



Zarząd
Zieleni Miejskiej
w Krakowie

NP.26.2.79.23.BT

Kraków, dnia 13 listopada 2023r.

Adresat:

Mateusz Tombarkiewicz Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni, ul. Dolna 11, 30-222 Kraków

Dotyczy: postępowania nr NP.26.2.79.23.BT, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy w zakresie świadczenia sukcesywnych usług dotyczących realizacji zadania pn.: „Usługi w zakresie gospodarki leśnej, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie w 2024 roku”.

**ZAWIADOMIENIE
o unieważnieniu postępowania**

Szanowni Państwo,

Zamawiający informuje, iż zobowiązany był podjąć decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 2) i pkt 6) ustawy Pzp, gdyż jedyna złożona w postępowaniu oferta podlegała odrzuceniu, a ponadto postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający zawiadamia również, że działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, odrzucił z postępowania Wykonawcę, tj. Mateusz Tombarkiewicz Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni, ul. Dolna 11, 30-222 Kraków, gdyż jest niezgodna z przepisami ustawy z uwagi na fakt, iż Wykonawca podpisał ofertę za pomocą podpisu zaufanego.

Zamawiający zauważa, iż w treści SWZ, między innymi w pkt 5) 4. SWZ, ale również kolejnych, omyłkowo zawarł zapisy wskazujące na złożenie oferty wraz z załącznikami, które miały być podpisane przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, podpisu zaufanego lub podpisu osobistego, co w rozumieniu art. 63 ust. 1 ustawy Pzp jest sprzeczne z wymogiem ustawowym, gdyż wartość zamówienia przekracza, tzw. progi unijne.

Z jednej strony Wykonawca podpisał ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego niewłaściwie opisanymi w SWZ, a z drugiej strony niezgodnie z wymaganiami ustawowymi, co powoduje konieczność jej odrzucenia, a zarazem unieważnienia postępowania, odpowiednio w oparciu o wyżej wskazane podstawy prawne.

W myśl powyżej przywołanej podstawy prawnej brak wymaganego kwalifikowanego podpisu elektronicznego oznacza jednoznacznie brak właściwego oświadczenia woli Wykonawcy, co stanowi wadę nieusuwalną dokumentu, stanowiącą o jego nieważności.

W przypadku jedynej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez Wykonawcę, tj. Mateusz Tombarkiewicz Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni, ul. Dolna 11, 30-222 Kraków, nie została ona podpisana zgodnie z wymaganiami wynikającymi z ustawy, gdyż została podpisana podpisem zaufanym, a nie kwalifikowanym podpisem w formie elektronicznej. Przyznać należy, iż oferta

została podpisana zgodnie z omyłkowymi zapisami SWZ, ale niestety niezgodnie z wymaganiami ustawy Pzp, co efekcie stanowi zarówno wadę postępowania, jak i niezgodność oferty z ustawą Pzp. Dlatego też, uznać należy iż złożona oferta stanowi oświadczenie woli Wykonawcy, które nie może być uznane za prawidłowe i ważne, z uwagi na to iż nie jest prawidłowo podpisane. Niniejsze oznacza, iż ofertę należy uznać za podlegającą odrzuceniu, a postępowania należy unieważnić.

Zgodnie z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp: „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”. Tak więc forma sporządzenia oferty przez wskazanego Wykonawcę jest sprzeczna z przywołanym przepisem ustawy.

Dodatkowo w myśl art. 781 § 1 k.c. „Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.”.

Opisana wyżej wada postępowania, jak i niezgodność oferty z wymaganiami ustawy Pzp, są niemożliwe do usunięcia na tym etapie postępowania.

Zdaniem Zamawiającego ewentualne uzupełnienie, czy też poprawienie oferty Wykonawcy, na przykład poprzez uzupełnienie właściwego podpisu albo ponowne złożenie prawidłowo podpisanej oferty, byłoby uznane za niedopuszczalne negocjacje dotyczące treści złożonej oferty lub jej istotne zmiany i doprowadziłoby de facto do zmiany treści tej ofert lub złożenia nowej oferty. W świetle art. 223 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcami negocjacji dotyczących złożonych ofert oraz, z uwzględnieniem wyjątków wynikających z ustawy, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w ich treści. Takie działanie doprowadziłoby również do naruszenia zasad wynikających między innymi z art. 16 ustawy Pzp, tj. złamania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Dlatego też, decyzja o unieważnieniu postępowania jest zasadna i konieczna.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza orzecznictwo w wyroku KIO z dnia 31.05.2023r. (KIO 1421/23), w którym wyrażono iż: „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 p.z.p., tj. nieważności w przypadku braku dochowania formy elektronicznej wymaganej w odniesieniu do oferty w postępowaniu o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.”

W orzeczeniu tym Izba orzekła też, iż: „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”.

Podobnie wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2022r. KIO 3794/21 dowodzi, iż: „Uchybienie wymogowi opatrzenia oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne powoduje, że oferta

jest nieważna. Nie jest to bowiem oświadczenie złożone w formie elektronicznej zastrzeżonej pod rygorem nieważności. Tym samym oferta taka musi zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p., jako niezgodna z przepisami prawa.”

Na poparcie stanowiska Zamawiającego należy przywołać podglądy doktryny oraz ugruntowane orzecznictwo aktualne również przez analogię w obowiązującym stanie prawnym. „Decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia powinna być perspektywa wykonawcy. Jak stwierdził SO w Zielonej Górze w wyroku z 13.05.2005 r., II Ca 109/05, niepubl., „...okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę. Opis przedmiotu zamówienia nie może być więc interpretowany rozszerzająco lub na niekorzyść wykonawcy...” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 99).

Z kolei w wyroku z dnia 17 lutego 2021r. (KIO 237/21) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. pozostaje w związku z art. 146 ust. 1 oraz 6 p.z.p., w zakresie jakim wada postępowania musi prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach. Co również istotne możliwość powołania się na art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. wymaga łącznego wystąpienia następujących przesłanek: postępowanie musi być obciążone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie - w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania), stwierdzona wada postępowania uniemożliwiła zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego” oraz, że „wada niemożliwa do usunięcia to każde naruszenie przepisów ustawy pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających, a jej usunięcie może nastąpić w dowolny sposób, byleby nie był on sprzeczny z ustawą pzp, a przede wszystkim nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania. A zatem, wystąpienie wady musi odnieść realny wpływ na wynik danego postępowania, w tym przypadku na wybór najkorzystniejszej oferty”.

Opisana wyżej wada, jest niemożliwa do usunięcia na tym etapie postępowania, gdyż upłynął już termin składania ofert, co uniemożliwia zmianę treści SWZ poprzez zastosowanie procedury przewidzianej w art. 286 ust. 1 ustawy Pzp. „Wprowadzanie zmian w Siwz dopiero po upływie terminu składania ofert stanowi rażące naruszenie p.z.p. i narusza warunki udziału wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne”, nadal aktualny Wyrok SO w Białymstoku z 28.04.2006r., II Ca 218/06.

W tym stanie rzeczy kontynuowanie postępowania i ewentualne dokonanie przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty łączyłoby się z naruszeniem podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonych w przepisach ustawy Pzp. W konsekwencji należy uznać zasadnym, iż w przypadku dalszej kontynuacji procesu udzielenia zamówienia zawarta w wyniku przeprowadzenia niniejszej procedury umowa, jako niezgodna z prawem, byłaby obciążona wadą nieważności w oparciu art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 KC.

Ewentualne zawarcie umowy z Wykonawcą, który złożył ofertę, spowodowałoby iż umowa taka podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457

ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 459 ust. 1 pkt 2 oraz art. 460 Pzp. Zarówno bowiem czynność oceny ofert, jak i czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonane zostałyby z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zmuszony jest do unieważnienia postępowania w oparciu o powołaną podstawę prawną. Opisane wyżej okoliczności faktyczne i prawne bezsprzecznie uzasadniają odrzucenie oferty Wykonawcy, jak i iż unieważnienie postępowania na obecnym etapie jest konieczne, a także pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy istnieje normalny związek przyczynowy.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, od powyższych decyzji przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, przy czym z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia jest wyższa niż progi unijne, można je wnieść w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, gdyż informacja ta została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem postańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zamawiający zawiadamia również, iż niezwłocznie po zmianie SWZ wraz z załącznikami ponownie ogłosi postępowanie na powyższy zakres przedmiotowy o czym Państwa poinformuje.

Z poważaniem,

Otrzymują:

1. Adresat;
2. Strona internetowa postępowania;
3. a/a.