

Sygn. akt: KIO 2298/19

WYROK

z dnia 26 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Jolanta Markowska

Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: **Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2019 r. przez wykonawcę **AVR S.A., ul. Józefa Dietla 93 lok. 4, 31-031 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice**

przy udziale wykonawcy **J.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J.O, ul. Wołodyjowskiego 33, 41-403 Chełm Śląski** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AVR S.A., ul. Józefa Dietla 93 lok. 4, 31-031 Kraków** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AVR S.A., ul. Józefa Dietla 93 lok. 4, 31-031 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **AVR S.A., ul. Józefa Dietla 93 lok. 4, 31-031 Kraków** na rzecz **Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., 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 Katowicach.

Przewodniczący :

.....

.....

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie autostrady A1 zarządzanej przez GDDKIA Oddział w Katowicach Rejon w Częstochowie”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 sierpnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2019/S 155-382662.

W dniu 12 listopada 2019 r. wykonawca AVR S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy J.O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J.O. (dalej: „UTDM J. O.”), pomimo że wybór ten narusza przepisy ustawy Pzp,
- przyznanie Wykonawcy UTDM J.O. maksymalnej ilości punktów za tzw. „Kryteria pozacenowe” wskazane w Formularzu 2.3. - „Kryteria pozacenowe”, pomimo że Wykonawca ten - wbrew postanowieniom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) - nie złożył podpisu kwalifikowanego na końcu tego dokumentu,
- zaniechaniu wezwania Wykonawcy UTDM J.O. do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym niespójności oświadczeń zawartych w JEDZ i ofercie, a dotyczących udziału podwykonawców w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty Wykonawcy UTDM J.O., który to wybór zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z 9 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10a ust. 1 i 5 ustawy Pzp poprzez przyznanie Wykonawcy UTDM J.O.

maksymalnej ilości punktów za „Kryteria pozacenowe” wskazane w Formularzu 2.3. - „Kryteria pozacenowe”, pomimo iż Wykonawca ten, wbrew jednoznacznie brzmiącym postanowieniom 9.1.2. SIWZ, nie złożył podpisu kwalifikowanego „na końcu” tego dokumentu, co doprowadziło do wyboru oferty UTDM J.O jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, przy jednoczesnym naruszeniu zasady równego traktowania w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy instrukcji Zamawiającego uczynili zadość;

na wypadek, gdyby Izba nie uznała powyższych zarzutów Odwołujący alternatywnie zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

3) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy UTDM J.O. do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności istniejących pomiędzy oświadczeniem JEDZ, a treścią oferty w zakresie udziału podwykonawców w postępowaniu, co doprowadziło do wyboru oferty UTDM J.O. jako najkorzystniejszej z naruszeniem postanowień SIWZ.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący stwierdził, że przedmiotowy zarzut - oparty o naczelne zasady ustawy Pzp, tj. zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę legalizmu, jest niewątpliwie zarzutem wynikowym. Jak zauważył Odwołujący, do naruszenia zasad ogólnych z art. 7 ustawy Pzp dochodzi w sytuacji potwierdzenia się innych zarzutów wskazanych w odwołaniu, a więc naruszenia konkretnych norm prawnych regulujących przedmiotowe postępowanie opisanych w uzasadnieniu. Tym samym, jak wskazał Odwołujący, uznanie któregośkolwiek z zarzutów opisanych poniżej potwierdzi również, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Argumentując zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10a ust. 1 i 5 ustawy Pzp Odwołujący podał, że pismem z dnia 25 września 2019 r. zwrócił Zamawiającemu uwagę na fakt, iż do swej oferty Wykonawca UTDM J.O. załączył formularz zatytułowany „Formularz 2.3 - Kryteria pozacenowe”, którego nie podpisano kwalifikowanym podpisem - wbrew instrukcji zawartej w pkt 19.1.2 SIWZ. W ocenie Odwołującego, określenie przez Zamawiającego miejsca złożenia podpisu przesądza, iż w przypadku tego konkretnego oświadczenia (Formularza 2.3) należało złożyć podpis na odrębnym dokumencie, a nie połączonej grupie oświadczeń w formie skompresowanej paczki dokumentów elektronicznych. W przeciwnym razie Zamawiający nie wprowadziłby takiego zapisu, o takiej treści, do SIWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że Wykonawca UTDM J.O. w formacie pdf złożył kilka

oświadczeń woli, tj.: a) ofertę (Formularz 2.1), b) Formularz 2.3 („Formularz kryteria pozacenowe”) oraz c) Formularz 3.3 („Oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust 1 pkt 23 ustawy pzp”). Tak złożony plik nazwany został przez Wykonawcę jako „Oferta”, co potwierdza zrzut z ekranu platformy zakupowej eB2B GDDKiA O/Katowice. Jednocześnie Wykonawca ten złożył odrębnie inne pliki pdf - „JEDZ”, „Formularz cenowy”, „CEIDG”, „Potwierdzenie zapłaty wadium”, każdorazowo składając na nim kwalifikowany podpis.

Zdaniem Odwołującego, charakterystyczne jest - również dla oceny badanego stanu faktycznego odwołania - że każdy ze wspomnianych formularzy w pliku „Oferta”, przed zeskanowaniem, został przez J.O. podpisany ręcznie. W ten sposób Wykonawca niejako potwierdził, że każdy ze składanych formularzy jest niezależny od innych oraz że oświadczenia w nich zawarte należy traktować jako odrębne m.in. z uwagi na ich zawartość.

W ocenie Odwołującego, gdyby Wykonawca chciał - tradycyjnie, jak miało to miejsce dotychczas w formie pisemnej - złożyć szereg oświadczeń woli na „połączonych” kartach, złożyłby konsekwentnie jeden podpis - na końcu złączonych oświadczeń, a nie, jak to uczynił, trzy podpisy - odrębnie dla: 1) Oświadczenia woli zawartego w formularzu 2.1 (Oferta), 2) Oświadczenia woli zawartego w formularzu 2.3 („Formularz kryteria pozacenowe”), 3) Oświadczenia woli zawartego w formularzu 3.3 („Oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp”). Powyższe, w przekonaniu Odwołującego, świadczy o tym, iż Wykonawca UTDM J.O. działał ze świadomością, iż oferta składa się z różnych oświadczeń woli, a zmiana formy z pisemnej na elektroniczną nie powinna zmieniać tego stanu rzeczy.

Odwołujący wskazał, że po podpisaniu niezależnych (wyodrębnionych w SIWZ) trzech formularzy - Wykonawca UTDM J.O. zeskanował wszystkie trzy oświadczenia woli w nich zawarte łącznie i dopiero na takim dokumencie złożył (na pierwszej stronie formularza 2.1. „Oferta”) podpis kwalifikowany. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z powszechnie przyjętą praktyką, podpis elektroniczny stosuje się zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych, jak i do skompresowanych paczek dokumentów elektronicznych. Odwołujący zwrócił jednak uwagę, że w wyroku z dnia 18 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1029/19, Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie wskazała, że skoro z dokumentacji postępowania nie wynikał obowiązek podpisania oddzielnie każdego załącznika oferty, to złożenie przez Odwołującego podpisu pod wszystkimi dokumentami załączonymi w Systemie powoduje, że należy uznać, że złożona przez niego oferta spełniała wymóg określony w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, bowiem została złożona w formie

elektronicznej i została podpisana podpisem elektronicznym z kwalifikowanym certyfikatem. *A contrario* Odwołujący wywiódł, że w sytuacji, gdy z dokumentacji postępowania wprost wynika taki obowiązek, niezłożenie podpisu na danym załączniku powoduje skutki tożsame z niezłożeniem Formularza 2.3 - „Kryteria pozacenowe”, o których mowa w pkt. 19.1.2 ppkt 1) SIWZ. W ocenie Odwołującego, Wykonawca UTDM J.O. nie zastosował się do przekazanych mu przez Zamawiającego wytycznych co do sposobu podpisania przedmiotowego załącznika do oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia SIWZ, które, jak zauważył, są w tego typu przypadkach przesadzające i nie mogą być - w stosunku do jednego z Wykonawców - odczytywane inaczej niż w stosunku do Wykonawców pozostałych, albowiem Zamawiający narażałby się na zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Co więcej, jak podał Odwołujący, nie można pomijać postanowień SIWZ przy ocenie złożonych przez Wykonawcę dokumentów załączonych do oferty, tak jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi do AVR S.A. z dnia 31 października 2019 r.

Zdaniem Odwołującego, nie można również akceptować sytuacji, w której Zamawiający nie odnosi się merytorycznie do kwestii zasygnalizowanej w piśmie AVR S.A., to jest braku - zgodnie z zapisami SIWZ - odrębnego podpisu na Formularzu 2.3. stanowiącym załącznik do oferty Wykonawcy UTDM J.O., a poprzestaje na wymijającym stwierdzeniu, iż „dokumenty zostały prawidłowo podpisane”. Kwestią sporną nie jest bowiem prawidłowe, bądź nieprawidłowe podpisanie pliku w formacie pdf zatytułowanego „Oferta”, ale w ogóle brak odrębnego elektronicznego podpisu kwalifikowanego na Formularzu 2.3., do czego wyraźnie Wykonawców zobowiązywał Zamawiający w pkt 9.1.2. zmienionego SIWZ. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania dnia 3 września 2019 r. wprowadził zmianę do SIWZ w ten sposób, iż jej pkt 9.1.2 otrzymał brzmienie: „W ramach kryterium „Kryteria pozacenowe” punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 40 punktów, na podstawie Oferty Wykonawcy - Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.3.). Formularz „Kryteria pozacenowe” stanowi przykładowy sposób opracowania. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z tego formularza wymagane jest złożenie podpisu na końcu dokumentu...”. Z powyższego wynika, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający - praktycznie w jednym tylko przypadku wskazanym w Specyfikacji, właśnie dotyczącym załącznika „Formularz 2.3.” - w sposób literalny wskazał obowiązek złożenia odrębnego podpisu na tym oświadczeniu - dodatkowo - w konkretnym miejscu formularza, tj. na końcu dokumentu (Formularza „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.3.)). Zdaniem Odwołującego, nie można złożyć, w takiej konfiguracji oświadczeń, jak ta przedłożona przez Wykonawcę UTPM J.O. w pliku „Oferta”, podpisu kwalifikowanego „na końcu dokumentu” (Formularza 2.3.) tak, by później wyodrębnić go jako integralny (i

podpisany) załącznik umowy, o czym SIWZ też stanowi wprost. Odwołujący podkreślił, że fakt, iż Zamawiający przesądził, iż „wymagane jest” „złożenie podpisu na końcu dokumentu”, nie pozwala na żaden luz decyzyjny zarówno Wykonawcy, jak i Zamawiającego, który sam taki zapis wprowadził do SIWZ. Odwołujący zaznaczył, że z cytowanego powyżej fragmentu SIWZ oraz treści pkt 19.1.2 ppkt 1) SIWZ w wersji uwzględniającej Zmianę treści SIWZ nr 1 z 3 września 2019 r. wynika, iż brak podpisu kwalifikowanego pod oświadczeniem zawartym w Formularzu 2.3. należy traktować tak, jakby przedmiotowy formularz nie został złożony w należytej formie - co wedle zapisów SIWZ - skutkować winno przyznaniem 0 punktów Wykonawcy za kryteria pozacenowe wskazane w Formularzu 2.3. „Kryteria pozacenowe”. Brak punktów za „Kryteria pozacenowe” z kolei zmieniłby ranking Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i uniemożliwiłby wybór oferty UTDM J.O. jako najkorzystniejszej. Za istotną Odwołujący uznał też okoliczność, że konieczność odrębnego podpisania Formularza 2.3., którą Zamawiający nałożył w SIWZ na Wykonawców, wynika najpewniej z faktu, iż jak stanowi zmiana SIWZ z dnia 3 września 2019 r. w zakresie pkt 9.1.2. „Oferta zawarta w Formularzu „Kryteria pozacenowe” stanowić będzie integralną część umowy zawieranej z wyłonionym w drodze niniejszego postępowania Wykonawcą, wobec tego Wykonawca będzie związany proponowanymi rozwiązaniami i odpowiedzialny wobec Zamawiającego za realizację zamówienia zgodnie z zaoferowanym zakresem”. Odwołujący zwrócił uwagę, że załączenie tego formularza jako załącznika (integralnego) do umowy jest niemożliwe bez fizycznego wyodrębnienia go ze złożonego przez Wykonawcę pliku, a wówczas - w wyniku rozdzielania plików - Formularz 2.3. nie będzie opatrzony kwalifikowanym podpisem, co w ocenie Odwołującego, będzie miało wpływ na możliwość zrealizowania powyższego zapisu SIWZ.

W ocenie Odwołującego, poza sporem pozostaje, że oświadczenie woli Wykonawcy UTDM J.O. zawarte w formularzu „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.3) winno:

- a) być odrębnie podpisane podpisem kwalifikowanym, o czym stanowi wprost treść SIWZ, a brak złożenia w przewidzianej w dokumentach postępowania formie skutkuje niemożnością przyznania jakichkolwiek punktów za tzw. „Kryteria pozacenowe” ww. wykonawcy,
- b) stanowić integralną część umowy o zamówienie publiczne zawieranej pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu,
- c) zawierać elementy istotne z punktu widzenia składanej oferty i zawieranej umowy,
- d) nie podlegać uzupełnieniu.

Odwołujący podkreślił ponadto, że oprócz obowiązku odrębnego podpisania

Formularza 2.3., Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości wymagał elektronicznego podpisu kwalifikowanego w ściśle określonym miejscu na tym dokumencie, co potwierdza, zdaniem Odwoływającego, tezę o odrębnym podpisie dla tego oświadczenia woli. W świetle powyżej przytoczonych zapisów SIWZ, za prawidłową Odwoływający uznał praktykę, zgodnie z którą wykonawca zarówno ofertę, jak i każdy z załączników zapisuje w odrębnym pliku, a następnie każdy z nich podpisuje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ww. wymóg, w opinii Odwoływającego, w świetle zapisów SIWZ, nie może budzić żadnych wątpliwości.

Odwoływający zwrócił uwagę, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje jednoznacznie, iż decydująca dla odczytania znaczenia postanowień SIWZ jest literalna analiza tych zapisów, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, iż nie można nadawać im znaczenia innego niż w rzeczywistości one mają. Odwoływający przywołał wyrok Izby z dnia 9 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2791/12. W ocenie Odwoływającego, wskazanie wprost, iż dokument Formularz 2.3. „Kryteria pozacenowe” musi być sygnowany na jego końcu nie może być interpretowane inaczej niż Odwoływający opisał powyżej. Odwoływający stwierdził, że każda próba konwalidowania takiego dokumentu - jak próbuje czynić to Zamawiający - przy tak jednoznacznych zapisach SIWZ, stanowi naruszenie art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp.

Ponadto Odwoływający wskazał, że intencja (instrukcja) Zamawiającego wyrażona w SIWZ (pkt 19.1.2) w zakresie odrębnego podpisu kwalifikowanego pod załącznikiem Formularz 2.3 - „Kryteria pozacenowe” była jednoznaczna i czytelna. Świadczy o tym choćby okoliczność, iż wszyscy pozostali Wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu złożyli przedmiotowy Formularz 2.3 jako odrębne oświadczenie woli. Co więcej, tylko jeden z Wykonawców nie złożył w ogóle odrębnego kwalifikowanego podpisu pod tym oświadczeniem - wbrew postanowieniom SIWZ - i był nim Wykonawca UTDM J.O., który dodatkowo w miejscach do tego przeznaczonych nie „zadeklarował” („należy wskazać”) żadnego z kryteriów - odmiennie, niż uczynili to inni Wykonawcy.

Odwoływający stwierdził, że z uwagi na nie budzące wątpliwości i klarowne zapisy SIWZ, nie można uznać, by podpis kwalifikowany złożony przez Wykonawcę na pierwszej stronie pliku - w którym znajdują się trzy różne oświadczenia woli - można było utożsamiać z oczywiście wymaganym dla Formularza 2.3. odrębnym podpisem złożonym na końcu tego konkretnego oświadczenia („W przypadku korzystania przez Wykonawcę z tego formularza wymagane jest złożenie podpisu na końcu dokumentu”). Wprowadzenie takiego zapisu w SIWZ miało, w ocenie Odwoływającego, swój cel, a była nim możliwość załączenia wyodrębnionego od pozostałych oświadczeń i podpisanego kwalifikowanym podpisem Formularza 2.3. do umowy zawieranej z Wykonawcą.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3

ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie podjął żadnych kroków w celu usunięcia niezgodności pomiędzy oświadczeniem Wykonawcy UTDM J.O. odnoszącym się do kwestii posługiwania się przy realizacji zamówienia publicznego podwykonawcami w treści oferty oraz w treści złożonego wraz z nią dokumentu JEDZ.

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na fakt, że art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odnosi się do „oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1”, a więc nie tych oświadczeń wskazanych w art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. m.in. jednolitego dokumentu (JEDZ), formułowany zarzut winien być oparty na treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z tego względu Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie zastosował art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie wyjaśnił rozbieżności istniejących pomiędzy oświadczeniem JEDZ, a ofertą Wykonawcy UTDM J.O.. Na marginesie jedynie Odwołujący wskazał, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny i ustawodawca nie pozostawił w tej kwestii żadnego luzu decyzyjnego Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że SIWZ w pkt 9.1 i 9.2 nakładała na Wykonawcę obowiązek przedłożenia wraz z ofertą „aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia” w formie JEDZ opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W pkt 10 SIWZ - „Informacja dla Wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 22a ustawy pzp oraz zamierzających powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom” stanowi, iż: „Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: a) jest zobowiązany wypełnić część II sekcja D jednolitego dokumentu, w tym, o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców (...) c) jest zobowiązany wskazać w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom” (pkt 10.10. SIWZ).

Jak podał Odwołujący, Wykonawca UTDM J.O. w swym oświadczeniu JEDZ sygnowanym kwalifikowanym podpisem elektronicznym 19 września 2019 r. o godz. 12:05:12 w Części II lit. D wskazał, iż „nie” zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa dla jakiegokolwiek części zamówienia. Tymczasem w pkt. 5 Formularza 2.1. - „Oferta” - wbrew zaleceniom Zamawiającego („Oświadczenie powinno być spójne z oświadczeniem złożonym w jednolitym dokumencie Część II, sekcja C i D”) Wykonawca ten wskazał, że: „zamierza powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia: Grupy robót 1 do 9 oraz 13 i 14”.

Zdaniem Odwołującego, z uwagi na oczywistą sprzeczność obu oświadczeń, przywołane zapisy SIWZ oraz doniosły charakter podwykonawstwa dla realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego (wskazano - jako potencjalnie możliwe oddanie

wszystkich grup do wykonania podwykonawcom), a także obligatoryjny charakter art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, Zamawiający miał obowiązek wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a następnie uzupełnienia wadliwego oświadczenia JEDZ, o ile w wyniku procedury wyjaśniającej ustalonyby taką konieczność.

Odwołujący stwierdził, że doniosły charakter podwykonawstwa dla przedmiotowego zamówienia - zwłaszcza w kontekście deklaracji zawartej w ofercie Wykonawcy UTDM J.O., a także waga, jaką należy przypisać oświadczeniom zawartym w JEDZ, pozwala na stwierdzenie, iż zaniechanie to ma znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, które decyduje o uznaniu zarzutów odwołania.

Odwołujący z ostrożności podniósł, iż stawia także w omawianym zakresie zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyby Izba uznała, iż argumentacja wskazana wcześniej nie jest zasadna.

Odwołujący zauważył także, że nawet gdyby uznać, iż oświadczenie w JEDZ nie jest rozbieżne z tym ze złożonej oferty, to i tak Zamawiający winien wyjaśnić treść oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z zastrzeżeniem wszakże zdania drugiego tej normy, która zabrania prowadzenia negocjacji z Wykonawcą dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania w jej treści zmian, zwłaszcza tak istotnych, jak podwykonawstwo, które może dotyczyć całego zamówienia (wszystkie grupy prac).

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy UTDM J.O.,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności, iż Formularz 2.3. („Formularz kryteria pozacenowe”) Wykonawca UTDM J.O. złożył bez wymaganego na tym formularzu podpisu

alternatywnie:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy UTDM J.O.,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy UTDM J.O. do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności istniejących pomiędzy treścią oświadczenia JEDZ, a ofertą w zakresie dotyczącym udziału podwykonawców w przedmiotowym zamówieniu.

W dniu 15 listopada 2019 r. wykonawca UTDM J.O. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 22 listopada 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy UTDM J.O. do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności istniejących pomiędzy oświadczeniem JEDZ, a treścią oferty w zakresie udziału podwykonawców w postępowaniu, co doprowadziło do wyboru oferty UTDM J.O. jako najkorzystniejszej z naruszeniem postanowień SIWZ. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W ocenie Zamawiającego, cała oferta wraz ze wszystkimi załącznikami złożona w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę UTDM J.O. została prawidłowo podpisana w oparciu o obowiązujące w tym zakresie regulacje prawne oraz zgodnie z postanowieniami SIWZ. Zamawiający stwierdził, że kwestionowana przez Odwołującego część złożonej oferty dotyczy dokumenty wykonawcy UTDM J.O. Formularz Kryteria pozacenowe, który m.in. wraz z drukiem oferta został zeskanowany w jednym pliku i opatrzony podpisem kwalifikowanym. Powyższa forma złożenia dokumentów, w ocenie Zamawiającego, została dokonana w sposób właściwy i niepozostawiający jakichkolwiek wątpliwości co do ich prawidłowości. Zamawiający wskazał, że nie ulega wątpliwości, że zgodnie z jednoznaczną w tym względzie linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, ofertę można również składać jako paczkę dokumentów. Zamawiający zwrócił uwagę, że nie postawił w SIWZ wymogu uniemożliwiającego złożenie oferty jako jednej paczki obejmującej więcej niż jeden plik dokumentów. Zamawiający podkreślił, że żadne z postanowień SIWZ nie narzuca biorącym udział w postępowaniu wykonawcom obowiązku podpisywania kwalifikowanym podpisem elektronicznym jako odrębnych plików i oddzielnego przesyłania, za pośrednictwem platformy zakupowej, poszczególnych dokumentów składających się na treść oferty (tj. oddzielnie Formularza oferta, oddzielnie Formularza „Kryteria pozacenowe”, oddzielnie Formularza Cenowego) czy też innych dokumentów składanych przez wykonawców wraz z ofertą.

Jak zauważył Zamawiający, zgodnie z obowiązującymi uwarunkowaniami technicznymi oraz przyjętą praktyką, podpis elektroniczny stosuje się zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych, jak i do skompresowanych paczek dokumentów elektronicznych. Nadto brak jest w ocenie Zamawiającego, jakichkolwiek podstaw formalnoprawnych do odrzucenia oferty tylko z tego powodu, że zastosowano metodę jej

przygotowania w postaci scalenia dokumentu w jednym pliku. Zamawiający stwierdził, że nie może także ulegać wątpliwości, że w przypadku dokumentu elektronicznego co do zasady nie może być mowy o złożeniu podpisu „na końcu dokumentu”, „pod jego treścią” czy nawet „na dokumencie”. Kwalifikowany podpis elektroniczny obejmuje bowiem z istoty swojej całą treść podpisywanego dokumentu elektronicznego niezależnie od tego, gdzie znajduje się jego wizualizacja lub czy ta wizualizacja w ogóle występuje.

Zamawiający zwrócił również uwagę na definicję dokumentu elektronicznego zawartą w art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 17 lutego 2015 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 700 ze zm.), zgodnie z którą dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Zdaniem Zamawiającego, wobec ww. definicji, nie może budzić wątpliwości, że skan papierowego formularza oferty do pliku, następnie podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowi dokument elektroniczny. W konsekwencji, jak stwierdził Zamawiający, zarówno w aspekcie technicznym, jak i prawnym, podpisany elektronicznie skan formularza oferty przyjmuje postać elektroniczną w rozumieniu art. 10a ust. 5 ustawy Pzp i jest dokumentem elektronicznym w rozumieniu ustawy o informatyzacji.

Zamawiający wskazał ponadto, że rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE L 257 z 28.08.2014 r., s. 73, dalej: „rozporządzenie eIDAS”) również zawiera definicję dokumentu elektronicznego. Zgodnie z jego art. 3 pkt 35) dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Zamawiający zauważył, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza zatem złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający zaznaczył, że nie ma przy tym znaczenia czy dokument powstał na bazie skanu dokumentu papierowego, czy od początku tworzony był w wersji elektronicznej np. na komputerze. W obydwu przypadkach efektem jest sporządzenie (i złożenie) dokumentu elektronicznego w rozumieniu ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne.

Zamawiający stwierdził, że podpis elektroniczny znajduje zastosowanie zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych, jak i do skompresowanych paczek dokumentów elektronicznych. Zamawiający wskazał, że w świetle definicji podpisu elektronicznego z rozporządzenia eIDAS, we wszystkich tych przypadkach podpis rodzi takie same skutki

prawne. Złożenie popisu czy to pod paczką, czy to pod każdym dokumentem z osobna wywołuje ten sam efekt. Podpis elektroniczny dotyczy bowiem danych jako takich, a nie plików bądź dokumentów. Zdaniem Zamawiającego, niezależnie od tego, czy dojdzie do podpisania każdego pliku z osobna, czy wszystkich plików łącznie poprzez podpisanie pliku skompresowanego, należy uznać, że podpis złożony pod zestawem plików (w tym ZIP) obejmuje całość zawartych w nim danych.

Powyższe, jak zauważył Zamawiający, znajduje również potwierdzenie w treści rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, s. 16), gdzie ustawodawca wspólnotowy wskazał: „Co się tyczy podpisu(-ów) na jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, należy zauważyć, że podpis na tym dokumencie może nie być konieczny, jeżeli dokument ten jest przesyłany jako część zestawu dokumentów, których autentyczność i integralność jest zapewniona dzięki wymaganemu(-ym) podpisowi(-om) na środkach przekazu”.

Oceniając stan faktyczny przedmiotowej sprawy Zamawiający wskazał na cel dyrektyw wspólnotowych, którym jest odformalizowanie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zwrócił uwagę na art. 22 ust. 6 lit. c) ppkt (ii) dyrektywy klastycznej, który stanowi: „jeżeli oferta jest podpisywana z wykorzystaniem kwalifikowanego certyfikatu, który jest umieszczony na zaufanej liście, instytucje zamawiające nie mogą stosować dodatkowych wymogów mogących utrudnić oferentom korzystanie z tych podpisów”.

Krajowa Izba Odwoławcza, z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy UTDM J.O. do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności istniejących pomiędzy oświadczeniem JEDZ, a treścią oferty w zakresie udziału podwykonawców w postępowaniu, i brak sprzeciwu ze strony wykonawcy UTDM J.O., na podstawie art. 186 ust. 4a ustawy Pzp, do rozpoznania na rozprawie skierowała odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego, Izba uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie niesporne pomiędzy stronami były takie okoliczności, jak to, że ofertę można składać jako pakiet dokumentów, że podpis elektroniczny znajduje zastosowanie zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych, jak i do skompresowanych „paczek” dokumentów elektronicznych, twierdzenia, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarczą złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie ma zaś znaczenia czy dokument powstał na bazie skanu dokumentu papierowego czy od początku tworzony był w wersji elektronicznej – w obu przypadkach efektem jest sporządzenie i złożenie dokumentu elektronicznego w rozumieniu ustawy o informatyzacji. Strony były zgodne także co do tego, że niezależnie od tego czy dojdzie do podpisania każdego pliku z osobna czy wszystkich plików łącznie, poprzez podpisanie pliku skompresowanego należy uznać, że podpis złożony pod zestawem plików obejmuje całość zawartych w nim danych.

Spór osadzał się na wymaganiu zawartym przez Zamawiającego w pkt 19.1.2. SIWZ „Kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia” (D)”, w którym Zamawiający wskazał: „W ramach kryterium „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia” punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 40 punktów, na podstawie Oferty Wykonawcy – Formularza „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia” (Formularz 2.3). Formularz „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia” stanowi przykładowy sposób opracowania. W przypadku korzystania przez

Wykonawcę z tego formularza, wymagane jest złożenie podpisu na końcu dokumentu. Niezłożenie Formularza „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w/w kryterium.”.

W przedmiotowym zamówieniu Formularz 2.3 wraz z Formularzem 2.1 „Oferta”, a także z oświadczeniem o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp (Formularz 3.3) zostały jako całość zatytułowane przez wykonawcę UTDM J.O. „Oferta”, sporządzone w postaci elektronicznej i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Rozpoznając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z 9 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10a ust. 1 i 5 ustawy Pzp poprzez przyznanie wykonawcy UTDM J.O. maksymalnej ilości punktów za „Kryteria pozacenowe” wskazane w Formularzu 2.3. - „Kryteria pozacenowe”, pomimo iż wykonawca ten, wbrew jednoznacznie brzmiącym postanowieniom 19.1.2. SIWZ, nie złożył podpisu kwalifikowanego „na końcu” tego dokumentu, co doprowadziło do wyboru oferty UTDM J.O. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu Izba stwierdziła, że wymagania, na którym Odwołujący oparł przedmiotowy zarzut, nie można czytać w oderwaniu od pozostałej treści SIWZ.

Izba zważyła, że zgodnie z pkt 14.5 SIWZ, ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” (Formularz 2.1) oraz Formularz Cenowy (Formularz 2.2) i Formularz „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia” (Formularz 2.3). Co za tym idzie, Zamawiający ujął w specyfikacji Formularz 2.3 jako element oferty.

Izba miała także na uwadze, że formułując wymóg dotyczący sporządzenia poszczególnych dokumentów w formie elektronicznej i opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie objął tym wymogiem Formularza 2.3 odrębnie. Przeciwnie, Zamawiający odnosił ww. wymaganie do oferty jako całości. Brak jest w SIWZ postanowienia zobowiązującego wykonawców do podpisania Formularza 2.3 kwalifikowanym podpisem elektronicznym jako odrębnego dokumentu i odrębnego jego przesłania za pośrednictwem platformy zakupowej. Takie wymogi Zamawiający sformułował wobec oferty, JEDZ (pkt. 12.10, 14.7 SIWZ), zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (pkt 12.11 SIWZ), czy dokumentu wadium (16.3 SIWZ).

W świetle przywołanych powyżej postanowień SIWZ, oraz z uwagi na okoliczność, że podpis elektroniczny nie jest składany w określonym miejscu dokumentu, a obejmuje zawarte w pliku dane, Izba uznała, że wymaganie z pkt 19.1.2 SIWZ dotyczące złożenia podpisu „na końcu” Formularza 2.3 było co najmniej niejasne i mogło budzić wątpliwości.

W tych okolicznościach, mając na względzie treść SIWZ jako całości, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że Formularz 2.3 powinien być złożony i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym odrębnie. Z uwagi na powyższe, w ocenie Izby, nieuprawnione i nie znajdujące oparcia w postanowieniach SWIZ byłoby wywodzenie wobec wykonawcy UTDM J.O. negatywnych konsekwencji z uwagi na złożenie Formularza 2.3 i jego podpisanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym wraz z innymi dokumentami. Mając na względzie opisane powyżej okoliczności Izba za niemające wpływu na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy uznała złożone przez Odwołującego zestawienie porównawcze postanowień SIWZ sformułowanych przez Zamawiającego w innych postępowaniach oraz korespondencję z przedstawicielem Asseco Data Systems S.A.

Izba stwierdziła, że wykonawca UTDM J.O. ujął Formularz 2.3 „Doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia” jako element oferty, zgodnie z pkt 14.5 SIWZ. Formularz ten, wraz z innymi dokumentami, został przez ww. wykonawcę podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym i przesłany za pośrednictwem platformy zakupowej. Złożony przez wykonawcę podpis obejmuje zatem całą treść złożonych oświadczeń, w tym Formularz 2.3. W tych okolicznościach, Izba nie dopatrzyła się uchybień w czynności Zamawiającego w zakresie objętym przedmiotowym zarzutem.

Z uwagi na powyższe, nie znalazł potwierdzenia także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty wykonawcy UTDM J.O., który to wybór zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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 (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :

.....

.....