

„Sygn. akt: KIO 1421/23

**WYROK
z dnia 31 maja 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2023 r. przez Odwołującego **Centrum Medyczne Ermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Trzebnicka 35, 56-100 Wołów, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu**, ul. Borowska 213, 50-556 Wrocław

przy udziale

Wykonawcy – **Luxury Medical Care Grzelak Krausse Spółka komandytowa**, ul. Słomińskiego 17/231, 00-195 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Centrum Medyczne Ermed Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego sektorowego – Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu w Katowicach, w trybie podstawowym na *świadczenie usług transportu medycznego i sanitarnego rozumianego jako przewóz pacjentów (na konsultacje i badania diagnostyczne, przekazanie pacjenta do innego podmiotu leczniczego, transport do domu, transport na dializoterapię) i innych wynikających z działalności Zamawiającego przez całą dobę (24 h)/7 dni w tygodniu/ przez okres 12 miesięcy* (sygn. postępowania: DZP.242.112.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.03.2023 r., 2023/S 056-166693, wobec czynności z dotyczących części 1 i 2 zamówienia (Pakiet nr 1 i 2) z 10.05.2023 r. polegających na odrzuceniu oferty własnej i wyborze oferty najkorzystniejszej (Luxury Medical Care Grzelak Krausse Sp. k.), Wykonawca Centrum Medyczne Ermed Sp. z o.o. z siedzibą w Wołowie (Odwołujący) wniósł w dniu 22.05.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1421/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 16 Ustawy poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz nierówne traktowanie wykonawców, a to poprzez nieuzasadniony wybór oferty Luxury Medical Care Grzelak Krausse sp. k. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej, nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, a w ślad za tym zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
2. Art. 17 ust. 2 Ustawy poprzez udzielenie zamówienia Luxury Medical Care Grzelak Krausse sp. k. z siedzibą w Warszawie, wybranej niezgodnie z przepisami Ustawy, w sytuacji gdy Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu, w pełni zgodną z SWZ, a jednocześnie Odwołujący spełnił warunki udziału w Postępowaniu i nie podlegał wykluczeniu z Postępowania, w świetle wymagań sformułowanych w postanowieniach SWZ;
3. Art. 223 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty złożonej przez Odwołującego w Postępowaniu;
4. Art. 226 ust. 1 pkt 3) Ustawy, w zw. z art. 63 ust. 1 Ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w Postępowaniu w sytuacji gdy Zamawiający zaniechał uprzedniego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty złożonej przez Odwołującego w Postępowaniu;
5. Art. 239 Ustawy poprzez wybór oferty Luxury Medical Care Grzelak Krausse sp. k. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej Postępowaniu, a w konsekwencji

poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

6. Art. 253 ust. 1 pkt 2) Ustawy poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu postawionego przez Zamawiającego zarzutu podpisania oferty przez Odwołującego profilem zaufanym oraz poprzez przedstawienie błędnej podstawy prawnej dla uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego,

względnie

7. Art. 255 pkt 6) Ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania w sytuacji gdy Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na część 1 i 2 zamówienia oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego, względnie unieważnienia postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Zarzuty dotyczą zasadniczo podstawy na jakiej doszło do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty innego wykonawcy (Przystępującego).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Ustawy. Odwołujący przyznał, iż oferta przygotowana w postaci elektronicznej została opatrzona podpisem zaufanym, co nastąpiło z powodu okoliczności, za które Odwołujący nie odpowiada. Jak wynika z oświadczenia spółki EuroCert Sp. z o.o. z dnia 3 kwietnia 2023 r., z powodu awarii czytnika do kart kryptograficznych, dostarczonego Odwołującemu przez EuroCert, nie mógł on podpisać oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się zaniechania w zakresie wyjaśnienia treści oferty i wezwania do przedłożenia dowodów potwierdzających konieczność podpisania oferty profilem zaufanym, co pozwoliłoby ustalić powód, dla którego oferta została podpisana profilem zaufanym. Powyższe miało prowadzić do naruszenia art. 223 ust. 1 Ustawy.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, iż odrzucenie oferty w tych okolicznościach prowadzić powinno do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Ustawy

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z 29.05.2023 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Luxury Medical Care Grzelak Krausse Sp. k. z siedzibą w Warszawie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały zapisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym specyfikację warunków zamówienia, ofertę Odwołującego oraz wyjaśnienia i stanowiska stron w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania.

Izba ustaliła i zważyła.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne, a ofertę pod rygorem nieważności należało złożyć w formie elektronicznej.

W pkt X pkt 2 swz Zamawiający wskazał na obowiązek złożenia dokumentów (oferty i oświadczeń) pod rygorem nieważności opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W pkt 6 Zamawiający odesłał do przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 października 2018 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy – w zakresie sporządzenia dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń.

Zamawiający powtórzył w pkt XVI ppkt 2 swz, iż „Ofertę należy złożyć pod rygorem nieważności w formie elektronicznej, (tj. postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym)”. W ppkt 6 Zamawiający poinformował również, iż „Do

przygotowania oferty konieczne jest posiadanie przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy kwalifikowanego podpisu elektronicznego”.

Odwołujący złożył ofertę opatrzoną podpisem zaufanym. Zamawiający dokonał jej otwarcia, a następnie odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Ustawy z powodu jej nieważności wynikającej z braku wymaganego elektronicznego podpisu kwalifikowanego (informacja z 10.05.2023 r.).

W dniu 23.05.2023 r. Zamawiający opublikował sprostowanie do informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10.05.2023 r. w zakresie wskazanej podstawy prawnej i omyłkowo wskazanego art. 781 § 1 k.c. w miejsce art. 78¹ § 1 k.c.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Decydującym dla wyniku sprawy było rozstrzygnięcie, czy Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował przepis art. 226 ust. 1 pkt 3 Ustawy nakładający na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty niezgodnej z przepisami Ustawy. W sprawie okoliczności faktyczne związane z formą w jakiej oferta została złożona nie budziły sporu. Dotyczy to zarówno ustalenia, iż w postępowaniu obowiązywała pod rygorem nieważności forma elektroniczna dla oferty i oświadczeń, jak również, że Odwołujący złożył ofertę opatrzoną podpisem zaufanym. Ponadto, nie budziło sporu ustalenie przyczyny, która spowodowała, iż Odwołujący nie mógł złożyć elektronicznego podpisu kwalifikowanego, a ta nie była związana z działaniem platformy zakupowej, ale wynikała z usterki technicznej jakiej uległo urządzenie Odwołującego pozwalające złożyć podpis kwalifikowany. Odwołujący przyznał, iż urządzenie nie było sprawne i tylko to stanowiło powód dla którego nie mógł złożyć prawidłowego podpisu pod ofertą.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w art. 63 Ustawa wprowadza formę elektroniczną dla oferty w postępowaniu o wartości równej lub przekraczającej progi unijne oraz formę elektroniczną dla oferty lub postać elektroniczną oferty opatrzoną podpisem zaufanym lub podpisem osobistym w postępowaniu o wartości mniejszej niż progi unijne. Zastrzeżenie formy oferty dokonane zostało pod rygorem nieważności, co oznacza, iż oferta złożona z naruszeniem formy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Ustawy. Formę elektroniczną należy rozumieć zgodnie z art. 78¹ Kc – jako postać elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Przenosząc powyższe na stan sprawy Izba oddaliła odwołanie w całości, gdyż Odwołujący w sposób nieprawidłowy wnioskował o możliwości dopuszczenia do oceny oferty wniesionej z naruszeniem formy zastrzeżonej pod rygorem nieważności. W szczególności za sprzeczne z

regulacją ustawową należało ocenić twierdzenie co do możliwości wyjaśnienia w trybie wyjaśnienia treści oferty przyczyn, które doprowadziły do tego, że oferta nie została prawidłowo opatrzona podpisem kwalifikowanym, w czym Odwołujący upatrywał możliwość, uzupełnienia podpisu. Takie działanie prowadziłoby do obejścia rygoru nadanego treścią art. 63 Ustawy, tj. nieważności w przypadku braku dochowania formy elektronicznej wymaganej w odniesieniu do oferty w postępowaniu o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Jednocześnie należy negatywnie odnieść się do twierdzenia Odwołującego o braku odpowiedzialności za przyczynę, jaką była usterka techniczna po stronie Wykonawcy. Odwołujący w sposób nieuzasadniony przyjął, iż okoliczności, w jakich doszło do nieskutecznego złożenia oferty w postępowaniu przetargowym, nie obciążają konsekwencjami Wykonawcę. Odwołujący przyznał, iż urządzenie nie było sprawne i tylko to stanowiło powód dla którego nie mógł złożyć prawidłowego podpisu pod ofertą. W świetle powyższego należało uznać, iż przyczyny obciążają stronę Odwołującą, nawet jeżeli ten nie przyczynił się do usterki urządzenia i nie odpowiada za sprawność dostarczonego mu urządzenia od dostawcy usługi. Z całą pewnością odpowiedzialności tej nie można przypisać Zamawiającemu, który odpowiada za prawidłowe działanie platformy zakupowej, chociaż sam również taką usługę zleca podmiotowi zewnętrznemu. Niezależnie bowiem od przyczyny, która spowodowała usterkę urządzenia, to Wykonawca ponosi konsekwencje braku przygotowania sprawnego urządzenia do złożenia oferty w postępowaniu przetargowym. Tak samo należy oceniać sytuację, w której urządzenie nagle ulegnie awarii. Mając na uwadze konieczność złożenia oferty w procedurze, w której wymagane jest posiadanie kwalifikowanego podpisu elektronicznego, to po stronie uczestnika postępowania jest właściwe przygotowanie od strony technicznej. Awaria urządzenia nie jest zdarzeniem nadzwyczajnym i należało na taką sytuację się przygotować. Tym samym przykład podany na rozprawie, jak i powołane orzeczenia KIO, dotyczące sytuacji, w których to zamawiający odpowiadał za właściwą pracę urządzeń, nie mają odniesienia do stanu faktycznego.

Ponieważ oferta nie została w sposób prawidłowy podpisana, co naruszało formę elektroniczną zastrzeżoną pod rygorem nieważności, a przepisy Ustawy nie dopuszczają uzupełnienia podpisu, co równoznaczne byłoby ze złożeniem oświadczenia po terminie składania ofert, ofertę należy odrzucić, jako niezgodną z Ustawą, która określa warunki ważności oferty sporządzonej elektronicznie i wnoszonej drogą elektroniczną. Wykonawca nie złożył oferty w formie elektronicznej wymaganej pod rygorem nieważności dla oferty na mocy art. 63 ust. 1 Ustawy, składając ofertę w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym. W postępowaniu powyżej progów unijnych obowiązuje forma elektroniczna rozumiana zgodnie z art. 78¹ k.c.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis i obciążyła nim Odwołującego w całości.

Przewodniczący: