

**RADCA PRAWNY KAROLINA ŁUPIŃSKA-KOC**  
KANCELARIA RADCY PRAWNEGO  
*ul. Św. Rocha 8, II piętro, 15-879 Białystok*  
*tel. 603704818 e-mail: koc@prawymokiem.pl*

Białystok, 6.10.2022

**PREZES**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

**Odwołujący:**  
**Instytut Zrównoważonego Rozwoju sp. z o.o.**  
ul. Elewatorska 17/1  
15-620 Białystok  
KRS: 000151854  
telefon: 85 7445498  
e-mail: [izr@izr.pl](mailto:izr@izr.pl)

*reprezentowana przez*  
*r.pr. Karolinę Łupińską-Koc*  
*Kancelaria radcy Prawnego w Białymstoku*  
*ul. Mickiewicza 83 lok. 3U/1*  
*15-257 Białystok*  
*koc@prawymokiem.pl*

**Zamawiający:**  
**Urząd Miejski w Tczewie**  
Plac M. J. Piłsudskiego 1  
83-110 Tczew  
telefon: 58 77 59 367  
e-mail: [wzp@um.tczew.pl](mailto:wzp@um.tczew.pl)

nr ogłoszenia zamówienia w TED: 2022/S 141-403952 z 25.07.2022 r.

### **ODWOŁANIE**

w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego  
prowadzonego zgodnie z art. 132 ustawy Pzp w trybie przetargu nieograniczonego  
pn. Usługi nadzoru inwestorskiego nad pracami w ramach projektu pn. „*Pełnienie funkcji  
inżyniera kontraktu dla zadania „Aktywny Tczew – rozwój infrastruktury sportowo -  
rekreacyjnej poprzez budowę kompleksu basenowego”*”,  
znak BZP.271.3.29.2022,  
zwanym dalej „Postępowaniem”

Działając w imieniu Instytutu Zrównoważonego Rozwoju sp. z o.o., zwanego dalej Wykonawcą, lub Odwołującym (pełnomocnictwo w załączeniu), działając na podstawie art. 514 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą”, **wnoszę odwołanie** od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego oraz zaniechanie czynności przez Zamawiającego, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy.

Zamawiającemu **zarzucam** działanie niezgodnie z przepisami ustawy poprzez podjęcie następujących czynności w Postępowaniu:

1. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjne ALFA Przemysław Markowski, ul. Głogowa 9, 80-297 Banino,
2. odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w związku z nieudzieleniem wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeśli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

**co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.**

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia niniejszego odwołania, tj. od zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – 27.09.2022.

Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 514 Ustawy przesłana zamawiającemu, na dowód czego składam potwierdzenie jej przesłania.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 Ustawy, ma bowiem interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego odwołanie dotyczy.

### **UZASADNIENIE**

Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 wezwał Odwołującego pismem nr ZUK.271.3.29.2022.9 z dnia 01.09.2022 r. do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny w złożonej ofercie. Termin na złożenie wyjaśnień został ustalony na dzień 06.09.2022 r., a następnie na wniosek Odwołującego wydłużony do dnia 08.09.2022 r.

Odwołujący przekazał w dniu 08.09.2022 r. wyjaśnienia zgodnie z wymogami wskazanymi w piśmie Zamawiającego z dnia 01.09.2022 r. oraz z zasadą komunikacji w postępowaniu opisaną w SWZ, czyli przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem platformazakupowa.pl pod adresem <https://platformazakupowa.pl/pn/tczew>.

Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27.09.2022 r. poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał, iż pismo zawierające wyjaśnienia elementów kalkulacji ceny nie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu Wykonawcy (podpisane zostały jedynie załączniki do pisma). Dodatkowo Zamawiający stwierdził, iż wyjaśnienia, aby stanowiły dokument wiążący dla Stron postępowania winny być złożone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowalnym podpisem elektronicznym Wykonawcy lub osoby upoważnionej do występowania w jego imieniu.

Wobec powyższego działania Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 224 ust. 6, tj. odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w związku z nieudzieleniem wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeśli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, a w konsekwencji naruszenie przepisów art. 239 ust 1 i 2 ustawy tj, wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą, a tym samym nie dokonanie wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający najpierw w sposób nieuprawniony wymagał złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w postaci elektronicznej i podpisania ich kwalifikowalnym podpisem elektronicznym Wykonawcy lub osoby upoważnionej do występowania w jego imieniu, dalej w sposób nieuprawniony analizował ten wymóg, jako określony pod rygorem nieważności, a w konsekwencji w sposób niezgodny z prawem tj. bez podstawy prawnej odrzucił ofertę Odwołującego.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp podjęcie przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy z powodu stosowania rażąco niskiej ceny jest możliwe jedynie, gdy:

- 1) wykonawca nie złożył wyjaśnień  
lub
- 2) dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

**Żadna z ww. przesłanek nie wystąpiła w niniejszej sprawie.**

Zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie, z zastrzeżeniem wyjątków wskazanych w ustawie, prowadzi się pisemnie. Zgodnie z art. 7 pkt 16 ustawy Pzp pojęcie „pisemności” określone jest jako sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Należy jednak zwrócić uwagę, iż obowiązek zachowania zasady pisemności nie jest równoznaczny z obowiązkiem opatrywania wszystkich dokumentów i oświadczeń, jakie są składane w trakcie postępowania, podpisem zaufanym, osobistym lub kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Art. 63 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż w postępowaniu powyżej progów unijnych w formie elektronicznej składa się, pod rygorem nieważności, wyłącznie: 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. Pozostałe dokumenty jakie składają wykonawcy, tj. np. pytania do dokumentacji zamówienia, uzupełnienia ofert, wyjaśnienia ofert mogą być składane bez użycia podpisu zaufanego, osobistego lub kwalifikowanego, pod warunkiem, że dochowany jest wymóg pisemności o jakim stanowi art. 7 pkt 16 ustawy Pzp. Należy też zwrócić uwagę, iż zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, informacje, oświadczenia lub dokumenty, inne niż określone w § 2 ust. 1 rozporządzenia (tj. inne niż: wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wnioski, o których mowa w art. 371 ust. 3 Pzp, oferty, prace konkursowe, oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w art. 118 ust. 3 Pzp, przedmiotowe środki dowodowe, pełnomocnictwo, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 Pzp), przekazywane w postępowaniu, sporządza się w postaci elektronicznej, w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne lub jako tekst wpisany bezpośrednio do wiadomości przekazywanej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, o których mowa w § 3 ust. 1.

Ponadto, jak wskazuje § 7 ust. 1 ww. rozporządzenia „podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym”. W cytowanym przepisie nie są wyszczególnione wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie rozporządzenie nie wskazuje na obowiązek opatrywania ich zarówno kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jak i podpisem zaufanym czy osobistym.

Co więcej zgodnie z art. 73 kodeksu cywilnego jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna **tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności**. Przy analizie skuteczności czynności prawnej uwzględnia się jej różne aspekty. Do najważniejszych z nich należy forma, przez którą należy rozumieć sposób złożenia oświadczeń woli konstytuujących czynność prawną. W żadnym miejscu ustawa prawo zamówień publicznych nie zastrzega dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny wymogu podpisu elektronicznego i nie przewiduje w tym zakresie rygoru nieważności.

Zamawiający określił zgodnie z art. 61 ustawy Pzp, iż komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia między Zamawiającym a wykonawcami w szczególności składanie ofert, wszelkich oświadczeń, dokumentów, wniosków, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznych, za pośrednictwem platformazakupowa.pl pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/pn/tczew>, czego Odwołujący dochował – wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zostały przekazane zgodnie z wymaganiami. Jak wskazał Sąd Najwyższy w przypadku komunikacji elektronicznej, uznaje się, że oświadczenie jest złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, czyli w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych (wyrok SN z dnia 10 grudnia 2003 V CZ 127/03).

Odwołujący w dniu 08.09.2022 r. przekazał Zamawiającemu pismo z załącznikami dotyczące wyjaśnień elementów kalkulacji ceny. Należy więc uznać, iż dochował on wymogu pisemności wskazanego w art. 7 pkt. 16 ustawy Pzp.

Zamawiający w treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty stwierdził, iż wyjaśnienia składane przez Wykonawcę, aby stanowiły dokument wiążący dla Stron postępowania winny być złożone do Zamawiającego w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowalnym podpisem elektronicznym. Nie wskazał on jednak podstawy prawnej tak sformułowanego wymogu, przedstawiając jedynie ogólne wyjaśnienie dotyczące „ważności” podpisanego dokumentu stawiając je niejako ponad zapisami ustawy Pzp, a w szczególności art. 2 ust 1 mówiącemu o tym iż przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130.000 złotych przez zamawiających publicznych. Oznacza to, iż zapisy ustawy Pzp obowiązują zarówno Zamawiającego jak i Wykonawcę w całym postępowaniu i posiadają pierwszeństwo przed niezależnie formułowanymi wymaganiami Stron co do np. uznania ważności sposobu udzielania odpowiedzi.

Co więcej nawet gdyby uznać, że Zamawiający zasadnie za niewiążące uznał pismo niepodpisane, nie miał prawa pominąć przy swojej ocenie i analizie pozostałych dokumentów,

które zostały podpisane. Wskazywały one na koszty pracy poszczególnych członków zespołu wykonawcy i pozwalały zrozumieć podstawy kalkulacji ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 30.07.2021 (sygn. akt III OZ 531/21) „kluczowym elementem decydującym o charakterze pisma jest jego treść, a nie nazwa”. Podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21.03.2013 sygn. akt. akt II CZ 3/13 – „o charakterze każdego pisma procesowego decyduje jego treść, a nie jego nazwa”. Przenosząc powyższe do niniejszej sprawy należy uznać, że załączniki do pisma zawierające kwoty będące podstawą kalkulacji ceny, były wyjaśnieniami złożonymi na żądanie Zamawiającego, a ten z nieznanymi powodów ich nie uznał.

W sytuacji podjęcia przez Zamawiającego czynności zgodnych z zapisami ustawy Pzp, tj. przyjęcia wyjaśnień Odwołującego w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny **oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą, ponieważ uzyskałaby łącznie 86,25 pkt.** (46,25 pkt w kryterium ceny oraz 40 pkt. w kryterium doświadczenia zawodowego).

Mając na względzie powyższe, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:**

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem także oferty Odwołującego.

*radca prawny*  
*Karolina Łupińska-Koc*

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu (15.000,00 PLN);
- dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego (pełnomocnictwo z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej).
- pismo Zamawiającego z 27.09.2022.