Sygn. akt: KIO 2616/14

WYROK
z dnia 23 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 grudnia 2014 r. przez **wykonawcę K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. K. Kancelaria Radcy Prawnego K. P. z siedzibą w Ciechanowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Olsztynie**

przy udziale **wykonawcy: S. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TOGATUS Kancelaria Radcy Prawnego S. . z siedzibą w Olsztynie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. K. Kancelaria Radcy Prawnego K. P. z siedzibą w Ciechanowie** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez

---

wykonawcę K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. K. Kancelaria Radcy Prawnego K. P. z siedzibą w Ciechanowie tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 2616/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Obsługa *prawna Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie".*

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P. K. Kancelaria Radcy Prawnego K. P. z siedzibą w Ciechanowie (zwany dalej: „Odwołującym") w dniu 10

grudnia 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 27, art. 82 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jak również przepisu art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym oraz przepisu art. 78 § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie wykluczenia Odwołującego oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Wykluczenie Odwołującego oraz odrzucenie jego oferty stały się przedmiotem odwołania, wniesionego w dniu 10 grudnia 2014 r. przez wykonawcę: K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. K. Kancelaria Radcy Prawnego K. P. z siedzibą w Ciechanowie.

Pismem z dnia 19 grudnia 2014 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. K. Kancelaria Radcy Prawnego K. P. z siedzibą w Ciechanowie - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 10 grudnia 2014 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2014 r.) wykonawcy: S. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą TOGATUS Kancelaria Radcy Prawnego S. T. z siedzibą w Olsztynie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest „Obsługa *prawna Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie".* /Rozdział I – Instrukcja dla wykonawców (IDW) – pkt 4.1 – Źródła finansowania, str. 54/

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ") zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 8.4 – *Tom I: Instrukcja dla Wykonawców (IDW) wraz z formularzami- Rozdział 1 – Instrukcja dla wykonawców (IDW) - Opis sposobu przygotowania ofert:* Ofertę stanowi wypełniony

Formularz „Oferta”;
Pkt 8.5 – Wraz z ofertą powinny być złożone:
Pkt 8.5.1 - Oświadczenia i dokumenty, wymagane postanowieniami punktu 7 IDW;
Pkt 8.8. – Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, z zachowaniem formy pisemnej, pod rygorem nieważności. Każdy dokument składający się na ofertę powinien być czytelny;
Pkt 8.10 – Strony oferty powinny być trwale ze sobą połączone i kolejno ponumerowane, z zastrzeżeniem sytuacji opisanej w pkt 8.11 i 8.12. W treści oferty powinna być umieszczona informacja o liczbie stron;
Pkt 8.11 – Oświadczenia i dokumenty dotyczące właściwości Wykonawcy wymagane postanowieniami pkt 7 IDW powinny być trwale ze sobą połączone oraz kolejno ponumerowane. W treści oferty powinna być zamieszczona informacja o liczbie stron, na których te oświadczenia i dokumenty zamieszczono.
Pkt 8.12 – W przypadku gdyby oferta, oświadczenia lub dokumenty zawierały informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Wykonawca powinien w sposób nie budzący wątpliwości zastrzec, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te powinny być umieszczone w osobnym wewnętrznym opakowaniu, trwale ze sobą połączone i ponumerowane. Nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa informacje podawane do wiadomości podczas otwarcia ofert, t.j. informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie.
Pkt 8.13 – Ofertę wraz z oświadczeniami i dokumentami należy sporządzić i złożyć w jednym egzemplarzu. Ofertę należy umieścić w zamkniętym opakowaniu, uniemożliwiającym odczytanie jego zawartości bez uszkodzenia tego opakowania. Opakowanie powinno być oznaczone nazwą (firmą) i adresem Wykonawcy zaadresowane w określony przez Zamawiającego w tym punkcie sposób.
Pkt 8.14 – Wymagania określone w pkt 8.10. – 8.13. nie stanowią treści oferty i ich niespełnienie nie będzie skutkować odrzuceniem oferty; wszelkie negatywne konsekwencje mogące wyniknąć z niezachowania tych wymagań będą obciążały Wykonawcę.
Pkt 7 .1.1 – Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp – treść tego oświadczenia zamieszczona jest w pkt 10 formularza „OFERTA”. /dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 48-51/

Odwołujący w niniejszym postępowaniu złożył ofertę z najniższą ceną – 10.455,00 zł brutto – (miesięczny ryczałt brutto). /dokumentacja postępowania: protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, str. 231/

Zamawiający w dniu 3 grudnia 2014 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu z terminem na uzupełnienie wyznaczonym na dzień 5 grudnia 2014 r. do godz. 12.00. W wezwaniu Zamawiający wyraźnie wskazał, że powyższe dokumenty należy złożyć w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność oryginałem. Jednocześnie Zamawiający wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający dopuścił złożenie takich wyjaśnień pisemnie, pocztą elektroniczną lub za pomocą faksu. /dokumentacja postępowania: wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 3 grudnia 2014 r., str. 118-119/

Bezspornym jest, że Odwołujący uzupełnił wymagane dokumenty (dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu) w oryginale w dniu 5 grudnia 2014 r. o godz. 12:11, zaś w terminie oznaczonym przez Zamawiającego (5 grudzień 2014 r. do godz. 12.00 ww. dokumenty wpłynęły jednocześnie do Zamawiającego podpisane za pomocą bezpiecznego podpisu elektronicznego. /dokumentacja postępowania: uzupełnienia dokumentów z dnia 5 grudnia 2014 r. z godz. 10.50. podpisane za pomocą bezpiecznego podpisu elektronicznego oraz z godz. 12.11 dokumenty złożone w oryginale, str. 125-143/

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt

4 ustawy Pzp, z uwagi na nieuzupełnienie dokumentów w wyznaczonym terminie, jak również odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. /dokumentacja postępowania: pismo z dnia 5 grudnia 2014 r., powiadamiające Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty, str. 170/.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba oceniając ww. zarzut Odwołującego dotyczący niezasadnego wykluczenia wykonawcy w związku z nieuzupełnieniem dokumentów w wymaganym przez Zamawiającego terminie – uznała, że powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym.

Izba oceniając niniejszy zarzut - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne:

W pierwszej kolejności zasadnym w tym miejscu jest przywołanie treści art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie

pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Zatem w świetle przepisów ustawy Pzp możliwe jest złożenie oferty w postaci elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu, ale wyłącznie za zgodą Zamawiającego wyrażoną w SIWZ.

Nie ulega również wątpliwości, że złożenie oferty w formie pisemnej bądź w postaci elektronicznej, (opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu) nie odnosi się wyłącznie do oferty rozumianej jako zobowiązanie ofertowe – jak twierdził Odwołujący, ale również dotyczy innych dokumentów załączonych wraz z ofertą – t.j. m. in. dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przepis art. 82 ust. 2 ustawy Pzp odnosi się w sposób ogólny do oferty, zatem również dokumenty dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu składające się na ofertę (rozumianą jako całość) należało złożyć w formie pisemnej – zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający zastrzegł w SIWZ, iż ofertę należy sporządzić w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Jednocześnie nie dopuścił możliwości składania ofert w postaci elektronicznej, opatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Swoje stanowisko Zamawiający potwierdził również w wezwaniu z dnia 3 grudnia 2014 r. wskazując, że dokumenty dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy złożyć w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność oryginałem, co było również zgodne z § 7ust. 1 Rozporządzenia prezesa rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (poz. 231).

Wobec powyższego dokumenty dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu nie można było – wbrew temu jak twierdził Odwołujący – złożyć w postaci elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że działanie Zamawiającego było sprzeczne z ustawą z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2001 r., Nr 130, poz. 1450 ze zm.). Owszem niniejsza ustawa wskazuje, że dokumenty elektroniczne

(składane w postaci elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu) są równoważne pod względem skutków prawnych dokumentom opatrzonym podpisami własnoręcznymi, z wyraźnym zastrzeżeniem zawartym w tej ustawie: „chyba, że *przepisy odrębne stanowią inaczej"* (art. 5 ust. 2 ustawy o podpisie elektronicznym). Takim odrębnym przepisem jest właśnie przepis art. 82 ust. 2 ustawy Pzp który wskazuje, że złożenie oferty w postaci elektronicznej, - opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu – możliwe jest tylko za zgodą Zamawiającego, a brak takiej zgody – co miało miejsce w niniejszym postępowaniu – wyklucza możliwość złożenia dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci elektronicznej, - nawet opatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym.

W konsekwencji zatem złożenie Zamawiającemu ww. dokumentów w formie pisemnej (w oryginale) po wyznaczonym terminie w dniu 5 grudnia 2014 r. o godz. 12.11 należy uznać za złożenie takich dokumentów z uchybieniem wskazanego przez Zamawiającego terminu, który został wyznaczony na dzień 5 grudnia 2014 r. do godz. 12.00.

Ponadto Odwołujący się nie zwracał się również do Zamawiającego z prośbą o wydłużenie terminu na uzupełnienie – skoro termin ten był dla niego zbyt krótki. Wobec tego złożenie dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu w oryginale o godz. 12.11 należy uznać za złożenie ich Zamawiającemu z niedochowaniem należytej staranności.

Izba zauważa, że wykonawca, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, z pełną świadomością swoich działań bądź też zaniechań i konsekwencjami tych zachowań winien na etapie składania ofert dochować należytej staranności, aby ofertę, (czy też jej uzupełnienie) złożyć w terminie przewidzianym w specyfikacji bądź w wezwaniu o uzupełnienie dokumentów.

Izba uznała za stosowne przywołanie treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., (sygn. akt ACa 1018/05 niepubl.), mającego odpowiednie zastosowanie na gruncie niniejszej sprawy, wedle którego: *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu charakteru prowadzonej działalności zawodowego co do wiedzy, gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, umiejętności,*

skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności".

Wobec powyższego ten profesjonalny charakter działalności winien mieć swój przejaw również na etapie składania ofert i wyrażać się wykazaniem należytej staranności w zakresie terminowego składania ofert (bądź jej uzupełnienia) do dnia i godziny wskazanej przez Zamawiającego w specyfikacji czy też w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

Ponadto nieuzasadnionym jest również powoływanie się na orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 grudnia 2012 r., sygn. akt I OSK 1317/12. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że orzeczenie to jest niejednokrotnie kwestionowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego jaki i Naczelnego Sądu Administracyjnego (i tak np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2013 r., sygn. akt I CZ 59/13).

Zatem, wobec tak przedstawionej argumentacji zarzut dotyczący niezasadnego wykluczenia Odwołującego należy uznać za niezasadny, co w konsekwencji oznacza że Zamawiający uprawniony był do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej potwierdziły się zarzuty – postawione przez Odwołującego – dotyczące niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jednak z uwagi niepotwierdzenia się zarzutu dotyczącego niezasadnego

wykluczenia Odwołującego z powodu niezłożenia dokumentów w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie należało oddalić odwołanie, gdyż uwzględnienie pozostałych zarzutów odwołania nie będzie miało wpływu na wynik niniejszego pozstępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……