

WYROK

z dnia 9 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2021 r. przez wykonawcę Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Euvic Solutions S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3069/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Euvic Solutions S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Sąd Apelacyjny we Wrocławiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego - Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu na rzecz Odwołującego - wykonawcy Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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:

Zamawiający - Sąd Apelacyjny we Wrocławiu [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i instalację 12 serwerów RACK 2 i szafy RACK (znak postępowania: Z-2502-23/21).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 153-406355.

W dniu 18 października 2021 r. wykonawca Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez dwukrotne wezwanie wykonawcy Euvic Solutions S.A. do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę w Postępowaniu;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Euvic Solutions S.A. mimo faktu, iż oferta została złożona przez wykonawcę, 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.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, wykluczenie wykonawcy Euvic Solutions S.A. z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie jego oferty oraz dokonanie ponownego

wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zobowiązany był wykluczyć Euvic Solutions S.A. i odrzucić jego ofertę.

Uzasadniał, że Euvic Solutions S.A. złożył ofertę przez pełnomocnika - pana M. J. B. Do oferty nie zostało załączone jednak pełnomocnictwo. W dniu 21 września 2021 roku Zamawiający wezwał wykonawcę Euvic Solutions S.A., działając w oparciu o przepis art. 128 ust. 1 i art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów podmiotowych oraz pełnomocnictwa. W treści wezwania - w ocenie Odwołującego jednoznacznej co do oczekiwanych działań - Zamawiający zapisał: „Ponadto oferta jest podpisana przez Pana J. B., natomiast do oferty nie zostało załączone pełnomocnictwo przez osoby upoważnione do reprezentacji Wykonawcy. Zamawiający wzywa do uzupełnienia stosownego pełnomocnictwa wystawionego i podpisanego za pomocą kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez uprawnione osoby.” W treści wezwania Zamawiający omyłkowo pominął pierwsze imię pełnomocnika (M.), nie mniej jednak cytowana wyżej treść wezwania, szczególnie zdanie drugie, nie pozostawiają wątpliwości

jakiego działania Zamawiający oczekiwał - uzupełnienia stosownego pełnomocnictwa, które nie zostało załączone do oferty. Bez znaczenia jest zatem czy w treści wezwania Zamawiający prawidłowo podał pełne imiona i nazwiska osoby podpisującej ofertę, gdyż istotą wezwania nie było wyjaśnianie czy do oferty zostało załączone pełnomocnictwo dla osoby, która ofertę podpisała, tylko okoliczność braku jakiegokolwiek pełnomocnictwa w ofercie.

W dniu 23 września 2021 (w terminie), Euvic Solutions S.A. złożył u Zamawiającego pismo, w którym wyjaśnił, że ofertę podpisał, nie jak wskazano w treści wezwania, J. B. ale M. J. B. Wniósł jednocześnie o ponowną weryfikację podpisów pełnomocnika. Do wyjaśnień nie zostało natomiast załączone pełnomocnictwo ani dla J. B. ani dla M. J. B. Zamawiający w dniu 27 września 2021 roku skierował do Euvic Solutions S.A. pismo, w którym doprecyzował wezwanie z dnia 21 września 2021 roku do uzupełnienia pełnomocnictwa, wskazując, że wezwanie to dotyczy M. J. B. W odpowiedzi na to pismo Euvic Solutions S.A. złożył pełnomocnictwo dla M. J. B. w dniu 28 września 2021 roku.

Odwołujący wskazał, że podstawą do dokonania wezwania do uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia jest art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie takie Zamawiający może kierować w odniesieniu do konkretnego dokumentu jednokrotnie, co jednoznacznie podkreśla zarówno orzecznictwo Izby jak i doktryna. Odwołujący twierdzi, że Zamawiający dwukrotnie wzywał Euvic Solutions S.A. do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa, czym naruszył przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Twierdzenie to Odwołujący opiera o wykładnię

zarówno językową jak i celowościową treści obydwu pism. Z treści pierwszego pisma wynika wprost czego Zamawiający oczekuje od Euvic Solutions S.A.: Zamawiający wzywa do uzupełnienia stosownego pełnomocnictwa wystawionego i podpisanego za pomocą kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez uprawnione osoby. Nie jest przy tym istotne czy wskazał pełne imię i nazwisko pełnomocnika, czy tylko jego część, gdyby jak wynika z JEDZ, Euvic Solutions S.A. ustanowił jednego tylko pełnomocnika do reprezentowania w Postępowaniu, a do oferty nie zostało załączone żadne pełnomocnictwo. Treść drugiego pisma, mimo, że w jego treści Zamawiający stwierdza, że stanowi ono sprostowanie pierwotnego wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa w zakresie nazwiska pełnomocnika, de facto ponawia istotę wezwania, czyli uzupełnienia pełnomocnictwa osoby podpisującej ofertę. Również bez sprostowania, Euvic Solutions S.A. mógł i powinien był wiedzieć, że wezwanie dotyczy uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę, osoby reprezentującej Euvic Solutions S.A. w Postępowaniu, bez względu na to czy osoba ta nazywa się J. B. czy też M. J. B. Zamawiający nie dążył bowiem do usunięcia wątpliwości co do nazwiska osoby podpisującej ofertę i osoby wskazanej w ewentualnym pełnomocnictwie, ale tego, że Euvic Solutions S.A. składając ofertę nie wykazało żadnego dokumentu upoważniającego pełnomocnika do działania w imieniu Euvic Solutions S.A. Euvic Solutions S.A. dopiero w odpowiedzi na drugie wezwanie złożył stosowny dokument. W odpowiedzi zaś na pierwsze wezwanie złożył jedynie wyjaśnienia dotyczące nazwiska osoby upewnomocnionej do reprezentacji, ale nie wykazał w żaden sposób, nie udowodnił z czego takie upoważnienie wynika, a to było istotą wezwania ze strony Zamawiającego.

Odwołujący zaznaczał, że oczywistą omyłką Zamawiającego dotyczącą nazwiska pełnomocnika Euvic Solutions S.A. mógł wyjaśnić jednocześnie przedkładając pełnomocnictwo, czego jednak nie uczynił. Co więcej, z treści wyjaśnień wynika, jak gdyby Euvic Solutions S.A. w ogóle nie zrozumiał jednoznacznej treści wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa i skupił się na wyjaśnieniu kwestii nie podnoszonej przez Zamawiającego to jest poprawności wyświetlania podpisu. Nie usprawiedliwia to jednak Euvic Solutions S.A. co do braku uzupełnienia pełnomocnictwa na pierwsze wezwanie.

Odwołujący podkreślał, że Zamawiający po wyjaśnieniu złożonym przez Euvic Solutions S.A. w dniu 23 września 2021 roku, co najmniej miał wątpliwości co do prawidłowości działania tego wykonawcy, gdyż zanim skierował do Euvic Solutions S.A. ponowne wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa, w dniu 24 września 2021 roku skierował do Odwołującego, wezwanie do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując jednocześnie, że to oferta Odwołującego została najwyższej oceniona. Następnie, w dniu 27 września 2021 roku, Zamawiający anulował to wezwanie informując, że zaistniała potrzeba dokonania ponownej analizy złożonych ofert i jednocześnie ponowił wystosować ponowne wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do Euvic Solutions S.A.

Odwołujący podkreślał, że wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tego samego dokumentu narusza zasadę równego traktowania wykonawców (choćby KIO 1648/16, KIO 1660/16). Obowiązek jednokrotnego wezwania dotyczy również sytuacji, w której wykonawca nie złożył pełnomocnictwa lub złożył pełnomocnictwo wadliwe. Jednocześnie, biorąc pod uwagę interpretację Prezesa UZP zamieszczoną na stronie zamawiajacy-moze-wezwac-do-ich-uzupelnienia-2020-12-11, termin „inne dokumenty lub oświadczenia” nie został zdefiniowany w ustawie Pzp, ale należy przez nie rozumieć dokumenty lub oświadczenia, jakich może żądać zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie, które nie są oświadczeniem, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowym środkiem dowodowym. Takim innym oświadczeniem lub dokumentem może być pełnomocnictwo. Co oznacza, że Zamawiający wzywając Euvic Solutions S.A. dwukrotnie do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę, naruszył art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 listopada 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że po pierwszym wezwaniu pozostał bez wymaganego dokumentu pełnomocnictwa, a z wyjaśnieniami wskazującymi na zupełne niezrozumienie treści pisma, i co wynika również z samego wyjaśnienia Przystępującego, przyczynę swą wzięło z błędnego oznaczenia osoby Pełnomocnika w treści wezwania zredagowanego przez Zamawiającego. Zamawiający musiał więc dokonać analizy zaistniałej sytuacji pod kątem, czy skoro pełnomocnictwo nie zostało złożone na pierwsze wezwanie, oferta Wykonawcy podlegać powinna odrzuceniu, czy skoro wezwanie mogło wprowadzić Wykonawcę w błąd, przez istnienie w treści omyłki pisarskiej w postaci braku pierwszego imienia Pełnomocnika, Zamawiający ma obowiązek

wysłać sprecyzowanie do pierwszego wezwania.

Zamawiający wskazał, że wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wskazanych w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp musi być jednoznaczne i zrozumiałe dla wykonawcy, tak aby był on w stanie stwierdzić, jakich oświadczeń lub dokumentów zamawiający żąda w wezwaniu, w jakich oświadczeniach lub dokumentach są błędy lub jakie oświadczenia lub dokumenty są niekompletne (na czym polega niekompletność oświadczenia lub dokumentu). Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 2 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1208/14, wyrok KIO z dnia 19 maja 2014 r. sygn. akt: KIO 846/14, wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r. sygn. akt: KIO 1418/12 oraz wyrok KIO z dnia 24 listopada 2016 r. sygn. akt: KIO 2098/16. Zamawiający stwierdził, że z przywołanego orzecznictwa, wynika, iż zamawiający jest obowiązany wezwać wykonawcę ponownie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia określonego oświadczenia lub dokumentu, o których mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli treść pierwszego wezwania może spowodować, że wykonawca nie złoży, nie uzupełni lub nie poprawi wymaganego oświadczenia lub dokumentu. Wykonawca nie może być obciążony skutkami niejednoznacznego wezwania zamawiającego. Treść wezwania nie może więc prowadzić do sytuacji, gdy wykonawca zmuszony będzie domniemywać, jakie oświadczenia lub dokumenty powinien złożyć, uzupełnić lub poprawić.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, nasuwa się więc pytanie: czy wysłane przez Zamawiającego wezwanie do złożenia pełnomocnictwa z dnia 21.09.2021 r., należy uznać za jednoznaczne, precyzyjne, sformułowane w sposób zrozumiały, który nie mógł wzbudzić wątpliwości u Przystępującego czy też jego błędne zrozumienie?

Zdaniem Zamawiającego w pierwszym odczuciu odpowiedź może nasuwać się jako twierdząca, a więc, wezwanie było na tyle jasno sformułowane, aby Przystępujący działając z należytą starannością, mógł zrozumieć, że dotyczy ono braku pełnomocnictwa jako dokumentu niezłączonego do oferty, a sam fakt istnienia omyłki pisarskiej w postaci brakującego imienia - zamiast M. J. B. - J. B., nie powinien dyskwalifikować możliwości właściwego rozumienia rzeczywistych oczekiwań Zamawiającego. Tak jak rozumie to Odwołujący. Jednak założenie takie jest wadliwe. Po pierwsze Wykonawca składając ofertę zakładał, że złożył ją kompletną. Gdyby było inaczej, uzupełniłby pełnomocnictwo niezwłocznie w ramach własnych czynności. Po drugie Wykonawca mógł zakładać, że skoro złożył ofertę kompletną, tj. ze wszystkimi załącznikami wymaganymi przez Pzp, to jednym załączników jest również pełnomocnictwo dla Pana M. J. B. Żaden wzorzec należytej staranności nie wymaga, aby Wykonawca w ramach jakiegokolwiek wezwania Zamawiającego sprawdzał wszystkie potencjalne dokumenty w zakresie wszystkich możliwych do popełnienia błędów. Wręcz przeciwnie to na Zamawiającym spoczywa obowiązek takiego formułowania wezwania do Wykonawcy aby było ono precyzyjne w stopniu umożliwiającym jego wykonanie. Tym samym otrzymując wezwanie o przedłożenie pełnomocnictwa „J. B.” Wykonawca miał prawo założyć, że Zamawiający dokonał wadliwej

weryfikacji podpisu na dokumentach

i wobec powyższego uznał, że właściwym do przedłożenia winno być pełnomocnictwo dla „J. B.”.

W konsekwencji należy przyjąć inne stanowisko, zgodnie z którym, omyłka pisarska po stronie Zamawiającego doprowadziła w ostateczności do sformułowania przez Zamawiającego wezwania, które w odbiorze Wykonawcy dotyczyło innej osoby niż pełnomocnik. Omyłka pisarska Zamawiającego mogła spowodować nietrafną interpretację wezwania, a w konsekwencji niezareagowanie wg oczekiwań Zamawiającego, tak jak miało

to miejsce w niniejszej sprawie. Wskazanie bowiem w wezwaniu nazwy osoby jako: J. B.,

zamiast prawidłowej: M. J. B., sprawiło (co w wyjaśnieniach zostało potwierdzone przez samego Przystępującego), iż Wykonawca nie zastanawiając się czy w ogóle złożył pełnomocnictwo, przyjął iż to Zamawiający tkwi w błędnym pojmowaniu, że ofertę podpisała inna osoba (J. B.) niż faktycznie (M. J. B.), stąd wg Przystępującego, właściwym było złożenie wyjaśnień i poinformowanie Zamawiającego o tym, a nie uzupełnienie brakującego pełnomocnictwa.

Nie powinno być spornym, że wyżej opisane, nieporozumienie, przyczynę swoją miało w wadliwie sformułowanym przez Zamawiającego i skierowanym piśmie do Przystępującego. To Zamawiający określił treść wezwania, a Wykonawca odpowiedział jedynie rzeczowo (wg Przystępującego) na nałożony na niego zobowiązania. Gdyby w piśmie nie pojawił się rzeczona omyłka pisarska Zamawiającego, to Wykonawca nie zostałby wprowadzony w błąd, a do nieprawidłowego wykonania pierwszego wezwania mogłoby nie dojść, bowiem Wykonawca złożyłby wymagany dokument, bez potrzeby

wysyłania sprostowania wezwania.

Wskazaniem do przychylnego potraktowania Oferenta w analizowanej sprawie powinno być również utrwalone w doktrynie stanowisko, iż wszelkie wątpliwości dokumentacji postępowania powinny być interpretowane na korzyść Wykonawcy, który nie powinien ponosić konsekwencji błędów i niejednoznaczności wynikających z dokumentów postępowania stworzonych przez Zamawiającego. Zamawiający powołał się na wyrok z dnia 16 kwietnia 2012 r., KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 r.

Zamawiający uznał więc, że w takim stanie faktycznym zaszyły przesłanki do uznania, że pierwsze wezwanie do złożenia pełnomocnictwa ze względu istnienia omyłki pisarskiej było wadliwe, mogło przyczynić się do jego mylnego zrozumienia, nie powinno więc przynosić negatywnych skutków dla Wykonawcy w postaci odrzucenia oferty, stąd niezbędne było skierowanie doprecyzowania pierwszego wezwania, które nie powinno być traktowane jako drugie wezwanie. Biorąc pod uwagę powyższe, zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za niepotwierdzony.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, że w związku z prawidłowym złożeniem pełnomocnictwa przez Przystępującego, nie zaszyły okoliczności skutkujące odrzuceniem oferty zgodnie z w/w przepisem.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 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. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 19 października 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Euvic Solutions S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Przystępujący” lub „Euvic”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 21 października 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę wykonawcy Euvic wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami z dnia 23, 27 i 28 września 2021 r., a także wezwania skierowane do ww. Wykonawcy oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 października 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie oraz pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 listopada 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Wykonawca Euvic Solutions S.A. złożył ofertę przez pełnomocnika - pana M. J. B. Do oferty nie zostało załączone pełnomocnictwo dla ww. osoby.

W dniu 21 września 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Euvic Solutions S.A., działając w oparciu o przepis art. 128 ust. 1 i art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia m.in. pełnomocnictwa. W treści wezwania Zamawiający wskazał: „Ponadto oferta jest podpisana

przez Pana J. B., natomiast do oferty nie zostało załączone pełnomocnictwo przez osoby upoważnione do reprezentacji Wykonawcy. Zamawiający wzywa do uzupełnienia stosownego pełnomocnictwa wystawionego i podpisanego za pomocą kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez uprawnione osoby.”

W wyjaśnieniach z dnia 23 września 2021 r. wykonawca Euvic Solutions S.A. stwierdził, że „Postawiony przez Zamawiającego zarzut podpisania dokumentów przez osobę J. B. jest bezpodstawny, z uwagi, że jako osoba umocowana przez firmę Euvic Solutions S.A., podpisałem każdy dokument., a wskazana osoba nie jest pracownikiem firmy Euvic Solutions S.A. Najprawdopodobniej Zamawiający omyłkowo zinterpretował wyświetlany podpis jako osobę J. B, sam problem wynika z sposobu wyświetlania podpisu na dokumencie, w który występuje moje drugie imię i całość podpisu widoczna jest jako M. J. B. Proszę o ponowne zweryfikowanie wszystkich podpisanych dokumentów przy pomocy dedykowanego oprogramowania lub we właściwościach podpisu, osadzonego w plikach PDF.”

Pismem z dnia 27 września 2021 r. Zamawiający poinformował, że w wezwaniu do złożenia pełnomocnictwa jakie zostało przesłane do wykonawcy Euvic Solutions S.A., omyłkowo zostało wskazane imię i nazwisko osoby dla której wymagane było złożenie pełnomocnictwa jako: J. B., zamiast: M. J. B. W związku z powyższym, Zamawiający w ramach niniejszego doprecyzowania wezwania z dnia 21.09.2021 r., wzywa do złożenia pełnomocnictwa do złożenia oferty dla osoby podpisującej ofertę czyli Pana M. J. B. Do oferty nie zostało załączone przedmiotowe pełnomocnictwo. Pełnomocnictwo powinno być wystawione przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy i złożone w postaci elektronicznej podpisanej za pomocą kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez uprawnione osoby.

W dniu 28 września 2021 r. wykonawca Euvic Solutions S.A. złożył pełnomocnictwo dla p. M. J. B.

W dniu 8 października 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Euvic Solutions S.A. z siedzibą w Warszawie. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dwukrotne wezwanie wykonawcy Euvic do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji zaniechania

odrzućcia oferty ww. Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, 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.

Stosownie do treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środkach 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. Wskazać należy, iż na gruncie ww. przepisu takim innym oświadczeniem lub dokumentem może być pełnomocnictwo. Nie budzi wątpliwości w świetle orzecznictwa Izby oraz poglądów doktryny, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest wezwaniem jednokrotnym w odniesieniu do konkretnego dokumentu. Ponadto zgodzić należy się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wskazanych w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp musi być jednoznaczne i zrozumiałe dla wykonawcy, tak aby był on w stanie stwierdzić, jakich oświadczeń lub dokumentów zamawiający żąda w wezwaniu, w jakich oświadczeniach lub dokumentach są błędy lub jakie oświadczenia lub dokumenty są niekompletne (na czym polega niekompletność oświadczenia lub dokumentu).

Odnosząc się do ww. zarzutów wskazać należy, iż Zamawiający - w okolicznościach przedmiotowej sprawy - w sposób nieuprawniony dwukrotnie, tj. pismem z dnia 21 września, a następnie pismem z dnia 27 września 2021 r. wezwał wykonawcę Euvic do uzupełnienia stosownego pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę, czym naruszył art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty ww. Wykonawcy.

Izba wskazuje, iż pismem z dnia 21 września 2021 r. Zamawiający wystosował do wykonawcy Euvic w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa wystawionego i podpisanego za pomocą kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez osoby uprawnione, jednocześnie podając, że oferta została podpisana przez p. J. B., a do oferty nie załączono pełnomocnictwa. Z treści wystosowanego wezwania - w ocenie Izby - jednoznacznie wynikało, iż Zamawiający oczekiwał od Przystępującego uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, które nie zostało złożone wraz z ofertą, co potwierdza także podstawa prawna wystosowanego wezwania. Zdaniem Izby okolicznością irrelevantną dla sprawy było omyłkowe pominięcie przez Zamawiającego pierwszego imienia pełnomocnika (p. M. J. B. - jak wynika z podpisu kwalifikowanego), skoro bez wątpliwości istotą wezwania skierowanego do Euvic było uzupełnienie pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę, nie zaś wyjaśnienie jego treści. Innymi słowy, lektura treści wezwania z dnia 21 września 2021 r. prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie dążył do wyjaśnienia wątpliwości w przedmiocie imion osoby podpisującej ofertę z ramienia Euvic i osoby wskazanej w ewentualnym pełnomocnictwie, lecz do wykazania umocowania do działania w imieniu Euvic przez osobę podpisującą ofertę, żądając uzupełnienia stosownego dokumentu. Zauważyć również należy, iż z treści JEDZ wynika, że wykonawca Euvic ustanowił jednego pełnomocnika, tj. p. M. B. wskazując, że jest to „osoba fizyczna umocowana na podstawie pełnomocnictwa osobowego

z dnia 03.09.2021 r.”, tym samym pominięcie w wezwaniu z dnia 21 września 2021 r. pierwszego imienia pełnomocnika nie miało żadnego znaczenia, wobec jednoznacznie wyartykułowanego w treści wezwania braku pełnomocnictwa do złożenia oferty.

Co więcej słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, iż wykonawca Euvic za pomocą platformy zakupowej mógł z łatwością zweryfikować jakie dokumenty i oświadczenia zostały przekazane Zamawiającemu wraz z ofertą. Tymczasem w okolicznościach rozpoznawanej sprawy wykonawca Euvic - wbrew treści wystosowanego wezwania z dnia 21 września 2021 r. do uzupełnienia stosownego pełnomocnictwa - zdecydował się na polemikę z Zamawiającym wskazując, że ofertę podpisał, nie jak wskazał Zamawiający w treści wezwania, p. J. B. ale p. M. J. B., wnosząc przy tym o ponowną weryfikację podpisów pełnomocnika. Podkreślenia wymaga, że wykonawca Euvic w wyjaśnieniach z dnia 23 września 2021 r. nie wskazywał na niejednoznaczność skierowanego wezwania, lecz skupił się na wyjaśnieniu kwestii, która nie była akcentowana przez Zamawiającego, tj. poprawności wyświetlenia podpisu elektronicznego. Wykonawca Euvic nie zakwestionował także czynności Zamawiającego dokonanej 21 września 2021 r. za pomocą środków ochrony prawnej.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego jakoby omyłka pisarska po stronie Zamawiającego w zakresie pominięcia pierwszego imienia p. B. „doprowadziła w ostateczności do sformułowania przez Zamawiającego wezwania, które w odbiorze Wykonawcy dotyczyło innej osoby niż pełnomocnik”, przez co mogła wprowadzić Wykonawcę w błąd. Przeczy temu treść wyjaśnień z dnia 23 września 2021 r. podpisanych przez p. M. J. B., z których wynika, że „Najprawdopodobniej Zamawiający omyłkowo zinterpretował wyświetlany podpis jako osobę J. B., sam problem wynika z sposobu wyświetlania podpisu na dokumencie, w którym występuje moje drugie imię i całość podpisu widoczna jest jako M. J. B.” Z powyższego zdaniem Izby wynika, iż p. M. J. B. prawidłowo zidentyfikował, że skierowane do wykonawcy Euvic wezwanie dotyczyło jego osoby - będącej pełnomocnikiem Euvic, a zatem omyłkowe pominięcie przez Zamawiającego w treści wezwania pierwszego imienia pełnomocnika Wykonawcy było łatwo zauważalne i nie stanowiło błędu tego rodzaju, iż mogło wprowadzać Wykonawcę w błąd co do zakresu wezwania Zamawiającego. Dodać również trzeba, iż brak było przeszkód, aby wykonawca Euvic wyjaśnił Zamawiającemu omyłkę dotyczącą imion pełnomocnika Euvic, jednocześnie przedkładając - zgodnie z żądaniem Zamawiającego - stosowne pełnomocnictwo, czego jednak Przystępujący nie uczynił. Wykonawca Euvic nie załączając do wyjaśnień pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę, pozbawił się tym samym możliwości uzupełnienia stosownego pełnomocnictwa na późniejszym etapie postępowania, skoro czynność wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter jednokrotny.

W konsekwencji powyższego za nieprawidłową Izba uznała czynność Zamawiającego z dnia 27 września 2021 r. polegającą na doprecyzowaniu wezwania z dnia 21 września 2021 r. Zdaniem składu orzekającego treść ww. pisma wskazuje, że jego istotą było ponowne wezwanie wykonawcy Euvic do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby

podpisującej ofertę. Dostrzec przy tym należy, iż ww. pismo zostało skierowane do wykonawcy Euvic bez podania podstawy prawnej działania Zamawiającego. Ponadto gdyby nawet przyjąć, iż Zamawiający w ramach autokontroli uprawniony jest do sprostowania czy doprecyzowania treści skierowanego do wykonawcy wezwania, mimo że ustawa Pzp nie przewiduje takiego trybu, to w okolicznościach tej sprawy doprecyzowanie wezwania skierowane do wykonawcy Euvic nastąpiło 4 dni po upływie pierwotnego terminu do uzupełnienia pełnomocnictwa i po zapoznaniu się przez Zamawiającego z treścią wyjaśnień Euvic z dnia 23 września 2021 r. Tym samym czynność Zamawiającego z dnia 27 września 2021 r. była nową czynnością i nie konwalidowała czynności wezwania z dnia 21 września 2021 r.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, że wezwanie skierowane do wykonawcy Euvic pismem z dnia 21 września 2021 r. było na tyle jasno sformułowane, iż Przystępujący działając z należytą starannością, mógł zrozumieć, że dotyczy ono braku pełnomocnictwa jako dokumentu niezłączonego do oferty. Tym samym fakt istnienia „widocznej na pierwszy rzut oka” omyłki pisarskiej w postaci brakującego imienia pełnomocnika - zamiast p. M. J. B.- p. J. B., nie powinien dyskwalifikować możliwości właściwego rozumienia rzeczywistych oczekiwań Zamawiającego co do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa i usprawiedliwiać kolejnego wezwania do wykonawcy Euvic, zwłaszcza że wystosowane do Przystępującego wezwanie kierowane jest do profesjonalisty, od którego należy oczekiwać podwyższonego miernika staranności. Wykonawca winien mieć również na względzie, iż czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu do uzupełnienia czy poprawienia stosownego oświadczenia lub dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp co do zasady ma charakter jednorazowy, a brak odpowiedniej reakcji na wezwanie obciąża wykonawcę.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że oferta wykonawcy Euvic winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

W końcu wskazać należy, iż poza oceną Izby - w myśl art. 555 ustawy Pzp - była podnoszona przez Odwołującego kwestia ewentualnego odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na złożenie nieprawidłowego dokumentu przedmiotowego, tj. Windows Server Catalog.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie 18 600 zł.

Przewodniczący: