

WYROK
z dnia 17 stycznia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum (1) Grupa KOK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - pełnomocnik i (2) Kopalnie Rudzkie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, adres dla pełnomocnika ul. Lompy 11, 41-806 Zabrze w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom

przy udziale:

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum firm (1) DPG Security Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - pełnomocnik, (2) DGP Provider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i (3) 7 MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, adres dla pełnomocnika ul. Jesionowa 9a, 40-159 Katowice, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 2658/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum (1) Grupa KOK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i (2) Kopalnie Rudzkie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum (1) Grupa KOK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i (2) Kopalnie Rudzkie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum (1) Grupa KOK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i (2) Kopalnie Rudzkie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, na rzecz Zamawiającego Spółki Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Świadczenie usług w zakresie ochrony terenów, obiektów i mienia na lata 2019-2020 dla Oddziałów SRK S.A. Oddział w Dąbrowie Górniczej Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji”. Postępowanie prowadzone jest pod nadanym przez Zamawiającego numerem referencyjnym KWK/08/18/19). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 października 2018 r. pod numerem 2018/S 203-462590. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zwaną dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Dnia 27 grudnia 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie pod nazwą: Konsorcjum: Grupa KOK Sp. z o.o. i Kopalnie Rudzkie sp. z o.o. ul. Lompy 11, 41 - 806 Zabrze (zwanym dalej Odwołującym), wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w postępowaniu, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych tj.:

1. art. 7 Pzp oraz art. 10 a i 10 b Pzp poprzez wadliwe przygotowanie postępowania w sposób uniemożliwiający złożenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego na dokumencie formularza ofertowego przez co oferta Odwołującego uznana została za niezgodną z przepisami ustawy,
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez uznanie, iż na podstawie tego przepisu jest możliwe odrzucenie oferty w sytuacji gdy to z winy Zamawiającego brak jest możliwości spełnienia wymogów wynikających z ustawy oraz postanowień SIWZ.

Stawiając powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako spełniającej wymogi ustawy oraz postanowień SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w złożeniu odwołania albowiem jego oferta była drugą ofertą z najniższą ceną ze wszystkich złożonych ofert, a najkorzystniejsza cenowo oferta tj. Master Security sp. z o.o. z siedzibą 44-206 Rybnik, ul. Śląska 18 została również odrzucona z tych samych powodów co Odwołującego. I chociaż kwoty deklarowane przez oferentów przekraczają środki zabezpieczone przez Zamawiającego, to w toku aukcji elektronicznej cena mogłaby zostać zmieniona a zamówienie mogło zostać udzielone Odwołującemu.

Wobec powyższego Odwołujący posiada wymagany mocą art. 179 ust. 1 PZP interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest przedsiębiorcą, w którego przedmiocie działalności mieści się świadczenie usług w zakresie ochrony.

Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, poprzez nieosiągnięcie przychodów możliwych do uzyskania w trakcie realizacji zamówienia udzielonego w ramach przedmiotowego postępowania. Obecne rozstrzygnięcie dokonane z naruszeniem przepisów PZP uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia, w sytuacji gdy jest on zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów przez Zamawiającego, Odwołujący utracił szansę na realizację zamówienia, związku z czym poniósł szkodę poprzez utratę szansy na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 PZP.

W uzasadnieniu, Odwołujący wskazał, iż dnia 18 grudnia 2018 r. otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty w postępowaniu na „Świadczenie usług w zakresie ochrony terenów, obiektów i mienia na lata 2019- 2020 dla Oddziałów SRK S.A. Oddział w Dąbrowie Górniczej Kopalnia Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji”.

Oferta Odwołującego została odrzucona przez Zamawiającego z powodu niepodpisania jej przez Odwołującego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co miało stanowić naruszenie art. 10 a ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej jako PZP).

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego nie jest jednak słuszne.

Na wstępie wskazać należy, iż wśród dokumentów jakie Odwołujący zobowiązany był złożyć podczas ubiegania się o udzielenie zamówienia były: formularz ofertowy, Jednolity Europejski Dokument Zamówienia oraz załączniki do oferty. Ponieważ przetarg organizowany był z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej każdy z tych dokumentów powinien mieć możliwość jego podpisania z wykorzystaniem metody narzuconej przez Zamawiającego na platformie EFO. Zasadniczo, złożenie podpisu elektronicznego nie jest problematyczne albowiem obok każdego dokumentu znajduje się symbol kłódki, który otwiera możliwość

złożenia podpisu. Jeśli jednak takiego symbolu nie ma, dokument nie może uzyskać kwalifikowanego podpisu. Tak też było w niniejszym postępowaniu.

Spośród dokumentów, które Odwołujący mogli zaopatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie było bowiem formularza ofertowego a symbol kłódki widoczny był jedynie przy dokumencie JEDZ oraz załącznikach do oferty.

Dowód:

1. zrzut ekranu z platformy przeznaczonej do złożenia oferty oznaczony prawym górnym rogu ekranu jako załącznik nr 3
2. wydruk ze strony internetowej Zamawiającego jako załącznik nr 4.

W tym stanie rzeczy podpisanie formularza ofertowego za pomocą kwalifikowanego certyfikatu nie było możliwe albowiem Zamawiający nie zadbał o to aby prawidłowo przygotować przetarg w sposób umożliwiający wszystkim uczestnikom prawidłowe złożenie ofert. W żadnym wypadku nie stanowi to jednak uchybienia Odwołującego i nie powinno być podstawą do odrzucenia jego oferty. Oferta Odwołującego w zakresie podpisu elektronicznego spełniła bowiem wszystkie wymogi jakie postawił Zamawiający, co znalazło potwierdzenie m.in. w wiadomości e-mail operatora systemu, a która to wiadomość nie została wygenerowana gdyby dokumenty wysłane przez Odwołującego nie zawierały wymaganego podpisu (nie spełniały warunków).

Dowód:

4. potwierdzenie poprawnego złożenia oferty jako załącznik nr 1.

Jednocześnie wyraźnie zaznaczyć należy, iż Odwołujący złożył formularz ofertowy zgodnie z wymogami i jedyne czego nie udało mu się wykonać to jego podpisanie za pomocą kwalifikowanego certyfikatu. Dokument jednak został sporządzony, wysłany i przyjęty przez system (vide: potwierdzenie poprawnego złożenia oferty). W tym stanie rzeczy nie sposób przyjąć, iż po stronie Odwołującego doszło do jakichkolwiek zaniechań. Przedstawiciele Odwołującego próbowali kontaktować się z pracownikami Zamawiającego i zwrócić uwagę na te nieprawidłowości. W odpowiedzi usłyszeli jednak, iż wszystko przygotowane zostało w sposób prawidłowy a oferty należy składać tak jak tego wymaga system. Odwołującego poinformowano również, iż żadne zmiany nie będą wprowadzane do przetargu oraz nie wskazano alternatywnych „akceptowalnych” metod podpisania dokumentu. Dla pełnego obrazu sytuacji należy dodać również, iż niniejsze postępowanie nie jest pierwszym postępowaniem w którym Zamawiający uniemożliwił elektronicznego podpisania formularza ofertowego albowiem analogiczna sytuacja miała miejsce w postępowaniu „Świadczenie usług ochrony osób i mienia oraz fizycznego zabezpieczenia obszarów, obiektów i urządzeń dla SRK

S.A. Oddział KWK „Makoszowy”, znak sprawy: KWK M/12/18/19, które po jego ostatecznym unieważnieniu, ogłoszono ponownie, tym razem już z możliwością podpisu formularza.

Dowód:

4. zrzut ekranu z platformy przeznaczonej do złożenia oferty oznaczony prawym górnym rogu ekranu jako załącznik nr 2, przesłuchanie świadka M. P. (adres do doręczeń u Odwołującego).

Odwołujący nie dysponuje wiedzą w jaki sposób uczestnicy postępowania, których oferty nie zostały odrzucone podpisali formularz ofertowy. Prawdopodobnie wydrukowali oni formularz ofertowy, podpisali go zgodnie z zasadami reprezentacji, zeskanowali oraz umieścili w polach formularza przeznaczonych na załączniki, które następnie podpisali za pomocą kwalifikowanego certyfikatu. Niezależnie jednak w jaki sposób to uczynili, zachwiane zostały podstawowe zasady prowadzenia przetargów, w tym w szczególności zasady narzucające profesjonalną i transparentną organizację procedury przetargowej.

Wyrazić należy przekonanie, iż nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której uczestnicy przetargu „zgadują” w jaki sposób wysłać dokumenty albo takiej informacji nie podaje się publicznie pomimo zgłoszeń i interwencji. Dodatkowo wskazać należy, iż platforma do składania zamówień umożliwiała złożenie niepodpisanego formularza i wysyłała potwierdzenie prawidłowości tej czynności, co dodatkowo wprowadzało w błąd oferentów, iż wszystkie czynności zostały wykonane w sposób z oczekiwaniami Zamawiającego.

Wskazane uchybienia naruszyły przepisy ustawy o których mowa w petitum odwołania. Art. 7 PZP jest naczelną dyrektywą, do której stosować się mają Zamawiający. Przepis ten narzuca by wszystkie wymagania, które Zamawiający bierze pod uwagę przy rozstrzygnięciu przetargu były znane wykonawcom oraz by zapewniono im równe warunki uczestnictwa w przetargu. W wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2013 r. wydanego w sprawie KIO 2055/13 wprost wskazano, że „Kierując się przede wszystkim celem postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy o zamówienie, nie uważa się za dopuszczalną sytuacji, w której to wykonawca, którego dotyczy wadliwość aukcji miałby być karany za brak należytego przygotowania aukcji przez zamawiającego.” Na tle niniejszej sprawy w sposób ewidentny doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji albowiem Odwołującego pozbawiono możliwości uczestnictwa w przetargu pomimo tego, że jego oferta spełniała wszystkie wymogi ustawy jak też czyniła zadość warunkom przetargowym.

Niezależnie od powyższego, sposób przeprowadzenia przetargu naruszył również zasady opisane w art. 10 a i 10 b PZP. Oba te przepisy należy interpretować łącznie jako uszczegóławiające zasady partycypacji w przetargu za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Art. 10 b ustawy nakazuje aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane

do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do przetargu. W niniejszym postępowaniu takich wymogów Zamawiający nie dochował albowiem poprzez nieprawidłowe przygotowanie warunków przetargowych (brak możliwości złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego na dokumencie formularza ofertowego) pozbawiono Odwołującego możliwości złożenia oferty i spełnienia wymogów, które (jak się okazało), uznane zostały przez Zamawiającego za kluczowe. Nie zmienia tego faktu okoliczność, że innym uczestnikom „udało się” złożyć oferty mimo oczywistych uchybień. Jeszcze raz podkreślić należy, iż warunki przetargu (w tym warunki techniczne) nie mogą pozostawiać wątpliwości co do tego jak należy postępować by zostały one spełnione. W niniejszym postępowaniu niejasności co do tego jak złożyć prawidłowo ofertę nie rozwiano ani nawet nie próbowano ich usunąć. W tym stanie rzeczy Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Odwołującego na podstawie art. 10 a ust. 5 PZP albowiem wszystkie dokumenty, które Odwołujący mógł złożyć w postaci elektronicznej i opatrzone podpisem elektronicznym - złożył, a rygor wskazany w tym przepisie nie ma zastosowanie do dokumentów, których nie da się podpisać kwalifikowanym podpisem lub, które Zamawiający dopuszcza do złożenia w zwykłej formie elektronicznej.

Konsekwencją powyższych uchybień, w ocenie Odwołującego było nieprawidłowe uznanie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią ustawy. Art. 89 ust. 1 pkt 1 nie może bowiem mieć zastosowania w sytuacji, w której brak możliwości prawidłowego złożenia ofert obciąża Zamawiającego czyli w sytuacji gdy jego błąd „wymusza” złożenia oferty niespełniającej wymogów ustawy.

W dniu 31 grudnia 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Konsorcjum firm: (1) DPG Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach – pełnomocnik, (2) DGP Provider Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie oraz (3) 7 MG Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (zwani dalej Przystępującym) wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 grudnia 2018 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 18

grudnia 2018 roku, zatem z zachowaniem terminu do wniesienia odwołania. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, dowody załączone do odwołania, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła co następuje:

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) Zamawiający zawarł pkt 9 zatytułowany „Opis sposobu przygotowania ofert”. W ppkt 13 Zamawiający zawarł wymóg, iż

13. Oferta składana jest w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

W dniu 31 października 2018 roku, Zamawiający działając w oparciu o art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, dokonał zmiany zapisów SIWZ, w wyniku której modyfikacji uległy m.in. zapisy punktu 9, przybierając następujące brzmienie:

- 1. Zawartość oferty i sposób jej sporządzania musi być zgodny ze wszystkimi postanowieniami niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.*
- 2. Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych.*
- 3. Zamawiający przewiduje zastosowanie aukcji elektronicznej.*
- 4. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych.*
- 5. Zamawiający nie dopuszcza rozliczenia w walutach obcych.*
- 6. Zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu.*

7. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Złożenie większej ilości ofert spowoduje odrzucenie przez Zamawiającego wszystkich z nich jako niezgodnych z ustawą.
8. Ofertę oraz oświadczenie, o których mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Kwalifikowany podpis elektroniczny można uzyskać u jednego z dostawców działających na terenie Polski — wykaz podmiotów jest na stronie NCCert. Aktualnie są to: Cencert, KIR, PWPW, Certum, Eurocert.
9. Ofertę wraz z załącznikami należy złożyć w formie elektronicznej poprzez Elektroniczny Formularz Ofertowy udostępniony na platformie: <https://efo.coig.biz>
Platforma (<https://efo.coig.biz>), na której składane będą oferty elektroniczne, jest dostosowana do obsługi podpisów elektronicznych wystawionych przez wskazane w ust. 8 centra certyfikacji. W przypadku, gdy przedstawiciel Wykonawcy posiada podpis elektroniczny wystawiony przez zagraniczne centrum certyfikacji, jest on zobligowany do dostarczenia Administratorowi wzoru takiego podpisu w terminie nie krótszym niż 10 dni przed upłynięciem terminu składania ofert.
Uwaga:
Szczegółowy sposób składania ofert na platformie EFO jest dostępny na stronie:
10. Formularz ofertowy - Załącznik nr 1 do SIWZ w wersji elektronicznej dostępny jest po kliknięciu na link zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego: komputer klasy PC z jednym z następujących systemów operacyjnych: Windows 7, Windows 8, Windows 10 (bez wsparcia dla Windows XP, Vista), przeglądarka internetowa z włączoną obsługą JavaScript: Internet Explorer wersja 10 lub 11, Mozilla Firefox od wersji 50 (bez wsparcia dla wersji beta), zainstalowane darmowe oprogramowanie JAVA (JRE) zgodnie z zaleceniami ze strony dostawcy Java, minimalna rozdzielczość ekranu wymagana do poprawnego wyświetlania 1366x786.
11. Do składanej oferty elektronicznej należy dołączyć:
- Jednolity Europejski Dokument Zamówienia sporządzony i złożony w wersji elektronicznej zgodnie z opisem zawartym w Załączniku nr 5 do SIWZ, skan wymaganych przez Zamawiającego załączników, potwierdzenie wniesienia wadium w postaci pieniądza, inne dokumenty wymagane przez Zamawiającego, zapisane w formacie PDF, o rozmiarze max. 250 MB.
12. Oferta oraz wszystkie załączniki muszą być sporządzone w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej. Dokumenty lub oświadczenia sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.
13. Ofertę należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

14. Wykonawca w formularzu ofertowym winien wypełnić wszystkie pola stanowiące informację na temat firmy.
 15. Składana na Platformie EFO oferta elektroniczna oraz odpowiednio oznaczone dokumenty wymagają opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym. System nie będzie umożliwiał złożenia niepodpisanych elektronicznie dokumentów bądź ofert.
 16. Wszystkie strony załączników oferty powinny być ponumerowane. Strony zawierające informacje nie wymagane przez Zamawiającego (np. prospekty reklamowe o firmie, jej działalności itp.) nie podlegają ocenie.
 17. Dokumenty lub oświadczenia wymagane od Wykonawcy składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia potwierdzonej za zgodność z oryginałem.
 18. Jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego Wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia.
 19. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio Wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca, Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą.
 20. Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.
- (...)

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 28 listopada 2018 na godz. 10:00. Odwołujący, za pośrednictwem platformy EFO złożył w dniu 26 listopada 2018 roku ofertę (na dwa dni przed upływem terminu składania ofert), której nie opatrzył kwalifikowalnym podpisem elektronicznym wraz z wymaganymi załącznikami i otrzymał elektroniczne potwierdzenie złożenia oferty, wygenerowane przez system EFO, zawierające komunikat o poprawności złożenia oferty. Załączniki dołączone do formularza ofertowego zostały złożone w sposób wymagany zapisami SIWZ.

W terminie wyznaczonym do składania ofert do Zamawiającego wpłynęły cztery oferty. Pismem z dnia 18 grudnia 2018 roku Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W uzasadnieniu odrzucenia oferty, Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 10a ust. 5 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych oferta winna być sporządzona pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowalnym

podpisem elektronicznym. Oferta złożona przez Odwołującego nie została opatrzona kwalifikowalnym podpisem elektronicznym.

Z tej samej przyczyny, w przedmiotowym postępowaniu została odrzucona jeszcze jedna oferta, złożona przez innego wykonawcę.

Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 Ustawy:

1. *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*
- 1a. *Zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, zapewnia wykonawcom z państw-stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej.*
2. *Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.*
3. *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

- art. 10a Ustawy :

1. *W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem” odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.*
2. *Zamawiający może ustalić sposób przedstawienia informacji zawartych w ofercie w postaci katalogu elektronicznego lub dołączenia katalogu elektronicznego do oferty albo może dopuścić taką możliwość.*
3. *Zamawiający wskazuje na wymóg albo możliwość, o których mowa w ust. 2, w:*
 - 1) *ogłoszeniu o zamówieniu;*

- 2) zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania;
- 3) zaproszeniu do składania ofert lub do negocjacji w przypadku gdy zamieszczenie ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców stanowi zaproszenie do ubiegania się o zamówienie.
4. Zamawiający wskazuje w dokumentach, o których mowa w ust. 3, niezbędne informacje dotyczące formatu, parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych warunków i specyfikacji połączenia dotyczących katalogu elektronicznego.
5. Oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

- art. 10b Ustawy:

Zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Izba rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym, w ocenie Izby zarzuty stawiane Zamawiającemu są niezasadne.

W zakresie naruszenia art. 7 Pzp oraz art. 10 a i 10 b Pzp poprzez wadliwe przygotowanie postępowania w sposób uniemożliwiający złożenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego na dokumencie formularza ofertowego, przez co oferta Odwołującego uznana została za niezgodną z przepisami ustawy Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego.

W ocenie Izby, powyższy zarzut został podniesiony z uchybieniem terminu na wniesienie odwołania, bowiem Odwołujący miał wiedzę o braku możliwości podpisania formularza ofertowego wypełnionego on-line kwalifikowalnym podpisem elektronicznym od dnia 26 listopada 2018 roku, kiedy to swoją ofertę przesłał zamawiającemu. Przedmiotowe odwołanie z 27 grudnia 2018 roku dotyczące powyższego zarzutu wniesione jest z naruszeniem 10 - dniowego terminu na wniesienie odwołania i z tego powodu nie może zostać uwzględnione. Niemniej jednak, Izba odniosła się do argumentacji Odwołującego w zakresie ww. zarzutu.

Dyspozycja w art. 7 ust. 1 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ w sposób zgodny z zasadami i przepisami prawa zamówień publicznych, z zachowaniem terminów do dokonania zmiany SIWZ oraz powiadomił wykonawców o dokonanych zmianach w sposób przewidziany przepisami. Każdy z wykonawców miał dostęp do informacji o wprowadzonych w SIWZ zmianach od tego samego momentu tj. od 31 października 2018 roku, bowiem Zamawiający zamieścił informację w tym zakresie na stronie internetowej. Czynnościom tym nie można przypisać naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zmiany wprowadzone w zakresie opisu sposobu przygotowania ofert w ocenie Izby były przejrzyste i wyczerpujące.

Z treści pkt 9.8 SIWZ Wykonawca uzyskał konkretną informację, zgodną z wymogiem zawartym w art. 10a ust. 5 Pzp, iż oferta musi być sporządzona pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowalnym podpisem elektronicznym.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie zadbał o poprawne przygotowanie przetargu w sposób umożliwiający wszystkim uczestnikom prawidłowe złożenie oferty, bowiem formularz ofertowy zamieszczony na platformie EFO nie dawał możliwości opatrzenia go kwalifikowalnym podpisem elektronicznym, przez co Zamawiający uniemożliwił wykonawcom prawidłowe złożenie oferty w postępowaniu, naruszając tym zasadę uczciwej konkurencji. Wizualnym znakiem braku możliwości opatrzenia formularza ofertowego wypełnionego on-line kwalifikowalnym podpisem elektronicznym był brak symbolu kłódki przy formularzu, który widnieje przy innych dokumentach, załącznikach do oferty, koniecznych do podpisania kwalifikowalnym podpisem elektronicznym. Symbol kłódki zamieszczony został jedynie przy załącznikach do oferty, umożliwiając ich podpisanie z poziomu platformy EFO kwalifikowalnym podpisem elektronicznym. Takiej możliwości Zamawiający nie zapewnił dla konieczności opatrzenia formularza ofertowego kwalifikowalnym podpisem elektronicznym.

Z argumentacją Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Zdaniem Izby, nie można zarzucić Zamawiającemu naruszenia zasady uczciwej konkurencji, bowiem Zamawiający w żaden sposób nie pozbawił Odwołującego możliwości uczestnictwa w postępowaniu. Zamawiający w SIWZ nie wymagał aby oferta została wypełniona on-line i tak wysłana do Zamawiającego - jak to uczynił Odwołujący. Zamawiający wskazał (pkt 9.9 SIWZ) że ofertę wraz z załącznikami należy złożyć w formie elektronicznej poprzez Elektroniczny Formularz Ofertowy udostępniony na platformie: <https://efo.coig.biz>.

W pkt 9.10 SIWZ wskazał, że formularz ofertowy - Załącznik nr 1 do SIWZ w wersji elektronicznej dostępny jest po kliknięciu na link zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego, natomiast plik z formularzem ofertowym został opatrzony komendą: „pobierz formularz” a nie wypełnij formularz.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego jest niespójna i nielogiczna. Skoro przy formularzu oferty nie znajdował się symbol kłódki umożliwiający opatrzenie oferty kwalifikowalnym podpisem elektronicznym, to dla wykonawców winna być to jednoznaczna informacja, iż taki sposób podpisania oferty nie jest możliwy. Zatem oferta winna zostać opatrzona kwalifikowalnym podpisem elektronicznym w inny sposób, aniżeli z płaszczyzny platformy EFO.

Odwołujący miał możliwość złożenia oferty zgodnie z wymaganiami ustawowymi, poprzez pobranie formularza (zgodnie z komendą „pobierz formularz”), opatrzenie go kwalifikowalnym podpisem elektronicznym a następnie zamieszczenie podpisanego formularza na platformie EFO i za jej pośrednictwem przesłanie do Zamawiającego - tak jak uczynili to dwaj inni wykonawcy. Zatem, skoro istniała możliwość opatrzenia oferty kwalifikowalnym podpisem elektronicznym (o czym świadczą oferty złożone przez dwóch wykonawców), to nie można postawić Zamawiającemu zarzutu w postaci wadliwości prowadzonego postępowania. Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego z którego wynika, iż odrzucenie jego oferty jest karaniem za wadliwość systemu. System nie blokował możliwości złożenia oferty opatrzonej kwalifikowalnym podpisem elektronicznym, nie dawał jedynie możliwości jej podpisania z pozycji platformy. Wymóg taki nie został również wskazany jako właściwy do złożenia oferty. Wykonawca miał możliwość zamieszczenia prawidłowo podpisanego formularza oferty i złożenia go Zamawiającemu za pośrednictwem platformy EFO, czego nie uczynił składając do przetargu niepodpisany formularz ofertowy. Dowód przedstawiony przez Odwołującego (wydruk z platformy EFO), wskazujący na brak opatrzenia formularza ofertowego kłódką, oznaczającą możliwość podpisania formularza ofertowego kwalifikowalnym podpisem elektronicznym, nie stanowi dowodu na brak możliwości zamieszczenia prawidłowo podpisanego formularza na platformie. Brak symbolu kłódki stanowi informację, że z płaszczyzny wypełniania on-line formularza ofertowego nie można go opatrzyć wymaganym kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nie stanowi

on jednak dowodu na brak możliwości prawidłowego podpisania oferty w inny sposób. Fakt, iż w innych postępowaniach Zamawiającego istnieje możliwość podpisania formularza ofertowego z pozycji platformy EFO nie ma związku z niniejszym postępowaniem i nie stanowi o jego wadliwości.

Niezrozumiałym jest również zarzut naruszenia art. 10a i 10b Pzp dotyczący niedochowania wymogów zastosowania niedyskryminujących i nieograniczających dostępu wykonawcom do przetargu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości technicznej. Odwołujący w żaden sposób nie próbował wykazać ani nie przedstawił żadnego dowodu, potwierdzającego że Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania zastosował niewłaściwe czy dyskryminujące środki komunikacji elektronicznej. Nie wskazał, ani nawet nie uprawdopodobnił na czym miało by polegać użycie dyskryminujących narzędzi i urządzeń służących do komunikacji elektronicznej. Podkreślić należy, iż Odwołujący nie miał żadnych problemów technicznych w zakresie komunikacji elektronicznej z Zamawiającym. Wszystkie dokumenty złożone w postępowaniu dotarły do Zamawiającego bez usterek technicznych, o czym świadczy wygenerowany przez system raport o poprawnym złożeniu oferty. Wskazać należy, iż złożenie przez Odwołującego oferty niezgodnej z ustawą nie stanowi dowodu na zastosowanie przez Zamawiającego dyskryminujących środków komunikacji elektronicznej.

Reasumując, zdaniem Izby powyższy zarzut jest spóźniony, wobec czego nie mógł zostać uwzględniony. Ponadto przywołana argumentacja w zakresie uzasadnienia zarzutu jest w całości niezasadna. Izba wskazuje, iż Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 Pzp, jednak z treści uzasadnienia odwołania wynika, iż zarzut dotyczy jedynie naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, dlatego Izba odniosła się zarzutu w zakresie zgodnym z jego uzasadnieniem.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp wskazać należy, iż jest on całkowicie niezasadny.

Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący złożył formularz oferty nie opatrując go kwalifikowalnym podpisem elektronicznym. Fakt ten jest również bezsporny dla stron, ponadto został przyznany przez Odwołującego na rozprawie.

Art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp zawiera normę, z której dyspozycji wynika obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą. Ustawa Pzp zawiera wymagania co do formy złożonej oferty. Z treści art. 10a ust. 5 Pzp wynika bezwzględny nakaz sporządzenia oferty pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatrzenie jej kwalifikowalnym podpisem elektronicznym. Brak właściwego podpisu pod ofertą skutkuje nieważnością oferty z mocy prawa, a złożenie oferty w innej formie niż wynika to z ustawy, stanowi podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako niezgodnej z ustawą. Bez znaczenia jest

również fakt czy brak podpisu pod formularzem ofertowym jest zaniechaniem zawinionym czy też nie oraz której stronie można przypisać winę za zaistniałą sytuację. Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, iż art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp nie może mieć zastosowania w sytuacji, w której brak możliwości prawidłowego złożenia ofert obciąża Zamawiającego, czyli w sytuacji gdy jego błąd „wymusza” złożenia oferty niespełniającej wymogów ustawy. Jak zostało powyżej wskazane, Zamawiającemu nie można przypisać błędów wymuszających złożenie niepodpisanej oferty. Ponadto złożenie oferty z naruszeniem wymogu sporządzenia w postaci elektronicznej i opatrzenia jej kwalifikowalnym podpisem elektronicznym skutkuje nieważnością oferty, bowiem wymóg ten został zastrzeżony pod rygorem nieważności.

W konsekwencji stwierdzić należy, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp z uwagi na brak opatrzenia oferty kwalifikowalnym podpisem elektronicznym, była prawidłowa.

Tym samym nie potwierdził się podnoszony przez Odwołującego w powyższym zakresie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1) Ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) 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) zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600,00 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Izba wskazuje, iż zgodnie z § 3 pkt 2 lit b) ww. Rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron obejmujące wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600,00 zł, wobec czego brak było podstaw do zaliczenia w poczet kosztów postępowania wydatków poniesionych przez Zamawiającego na wynagrodzenie pełnomocnika w pełnej wysokości wynikającej ze złożonej na rozprawie faktury VAT.

Przewodniczący: