

WYROK
z dnia 22 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2020 r. przez wykonawcę **S. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Przewóz Osób i Ładunków B. S., Trzęsówka 12, 36-106 Trzęsówka** w postępowaniu prowadzonym przez **Koleje Mazowieckie – KM Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 1 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie wykonawcy M. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa M. F., Maława 23/1, 37-700 Bircza z tego powodu, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu; zarzut nr 2 się nie potwierdził,
2. kosztami postępowania obciąża **Koleje Mazowieckie – KM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Przewóz Osób i Ładunków B. S., Trzęsówka 12, 36-106 Trzęsówka** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Kolei Mazowieckich – KM Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa** na rzecz wykonawcy **S. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Przewóz Osób i Ładunków B. S., Trzęsówka 12, 36-106 Trzęsówka** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez "Koleje Mazowieckie – KM" sp. z o.o., 03-802 Warszawa, Lubelska 26 (dalej "zamawiający") na świadczenie usługi autobusowego przewozu osób w ramach zastępczej komunikacji autobusowej realizowanej na odcinku podstawowym Warka - Radom - Warka, w związku z ograniczeniem przepustowości linii kolejowej nr 8 na odcinku Warka - Radom, Zadanie nr 2 - obsługa przewozów zastępczych autobusami wysokopodłogowymi o charakterze międzymiastowym lub turystycznym wykonawca S. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Przewóz Osób i Ładunków B. S., Trzęsówka 12, 36-106 Trzęsówka (dalej "odwołujący") złożył odwołanie wobec:

1. wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę - Firma Handlowo - Usługowa M. F., ul. Malawa 23/1, 37-740 Bircza oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy i odrzucenia złożonej przez niego oferty,
2. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę - LEMBUS J. L., ul. Zaciszna 4, 08-460 Sobolew.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 91 ust. 1, poprzez nieprawidłowy wybór oferty złożonej przez wykonawcę MF zamiast wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia złożonej przez niego oferty z powodu niezłożenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ”),
2. art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia złożonej przez wykonawcę JL oferty w sytuacji niezgodności złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu wykluczenie wykonawcy MF na podstawie art. 24 ust. 4 w związku z art. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i oraz odrzucenie złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a także odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę – JL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Wniósł wreszcie o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

1. SIWZ na okoliczność warunków udziału w postępowaniu postawionych przez zamawiającego oraz dokumentów i oświadczeń wymaganych na ich potwierdzenie i dokumentów i oświadczeń stanowiących treść oferty,
2. ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 grudnia 2019 r., pod numerem: 2019/S 236-580260, na okoliczność warunków udziału w postępowaniu postawionych przez zamawiającego oraz dokumentów i oświadczeń wymaganych na ich potwierdzenie i dokumentów i oświadczeń stanowiących treść oferty,
3. oferty wraz z załącznikiem, tj.: JEDZ złożonej przez wykonawcę MF na okoliczność wadliwego uzupełnienia JEDZ przez wykonawcę,
4. wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 20 grudnia 2019 r. wykonawcy MF na okoliczność wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w tym m.in. JEDZ,
5. pismo wykonawcy MF z dnia 31 grudnia 2019 r. wraz z oświadczeniami zawartymi w dokumencie JEDZ na okoliczność braku opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym przedmiotowego dokumentu,
6. formularza ofertowego wykonawcy JL na okoliczność złożenia przez wykonawcę niepełnej treści oferty wymaganej przez zamawiającego treścią SIWZ.

Odwołujący podał, że zgodnie z treścią SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu treść oferty dla zadania nr 2 stanowiły:

1. wypełniony i podpisany Formularz ofertowy z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 2.1 do SIWZ,
2. wypełniony i podpisany Formularz cenowy z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 2.3 do SIWZ

Podał także, że stosownie do rozdziału VII pkt 1 (ppk 1 i 2) i 2 SIWZ wykonawcy składający ofertę w postępowaniu wraz z ofertą zobowiązani byli złożyć m.in. wstępne oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu sporządzone w formie JEDZ, wymaganego przez zamawiającego na podstawie art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp i zgodnie z art. 10a ust. 1 ustawy Pzp przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Wskazał, że wykonawca MF wraz z ofertą przedłożył m.in. JEDZ, gdzie zawarł wstępne oświadczenia, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wskazał także, że zamawiający, stwierdzając niedokładne uzupełnienie JEDZ, poprzez nie wskazanie w części VI: Kryteria kwalifikacji, B: Sytuacja ekonomiczna i finansowa, Tabela, Wiersz 7-6, posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej, wszczął postępowanie naprawcze i pismem z dnia 20 grudnia 2019 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prawidłowo uzupełnionego JEDZ. Uzupełniając wskazał, że stosownie do treści rozdz. V pkt 2 ppkt 2 SIWZ i sekcji III. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien wykazać się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową nie mniejszą niż 1 000 000,00 zł; wraz z wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia poprawnie uzupełnionego JEDZ, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu, określonych w rozdz. VII pkt 12 SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu. Podał, że termin przedłożenia dokumentów i oświadczeń oraz oświadczeń „wstępnych” zawartych w treści JEDZ, zamawiający określił na dzień 31 grudnia 2019 r. i wykonawca w dniu 31 grudnia 2019 r., poprzez Platformę Zakupową przedłożył wymagane przez zamawiającego dokumenty i oświadczenia oraz poprawnie uzupełniony JEDZ, jednakże – podniósł odwołujący – JEDZ nie został opatrzony bezpiecznym kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Dodatkowo odwołujący wskazał, że złożony przez wykonawcę na wezwanie do uzupełnienia JEDZ uzupełniony był już prawidłowo, ale nie był opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, wobec czego stosownie do art. 10a ust. 5 ustawy Pzp JEDZ jest nieważny.

Zdaniem odwołującego nie ulega wątpliwości, że to na wykonawcy spoczywał obowiązek i jednocześnie prawo do prawidłowego wypełnienia JEDZ i złożenia go wraz z ofertą oraz do prawidłowego uzupełnienia JEDZ, przedstawiając informacje w takim zakresie jak wymagał tego zamawiający.

Stanął na stanowisku, że „wstępność” oświadczenia zawartego w JEDZ należy rozumieć w ten sposób, że na pierwszym etapie oceny zastępuje ono dokumenty, których żąda się w trybie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wobec czego nie uzupełnienie JEDZ w sposób wskazany w wezwaniu do uzupełnienia było stwierdzenie, że wykonawca nie złożył dokumentu zawierającego wstępne oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało powinno wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a jego ofertę, zgodnie z ust. 4 tego artykułu uznać za odrzuconą.

Uznał, że w związku z powyższym zamawiający nie miał podstaw do dokonywania dalszej oceny tej oferty, a tym bardziej do uznawania, że oferta ta może być najwyższej oceniona, więc w konsekwencji do uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą.

W ocenie odwołującego złożenie przez wykonawcę JEDZ bez rygoru zawartego w przepisie art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, tj.: nieopatrzono kwalifikowanym podpisem elektronicznym już na wezwanie do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wobec jednokrotności takiego wezwania – skutkować mogło jedynie wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i odrzuceniem złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Podał: wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 859/17, KIO 867/17, KIO 894/17.

Przypomniał, że zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający m.in. przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Dodał, na marginesie, że zamawiający w takiej sytuacji nie miał obowiązku wzywania o dokumenty i oświadczenia w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp skoro wykonawca nie wykazał we wstępnym oświadczeniu odnoszącym się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, że takowe warunki spełnia.

W ocenie odwołującego zamawiający nie był zobowiązany także do ponownego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wskazał, że ustawa Pzp precyzuje w art. 10a ust. 5 czynność pierwotną – sporządzenia, a nie złożenia, w konsekwencji wykonawca ma obowiązek sporządzenia oświadczenia woli w postaci elektronicznej, opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym i w takiej formie złożenia go zamawiającemu.

Uzupełnił, że art. 10a ust. 5 ustawy Pzp jako przepis szczególny ma w myśl reguły *lex specialis derogat legi generali* zastosowanie nadrzędne; kwestia formy sporządzenia ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczeń, w tym jednolitego dokumentu została w sposób wyczerpujący określona w ustawie Pzp, niewymagający odesłania na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepisy kodeksu cywilnego stosuje się, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.

W odniesieniu do zarzutu 2 odwołujący podał, że wykonawcy składający oferty w postępowaniu, zgodnie z treścią SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, zobowiązani byli złożyć ofertę składającą się z dokumentów, które stanowiły: 1) wypełniony i podpisany Formularz ofertowy z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 2.1 do SIWZ, 2) wypełniony i podpisany Formularz cenowy z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 2.3 do SIWZ, (rozd. VII pkt 7 ppkt 1 i 2 SIWZ i sekcja III. 1.2) pkt 12 ppkt 1 i 2 ogłoszenia o zamówieniu).

Podał, że wykonawca JL do dnia składania ofert, tj.: do dnia 19 grudnia 2019 r., do godz. 9:30 złożył jedynie część oferty, tj. wypełniony i podpisany (opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym) Formularz ofertowy (stanowiący załącznik nr 2.1. do SIWZ).

Podniósł, że wykonawca JL nie przedłożył wymaganego postanowieniami SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2.3. do SIWZ.

Podkreślił, że stosownie do treści przedmiotowego załącznika, cyt.: „do formularza ofertowego należy odpowiednio przenieść wartości z kolumny 13,14, 15, 4, 5, 6, 9, 10,11.”.

Wskazał, że w orzecznictwie przez pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym.

Wskazał także, że w orzecznictwie KIO podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1145; zwanym dalej: k.c.), tj.: niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Podał, że zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać SIWZ; zgodność treści oferty z treścią SIWZ jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w SIWZ.

Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa. Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli SIWZ nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty.

Podniósł, że zgodnie z pkt 2 rozdz. XI SIWZ, wykonawcy składający ofertę w postępowaniu zobowiązani byli złożyć ofertę stosownie do rozdz. VII pkt 7 SIWZ, gdzie zapisy wprost określały, że ofertę stanowiły formularz ofertowy i formularz cenowy.

Podkreślił, że cenę, stosownie do pkt 2 rozdz. XIII SIWZ obliczyć należało na podstawie formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 2.3. do SIWZ.

Odwołał się do wyroku KIO z dnia 14 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2491/17: *„mianem niezgodności oferty z SIWZ określa się nie tylko niezgodność zobowiązania opisanego w SIWZ ze zobowiązaniem oferowanym przez wykonawcę (tj.: sytuację, w której świadczenie z oferty nie odpowiada, np. ze względu na parametry techniczne, świadczeniu oczekiwanemu*

przez zamawiającego), ale również przypadki sporządzenia i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. Nadmienić trzeba że należy to odnosić do wymagań SIWZ dotyczących sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagań co do treści oferty, a nie wymagań co do jej formy, które również tradycyjnie zamieszczane są w SIWZ (np. wymóg parafowania każdej ze stron formularza oferty).”.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 17 stycznia 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie” – pismo z dnia 21 stycznia 2020 r., a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nieprawidłowego wyboru oferty złożonej przez wykonawcę MF zamiast wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia złożonej przez niego oferty z powodu niezłożenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem VII „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” pkt 1 SIWZ „Do oferty Wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że 1) nie podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie wskazanym w Rozdz. VI SIWZ, 2) spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w Rozdz. V ust.2 SIWZ.”

Zgodnie z rozdziałem VIII „Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób

uprawnionych do porozumiewania się z Wykonawcami” pkt 10 SIWZ „oferty oraz oświadczenia (w tym JEDZ) sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym”.

Złożony przez wykonawcę MF wraz z ofertą dokument JEDZ został prawidłowo podpisany (bezsporne).

Pismem z dnia 20 grudnia 2019 r. zamawiający wezwał wykonawcę MF, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia poprawnie wypełnionego dokumentu JEDZ. W uzasadnieniu zamawiający podał, że w złożonym wraz z ofertą dokumencie JEDZ wykonawca nie wypełnił „Części IV: Kryteria kwalifikacji, B: Sytuacja ekonomiczna i finansowa, Tabela, Wiersz 7 – 6”.

Jednocześnie, tym samym pismem, zamawiający wezwał wykonawcę MF, powołując się na przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyszczególnionych dokumentów w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę MF warunków udziału w postępowaniu.

W wezwaniu zamawiający zawarł informacje, iż *„Jednolity Europejski Dokument Zamówienia należy złożyć w oryginale w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym”.*

Odpowiadając na ww. wezwanie zamawiającego wykonawca MF złożył pismo z dnia 31 grudnia 2019 r., w którym oświadczył, że *„w załączeniu przedkłada oświadczenia i dokumenty”* – wśród nich oświadczenie JEDZ (pozycja 1), Informacje z banku (pozycja 3).

Pismo przewodnie i dokumenty (pozycje 1 – 8 wskazane w piśmie) to odrębne pliki w formacie pdf.

Wskazane w piśmie z dnia 31 grudnia 2019 r. w pozycjach 2 – 8 dokumenty zostały prawidłowo podpisane (bezsporne).

Dokument JEDZ nie został opatrzony żadnym podpisem, kwalifikowanym podpisem elektronicznym zostało opatrzone pismo z dnia 31 grudnia 2019 r.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający utrzymywał, że *„Ponieważ złożony wraz z ofertą JEDZ (...) został podpisany, a na wezwanie Zamawiającego uzupełniony oraz przesłany na Platformę Zakupową „Koleje Mazowieckie – KM” sp. z o.o. przez osobę do tego upoważnioną oraz w związku z tym, że Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie złożył prawidłowo podpisane w formie elektronicznej pismo przewodnie do złożonych dokumentów, w którym w punkcie pierwszym wymienił przedmiotowy dokument (JEDZ), Zamawiający uznał, że nie występuje podstawa do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.”* (str. 2 Odpowiedzi na odwołanie), podkreślając że *„pismo przewodnie oraz wszystkie załączniki do niego, w tym uzupełniony JEDZ, należy traktować jako całość.”* (str. 3 Odpowiedzi na odwołanie).

Innymi słowy, prawidłowość podpisu – opatrzenia JEDZ kwalifikowanym podpisem elektronicznym zamawiający upatrywał w tym, że pismo przewodnie i wskazane w nim dokumenty stanowią całość, a pismo przewodnie zostało podpisane prawidłowo.

Stanowisko zamawiającego nie jest prawidłowe.

Po pierwsze, podnieść należy, że w przedmiotowej sprawie wykonawca MF nie spakował do pliku zip pisma przewodniego i wskazanych w nim dokumentów. Pismo przewodnie i poszczególne dokumenty do odrębne pliki w formacie pdf.

Powyższe przesądza o tym, że nie jest możliwe uznanie, że wykonawca MF opatrzył dokument JEDZ tym samym podpisem, którym podpisał pismo przewodnie. Samo powołanie się w treści pisma przewodniczego na to, że załącznikiem do niego jest m.in. dokument JEDZ nie zastępuje opatrzenia dokumentu podpisem.

Po wtóre, podnieść należy, że wszystkie dokumenty wskazane w piśmie przewodnim, z wyjątkiem dokumentu JEDZ, zostały prawidłowo podpisane. Świadczy to o tym, że wykonawca MF zdawał sobie sprawę z wagi złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego – podpisał albo poświadczył podpisem 7 z 8 dokumentów. Powyższy brak, dotyczący jedynie dokumentu JEDZ skłania do wniosku, że wykonawca przez przeoczenie dokumentu JEDZ nie opatrzył kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wniosek taki nasuwa się tym bardziej wobec złożenia przez wykonawcę informacji z banku, która wstępne oświadczenie wykonawcy w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej z JEDZ miała potwierdzać.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że uzupełniony dokument JEDZ nie został, wbrew przepisowi art. 25a ust. 2 ustawy Pzp oraz postanowieniu rozdziału VIII pkt 10 SIWZ, opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co czyni go nieważnym.

W dalszej kolejności skład orzekający Izby uznał, że wykonawca MF podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z tego powodu, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przypomnienia wymaga, że przepisy o zamówieniach publicznych, tak też zamawiający w SIWZ przedmiotowego postępowania, przewidują dwuetapowy sposób wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Pierwszy etap (art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, rozdział VII pkt 1 SIWZ) to etap wstępny – wykonawca składa oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (dokument JEDZ).

Drugi etap (art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, rozdział VII pkt 12 SIWZ) to złożenie przez wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej (zamawiający skorzystał z przepisu art. 24aa ustawy Pzp przewidującego w pierwszej kolejności dokonanie oceny ofert) dokumentów określonych w SIWZ w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Stanowisko zamawiającego – w odniesieniu do warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy – pozbawia jakiegokolwiek znaczenia pierwszego etapu (skoro wykonawca potwierdził informacją z banku swoją sytuację finansową to oświadczenie JEDZ jest zbędne).

Jest to sprzeczne ze wskazanym powyżej, ustawowo przesądzonym sposobem oceny wykonawcy, a także sprzeczne z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji skoro pozostali wykonawcy musieli wypełnić obowiązek złożenia JEDZ, a w przypadku wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej zamawiającego od tego obowiązku odstępuje.

Zauważyć także należy, że oświadczenie wstępne – dokument JEDZ ma być aktualny na dzień składania ofert (tak też wskazał zamawiający w rozdziale VII pkt 1 SIWZ), natomiast dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków aktualne mają być na dzień ich złożenia. Nie można zatem, co najmniej z perspektywy aktualności, dokumentów tych utożsamiać.

Skoro wstępny etap badania wykonawcy MF nie zakończył się pozytywnie, to wynik całego badania nie może zostać uznany za pozytywny, a tym samym, że wykonawca MF wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W konsekwencji wykluczenia oferta wykonawcy MF winna zostać odrzucona (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) i nie może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zauważa, że wskazany w podstawach prawnych zarzutu przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w której oferta zostaje złożona przez wykonawcę uprzednio wykluczonego (przetarg ograniczony), zaś art. 91 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ – odwołujący nie podnosił iżby zamawiający zastosował inne niż określone w SIWZ kryteria oceny ofert.

Zarzut zaniechania odrzucenia złożonej przez wykonawcę JL oferty w sytuacji niezgodności złożonej oferty z treścią SIWZ nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W zadaniu 2, w odniesieniu do którego złożono odwołanie, zamawiający przewidział obsługę przewozów łącznej ilości 683 121,12 wozokilometrów, w tym zamówienie

podstawowe – 569 267,60 wozokilometrów i 20% jako zamówienie uzupełniające (rozdział III „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 2 i pkt 6 SIWZ).

Zgodnie z rozdziałem VII „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” pkt 7 SIWZ „Ofertę stanowi: 1) wypełniony i podpisany Formularz ofertowy, z wykorzystaniem wzoru odpowiednio dla danego zadania załącznika nr 2, 2.1 do SIWZ, 2) wypełniony i podpisany Formularz cenowy, z wykorzystaniem wzoru odpowiednio dla danego zadania załącznika nr 2.2, 2.3 do SIWZ”.

Zgodnie z rozdziałem XIII „Opis sposobu obliczenia ceny” pkt 5 SIWZ „Wykonawca zobowiązany jest zaoferować jednakową cenę netto za jeden wozokilometr dla całego przedmiotu zamówienia.

W opracowanym przez zamawiającego wzorze Formularza ofertowego dla zadania nr 2 przewidziano podanie przez wykonawcę – w złotych polskich – następujących cen i kwoty podatku VAT:

- ceny ofertowej brutto,
- ceny ofertowej netto,
- podatku VAT w odniesieniu do ceny ofertowej brutto,
- ceny ofertowej brutto dla zamówienia podstawowego (we wzorze wpisano 569 267,60 wozokilometrów),
- ceny ofertowej netto dla zamówienia podstawowego (we wzorze wpisano 569 267,60 wozokilometrów),
- podatku VAT w odniesieniu do ceny ofertowej brutto zamówienia podstawowego,
- ceny ofertowej brutto dla zamówienia uzupełniającego (we wzorze wpisano 113 853,52 wozokilometrów),
- ceny ofertowej netto dla zamówienia podstawowego (we wzorze wpisano 113 853,52 wozokilometrów),
- podatku VAT w odniesieniu do ceny ofertowej brutto zamówienia uzupełniającego,
- ceny za jeden wozokilometr netto.

W opracowanym przez zamawiającego wzorze Formularza cenowego dla zadania nr 2 przewidziano podanie przez wykonawcę – w kolumnach 2, 4-7, 9-11, 13-15:

- 2 i 7 – zaoferowanej stawki za jeden wozokilometr w złotych polskich,
- 4 – ceny netto w złotych polskich będącej iloczynem kolumn 2 i 3,
- 5 – podatku VAT w % i kwoty podatku złotych polskich jako iloczynu kolumny 4 i wskazanej stawki procentowej,

- 6 – ceny brutto w złotych polskich będącej sumą kolumn 4 i 5,
- 9 – ceny netto w złotych polskich będącej iloczynem kolumn 7 i 8,
- 10 – podatku VAT w % i kwoty podatku złotych polskich jako iloczynu kolumny 9 i wskazanej stawki procentowej,
- 11 – ceny brutto w złotych polskich będącej sumą kolumn 9 i 10,
- 13 – ceny netto będącej sumą kolumn 4 i 9,
- 14 – podatku VAT w % i kwoty podatku złotych polskich jako sumy kolumn 5 i 10,
- 15 – ceny ofertowej brutto będącej sumą kolumn 6 i 11.

Pozostałe kolumny (1, 3, 8, 12) zostały wpisane przez zamawiającego we wzorze Formularza cenowego, tj.

- 1 – wpisano przedmiot zamówienia,
- 3 – ilość wozokilometrów do wykonania 100%, tj. 569 267,60,
- 8 – maksymalne zwiększenie pracy przewozowej + 20% – 113 853,52,
- 12 – łączna ilość wozokilometrów – 683 121,12.

Pod tabelą zamawiający zamieścił uwagę o treści: „*Do Formularza ofertowego należy odpowiednio przenieść wartości z kolumny nr 13, 14, 15, 4, 5, 6, 9, 10, 11.*”

Wykonawca JL w Formularzu ofertowym zaoferował:

- cenę ofertową brutto – 3 319 968,64 zł,
- cenę ofertową netto – 3 074 045,04 zł,
- podatek VAT – 245 923,60 zł
- cenę ofertową brutto dla zamówienia podstawowego – 2 754 344,36 zł, poprawioną przez zamawiającego na 2 766 640,50 zł
- cenę ofertową netto dla zamówienia podstawowego – 2 561 704,20 zł,
- podatek VAT – 204 025,51 zł, poprawiony przez zamawiającego na 204 936,34 zł,
- cenę ofertową brutto dla zamówienia uzupełniającego – 533 328,18 zł, poprawiona przez zamawiającego na 533 328,11 zł,
- cenę ofertową netto dla zamówienia uzupełniającego – 512 340,84 zł,
- podatek VAT – 40 987,27 zł,
- cenę za jeden wozokilometr netto – 4,50 zł.

Wykonawca JL nie złożył Formularza cenowego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Dostrzec w pierwszej kolejności należy, że wzór formularza cenowego przewidywał podanie przez wykonawcę stawki netto za jeden wozokilometr, wysokości stawki podatku VAT i kwoty tego podatku w odniesieniu do zamówienia podstawowego i zamówienia

uzupełniającego, cen netto i brutto dla zamówienia podstawowego oraz dla zamówienia uzupełniającego, a także ceny ofertowej netto i brutto łącznie.

Jednocześnie dostrzec należy, że wszystkie elementy, które wykonawca miał ująć w Formularzu cenowym i przenieść do Formularza ofertowego zostały także podane wprost albo pośrednio w Formularzu ofertowym.

Bez wątplenia Formularz ofertowy wykonawcy JL zawiera zaoferowaną stawkę netto za jeden wozokilometr (4,5 zł), a także inne oferowane elementy – ilości wozokilometrów łącznie oraz w odniesieniu do zamówienia podstawowego i uzupełniającego, wszystkie ceny netto i brutto (zamówienia podstawowego, uzupełniającego, łącznie), a także kwoty podatku VAT. Na podstawie podanych kwot podatku VAT, cen netto i brutto z łatwością można ustalić zastosowaną przez wykonawcę stawkę podatku VAT w % (tj. 8%).

Powyższe prowadzi do wniosku, że Formularz ofertowy i cenowy zawierają te same elementy oferty, te same treści wobec czego niezasadnym jest twierdzenie, że treść oferty wykonawcy JL nie odpowiada treści SIWZ.

Podkreślić należy, że ani w odwołaniu, ani na rozprawie odwołujący nie wskazał, jakich treści wymaganych postanowieniami SIWZ zabrakło w ofercie wykonawcy JL.

Poza sporem pozostawała okoliczność, że wykonawca JL nie złożył Formularza cenowego, którego zamawiający żądał w SIWZ. Jednak brak ten, w przedmiotowym stanie faktycznym, stanowi jedynie niezgodność z SIWZ natury formalnej (skoro zamawiający oczekiwał podania tych samych informacji w dwóch formularzach – Formularzu ofertowym i cenowym) i – wobec brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – nie może prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy JL.

Skład orzekający Izby zauważa, że fakt wskazania przez zamawiającego w SIWZ, że Formularz cenowy, tak jak Formularz ofertowy, stanowi ofertę sam w sobie nie przesądza o charakterze danego formularza.

Po pierwsze, pojęcie „Oferta” w sformułowaniu „Ofertę stanowi” można rozumieć jako ofertę sensu largo, na którą składają się wszystkie dokumenty niezależnie od tego, czy zawierają elementy przedmiotowo istotne.

Po wtóre, o tym, jaki jest charakter danego dokumentu przesądza to jakie informacje/dane/elementy zawiera, nie zaś to jaka jest kwalifikacja zamawiającego.

Na marginesie skład orzekający Izby wskazuje, że postanowienie SIWZ, na którym odwołujący oparł zarzut (rozdział VII pkt 7) zamawiający ujął w rozdziale dotyczącym dokumentów podmiotowych (potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu), co samo w sobie może być mylące co do ich charakteru.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje także, że odwołujący nie kwestionował prawidłowości sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę JL, ani prawidłowości dokonanych przez zamawiającego w ofercie tego wykonawcy poprawek.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził skoro oferta wykonawcy JL „w warstwie merytorycznej” – co do treści odpowiada treści SIWZ.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: