

Sygn. akt: KIO 2447/23

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 31 sierpnia 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2023 roku przez wykonawcę *ZPUE spółka akcyjna z siedzibą we Włoszczowej*

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Tauron – Dystrybucja spółka akcyjna z siedziba w Krakowie*

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 63 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 63 ust. 1 ustawy Prawo zamówień Publicznych w zw. z art. 78¹ Kodeksu cywilnego.

Nakazuje Zamawiającemu, w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą *Dostawa łączników SN napowietrznych i wewnętrznych sterowanych ręcznie na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.* unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Instytut Energetyki – Zakład Doświadczalny w Białymstoku.

Nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy Instytut Energetyki – Zakład Doświadczalny w Białymstoku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 63 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 781 Kodeksu cywilnego.

Zarzut naruszenia art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 6 i § 7 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, jest niezasadny.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego *Tauron – Dystrybucja spółka akcyjna z siedziba w Krakowie* oraz wykonawcę *ZPUE spółka akcyjna z siedzibą we Włoszczowej* i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *ZPUE spółka akcyjna z siedzibą we Włoszczowej* tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy *ZPUE spółka akcyjna z siedzibą we Włoszczowej* na rzecz Zamawiającego *Tauron – Dystrybucja spółka akcyjna z siedziba w Krakowie* kwotę 1 200,00 zł (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika stosownie do wyniku postępowania,

2.3 zasądza od Zamawiającego *Tauron – Dystrybucja spółka akcyjna z siedziba w Krakowie* na rzecz wykonawcy *ZPUE spółka akcyjna z siedzibą we Włoszczowej* kwotę 12 400,00 zł (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i poniesionego wpisu stosownie do wyniku postępowania .

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – *Tauron – Dystrybucja spółka akcyjna z siedziba w Krakowie* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę łączników SN napowietrznych i wewnętrznych sterowanych ręcznie na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 maja 2023 roku pod numerem 2023/S 093-288061.

W dniu 18 sierpnia 2023 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710 ze zmianami; dalej „ustawa”, „Pzp”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 63 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Instytutu Energetyki – Zakładu Doświadczalnego w Białymstoku (dalej: Instytut), pomimo iż oferta jest niezgodna z ustawą, ponieważ nie została złożona w formie elektronicznej;
- 2) art. 63 ust. 1 ustawy w zw. z art. 78 (1) Kodeksu cywilnego z uwagi uznanie prawidłowości oferty Instytutu i dokonanie jej wyboru, pomimo, że ta nie została złożona w formie elektronicznej tj. nie została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
- 3) art. 107 ust. 2 ustawy w zw. z §6 i § 7 rozporządzenia *w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie*, przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, które złożono w nieprawidłowej formie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- nieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- dokonanie ponownego badania i oceny złożonych oferty i odrzucenie oferty Instytutu Energetyki – Zakładu Doświadczalnego w Białymstoku
- zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu i jest na drugim miejscu w rankingu punktacji przyznanej ofertom. Oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia i gdyby nie zaniechanie Zamawiającego, uznano by ją za najkorzystniejszą. Zaniechanie odrzucenia oferty Instytutu Energetyki – Zakładu Doświadczalnego w Białymstoku pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i zawarcia umowy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Odwołujący podał, że przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego jest dostawa łączników SN napowietrznych i wewnętrznych sterowanych ręcznie na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A. (dalej „Postępowanie”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Postępowanie prowadzone jest za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy Tauron dostępnej pod adresem <https://swoz.tauron.pl>

W rozdziale 4 SWZ Zamawiający zamieścił opis sposobu przygotowania oferty. W punkcie 4.2.2 opisano Szczegółowy opis sposobu przygotowania oferty, uwzględniający instrukcję składania oferty w formie elektronicznej. Relewantne dla zarzutów są punkty SWZ, w których Zamawiający wskazał:

Punkt 4.2.2.2

Ofertę sporządza się w języku polskim i składa w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON za pomocą formularzy elektronicznych umieszczonych na stronie internetowej <https://swoz.tauron.pl/>, dostępnych po zalogowaniu na konto użytkownika i przystąpieniu Wykonawcy do Postępowania.

Punkt 4.4.4.5

Oferta winna być napisana w języku polskim, sporządzona na formularzach elektronicznych dostępnych na Platformie Zakupowej Grupy TAURON. Dokumenty i oświadczenia sporządzone w języku obcym powinny być przetłumaczone na język polski, chyba że w treści SWZ określono inaczej. Formularze załączane do oferty powinny być zgodne ze wzorami formularzy stanowiącymi załączniki do Specyfikacji. Wykonawca składając ofertę generuje formularz ofertowy, który zawiera wszystkie wartości wprowadzone w ofercie oraz wykaz dodanych załączników. Tak przygotowana oferta zostaje podpisana całościowo

(formularz oferty wraz z załącznikami) z wykorzystaniem dostępnych narzędzi bezpośrednio na Platformie Zakupowej.

W rozdziale 4.2 SWZ Zamawiający zastrzegł, że oferta musi zawierać:

4.2.1.11 Dokumenty wskazane w pkt 3.7 SWZ

4.2.1.1 *Wypełniony Formularz Oferty w formie elektronicznej na Platformie Zakupowej Grupy TAURON.*

4.2.1.2 *Wypełnione i podpisane Oświadczenie (wg Załącznika nr 1 do SWZ);*

4.2.1.3 *Formularz Cenowy, stanowiący Załącznik nr 1 do Oświadczenia;*

4.2.1.4 *Oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (wg Załącznika nr 6 do SWZ);*

4.2.1.5 *Dowód potwierdzający, że realizując zamówienie Wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami innych podmiotów;*

4.2.1.6 *Pełnomocnictwo do reprezentowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgodnie z postanowieniami pkt 3.9.3. SWZ;*

4.2.1.7 *Pełnomocnictwo do podpisania oferty (w przypadku, gdy upoważnienie do podpisania oferty nie wynika bezpośrednio z właściwego rejestru);*

4.2.1.8 *Pełnomocnictwo dla osoby posiadającej konto użytkownika na Platformie Zakupowej Grupy TAURON do złożenia oferty w formie elektronicznej w imieniu Wykonawcy (o ile nie wynika z innych dokumentów załączonych przez Wykonawcę);*

4.2.1.9 *Dowód wniesienia wadium, zgodnie z postanowieniami pkt 4.3.3.2. i 4.3.3.3. SWZ;*

4.2.1.10 *Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, zgodnie z pkt 3.3.1 SWZ.*

Zgodnie z SWZ Zamawiający wymagał wypełnionego Formularza Oferty w formie elektronicznej na Platformie Zakupowej Grupy Tauron i wszystkich pozostałych dokumentów wymienionych w SWZ, w tym spornego – Formularza Cenowego. Wymagany Formularz Cenowy zawierał informacje dotyczące rodzaju łącznika, wersji, prądu znamionowego, oferowanego typu (w tym producenta, napędu, łącznika), cen jednostkowych łącznika i napędu oraz oferowanego typu izolatora. Odwołujący wskazał na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/KD 30/22.

Odwołujący podał, że Formularz Cenowy, stanowiący Załącznik nr 1 do Oświadczenia, złożony przez Instytut nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący przeprowadził kwalifikowaną walidację podpisu oraz walidację niekwalifikowaną, - dowód stanowi załącznik nr 1 do odwołania, a z których jednoznacznie wynikać ma, że Formularz Cenowy stanowiący ofertę wykonawcy nie zawiera kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Stanowi jedynie odwzorowanie cyfrowe dokumentu sporządzonego w formie pisemnej. Formularz został złożony w postaci elektronicznej a nie w wymaganej

formie elektronicznej.

Odwołujący podał, że z przekazanych przez Zamawiającego dokumentów wynika, iż Instytut wypełnił Formularz stanowiący załącznik nr 1 do Oświadczenia, wydrukował, został on podpisany własnoręcznym podpisem osoby umocowanej do reprezentacji, odwzorowany cyfrowo (skan) i załączony na Platformie zakupowej Zamawiającego. Formularz nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem, a jedynie dołączono na Platformie dokument w postaci elektronicznej. Prawdopodobnie Instytut podpisał formularz wysyłkowy przez Platformę – gdyż taki obowiązek narzuca Platforma zakupowa Zamawiającego – wymaga podpisu kwalifikowanego przy przekazywaniu formularza wysyłkowego.

Walidacja podpisu nie pozostawia jednak wątpliwości, że Formularz cenowy stanowiący ofertę nie jest opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący podał, że wystąpił w dniu 10.08.2023 r. do dostawcy Platformy, przez formularz kontaktowy OnePlace z zapytaniem (Korespondencja e – mail załącznik nr 2 do odwołania):
Proszę o informację czy podpis, który w przetargach publicznych jest wymagany do przesłania oferty na platformie może zastąpić podpisanie dokumentów składających się na ofertę zgodnie z ustawą, czy stanowi jedynie potwierdzenie złożenia oferty?

I uzyskał odpowiedź:

Uprzejmie informujemy, że podpis potwierdzający złożenie oferty nie obejmuje dokumentów. Dokumenty powinny zostać podpisane zgodnie ze specyfikacją zamówienia przed dołączeniem ich do oferty.

Korespondencja e – mail stanowi załącznik nr 2 do odwołania.

Odwołujący wskazał, że stanowisko dostawcy narzędzia jest zgodne z oficjalnym stanowiskiem UZP wyrażonym w opinii: Jak należy podpisać ofertę w postaci elektronicznej, dostępnym pod adresem: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0016/47401/Jak-nalezy-podpisac-oferte-w-postaci-elektronicznej.pdf: *Oznacza to, że podpis złożony jedynie na ww. formularzu nie może wywierać skutków w odniesieniu do złożonej za jego pomocą oferty wykonawcy. Oferta bowiem, zgodnie z art. 63 ustawy Pzp, a nie formularz elektroniczny za pośrednictwem, którego jest przekazywana, musi zostać opatrzona właściwym podpisem. Upraszczając, opatrzenie właściwym podpisem jedynie formularza służącego do przekazania oferty, odpowiada złożeniu podpisu odręcznego na kopercie z ofertą (w przypadku wyboru poczty jako środka komunikacji).*

Podsumowując, oferta złożona za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej powinna zostać opatrzona właściwym podpisem. Podpis może zostać złożony bezpośrednio na pliku z ofertą wykonawcy lub na „paczce” dokumentów elektronicznych zawierających ofertę wykonawcy. Złożenie podpisu jedynie w innym miejscu nie jest równoznaczne

ze złożeniem podpisu pod ofertą.

Jednocześnie Odwołujący podał, że zastrzeżenie zawarte w rozdziale 4.4.4.5 dotyczące podpisania całościowego oferty z wykorzystaniem dostępnych narzędzi bezpośrednio na Platformie Zakupowej odnosi się wyłącznie do wygenerowanego automatycznie i wypełnionego formularza ofertowego na Platformie Zakupowej Grupy TAURON (pkt 4.2.1.1).

Podpis złożony przez Platformę nie dotyczy natomiast pozostałych dokumentów: Oświadczenia wg Załącznika nr 1 do SWZ, pełnomocnictw, zobowiązań podmiotów udostępniających zasoby, przedmiotowych środków dowodowych czy wreszcie Formularza Cenowego, stanowiącego załącznik nr 1 do Oświadczenia.

Zamawiający wskazał, że należy złożyć wypełnione i podpisane Oświadczenie (wg Załącznika nr 1 do SWZ): 4.2.1.2, zaś Formularz Cenowy stanowi Załącznik nr 1 do Oświadczenia, co jednoznacznie przesądza, iż i on musi zostać opatrzony kwalifikowanym podpisem.

Na konieczność podpisania formularza cenowego wskazuje również punkt 3.7 SWZ i 3.7.2.2 SWZ:

3.7 Wymagania dla dostaw oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełnienia tych wymagań

3.7.2.2 Podpisany Formularz cenowy – stanowiący załącznik do Oświadczenia (wg Załącznika nr 1 do Specyfikacji).

Zdaniem Odwołującego podpisanie formularza generowanego na Platformie, wciśnięcie i autoryzowanie przycisku „złóż ofertę” nie wpływa na ważność i prawidłowość wymaganego Formularza Cenowego. Odwołujący zwrócił uwagę, że §1 Regulaminu Platformy zakupowej Grupy TAURON, ze stycznia 2023 r. dostępnego na stronie <https://swoz.tauron.pl> zawiera definicję oferty.

Oferta – oświadczenie woli składane Zamawiającemu przez Oferenta w formie pisemnej lub w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy. W zależności m.in. od typu, trybu oraz etapu postępowania składane mogą być oferta/wniosek/oferta wstępna/potwierdzenie udziału w negocjacjach/potwierdzenie udziału w RFI.

Z Regulaminu więc wynika, iż ofertę składa się za pośrednictwem Platformy, analogicznie jakby złożyć ofertę za pośrednictwem firmy kurierskiej. Podpisanie formularza wysyłkowego (czy też koperty wysyłkowej z ofertą) nie oznacza złożenia oświadczenia woli stanowiącego ofertę.

Istotę Formularza Cenowego wyjaśnia również rozdział 4.2.3 SWZ, Opis sposobu obliczenia

ceny.

4.2.3.2 SWZ

Wykonawca podaje Cenę w Formularzu Oferty w formie elektronicznej na Platformie Zakupowej Grupy TAURON

I ten Formularz może podpisać przez Platformę, natomiast zgodnie z punktem:

4.2.3.4 Wykonawca sporządza i przedstawia w ofercie kalkulację Ceny wg wymogów określonych w Formularzu Cenowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do Oświadczenia, stanowiącego Załącznika nr 1 do SWZ.

Aby więc uznać, że Instytut prawidłowo złożył ofertę, to musiałby prawidłowo opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym Formularz Cenowy. Tymczasem Formularz Cenowy złożono w postaci odwzorowania cyfrowego, bez podpisu.

Mając na uwadze, iż Formularz Cenowy nie podlega uzupełnieniu, Zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty Instytutu.

W zakresie przedmiotowych środków dowodowych, Odwołujący podał, że w punkcie 3.7.2 SWZ Zamawiający wymienił żądane przedmiotowe środki dowodowe dotyczące oferowanych urządzeń. W punkcie 3.8 SWZ wskazał wymaganą formę dokumentów:

3.8 Forma dokumentów i oświadczeń

3.8.1 Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa powyżej, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem. Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio Wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą.

Wymagana forma dokumentów jest zgodna z rozporządzeniem w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych (...).

SWZ dot. przedmiotowych środków dowodowych jednoznacznie więc wskazuje, że muszą być one podpisane zgodnie z przepisami i podpis złożony w systemie, na Platformie tychże dokumentów nie obejmuje. Podpis złożony przez Platformę odnosi się jedynie do Formularza Oferty generowanego przez Platformę. Instytut zresztą odrębnie podpisał dokument JEDZ oraz pełnomocnictwo, więc prawidłowo zrozumiał wymagania.

Przedmiotowe środki podlegają jednak uzupełnieniu, bowiem zamawiający przewidział taką

możliwość w SWZ, jednakże w przypadku ich uzupełnienia, Odwołujący zwraca uwagę, że będą wysyłane odrębnie, jako podpisane dokumenty. To również podważa ewentualne twierdzenia Zamawiającego jakoby podpis na Platformie obejmował wszystkie oświadczenia i dokumenty.

Odwołujący podniósł z ostrożności, że wskazanie Formularza cenowego wśród przedmiotowych środków dowodowych nie czyni z niego przedmiotowego środka dowodowego, który można uzupełnić.

Kwestię rozróżnienia przedmiotowych środków od treści oferty popiera konsekwentna linia orzecznicza:

Czy coś jest przedmiotowym, czy też podmiotowym środkiem dowodowym nie decyduje Zamawiający, a przepisy ustawy Pzp oraz Rozporządzenie Ministra Rozwoju Pracy i Technologii (sygn. akt XXIII ZS 154/22)

Przedmiotowe środki dowodowe nie stanowią części oferty, ale mają służyć potwierdzeniu tego, co jest zawarte w treści oferty wykonawcy. Ze względu zaś na funkcję, jaką pełnią zasadą jest, że powinny one być składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego razem z ofertą. (Sygn. akt XXIII Zs 159/22).

Tak więc niepodpisany Formularz Cenowy będący ofertą Instytutu nie może podlegać uzupełnieniu, a ponieważ nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oferta winna zostać odrzucona.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710; dalej „ustawa”, „Pzp”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 sierpnia 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację

postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania. Izba dopuściła również postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy dowód złożony przez Odwołującego w trakcie rozprawy - wyciąg z podręcznika oferenta/wykonawcy platformy zakupowej Grupy Tauron (5 kart).

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego prezentowane w piśmie z dnia 25 sierpnia 2023 roku – *Odpowiedź na odwołanie*. Zamawiający ww. pismem wniósł o oddalenie odwołania w całości. Izba, postanowieniem wydanym na rozprawie, dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do ww. pisma przez Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 63 ust. 1 ustawy - 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.

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)
3) jest niezgodna z przepisami ustawy,

- art. 107 ust. 2 ustawy - Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich

złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia,

- art. 516 ust. 1 ustawy - Odwołanie zawiera:

(...)

7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy;

8) zwięźle przedstawienie zarzutów;

9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania;

10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1963 roku Kodeks cywilny (tj. z dnia 2 sierpnia 2023 r. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610)

Art. 78¹

§ 1. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

§ 2. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452)

§ 6

1. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej „dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania”, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia,

podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

2. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

3. Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku:

1) podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania - odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych lub dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania, które każdego z nich dotyczą;

2) przedmiotowych środków dowodowych - odpowiednio wykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia;

3) innych dokumentów, w tym dokumentów, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy - odpowiednio wykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą.

4. Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, może dokonać również notariusz.

5. Przez cyfrowe odwzorowanie, o którym mowa w ust. 2-4 oraz § 7 ust. 2-4, należy rozumieć dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej, umożliwiający zapoznanie się z tą treścią i jej zrozumienie, bez konieczności bezpośredniego dostępu do oryginału.

§ 7

1. Podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

2. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty lub pełnomocnictwo, zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów, o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

3. Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku:

1) podmiotowych środków dowodowych - odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą;

2) przedmiotowego środka dowodowego, dokumentu, o którym mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, lub zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby - odpowiednio wykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia;

3) pełnomocnictwa - mocodawca.

4. Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, może dokonać również notariusz.

W zakresie zarzutów 1 i 2 odwołania tj. naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 63 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Instytutu Energetyki – Zakładu Doświadczalnego w Białymstoku (dalej: Instytut), pomimo iż oferta jest niezgodna z ustawą, ponieważ nie została złożona w formie elektronicznej,
- art. 63 ust. 1 ustawy w zw. z art. 78 (1) Kodeksu cywilnego z uwagi uznanie prawidłowości oferty Instytutu i dokonanie jej wyboru, pomimo, że ta nie została złożona w formie elektronicznej tj. nie została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym

Izba zarzuty te (tj. zarzut 1 i 2) uznała za zasadne.

Izba ustaliła, że w zakresie zarzutu 1 i 2 odwołania, że w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający określił:

4.2 Opis sposobu przygotowania oferty

4.2.1 Zawartość oferty

Oferta musi zawierać:

4.2.1.1 Wypełniony Formularz Oferty w formie elektronicznej na Platformie Zakupowej Grupy TAURON.

4.2.1.2 Wypełnione i podpisane Oświadczenie (wg Załącznika nr 1 do SWZ);

4.2.1.3 Formularz Cenowy, stanowiący Załącznik nr 1 do Oświadczenia;

(...)

4.2.2 Szczegółowy opis sposobu przygotowywania oferty

4.2.2.1 Ofertę przygotowuje się i składa zgodnie z postanowieniami SWZ.

4.2.2.2 Ofertę sporządza się w języku polskim i składa w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON za pomocą formularzy elektronicznych umieszczonych na stronie internetowej <https://swoz.tauron.pl/>, dostępnych po zalogowaniu na konto użytkownika i przystąpieniu Wykonawcy do Postępowania.

(...)

4.2.2.5 Oferta winna być napisana w języku polskim, sporządzona na formularzach elektronicznych dostępnych na Platformie Zakupowej Grupy TAURON. Dokumenty i oświadczenia sporządzone w języku obcym powinny być przetłumaczone na język polski, chyba że w treści SWZ określono inaczej. Formularze załączane do oferty powinny być zgodne ze wzorami formularzy stanowiącymi załączniki do Specyfikacji.

Wykonawca składając ofertę generuje formularz ofertowy, który zawiera wszystkie wartości wprowadzone w ofercie oraz wykaz dodanych załączników. Tak przygotowana oferta zostaje podpisana całościowo (formularz oferty wraz z załącznikami) z wykorzystaniem dostępnych narzędzi bezpośrednio na Platformie Zakupowej. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio Wykonawca, podmiot na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą. Oferta powinna zostać sporządzona zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Wymagania techniczne dotyczące podpisywania ofert podpisem elektronicznym wskazane są w instrukcji „Konfiguracja podpisu kwalifikowanego” dostępnej w Systemie w zakładce „Regulaminy i instrukcje”.

4.2.2.6 Nie dopuszcza się podpisywania dokumentów i oświadczeń za pośrednictwem ePUAP oraz e-dowodu.

(...)

4.2.2.19 Wykonawca wypełnia Formularz Oferty w formie elektronicznej na Platformie Zakupowej Grupy TAURON oraz Oświadczenie, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do SWZ.

4.2.3 Opis sposobu obliczenia Ceny

(...)

4.2.3.2 Wykonawca podaje Cenę w Formularzu Oferty w formie elektronicznej na Platformie Zakupowej Grupy TAURON.

(...)

4.2.3.4 Wykonawca sporządza i przedstawia w ofercie kalkulację Ceny wg wymogów określonych w Formularzu Cenowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do Oświadczenia, stanowiącego Załącznika nr 1 do SWZ.

(...)

3.7 Wymagania dla dostaw oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełnienia tych wymagań

(...)

3.7.2 Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania dla poszczególnych zadań, Wykonawca przekaże Zamawiającemu:

3.7.2.1 Podpisany formularz: Charakterystyka techniczna łączników 20kV sterowanych ręcznie (wg Załącznika nr 2 do Umowy)

3.7.2.2 Podpisany Formularz cenowy - stanowiący załącznik do Oświadczenia (wg Załącznika nr 1 do Specyfikacji).

Izba stwierdza na wstępie, że zarzuty odwołania (tj. zarzut 1 i 2) w warstwie argumentacji faktycznej podniesionej w treści uzasadnienie odwołania dotyczą jednego z dokumentów jakie miały zostać złożone przez wykonawcę tj. Formularza cenowego stanowiącego w SWZ załącznik nr 1 do Oświadczenia, który to dokument stanowi załącznik nr 1 do SWZ.

Nie było sporne między stronami, że wykonawca Instytut Energetyki – Zakład Doświadczalny w Białymstoku (dalej: Instytut) przedstawił w składanej ofercie dokument stanowiący Formularz cenowy.

Spornym było natomiast to, czy skutecznym dla złożenia oferty w postępowaniu wystarczające było podpisanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym Formularza oferty generowanego na platformie zakupowej oraz załączenie Formularza cenowego, czy też dla skuteczności i prawidłowości złożenia oferty w postępowaniu niezbędne było podpisanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym Formularza cenowego.

W ocenie Odwołującego przedstawiony przez Instytut Formularz cenowy nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowi tylko odwzorowanie cyfrowe dokumentu sporządzonego w formie pisemnej i został złożony w postaci elektronicznej ale nie w wymaganej formie elektronicznej.

W ocenie Izby stanowisko prezentowane przez Odwołującego co do istoty problemu uznać należy za zasadne.

Mając na uwadze treść SWZ stwierdzić należy, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający określił jednoznacznie, że oferta musi zawierać między innymi (pkt 4.2.1 SWZ) wypełniony Formularz ofertowy, dokument generowany na platformie zakupowej, wypełnione i podpisane Oświadczenie załącznik nr 1 do SWZ. W odniesieniu do tych dokumentów Zamawiający wprowadził dodatkową regulację w SWZ (pkt 4.2.2.19 SWZ), wskazując że „Wykonawca wypełnia Formularz Oferty w formie elektronicznej na Platformie Zakupowej Grupy TAURON oraz Oświadczenie, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do SWZ.” Natomiast zgodnie z pkt 4.2.1 oferta musiała zawierać jeszcze Formularz cenowy, którego wzór został określony w SWZ przez Zamawiającego jako załącznik do Oświadczenia stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ. W tym postępowaniu Zamawiający jednoznacznie wskazał, że oferta, aby mogła być uznana za ofertę odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego musi zawierać również Formularz cenowy.

Obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę zgodnie z SWZ (pkt 4.2.3.4 SWZ) było sporządzenie i przedstawienie w ofercie kalkulacji Ceny wg wymogów określonych w Formularzu cenowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do Oświadczenia, stanowiącego Załącznika nr 1 do SWZ. Wynika z powyższego jednoznacznie, że niezbędne było złożenie w ofercie dokumentu Formularz cenowy.

W ocenie Izby, powyższe regulacje SWZ jednoznacznie wskazują, że na platformie zakupowej wypełnione zostały wskazane: Formularz oferty i Oświadczenie, oraz to, że te dokumenty mogły zostać podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym na platformie zakupowej. Okoliczność ta nie była kwestionowana w żadnym zakresie przez Odwołującego, co pozwala na uznanie, że w odniesieniu do powyższych dokumentów tj. Formularza oferty oraz Oświadczenia oświadczenie woli wykonawcy Instytutu zostało złożone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym,

co gwarantowało zachowanie formy elektronicznej wymaganej zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi.

Jednakże w zakresie podnoszonej argumentacji Odwołujący wskazywał, że o niezgodności oferty z przepisami ustawy skutkującej odrzuceniem tej oferty (art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy) przesądza Formularz cenowy, który nie został złożony w formie elektronicznej. Upatrywał tego w tym, że Formularz ten nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W tym zakresie oceny podniesionych zarzutów odwołania niezbędne jest również odniesienie do regulacji zawartej w SWZ w punkcie 4.2.2.5 tj. że „wykonawca składając ofertę generuje formularz ofertowy, który zawiera wszystkie wartości wprowadzone w ofercie oraz wykaz dodanych załączników. Tak przygotowana oferta zostaje podpisana całościowo (formularz oferty wraz z załącznikami) z wykorzystaniem dostępnych narzędzi bezpośrednio na Platformie Zakupowej.”

Z postanowienia powyższego nie wynika w żaden sposób, że podpisanie oferty „całościowo (formularz oferty wraz z załącznikami)” to podpisanie jedynie Formularza oferty (czy też Formularza oferty i Oświadczenia) z wykorzystaniem dostępnych narzędzi bezpośrednio na Platformie zakupowej, a przez to „rozciągnięcie” podpisu na pozostałe załączone na platformie dokumenty. Z przedstawionego przez Zamawiającego dowodu wynika – a czego Zamawiający nie kwestionował – że podpisany został jedynie Formularz oferty, czyli dokument jaki został sporządzony na platformie zakupowej. Faktem jest, że w dokumencie sporządzonym z zachowaniem postaci elektronicznej i podpisanym kwalifikowanym podpisem elektronicznym wymienione zostały załączniki, w tym Formularz cenowy. Jednakże fakt, że jakiś załącznik został wymieniony nie powoduje „z automatu”, że jest on również podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Mając na uwadze wymagania art. 63 ustawy, podkreślić należy, że ofertę w postępowaniu składa się w formie elektronicznej. Formularz cenowy w tym postępowaniu składał się na ofertę, a jego treść zawierała oświadczenie woli tego wykonawcy co do oferowanego przedmiotu jak również co do cen jednostkowych. Zgodnie z określeniem w SWZ (pkt 3.7.2.2 SWZ) Zamawiający jednoznacznie określił, że Formularz cenowy ma zostać podpisany. Choć jest to część SWZ odnosząca się do wymagań dotyczących wymagań dla dostaw oraz dokumentów i oświadczeń jakie mają zostać złożone w takich okolicznościach, to określa niewątpliwie w sposób jednoznaczny wskazanie do podpisania tego konkretnego dokumentu. Jednocześnie treść tego dokumentu jednoznacznie przesądza o tym, że jest to oświadczenie woli wykonawcy (art. 66 Kodeksu cywilnego) i nie stanowi ono przedmiotowego środka dowodowego co wynika z faktu, że taki dokument musi zawierać

informacje o zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego. W ocenie Izby sam fakt wskazania, że jest to „Formularz cenowy” składany w postępowaniu określa istotny element tego dokumentu tj. wskazanie cen jednostkowych. Dodatkowo dokument ten zawiera informację na temat zindywidualizowania przedmiotu oferowanego w postępowaniu. Taka indywidualizacja oferowanego Zamawiającemu przedmiotu musi być również kwalifikowana w kategoriach oświadczenia woli składanego Zamawiającemu (oferta). Dla skuteczności złożenia oferty w formie elektronicznej niezbędnym jest złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W przypadku dokumentu Formularza cenowego złożonego przez wykonawcę Instytut nie został on podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co znalazło odzwierciedlenie w zarzutach odwołania. Poza przedmiotem zarzutów odwołania pozostawała forma sporządzenia tego Formularza cenowego. Niemniej dokument Formularz cenowy przedstawiony przez Instytut nie został podpisany przez tego wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym, dokument ten stanowi ofertę w znaczeniu oświadczenia woli wykonawcy co do cen jednostkowych oraz zindywidualizowania oferowanego przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji prowadzi to do wniosku, że wykonawca Instytut nie złożył oferty wymaganej przez Zamawiającego w SWZ. W tych okolicznościach sprawy odwoławczej Izba za zasadne uznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 63 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 63 ust. 1 ustawy Prawo zamówień Publicznych w zw. z art. 781 Kodeksu cywilnego, a w konsekwencji nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Instytut Energetyki – Zakład Doświadczalny w Białymstoku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 63 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 781 Kodeksu cywilnego. Izba zaznacza również, że podnoszona przez Zamawiającego w trakcie rozprawy argumentacja, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia nie jest celem samym w sobie w ocenie Izby po pierwsze potwierdziła zasadność podnoszonych zarzutów odwołani. Po drugie, formalizm postępowania niezasadnie utożsamiony został przez Zamawiającego z odstąpieniem od zasad opisanych w SWZ (tak pkt 3.7.2.2 SWZ) oraz wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów Kodeksu cywilnego, których stosowanie w postępowaniu o zamówienie publiczne wynika jednoznacznie z art. 14 ustawy.

W zakresie zarzutu 3 tj. naruszenia art. 107 ust. 2 ustawy w zw. z §6 i § 7 rozporządzenia *w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie*, przez zaniechanie

wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, które złożono w nieprawidłowej formie – Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie przedstawionej w odwołaniu argumentacji uzasadniającej podniesiony zarzut (zarzut 3) Odwołujący na wstępie zarzutu przedstawia stan faktyczny sprawy określony w SWZ. W odniesieniu do przedmiotowych środków dowodowych w treści uzasadnienia zarzutu odwołania brak jest wskazani o jakie przedmiotowe środki dowodowe chodzi Odwołującemu, nie ma również odniesienie, że Odwołujący odnosi się do wszystkich przedmiotowych środków dowodowych wymienionych w SWZ. Jedyne ogólne odniesienie do punktu 3.7.2 SWZ nie zastępuje i nie wyczerpuje obowiązku wskazania o jakie przedmiotowe środki dowodowe chodziło Odwołującemu. Tym bardziej, że wskazanie z punktu 3.7.2 SWZ odnosi się do szerszego zakresu dokumentów niż tylko przedmiotowe środki dowodowe (co znalazło już odzwierciedlenie w uzasadnieniu rozpoznania zarzutów 1 i 2). Izba nie może zastępować wykonawcy w poszukiwaniu argumentacji faktycznej czy też określeniu zakresu zarzutu odwołania. Podkreślić należy, że również sama treść zarzutu jest ogólnikowa.

Izba podkreśla, że wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do sprecyzowania zakresu zarzutu. Izba podkreśla, że Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności, w szczególności zobowiązany jest do określenia zakresu zarzutu i jego sprecyzowania.

W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Jednakże, aby to było możliwe niezbędne jest podanie argumentacji faktycznej przez Odwołującego. Tym samym odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. To oznacza, że odwołanie powinno

konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, wskazującymi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę.

Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano, w nieprzerwanym aktualnym orzeczeniu, w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zarzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą *da mihi factum, dabo tibi ius* – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (*causa petendi*) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę

zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obowiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odzworowanie w piśmiennictwie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że stanowisko zaprezentowane w odwołaniu nie zawiera wskazania o jakie dokumenty dokładnie chodziło wykonawcy, a ogólnikowe i lakoniczne odwołanie do podanego punktu SWZ, bez odniesienia, że chodzi o wszystkie tam podane dokumenty powoduje, że jakakolwiek ocena podejmowana przez Izbę stanowiłaby działanie uznaniowe, do którego Izba nie jest uprawniona. Tym samym Izba uznała zarzut ten za niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy 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. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawaniu sprawy odwołanie okazało się zasadne w części z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 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* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: