Sygn. akt: KIO 1649/21

WYROK

z dnia 29 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Protokolant:Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2021 r. przez wykonawcę **I. K.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Województwo Małopolskie – Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **A. K.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Województwu Małopolskiemu – Urzędowi Marszałkowskiemu Województwa Małopolskiego w Krakowie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **I. K.,** powtórzenie czynności wezwania wykonawcy **I. K.** do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych oraz czynności wezwania **I. K.** do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2 pkt 1.1 lit. a specyfikacji warunków zamówienia oraz dokonanie ponownej oceny ofert,

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Województwo Małopolskie – Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego w Krakowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **I. K.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od zamawiającego – **Województwa Małopolskiego – Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego w Krakowie** – na rzecz wykonawcy **I. K.** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……..

Sygn. akt: KIO 1649/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Małopolskie w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie ocen energetycznych budynków na terenie województwa małopolskiego, mających na celu przygotowanie projektów w ramach Działania 4.4 RPO WM 2014-2020.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z2019 roku, poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 31 maja 2021 roku wykonawca I. K. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec powtórnych czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez A. K. zarzucając, iż zostały dokonane z naruszeniem:

1)art. 128 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 P.z.p. poprzez dowolny wybór sposobu naprawienia nieprawidłowości w zakresie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, w tym wybór badanych dokumentów ze świadomością, iż nie potwierdzają one spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie są one dokumentami, które odwołujący wysłał do zamawiającego w terminie odpowiedzi na wezwanie, co narusza zasadę przeprowadzania postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w związku z art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego na podstawie procedury wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów obarczonej błędem.

W związku z podniesionymi zarzutami oraz charakterem wskazanych naruszeń, które miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania,

2)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego z 25 maja 2021 r.,

3)nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem odpowiedzi na wezwanie wysłanej zamawiającemu 29 kwietnia 2021 r., dołączonej do odwołania jako dowód w sprawie,

ewentualnie nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych oraz czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2 pkt 1.1 lit. a specyfikacji warunków zamówienia oraz czynności badania ofert.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu w wysokości 7 500 zł.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek wadliwej czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty. Korzystne rozstrzygnięcie zarzutów odwołania wobec czynności zamawiającego spowodowałoby, iż oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza w postępowaniu. Grożąca odwołującemu szkoda to utracone korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia, którego nie uzyskałby, gdyby w obrocie pozostała wadliwa czynność zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 czerwca 2021 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca A. K. (przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w dniu 27 kwietnia 2021 r. przekazał odwołującemu wezwanie do uzupełnienia oraz wyjaśnienia wcześniej złożonych podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nakazał w wezwaniu: „Dokumenty należy złożyć w terminie do dnia 29.04.2021 r. na adres: przetargi@umwm.malopolska.pl".

Odwołujący przekazał na wskazany adres e-mail odpowiedź zawierającą sześć plików podpisanych kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wiadomość została nadana 29.04.2021 o godz. 22:29 za pośrednictwem usługi Gmail i wysłana 29.04.2021 o godz. 22:30 z serwera pocztowego odwołującego (serwera OVH).

Wiadomość ta nie dotarła do skrzynki odbiorczej pracownika zamawiającego. Wiadomość e-mail dotarła do serwera pocztowego zamawiającego, ale została przez niego odrzucona z powodu przekroczenia maksymalnego rozmiaru dla wiadomości.

W dniu 30 kwietnia 2021 roku pani J. S. – pracownik odwołującego – skontaktowała się z przedstawicielem zamawiającego w celu otrzymania potwierdzenia otrzymania wiadomości. Ponieważ zamawiający nie potwierdził otrzymania wiadomości, pani J. S. przesłała pliki ponownie podzielone na dwie wiadomości (z tych zamawiający otrzymał tylko jedną), a następnie ponownie w pojedynczych wiadomościach (jedna wiadomość – jeden plik). Za drugim razem wysłane zostały załączniki, które nie zostały podpisane.

W dniu 4 maja 2021 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz lit. c ustawy P.z.p.

W dniu 6.05.2021 r. odwołujący przesłał zamawiającemu pismo z żądaniem wyjaśnienia sprawy. W tym samym dniu zamawiający udzielił odpowiedzi wskazując m.in.:

Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie przy ul. Basztowej 22, zwane w dalszej części Zamawiającym, w odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 06.05.2021 r., informuje, że podtrzymuje uzasadnienie odrzucenia Państwa oferty w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 04.05.2021 r.

Zamawiający uprzejmie informuje, że po upływie wyznaczonego terminu, w dniu 30.04.2021 r. przesłali Państwo siedem wiadomości pocztowych z załącznikami tj. podmiotowymi środkami dowodowymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Załącznikami do wiadomości były: odpowiedź na pismo Małopolska, Opole (skan umowy nr 98/TT/17 wraz z protokołami zdawczo-odbiorczymi), protokoły odbioru Skawina – komplet, protokół USK Wrocław, Audyt energetyczny USK bud. Z, Audyt efektywności energetycznej Opole, a także pliki zatytułowane Screenshot_1 i Screenshot_2. Dodatkowo Zamawiający informuje, iż zwrócił się z prośbą do działu informatycznego w celu sprawdzenia skrzynki mailowego i uzyskał potwierdzenie, iż w wyznaczonym na uzupełnienie terminie tj. do dnia 29.04 br. nie wpłynęła żadna wiadomość od Państwa.

Ponadto Zamawiający informuje, iż nawet jeśliby Państwa dokumenty zostały przekazane w terminie, Państwa oferta zostałaby odrzucona jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu. Jedynie plik „odpowiedź na pismo Małopolska" zawierający pismo przewodnie został opatrzony przez Państwa podpisem kwalifikowanym.

W dniu 10 maja 2021 roku odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na pierwotną czynność wyboru oraz odrzucenia oferty odwołującego (sprawa o sygn. akt KIO 1416/21). Odwołanie to zostało przez zamawiającego częściowo uwzględnione.

W dniu 25 maja 2021 roku zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty przystępującego. W tym samym piśmie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający wskazał, co następuje:

Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia ofert:

(…) Ofertę nr 5 złożoną przez Asig I. K., ul. Kosynierów Gdyńskich 67/2, 51-686 Wrocław, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy, zgodnie, z którymi Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który został wskazany w pkt 6) ust. 1 pkt. 2) lit. a) A swz.

Zgodnie z jego treścią:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

A. warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże, że należycie wykonał (lub wykonuje w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej dwóch usług, odpowiadających swoim rodzajem usłudze, stanowiącej przedmiot zamówienia,

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, uważa się usługą polegającą na wykonaniu audytów energetycznych i/lub świadectw charakterystyki energetycznej dla co najmniej 15 budynków w ramach jednej umowy,

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył podmiotowe środki dowodowe (wykaz usług wraz z dowodami) na potwierdzenie spełnienia ww. warunku. Zamawiający nie mógł uznać złożonych podmiotowych środków dowodowych przedstawionych na potwierdzenie spełnienia ww. warunku, gdyż:

a)dowód (protokół odbioru) przedstawiony na potwierdzenie należytego wykonywania usługi wskazanej w poz. 1 Wykazu usług nie potwierdzał jej należytego wykonywania. Stwierdzenie w protokole „Zamawiający potwierdza odbiór dokumentacji oraz możliwość wystawienia faktury (.. nie stanowiło potwierdzenia należytego wykonywania usługi, w związku z tym Zamawiający nie mógł uznać tego protokołu jako dowodu potwierdzającego należyte wykonywanie usługi.

b)dowody (protokoły odbioru) przedstawione na potwierdzenie .należytego wykonania j wykonywania usług zostały złożone w niewłaściwej formie, gdyż nie zostały przez Wykonawcę opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym . zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentami w postaci papierowej. Wymóg taki został określony przez Zamawiającego w pkt 7.3) ppkt. 7 swz.

Wobec powyższego, Zamawiający na podstawie art 128 ust. 11 ustawy wezwał Wykonawcę do ponownego złożenia podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W wyznaczonym na uzupełnienie terminie tj. do dnia 29.04.2021 r. Wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie należytego wykonania przedmiotowych usług. Wiadomość Wykonawcy nie została dostarczona z powodu jej odrzucenia przez serwer Zamawiającego (w związku z rozmiarem wiadomości przekraczającym dopuszczalny limit dla serwera Zamawiającego).

Po upływie wyznaczonego terminu, w dniu 30.04.2021 r. Wykonawca .przesłał siedem wiadomości pocztą elektroniczną z załącznikami podmiotowymi środkami dowodowymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Załącznikami do wiadomości były: odpowiedź na pismo Małopolska, Opole (skan umowy nr 98/TTM 7 wraz z protokolarni zdawczoodbiorczymi), protokoły odbioru Skawina — komplet, protokół USK Wrocław, Audyt energetyczny USK bud. Z, Audyt efektywności energetycznej Opole, a także pliki zatytułowane Screenshot_l i Screenshot_2. Wobec powyższego Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów w wyznaczonym terminie.

W dniu 04.05.2021 r, Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, odrzucił ofertę Wykonawcy, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz lit. c) ustawy, zgodnie, z którymi Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: lit. b) - niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lit. c) - który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń,

Wykonawca w dniu 10.05.2021 r. wniósł odwołanie do Krajowej Izy Odwoławczej (KIO) o:

1) uwzględnienie odwołania,

2)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego z 4 maja 2021 r.,

3)nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych oraz czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2 pkt 1 81 lit. a specyfikacji warunków zamówienia.

Zamawiający w dniu 20 maja 2021 r. częściowo uznał odwołanie i unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 04.05.2021 r. oraz odrzucenia oferty Wykonawcy (odwołującego) i przystąpił do ponownego badania i oceny złożonych ofert,

Zamawiający uznał argumenty Wykonawcy, iż brak przekazania przez Zamawiającego informacji o limicie rozmiaru pojedynczej wiadomości przesyłanej na skrzynkę mailową przetarai@umwm.malopolska.pl mógł spowodować, iż Wykonawca nie zwrócił uwagi na automatyczną odpowiedź z serwera Zamawiającego, którą powinien otrzymać tuż po przekazaniu dokumentów. Automatyczna odpowiedź informuje nadawcę o niedostarczeniu jego wiadomości i powodach jej niedostarczenia. Tym samym Zamawiający uznał odwołanie w zakresie żądania Wykonawcy wskazanego w pkt 2) Odwołania: nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego z 4 maja 2021 r.

Natomiast Zamawiający nie może uznać żądania Wykonawcy wskazanego w pkt 3) Odwołania: nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych oraz czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2 pkt f. 1 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia, gdyż została już wyczerpana procedura uzupełniania dokumentów przez Wykonawcę. Wykonawca został wezwany do złożenia dokumentów na podstawie art. 274 ustawy, które po weryfikacji nie zostały uznane przez Zamawiającego. Dlatego też Zamawiający wystosował wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ustawy, gdzie zostały wskazane nieprawidłowości w złożonych wcześniej dokumentach. Termin został wyznaczonych do dn. 29 kwietnia br. i w tym dniu Wykonawca usiłował je złożyć. Z powodu wskazanego w powyższym akapicie, dokumenty nie zostały dostarczone skutecznie w tym dniu i dotarły do Zamawiającego dopiero w kolejnym dniu tj. 30 kwietnia br. Z pism przesłanych przez Wykonawcę w dniu 6 maja br. oraz 10 maja br. wynika, iż z uwagi na brak potwierdzenia otrzymania e-maila, w dniu 30.04.2021 r. pani J. S. kontaktowała się telefonicznie z osobą wyznaczoną do kontaktów z Państwa strony — panem M. B. w celu ustalenia, czy otrzymali Państwo dokumenty. Z informacji uzyskanych w czasie rozmowy wynikało, że e-mail z naszymi wyjaśnieniami nie dotarł do Państwa, przekazaliśmy go wiec ponownie wraz z dowodem potwierdzającym wysłanie przedmiotowych dokumentów w wyznaczonym terminie,

Z zacytowanego fragmentu obu pism wynika, iż Wykonawca w dniu 30 maja br. przekazał dokładnie te same dokumenty, które usiłował przekazać dzień wcześniej tj. w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Po otrzymaniu pisma w dnia 6 maja br. z informacją od Wykonawcy o nieprawidłowych czynnościach podjętych przez Zamawiającego, Zamawiający ocenił złożone w dniu 30 kwietnia dokumenty o czym poinformował Wykonawcę odpowiadając w dniu 6 maja br. na jego pismo: Ponad to Zamawiający informuje, iż nawet jeśliby Państwa dokumenty zostały przekazane w terminie, Państwa oferta zostałaby odrzucona jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu. Jedynie plik „odpowiedź na pismo Małopolska" zawierający pismo przewodnie został opatrzony przez Państwa podpisem kwalifikowanym, natomiast pozostałe przedłożone pliki (dowody) nie zostały opatrzone ani podpisem kwalifikowanym (dla zachowania formy elektronicznej) ani podpisem zaufanym bądź podpisem osobistym (dla zachowania postaci elektronicznej). W związku z powyższym nie została zachowana wymagana forma złożonych dokumentów. Ponadto, Zamawiający zwraca uwagę, że na spełnianie warunku udziału w postępowaniu, dołączyli Państwo dwa dokumenty na potwierdzenie wykonania trzeciej usługi dla Opolskiej Spółdzielni Mieszkaniowej „Przyszłość" Są to pliki: Opole (skan umowy nr 98/TT/f7 wraz z protokołami zdawczoodbiorczymi) oraz Audyt efektywności energetycznej Opole. Natomiast nie załączyli Państwo nowego Wykazu usług, uzupełnionego o usługę wykonaną dla Spółdzielni Mieszkaniowej „Przyszłość", a taki wymóg został określony przez Zamawiającego w pkt 7.2) ppkt. 1.1) lit. a) swz.

Z pisma wynikało szczegółowo jakie braki zawierały złożone przez Wykonawcę dokumenty i dlaczego nie mogłyby zostać uznane przez Zamawiającego, nawet jeśliby zostały złożone w wymaganym terminie. Dlatego też Wykonawca w Odwołaniu żąda powtórzenia czynności wezwania go do uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych, ponieważ wie, iż złożone przez niego dokumenty są nieprawidłowe. Zamawiający może tylko raz wezwać do uzupełnienia dokumentów: zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie utrwalił się pogląd, że wezwanie w trybie przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p. ma charakter wyjątkowy i jednorazowy. I.. J Wielokrotne wzywanie odwołującego do uzupełnienia tego samego dokumentu spowodowałoby złamanie zasady równego traktowania wykonawców, a ponadto stanowiłoby złamanie zasady jednokrotności uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.zp, (obecnie art. 128 ust. II (KIO 1648/16). Analogiczny pogląd został zaprezentowany w tezie wyroku KIO z dnia 30 lipca 2020 r, (KIO 1598/20), a mianowicie: mając na uwadze formalizm postępowania i ograniczone możliwości uzupełnienia przez wykonawców dokumentów, to na wykonawcy decydującym się na udział w postępowaniu przetargowym ciąży obowiązek poprawnego przygotowania dokumentacji ofertowej, dołożenia należytej staranności i zachowania wymaganego poziomu profesjonalizmu. Oczywistym jest, że błędy ludzkie w przygotowaniu dokumentacji ofertowej mogą się zdarzyć. Ustawodawca przewidział instytucję ich korygowania, stwarzając każdemu wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia możliwość jednokrotnego poprawienia zaistniałych omyłek. Procedura z art. 26 ust. 3 p.z.p. (obecnie art. 128 ust. 1) umożliwia jednokrotną weryfikację i naprawienie błędów i niestaranności wykonawców bowiem to obowiązkiem wykonawcy jest wprowadzenia mechanizmów weryfikujących poprawność dokumentacji przetargowej, nawet jeśli wiąże się z dodatkowymi kosztami po jego stronie.

Dlatego też Zamawiający po przywróceniu Wykonawcy do postępowania, ocenił złożone przez niego w dn. 30 kwietnia br. dokumenty uznając iż nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, gdyż:

a)Jedynie plik „odpowiedź na pismo Małopolska" zawierający pismo przewodnie został opatrzony przez Wykonawcę podpisem kwalifikowanym, natomiast pozostałe przedłożone pliki (dowody) zawierające podmłotowe środki dowodowe: nie zostały opatrzone ani podpisem kwalifikowanym (dla zachowania formy elektronicznej) ani podpisem zaufanym bądź podpisem osobistym (dla zachowania postaci elektronicznej), W związku z powyższym nie została zachowana wymagana forma złożonych dokumentów określona w § 6 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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: W przypadku gdy podmiotowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, których mowa w art 94 ust 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Dodatkowo wymóg ten został określony przez Zamawiającego w pkt 7.3) ppkt. 7 swz a także wpisany w treść wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ustawy przesłanego Wykonawcy w dn. 27.04.2021 r. (były jednym z powodów nieuznania dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 274 ustawy),

b)Ponadto, Zamawiający zwraca uwagę, że na spełnianie warunku udziału w postępowaniu, Wykonawca dołączył dwa nowe dokumenty na potwierdzenie wykonania trzeciej usługi dla Opolskiej Spółdzielni Mieszkaniowej „Przyszłość".

Są to pliki pod nazwą: Opole (skan umowy nr 98/TT/17 wraz z protokołami zdawczoodbiorczymi) oraz Audyt efektywności energetycznej Opole. Natomiast Wykonawca nie załączył nowego Wykazu usług, uzupełnionego o usługę wykonaną dla Spółdzielni Mieszkaniowej „Przyszłość", a taki wymóg został określony przez Zamawiającego w pkt 7.2) ppkti 1.1) lit. a) swz

Wobec powyższego należy uznać, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6) ust 1 pkt. 2) lit, a) A swz, ponieważ nie wykazał się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertę.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie jest pomiędzy stronami sporna.

Pomiędzy stronami nie było również sporu co do tego, że odwołujący nie mógł przesłać zamawiającemu w dniu 29 kwietnia 2021 roku żądanych przez niego dokumentów i wyjaśnień z powodu ograniczeń skrzynki mailowej zamawiającego. Jest to okoliczność, za którą odpowiedzialność ponosi zamawiający.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę

niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (lit. b) lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Przepis ten koresponduje z unormowaniem zawartym w art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Z kolei, w myśl art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. jest wezwaniem jednokrotnym. Niemniej jednak jednokrotność wezwania nie może dotyczyć sytuacji, w których wykonawca nie mógł przesłać zamawiającego dokumentów z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. To zamawiający, jako gospodarz postępowania, jest obowiązany zapewnić, by postępowanie odbywało się bez przeszkód, a udostępnione wykonawcom urządzenia techniczne miały odpowiednie parametry i umożliwiały wykonawcom swobodny przepływ korespondencji. Faktem jest, że w rozpoznawanym przypadku zamawiający uniemożliwił wykonawcy dokonanie czynności, do których sam go zobowiązał. Wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków wynikających z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Ze wskazanego wyżej art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. wynika, że wykonawca jest obowiązany uzupełnić dokumenty w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Bezspornym jest, że zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na przesłanie wymaganych dokumentów i wyjaśnień do dnia 29 kwietnia br. i termin ten upłynął bezskutecznie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Aby zatem uczynić zadość obowiązkowi wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów i skorelowanego z tym obowiązkiem uprawnieniu wykonawcy do ich uzupełnienia i wyjaśnienia, zamawiający winien wyznaczyć odwołującemu kolejny termin, w którym odwołujący owe uprawnienie zrealizuje. Literalna wykładnia przepisu zawartego w art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. pozwala na wniosek, że wykonawca nie może rzeczonych dokumentów uzupełniać z własnej inicjatywy, lecz wyłącznie na wezwanie zamawiającego i w wyznaczonym przez niego terminie. Dokumenty przesłane przez odwołującego w dniu 30 kwietnia 2021 roku, jako złożone niezgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., nie powinny być przez zamawiającego oceniane. Czynności odwołującego nie można potraktować jako konsekwencji wezwania przez zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p, bowiem warunki tej czynności zostały przez zamawiającego określone w wezwaniu z 27 kwietnia br. i z przyczyn, za które odpowiada zamawiający, nie zostały dotrzymane.

Ponowne wezwanie odwołującego do złożenia dokumentów i wyjaśnień, w warunkach niniejszej sprawy, w żaden sposób nie narusza zasady jednokrotnego wzywania wykonawcy do tego rodzaju czynności. Należy wziąć pod uwagę, że czynność wezwania na podstawie wskazanego artykułu nie jest dla zamawiającego równoznaczna wyłącznie z wystosowaniem do wykonawcy pisma określonej treści, ale również z zapewnieniem warunków dla realizacji czynności zawartych w wezwaniu. Tylko w sytuacji, w której zamawiający dopełni wszystkich ciążących na nim obowiązków, a wykonawca nie uzupełni dokumentów lub zrobi to w sposób niewłaściwy, ponowne wezwanie nie jest możliwe. Zamawiający nie może zasłaniać się możliwością jednokrotnego wezwania w sytuacji, gdy uniemożliwił wykonawcy jego realizację.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje dokonana przez zamawiającego ocena dokumentów złożonych przez odwołującego w dniu 30 kwietnia 2021 roku. Jak już wyżej wskazano, dokumenty te nie zostały złożone w warunkach określonych artykułem 128 ust. 1 ustawy P.z.p i – jako takie – nie mogą podlegać badaniu w toku postępowania.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……