WYROK

z dnia 9 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2020 r. przez wykonawcę **Firmę Budowlaną „ANNA - BUD" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale:

A. wykonawcy **MGBUILDING Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielcach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2195/20 po stronie Zamawiającego,

B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PBO ŚLĄSK Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu**
zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2195/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. **Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Firmę Budowlaną „ANNA - BUD" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **Firmę Budowlaną „ANNA - BUD" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy **Firmy Budowlanej „ANNA - BUD" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz wnoszących sprzeciw - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PBO ŚLĄSK Sp. z o.o.**
z siedzibą w Sosnowcu oraz **WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie.**

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej oraz wytworzenie składników aktywów trwałych poprzez wybudowanie nowych siedzib oddziałów terenowych w Kielcach i Gorzowie Wlk. w systemie zaprojektuj - buduj wg ujednoliconych standardówTVP (znak postępowania: ZP/TINT/23/2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 104-249734.

W dniu 4 września 2020 r. wykonawca Firma Budowlana „ANNA - BUD" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 26 ust. 3a i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22a ust 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia i wezwania do złożenia pełnomocnictwa podmiotu trzeciego DETAN Sp. z o.o. ul. Słowackiego 16, 25 - 365 Kielce udzielonego Odwołującemu uprawniającego do dokonywania czynności w imieniu DETAN Sp. z o.o. w tym składania oświadczeń woli, wiedzy, złożenia dokumentu JEDZ lub poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu;

2.art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego DETAN Sp. z o.o. ul. Słowackiego 16, 25 - 365 Kielce w sytuacji uznania przez Zamawiającego, że podmiot ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

3.w konsekwencji powyższego: naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez przedwczesne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

4.w konsekwencji niezasadnego zastosowania art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp: naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że ofertę wykonawcy Anna - Bud uznaje się za odrzuconą;

5.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezgodnie z przepisami ustawy Pzp prowadzenie postępowania w sposób nieproporcjonalny, w tym w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania w całości;

2.nakazanie Zamawiającemu przywrócenia do postępowania Odwołującego, właściwego ustalenia i wyjaśnienia stanu faktycznego oraz dokonanie ponownej oceny i badania oferty tego wykonawcy z wystosowaniem odpowiednich wezwań w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp dotyczącego złożenia pełnomocnictwa podmiotu trzeciego: DETAN Sp. z o.o. a następnie - w razie konieczności art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu trzeciego DETAN Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2020 r. wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do ponownego złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego i JEDZ podmiotu trzeciego mimo, iż dokumenty te zostały złożone wraz z ofertą Odwołującego. Wezwanie wskazywało na brak formy wymaganych dokumentów i wzywało do ich ponownego złożenia pod rygorem nieważności - w oryginale w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (pkt 9.7.4 SIWZ) podpisane przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca albo osoby przez niego umocowane na podstawie odrębnego pełnomocnictwa.

Zamawiający zaniechał jednak przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania ustalenia właściwego stanu faktycznego i wystosowania dalszych wezwań: w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, a następnie w razie takiej konieczności, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w tym przedstawienia właściwego umocowania do złożenia w imieniu podmiotu trzeciego dokumentu JEDZ wraz z jego zobowiązaniem a w sytuacji jego braku do zastąpienia podmiotu DETAN Sp. z o.o. innym podmiotem niepodlegającym wykluczeniu z postępowania i spełniającym warunki udziału, bądź samodzielnego wykazania się spełnianiem warunków udziału. Zamawiający wystosował zatem niepełne i w praktyce mylące wezwanie niezgodne z wymogami ustawy Pzp a nadto zaniechał wystosowania dalszych wezwań, w zakresie w jakim wiąże go ustawa Pzp.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, iż wezwanie wystosowane w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp aby mogło za skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania

musi być precyzyjne i wyczerpujące. W niniejszym postępowaniu nie zastosowano dokładnego i wyczerpującego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp a arbitralnie i przedwcześnie wykluczono wykonawcę z postępowania. Momentem, w którym Odwołujący dowiedział się o braku wystosowania właściwego i pełnego wezwania był moment wykluczenia jego z postępowania a więc czynność z dnia 26 sierpnia 2020 r.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp aby mogło odnieść swój skutek w postępowaniu musi być wyczerpując i precyzyjne. Na potwierdzenie ww. stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r. sygn. akt: KIO 532/14.

Wskazał, iż zasada jednokrotności, na którą powołuje się Zamawiający w czynności wykluczenia Anna-BUD nie aktualizuje się w momencie nie wystosowania pełnego i wyczerpującego wezwania w trybie art. 26 ust. 3, ust. 3a, ust. 4 w zw. z art. 22a ust 6 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2019 r. sygn. akt: KIO/KU 9/19, w myśl której: „Zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej może mieć wyłącznie wtedy zastosowanie, gdy pierwsze wezwanie było precyzyjne i jednoznaczne: Wezwanie do uzupełnienia oznaczonego braku określonego dokumentu, usankcjonowany normą art. 26 ust. 3 p.z.p. ma charakter jednorazowy, ale przy zachowaniu warunków, że treść wezwania jest jednoznaczna i jasna. (wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1583/17). Dodatkowo: Dopuszcza się powtórzenie czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., ale dotyczy to wyłącznie sytuacji, gdy pierwsze wezwanie było nieprawidłowe lub niekompletne (wyrok KIO z dnia 27 marca 2018 r. sygn. akt KIO 493/18)".

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zażądał złożenia ponownie dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego w formie elektronicznej, przy czym dysponował na moment wezwania właściwymi dokumentami (podpisanymi elektronicznie). Wraz z ofertą zostało złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego i JEDZ, oba dokumenty zostały zdigitalizowane i podpisane bezpiecznym kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do reprezentacji Wykonawcy (Panią Prezes Zarządu A. B.). Według przekazanej przez Odwołującego informacji wynika, iż jego wolą było złożenie tych dokumentów, jako oryginału podpisanego elektronicznie przez osobę umocowaną oraz na moment składania ofert Odwołujący dysponował kompletem dokumentów od tego podmiotu, w tym właściwym pełnomocnictwem.

Zamawiający zaniechał jednak ustalenia, czy pani A. B.dysponuje odpowiednim pełnomocnictwem na moment składania oferty, aby uznać, że dokumenty złożone wraz z ofertą Odwołującego zostały podpisane przez osobę uprawnioną do ich złożenia, a przez to

spełniają wymogi co do postaci i formy dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający naruszył zatem:

1)przepis art. 26 ust. 4 oraz art. 26 ust. 3a ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia czy na moment składania oferty wykonawca dysponował odpowiednim pełnomocnictwem podmiotu trzeciego DETAN Sp. z o.o. a w konsekwencji zaniechał wystosowania wezwania do złożenia pełnomocnictwa od DETAN Sp. z o.o. upoważniającego wykonawcę Anna-Bud do składania w ich imieniu oświadczeń woli i wiedzy, w tym dokumentu JEDZ;

2)przepis art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 22a ust 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia właściwego stanu faktycznego a w jego konsekwencji zaniechanie wezwania wykonawcy Anna-Bud do zastąpienia podmiotu DETAN Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną,

0których mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający arbitralnie wręcz przesądził, dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, iż jego wolą i zamiarem było złożenie elektronicznej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem dokumentu: zobowiązania

1JEDZ DETAN Sp. z o.o. Zgodnie z opinią UZP „należy jednak wyraźnie podkreślić, iż nie każdy dokument elektroniczny, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiący odwzorowanie dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w postaci papierowej (np. skan w PDF), będzie uznany za elektroniczną kopię. Należy bowiem w każdym przypadku brać pod uwagę kontekst wystawienia i złożenia danego oświadczenia lub dokumentu. Z perspektywy „technicznej", zeskanowanie oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną tworzy dokument elektroniczny, a opatrzenie powstałego w ten sposób

dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, nie oznacza potwierdzenia przez niego zgodności treści obydwu dokumentów (papierowego i skanu)".

Wezwanie dokonane przez Zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2020 roku było niepełne i obligowało do wystosowania dalszych wezwań, w trakcie trwania procedury badania i oceny ofert. Zamawiający zaniechał jednak ich wystosowania, z góry i przedwcześnie przesądzając, iż Odwołujący Anna-Bud podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu a jego ofertę uznaje się za odrzuconą. Odwołujący nie kwestionuje prawidłowości wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r. tzn. jego dopuszczalności w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ale uznaje, że Zamawiający nie wyczerpał poprzez nie procedury do jakiej zobowiązywała go ustawa Pzp a przez to naruszył przepisy tej ustawy poprzez zaniechanie dokonania dalszych czynności a w konsekwencji dokonał niesłusznego wykluczenia Odwołującego.

W związku z powyższymi naruszeniami, Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Poprzez zaniechanie wezwania do złożenia właściwych oświadczeń i dokumentów jak i brak należytego wyjaśnienia sprawy w przypadku oferty Odwołującego, Zamawiający naruszył podstawowe zasady prowadzenia postępowania. Przede wszystkim arbitralne wykluczenie Odwołującego bez zbadania stanu faktycznego sprawy jawi się jako nieproporcjonalne i nieprzejrzyste. Po drugie wykluczenie wykonawcy Anna-Bud i odrzucenie jego oferty bez podstawy prawnej jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w piśmie z dnia 16 września 2020 r. oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania z wyłączeniem zarzutu zawartego w punkcie 1. *petitum* odwołania.

Pismem z dnia 6 października 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się
0udzielenie zamówienia PBO ŚLĄSK Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywc [dalej „Konsorcjum PBO"] wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów odwołania, tj. zarzutów zawartych w punktach od 2 do 5 *petitum* odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń
1stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 4 września 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę MGBUILDING Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kielcach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 7 września 2020 r. po stronie Zamawiającego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PBO ŚLĄSK Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 7 września 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz z uzupełnieniami, wezwanie skierowane do Odwołującego z dnia 11 sierpnia 2020 r. oraz zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania zawarte w piśmie z dnia 26 sierpnia 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 października 2020 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej oraz wytworzenie składników aktywów trwałych poprzez wybudowanie nowych siedzib oddziałów terenowych w Kielcach i Gorzowie Wlk. w systemie zaprojektuj - buduj wg ujednoliconych standardów TVP.

Zgodnie z punktem 9.7.3 SIWZ dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu MR, dotyczące Wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, muszą być złożone w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego albo elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem. Zgodnie natomiast z punktem 9.7.4 SIWZ oferta oraz JEDZ, muszą być złożone - pod rygorem nieważności - w oryginale w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Do oferty Odwołujący załączył JEDZ podmiotu trzeciego - DETAN Sp. z o.o. podpisany własnoręcznie na każdej stronie przez prezesa zarządu ww. spółki p. A. D. oraz zobowiązanie DETAN Sp. z o.o. do oddania zasobów podpisane własnoręcznym podpisem przez ww. osobę. Ww. dokumenty podmiotu trzeciego zostały zdigitalizowane i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. A. B. - prezesa zarządu Odwołującego.

Pismem z dnia 11 sierpnia 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia:

1. dowodu potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami innych podmiotów, który stanowi w szczególności zobowiązanie tych
podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (pkt 10.2.6 SIWZ);
2. JEDZ (zgodny w treści z Załącznikiem Nr 3 do SIWZ), aktualny na dzień składania ofert, dotyczący innych podmiotów, na których zasoby powołuje się Wykonawca, celem wstępnego wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu (pkt 10.2.5 SIWZ).

Zamawiający wskazał, że w/w oświadczenia powinny być złożone pod rygorem nieważności - w oryginale w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (pkt 9.7.4 SIWZ) oraz powinny być podpisane przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca albo osoby przez niego umocowane na podstawie odrębnego pełnomocnictwa.

Zamawiający wskazał, iż załączone do oferty zobowiązanie, o którym stanowi pkt 1 oraz JEDZ, o którym stanowi pkt 2, zostały złożone w kopii (została złożona elektroniczna kopia tych dokumentów potwierdzona za zgodność z oryginałem).

W dniu 13 sierpnia 2020 r. Odwołujący uzupełnił wymagane przez Zamawiającego dokumenty, przy czym zostały one podpisane nie za pomocą podpisu kwalifikowanego, ale za pomocą podpisu zaufanego. Jednocześnie w piśmie przewodnim z dnia 13 sierpnia 2020 r. Odwołujący wskazał, iż ww. dokumenty (zobowiązanie podmiotu DETAN Sp. z o.o. oraz JEDZ) zostały podpisane podpisem elektronicznym kwalifikowanym przez profil zaufany.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2020 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, uznając jednocześnie ofertę ww. wykonawcy za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. czynności Zamawiający wskazał w szczególności, iż pismem z dnia 11 sierpnia 2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia JEDZ podmiotu trzeciego oraz zobowiązania podmiotu trzeciego, na zasoby którego powoływał się Odwołujący. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu ww. dokumenty, które zostały podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentacji DETAN Sp. z o.o. za pomocą podpisu zaufanego na podstawie profilu zaufanego ePUAP. Dalej Zamawiający przedstawił uzasadnienie prawne wskazujące, iż podpis zaufany ePUAP nie stanowi kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W konsekwencji dokumenty złożone przez Odwołującego (JEDZ podmiotu DETAN Sp. z o.o. oraz zobowiązanie DETAN Sp. z o.o. do udostępnienia niezbędnych zasobów Odwołującemu) nie spełniały formy wymaganej przepisami obowiązującego prawa określonej w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp ani nie odpowiadały postanowieniom SIWZ. Z uwagi na to, iż Zamawiający wyczerpał już możliwość

jednokrotnego wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazał, iż niedopuszczalne byłoby dokonanie kolejnego wezwania na tej samej podstawie o złożenie JEDZ oraz zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu

przez niego potencjału w prawidłowej formie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3a i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia i wezwania do złożenia pełnomocnictwa podmiotu trzeciego DETAN Sp. z o.o. udzielonego Odwołującemu uprawniającego do dokonywania czynności w imieniu DETAN Sp. z o.o. w tym składania oświadczeń woli, wiedzy, złożenia dokumentu JEDZ lub poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu, jak również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego DETAN Sp. z o.o.

Argumentacja przedstawiona w odwołaniu opierała się na założeniu, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było przedwczesne. W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał wystosowania dalszych wezwań do Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa udzielonego Odwołującemu przez podmiot trzeci - DETAN Sp. z o.o., a następnie w razie takiej konieczności, w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu DETAN Sp. z o.o. innym podmiotem niepodlegającym wykluczeniu z postępowania i spełniającym warunki udziału, bądź samodzielnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę. Ponadto Odwołujący twierdził, że wezwanie Zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2020 r. nie było dokładne i wyczerpujące.

Stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. W myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania

wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Jednocześnie zgodnie z ust. 3a art. 26 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W myśl art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego było niespójne, na co uwagę zwrócili Zamawiający oraz Konsorcjum PBO. Z jednej strony Odwołujący stał na stanowisku, iż nie kwestionuje czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 11 sierpnia 2020 r. polegającej na wezwaniu odwołującego się Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia JEDZ podmiotu trzeciego oraz zobowiązania podmiotu trzeciego. Z drugiej zaś strony Odwołujący twierdził, że obydwa dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego na moment wezwania Wykonawcy do ich uzupełnienia były dokumentami właściwymi, tj. podpisanymi kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przez osobę uprawnioną do reprezentacji podmiotu trzeciego DETAN Sp. z o.o. Izba wskazuje, iż Odwołujący pomija, że w treści wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r. Zamawiający wskazał Odwołującemu przyczyny wystosowanego wezwania podnosząc, iż złożone przez wykonawcę dokumenty, tj. zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz JEDZ podmiotu trzeciego stanowiły elektroniczną kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem, podczas gdy

Zamawiający wymagał złożenia tych dokumentów w oryginale w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Skoro zatem, w ocenie Odwołującego, oświadczenia podmiotu trzeciego DETAN Sp. z o.o. od początku zostały złożone w prawidłowej formie (w oryginalne w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną), to wykonawca winien w ramach środków ochrony prawnej zakwestionować czynność wezwania Zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2020 r. i wejść z Zamawiającym w spór co do formy złożonych oświadczeń, a nie na obecnym etapie postępowania (po wykluczeniu Odwołującego z postępowania) przerzucać odpowiedzialność na Zamawiającego i twierdzić,

11

że ww. dokumenty zostały złożone w prawidłowej formie. Wskazać należy, że w sytuacji gdy wykonawca nie zgadza się z czynnością (zaniechaniem) zamawiającego, do której dokonania zamawiający zobligowany jest w świetle przepisów ustawy Pzp, czy też wówczas gdy, uważa że czynność zamawiającego ogranicza jego ustawowe uprawnienia winien skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Dalej Izba wskazuje, iż w piśmie z dnia 11 sierpnia 2020 r. Zamawiający wprost wskazał, że ww. oświadczenia „powinny być podpisane przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca albo osoby przez niego umocowane na podstawie odrębnego pełnomocnictwa". Z powyższego wynika zatem, iż Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał Odwołującemu przez jaki podmiot winny zostać podpisane ww. dokumenty, dopuszczając jednocześnie możliwość złożenia ww. oświadczeń przez osobę umocowaną przez podmiot trzeci na podstawie odrębnego pełnomocnictwa. Tym samym, jeżeli Odwołujący stał na stanowisku, iż już na moment składania ofert dysponował właściwym pełnomocnictwem umocowującym p. A. B. do składania stosownych oświadczeń woli i wiedzy oraz potwierdzenia dokumentów za zgodność z oryginałem w imieniu DETAN Sp. z o.o., to mógł w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego wyjaśnić, iż dokumenty podmiotu DETAN Sp. z o.o. załączone do oferty zostały złożone w formie zgodnej z wymogami Zamawiającego i przedstawić dokument pełnomocnictwa dla p. A. B., umożliwiając tym samym Zamawiającemu weryfikację prawidłowości złożonych dokumentów w zakresie ich formy.

Następnie Izba wskazuje, że z treści oferty Odwołującego oraz podejmowanych przez Wykonawcę dalszych czynności w postępowaniu nie można w żaden sposób wywnioskować, iż wolą Odwołującego było złożenie dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego jako oryginału podpisanego elektronicznie przez osobę umocowaną. W ocenie Izby przeczy temu treść jednolitego dokumentu zamówienia podpisanego własnoręcznie na każdej stronie przez osobę uprawnioną do samodzielnej reprezentacji DETAN Sp. z o.o. p. A. D., jak również treść zobowiązania DETAN Sp. z o.o. do udostępnienia Odwołującemu niezbędnych zasobów, w którym czytamy, że „Ja niżej podpisany/a A. D. będąc upoważnionym(/mi) do reprezentowania (...)". Ponadto, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca podjął próbę konwalidacji wskazanego przez Zamawiającego błędu dotyczącego złożonych dokumentów w zakresie ich nieprawidłowej formy (elektroniczna kopia). Co więcej, w treści pisma z dnia 13 sierpnia 2020 r. Odwołujący wskazał, iż składa Zamawiającemu dokumenty podpisane podpisem elektronicznym kwalifikowanym poprzez profil zaufany. Z powyższych okoliczności faktycznych mających miejsce w zawisłej przed Izbą sprawie w sposób jednoznaczny wynika, iż wolą i zamiarem Odwołującego było naprawienie wskazanej przez Zamawiającego nieprawidłowości

12

dotyczącej niezachowania odpowiedniej formy wymaganych dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego. Innymi słowy, kontekst wystawienia i złożenia ww. oświadczeń dotyczących podmiotu trzeciego jasno wskazywał na to, że prezes zarządu DETAN Sp. z o.o. p. A. D. złożył stosowne oświadczenia wiedzy i woli podpisując własnoręcznie obydwa dokumenty. Następnie ww. dokumenty, wytworzone pierwotnie przez DETAN Sp. z o.o. w postaci papierowej, zostały przekształcone w postać elektroniczną i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym Odwołującego, stanowiąc elektroniczną kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem.

Kolejno Izba zauważa, iż Odwołujący poza tym, że akcentował iż jego wolą było złożenie dokumentów podmiotu trzeciego jako oryginału podpisanego elektronicznie przez osobę umocowaną, to nie wskazał żadnych okoliczności, które taką wolę potwierdzałyby. Nie można również pominąć, iż Odwołujący w toku rozprawy przed Izbą nawet nie uwiarygodnił, iż stosowny dokument pełnomocnictwa udzielonego p. A. B. przez podmiot trzeci DETAN Sp. z o.o. został wystawiony. Skoro owym właściwym pełnomocnictwem - jak twierdził Odwołujący - dysponował na moment składania ofert, to nic nie stało na przeszkodzie, aby dokument ten został Izbie choćby okazany. Odwołujący nie przedstawił także żadnego oświadczenia podmiotu trzeciego DETAN Sp. z o.o. wskazującego, iż jego wolą było umocowanie p. A. B. do

złożenia w jego imieniu stosownych oświadczeń wiedzy i woli oraz poświadczenia dokumentów za zgodność z oryginałem.

Dalej Izba wskazuje, iż słusznie argumentowali Zamawiający oraz Konsorcjum PBO, iż wezwanie skierowane do Odwołującego miało charaktery otwarty. Zamawiający treści pisma z dnia 11 sierpnia 2020 r. nie ograniczył wyłącznie do złożenia dokumentów dotyczących spółki DETAN Sp. z o.o. Tym samym, treść wezwania nie ograniczała uprawnień Odwołującego do przedstawienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu za pomocą dokumentów dotyczących innego podmiotu niż DETAN Sp. z o.o., czy też do samodzielnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Nie można również pominąć, że Odwołujący jest profesjonalistą i obowiązują go standardy właściwe dla profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności (por. art. 355 § 2 k.c.). Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności składanych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Tym samym Odwołujący ubiegający się o przedmiotowe zamówienie publiczne winien przenalizować treść specyfikacji pod kątem wymaganych przez Zamawiającego dokumentów i oświadczeń oraz ich formy, po to aby wraz z ofertą przedstawić Zamawiającemu komplet dokumentów złożonych w odpowiedniej formie. Odwołujący powinien mieć także świadomość, iż nie

składając wymaganych przez Zamawiającego dokumentów albo składając je w nieodpowiedniej formie, sam pozbawia się możliwości ich późniejszego uzupełnienia czy poprawienia na wypadek, gdyby okazały się błędne. Izba wskazuje, iż przepisy ustawy Pzp co do zasady dają wykonawcom szansę sanowania nieprawidłowości w złożonych oświadczeniach lub dokumentach zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże możliwość skorzystania z instytucji określonej ww. przepisem może nastąpić tylko jednokrotnie w stosunku do tych samych dokumentów składanych na potwierdzenie tych samych okoliczności.

W tym miejscu wskazać należy, iż przewidziana w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp możliwość zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim lub samodzielne wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę nie stanowi samodzielnej i odrębnej od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podstawy do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Jak wskazuje się w opinii Prezesa UZP pt. „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych" przepis art. 22a ust. 6 ustaw Pzp, w kontekście regulacji z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, może jedynie określać sposób wykonania obowiązku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec wykonawców, którzy wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy zasobów podmiotów trzecich. Przepis ten nie dubluje ukształtowanej zasady jednokrotnego wezwania o dany dokument, nie ingeruje w nią i nie stanowi odrębnej regulacji względem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższa interpretacja relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje również potwierdzenie w licznym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Izba stwierdza, iż okoliczność, że Odwołujący nie mógł zostać wezwany w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu trzeciego DETAN Sp. z o.o. lub samodzielnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, była konsekwencją wyłącznie tego, iż z uwagi na własne błędny, Wykonawca był już raz wzywany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2020 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podjął próbę naprawienia uprzednio popełnionych błędów dotyczących niezachowania wymaganej formy dokumentów dotyczących pierwotnie wskazanego podmiotu trzeciego DETAN Sp. z o.o., nie może skutkować przyznaniem wykonawcy kolejnej możliwości uzupełnienia dokumentów dotyczących nowego podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, czy też samodzielnego wykazania się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu. Przyjęcie odmiennego poglądu stanowiłoby naruszenie tak ugruntowanej zasady jednokrotnego

wezwania do uzupełnienia dokumentów, jak i fundamentów dla tej zasady określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W końcu Izba wskazuje, iż nie podzieliła poglądu Odwołującego, jakoby wezwanie skierowane do Odwołującego pismem z dnia 11 sierpnia 2020 r. było nieprezencyjne, co też miałoby uzasadniać powtórzenie ww. czynności. Lektura ww. pisma jednoznacznie wskazuje jakich dokumentów oczekiwał Zamawiający od wykonawcy, w jakiej formie winny być one złożone, a także zawiera uzasadnienie przyczyn, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego. Jak już wskazano powyżej, czynności podjęte przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie wskazywały, że po

stronie Odwołującego mogły powstać wątpliwości interpretacyjne w zakresie wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r. Wyłącznie od woli Odwołującego zależało w jaki sposób Wykonawca odpowie na otwarte wezwanie Zamawiającego umożliwiające mu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy to poprzez zastąpienie pierwotnie wskazanego podmiotu trzeciego innym podmiotem, czy też samodzielne wykazanie spełniania warunków. Odwołujący będący profesjonalistą nie korzystając z takiej możliwości nie może zasłaniać się nieznajomością przepisów prawa, czy też przerzucać odpowiedzialność za własne błędy na Zamawiającego.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe ww. zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, iż czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą w świetle art. 24 ust. 4 ustawy Pzp była prawidłowa. Nie potwierdził się tym samym skorelowany z ww. zarzutami - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieproporcjonalny, w tym uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Jednocześnie stosownie do treści § 5 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Wykonawców wnoszących sprzeciw Konsorcjum PBO kwotę 3600 zł stanowiącą

poniesione koszty postępowania z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury.

Przewodniczący: .....