2 Rozporządzenia. Brak więc było podstaw do stwierdzenia, że przepisy te zostały naruszone przez Zamawiającego.

To samo dotyczy art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, przy czym wymaga zauważenia, że w przepisie tym określono wymagania do zachowania pisemnej formy czynności prawnej. W sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę (formularz ofertowy) w postaci elektronicznej – w pliku o nazwie „cds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa199397_Oferta_1” - przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, nie mógł on znajdować zastosowania do oceny, czy oferta ta została złożona zgodnie z art. 63 ust. 2 Pzp. Nie sposób więc było uznać, że został on naruszony przez Zamawiającego.

Wobec twierdzeń przedstawionych w odwołaniu należy stwierdzić, iż niewątpliwie jest, że zgodnie z art. 63 ust. 2 Pzp ofertę w Postępowaniu Odwołujący zobowiązany był złożyć, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Ponieważ w Pzp nie uregulowano, co należy rozumieć przez „formę elektroniczną”, na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „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 (...), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”, zastosować należy art. 78¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, który stanowi „do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego było, że złożona przez Odwołującego w Postępowaniu oferta - formularz ofertowy w pliku o nazwie „cds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa199397_Oferta_1” była opatrzona przez Odwołującego kwalifikowanym podpisem elektronicznym w rozumieniu art. 78¹ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny oraz art. 3 pkt 7) Rozporządzenia (zgodnie z którym „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”) - złożonym za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i opartym na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Wynika to także z załączonego do odwołania dokumentu zatytułowanego „Raport z przebiegu otwarcia ofert”, w którym napisane jest „o nazwa pliku: ocds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa199397_Oferta_1.pdf o typ pliku: Formularz (...) o czy podpisany: Tak”.

Nie budziło ponadto wątpliwości, że podpis ten został złożony w okresie ważności kwalifikowanego certyfikatu podpisu elektronicznego, na którym był on oparty.

W świetle stanowisk stron postępowania odwoławczego należy stwierdzić, że kwestią sporną było to, czy oferta Odwołującego została opatrzona prawidłowo kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a podpis ten jest ważny.

Jak wskazano w odwołaniu i co nie było kwestionowane przez Zamawiającego, „kwalifikowany podpis elektroniczny można uznać za prawidłowo złożony wówczas, gdy można go skutecznie zweryfikować i potwierdzić jego ważność”.

Z art. 32 ust. 1 Rozporządzenia, stosownie do którego „Proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego, pod warunkiem że: a) certyfikat, który towarzyszy podpisowi, był w momencie składania podpisu kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego zgodnym z załącznikiem I; b) kwalifikowany certyfikat został wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i był ważny w momencie składania podpisu; c) dane służące do walidacji podpisu odpowiadają danym dostarczonym stronie ufającej; d) unikalny zestaw danych reprezentujących podpisującego umieszczony w certyfikacie jest prawidłowo dostarczony stronie ufającej; e) jeżeli w momencie składania podpisu użyty został pseudonim, zostaje to wyraźnie wskazane stronie ufającej; f) podpis elektroniczny został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego; g) integralność podpisanych danych nie została naruszona; h) wymogi przewidziane w art. 26 zostały spełnione w momencie składania podpisu”, wynika, że ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego zostaje potwierdzona wtedy, gdy między innymi nie została naruszona integralność podpisanych danych.

Izba ustaliła, że załączonym do odwołania dokumentem zatytułowanym „Elektroniczne Poświadczenie Weryfikacji (EPW)” napisano

„ocds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa199397_Oferta_1.pdf.xades

md5: fd0a3f397e56698781883f3a094c7484

Nazwa uploadowanego pliku

(...) 1. Integralność: Nieokreślona - weryfikator nie był w stanie określić integralności podpisu”.

W załączonym do odpowiedzi na odwołanie dokumentem zatytułowanym „Raport weryfikacji” napisano

„WynikNIEWAŻNY/NIEPRAWIDŁOWY

Wynik przetwarzaniaZakończono

Komunikat błęduObiekt, do którego odnosi się podpis został naruszony Podpis dokumentu jest nieprawidłowy
Przynajmniej jeden skrót w podpisie nie zgadza się ze skrótem dokumentu

Skrót pliku z dokumentem46c5d41c778902caeeb809cd492bed34a746c491

Skrót pliku z podpisem70e7956ad3585ac5492a67369686a98b75f07200

Nazwa pliku z podpisemocds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa 199397_Oferta_1.pdf.xades (...)

Lista podpisów

Status weryfikacji podpisuNIEWAŻNY/NIEPRAWIDŁOWY

Data i czas wykonania podpisu2024-01-18 08:33:16 GMT+01:00

Data i czas weryfikacji podpisu2024-01-31 12:46:56 GMT+01:00

Format podpisuXAdES

Poziom podpisuBES (Podpis w postaci podstawowej)

Certyfikat podpisującegokwalifikowany (...)",

a w załączonym do odpowiedzi na odwołanie wydruku zrzutu ekranu napisano „ocds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa 199397_Oferta_1.pdf.xades Błędnie zweryfikowany (...) Szczegóły podpisu Plik: ocds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3ef (...) Status weryfikacji: Certyfikat S.I. — negatywnie zweryfikowany. Błąd podpisu XADES. Walidacja (reference) nie udała się (sygnatura: Signature_2538090c-da7b-4b1b-a738-0d232c651b8b_4b; referencja: Reference1_2538090c-da7b-4b1b-a738-0d232c651b8b_75). Prawdopodobnie dane zostały zmienione Prawdopodobnie dane zostały zmienione”.

Treść tych dokumentów prowadzi do wniosku, że wyniki procesu walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego zawartego w pliku o nazwie ocds-148610-a2f01909-a96c-11ee-a06e-7a3efa 199397_Oferta_1.pdf.xades nie wskazują na prawidłowość tego podpisu, lecz na jego nieważność bądź nieprawidłowość, prawdopodobnie z powodu naruszenia integralności podpisanych danych. Koresponduje to z treścią ww. dokumentu załączonego do odwołania, w którym wskazano „Integralność: Nieokreślona - weryfikator nie był w stanie określić integralności podpisu”, czego nie sposób uznać za potwierdzenie, że integralność podpisanych danych nie została naruszona, a w konsekwencji za potwierdzenie ważności ww. kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Należało więc uznać, że nie zostały spełnione wszystkie określone w art. 32 ust. 1 Rozporządzenia warunki potwierdzenia ważności ww. kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

W tym stanie rzeczy należało przyjąć, że oferta Odwołującego nie została opatrzona prawidłowo kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Wobec powyższego w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 63 ust. 2 Pzp w związku z art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w związku z art. 26 i art. 32 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) i 6) w związku z art. 63 ust. 2 Pzp w związku z art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w związku z art. 26 i art. 32 ust. 1 i 2 Rozporządzenia, a odwołanie oddaliła, o czym orzeczono w punkcie 2. wyroku.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania oraz złożonych do akt sprawy przez strony postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2), § 8 ust. 2 pkt 1) oraz § 9 ust. 3 pkt 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 od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 10.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (...)”. § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego”. Zgodnie z § 9 ust. 3 pkt 2) ww. rozporządzenia, „w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę odrzucone albo oddalone w całości - do ponoszenia i rozliczania

kosztów stosuje się odpowiednio § 8 ust. 1 albo ust. 2 pkt 1”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 10.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonej do akt postępowania odwoławczego faktury, na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika mogło być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych.

W tym stanie rzeczy zgodnie z tym przepisem do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Zamawiający na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonej do akt postępowania odwoławczego faktury, na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Wobec umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części zgodnie z art. 522 ust. 4 Pzp, oraz oddalenia w całości odwołania w pozostałej części zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił, do ponoszenia i rozliczania kosztów postępowania odwoławczego stosownie do § 9 ust. 3 pkt 2) ww. rozporządzenia zastosowano § 8 ust. ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia, w punkcie 3. wyroku obciążając Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący:.....