

sygn. akt: KIO 1869/22

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2022 r. przez wykonawcę Ericsson sp. z o.o., ul. Konstruktorska 12; 02-673 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Systemy S.A., ul. Sienna 39; 00-121 Warszawa,

przy udziale wykonawcy Nokia Solutions and Networks sp. z o.o., ul. Rodziny Hiszpańskich 8; 02-685 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania

odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ericsson sp. z o.o., ul. Konstruktorska 12; 02-673 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę

Ericsson sp. z o.o., ul. Konstruktorska 12; 02-673 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.

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

sygn. akt: KIO 1869/22

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie sektorowych negocjacji

z ogłoszeniem pn. „Zakup i wdrożenie komponentów sieci rdzeniowej CORE LTE450 wraz z usługą wsparcia i utrzymania”.

Numer postępowania POST/PGE/SYS/DZ/00013/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 lutego 2022 r., pod nr 20221S 033-085861.

Dnia 5 lipca 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku oceny złożonych wniosków.

Dnia 15 lipca 2022 roku, wykonawca Ericsson sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności i zaniechań zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę NOKIA Solutions and

Networks

sp. z o.o. (dalej: „NOKIA”) i nieprawidłowej ocenie tego wniosku, polegającej na uznaniu, że wykonawca ten złożył podmiotowe środki dowodowe wymagane w postępowaniu dla dopuszczenia tego wykonawcy do udziału w postępowaniu, w wymagany sposób.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) p.z.p. w zw. z art. 158 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 381 ust. 1

p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę NOKIA, podczas gdy wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 26 maja 2022 r. nie złożył

w przewidzianym terminie, tj. do dnia 20 czerwca 2022 r. podmiotowych środków

dowodowych, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla wykonawcy oraz

członków jego organów;

2. art. 128 ust. 1 i 4 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez uznanie za prawidłowe uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla wykonawcy NOKIA oraz członków jego organów dokonanego w odpowiedzi na wezwanie wykonawcy NOKIA do wyjaśnień z dnia 27 czerwca 2022 r., w sytuacji gdy wykonawca ten wyczerpał prawo do jednokrotnego uzupełnienia tych dokumentów, gdyż nie złożył ich w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 26 maja 2022 r. w przewidzianym terminie, tj. do dnia 20 czerwca 2022 r., co skutkowało naruszeniem

zasady jednokrotności wezwań wynikającej z art. 128 ust. 1 p.z.p., a także zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 16 pkt 1 p.z.p.; ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów powyższych,

3. art. 146 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w zw. z art. 158 ust. 2 w zw. z art. 381 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę NOKIA w sytuacji, gdy złożone podmiotowe środki dowodowe, tj. informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla wykonawcy oraz członków jego organów zostały przekazane zamawiającemu za pomocą poczty elektronicznej, a zatem w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyznaczanymi przez postanowienia Opisu Potrzeb i Wymagań dla Postępowania (dalej: „OPIW”), co skutkowało naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców w związku z umożliwieniem jedynie wykonawcy NOKIA składania dokumentów za pomocą poczty elektronicznej, tj. innego środka komunikacji niż wyznaczona platforma zamawiającego - System Zakupowy GK PGE.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu następujących czynności:

1. Unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
2. Powtórzenie czynności badania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu złożonego przez wykonawcę NOKIA;

3. Odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę NOKIA.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego stosownie do przepisów prawa i zgodnie z fakturą, która zostanie przedstawiona przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia rozumieniu art. 505 p.z.p. oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył niepodlegający odrzuceniu wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i jest zainteresowany złożeniem w nim oferty. Z powodu niezgodnych z prawem czynności zamawiającego ofertę w postępowaniu może złożyć również wykonawca NOKIA, którego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinien podlegać odrzuceniu wskutek niezłożenia przez tego wykonawcę wymaganych podmiotowych środków dowodowych w wymaganym terminie oraz w wymaganej formie. Powyższe może utrudnić lub uniemożliwić uzyskanie zamówienia przez odwołującego w przypadku, gdyby oferta wykonawcy NOKIA, którego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinien podlegać odrzuceniu, została oceniona lepiej niż oferta odwołującego.

Odwołujący wskazał, co następuje.

1. Brak złożenia przez wykonawcę NOKIA w przewidzianym terminie informacji z Krajowego Rejestru Karnego (uzasadnienie zarzutów nr 1 i 2).

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy p.z.p. z uwagi na bezsporną okoliczność, że wykonawca NOKIA w ramach odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów wystosowane w dniu 26 maja 2022 r., na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p., nie złożył w przewidzianym terminie, tj. do dnia 20 czerwca 2022 r., informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla wykonawcy ani dla członków jego organów.

Za nieprawidłowe należy uznać działanie zamawiającego, który już po wyczerpaniu przez wykonawcę NOKIA uprawnienia do jednokrotnego uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p., podjął próbę konwalidacji wniosku tego wykonawcy za pomocą wezwania do wyjaśnień wystosowanego w dniu 27 czerwca 2022 r., którego podstawę miał stanowić art. 128 ust. 4 p.z.p.

W pierwszej kolejności warto wskazać, że uregulowana w art. 128 ust. 4 p.z.p. instytucja wyjaśnień ma na celu wyłącznie rozwianie pojawiających się po stronie zamawiającego obiektywnych wątpliwości co do treści dokumentów złożonych przez wykonawcę. Tryb ten nie może natomiast faktycznie służyć do uzupełniania dokumentów z pominięciem limitu jednokrotności wezwań do uzupełnień, wystosowywanych w stosunku do danego dokumentu jedynie jeden raz na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. Jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie: „Procedura wskazana w art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p. dotyczy sytuacji, w której zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń lub dokumentów (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3229/21). O zaistnieniu jakichkolwiek obiektywnych wątpliwości nie można tym samym mówić w sytuacji, kiedy wykonawca wymaganego dokumentu po prostu nie złożył. Taki stan rzeczy zachodzi natomiast

w niniejszym postępowaniu. Nieuprawnione było przyjęcie przez zamawiającego, że z samego faktu, że na liście załączników znajdował się dokument o nazwie

„1_KRK_22.02.22....pdf.” można domniemywać, że wykonawca ten odwoływał się do

dokumentu zawartego w pliku o innej nazwie - „1_KRK_22.02.22 DP_-sig-sig”, który wcześniej, dnia 25 kwietnia 2022 r., został przesłany p. (...) i p. (...) za pomocą poczty elektronicznej, tj. innego środka

komunikacji niż Platforma Zamawiającego - System Zakupowy GK PGE, przewidziana dla składania wniosku i innych dokumentów w postępowaniu stosownie do pkt. 14.6. i 17.1. OPIW.

Pomijając kwestię rozbieżności pomiędzy nazwami dokumentu wspomnianego na liście załączników i dokumentu złożonego przez wykonawcę NOKIA za pomocą poczty elektronicznej po terminie składania wniosków w dniu 25 kwietnia 2022 r., należy wskazać, że w treści pisma przewodniego wykonawcy NOKIA złożonego 20 czerwca 2022 r. (z datą 17 czerwca 2022 r.) zawarto jednoznaczne oświadczenie: „w załączeniu składamy

wymagane oświadczenia i dokumenty (zgodnie z listą załączników)".

Wykonawca ten w żadnej części odpowiedzi na wezwanie nie odwołał się do wcześniejszych dokumentów z dnia 25 kwietnia 2022 r. nieprawidłowo złożonych za pomocą poczty elektronicznej.

W systemie zamówień publicznych zapewniającym zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców natomiast nie do przyjęcia jest sytuacja, w której wykonawca najpierw na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w przewidzianym terminie nie składa brakującego podmiotowego środka dowodowego, ani też nie wskazuje skąd zamawiający mógłby go uzyskać, po czym następnie to zamawiający z własnej inicjatywy odnajduje ten dokument w swoich zasobach (zgromadzonych w sposób niezgodny z zasadami wskazanym w OPIW) żądając w ramach „wyjaśnień” zgody na uznanie, że niepowołany przez wykonawcę, lecz arbitralnie wskazany przez zamawiającego dokument był tym, którego uzupełnienia zamierzał dokonać wykonawca.

W okolicznościach tej sprawy warto nadto zwrócić uwagę na wewnętrzną sprzeczność w działaniach zamawiającego. Zamawiający najpierw uznał, że wykonawca NOKIA nie złożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego i wystosował w dniu 26 maja 2022 r. wezwanie zawierające w odniesieniu do tego i innych podmiotowych środków dowodowych stwierdzenie, że: „Wykonawca nie złożył ww. dokumentów wraz z wnioskiem o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu”. Następnie jednak, gdy okazało się, że także na wezwanie wykonawca NOKIA w przewidzianym terminie (do dnia 20 czerwca 2022 r.), po raz kolejny nie zdołał złożyć wymaganego w postępowaniu dokumentu, zamawiający stwierdził, że to właśnie dokument złożony w dniu 25 kwietnia 2022 r. (za pomocą poczty elektronicznej, a nie platformy zakupowej) powinien być uznany za dokument złożony przez wykonawcę.

Działanie takie - w oczywisty sposób - było nakierowane na konwalidację, za wszelką cenę, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę NOKIA,

a nie jego obiektywną weryfikację.

W ramach powyższej sytuacji zamawiający z jednej strony dopuścił się więc zaniechania odrzucenia na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) p.z.p. (stosowanego do sektorowych

negocjacji z ogłoszeniem przez odesłanie z art. 158 ust. 2 i art. 381 ust. 1 p.z.p.) wniosku złożonego przez wykonawcę, który nie złożył wymaganego w postępowaniu podmiotowego środka dowodowego, z drugiej zaś nieprawidłowej oceny, że wykonawca ten dokonał prawidłowego uzupełnienia tego dokumentu - w sposób bezzasadny przyjmując, że wykonawca NOKIA powołał się w odpowiedzi na wezwanie na dokument złożony wcześniej, w nienależyty sposób.

W kontekście drugiego z naruszeń - opisanego w zarzucie nr 2, należy wskazać, że działanie zamawiającego naruszało dwie zasady prawa zamówień publicznych pozostających ze sobą w ścisłym związku.

W pierwszej kolejności naruszona została utrwalona w orzecznictwie zasada jednokrotności wezwań. W wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej od dawna podkreśla się, że: „Wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 Pzp jest czynnością jednokrotną. Zasada ta wynika z konieczności zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2021 r., sygn. akt KIO 2720/21).

Tymczasem w niniejszym postępowaniu zamawiający de facto wezwał wykonawcę NOKIA dwukrotnie do uzupełnienia tego samego braku, tj. niezłożonej w przewidzianym terminie informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Bez znaczenia pozostaje nieprawidłowa i jedynie pozorna kwalifikacja drugiego z wezwań jako wezwania do wyjaśnień z art. 128 ust. 4 p.z.p. Wezwanie to obiektywnie zmierzało bowiem do naprawienia nieprawidłowości polegającej na niezłożeniu dokumentu, a zatem do jego uzupełnienia. Co więcej, przyznanie prawa do dwukrotnego uzupełniania tych samych dokumentów uprzywilejowywałoby wykonawcę NOKIA względem innych wykonawców, którzy mogli tylko jednokrotnie uzupełniać dokumenty, w tym odwołującego. Stanowiłoby tym samym również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

2. Przekazanie przez wykonawcę NOKIA informacji z Krajowego Rejestru Karnego za pomocą środka komunikacji elektronicznej innego niż System Zakupowy GK PGE

(uzasadnienie zarzutu nr 3).

W odniesieniu do zasady równego traktowania wykonawców warto także wskazać, że odwołujący - jedyny podmiot poza NOKIA, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - zastosował się do postanowień OPIW, w tym m.in. pkt 14.6. i pkt. 17.1, przewidujących, że zarówno wniosek, jak i inne dokumenty składane wraz z nim, powinny zostać złożone za pomocą Systemu Zakupowego GK PGE. Przyjęcie, że dokumenty można było składać bądź uzupełniać za pośrednictwem poczty elektronicznej mogłoby także dla odwołującego stanowić pewne ułatwienie, z którego jednak nie mógł i nie chciał on skorzystać, gdyż postępował zgodnie z wiążącymi go postanowieniami OPIW. Nawet gdyby więc przyjąć (z którą to tezą odwołujący się nie zgadza przedstawiając szczegółową argumentację w pkt 1. uzasadnienia odwołania powyżej), że wykonawca NOKIA złożył wymagane podmiotowe środki dowodowe przy braku dwukrotnego uzupełniania tych samych dokumentów, to i tak nie można uznać, że informacje z Krajowego Rejestru Karnego zostały złożone w prawidłowy sposób, gdyż wykonawca NOKIA przesłał je za pomocą niewłaściwego środka komunikacji, a więc środka komunikacji nieprzewidzianego w OPIW, w tym m.in. w pkt 14.6. i pkt. 17.1.

Powyższa nieprawidłowość nie stanowi przy tym jedynie naruszenia ogólnej zasady równego traktowania wykonawców, lecz także wypełnia dyspozycję przepisu szczególnego - art. 146 ust. 1 pkt 5 p.z.p., stosownie do którego zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przekazany w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego (m.in. w pkt 14.6 i 17.1 OPIW).

W tym kontekście należy podnieść, że w postępowaniu zamawiający żądał złożenia podmiotowych środków dowodowych już wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W takich okolicznościach jedynie wniosek, który zawierał wszystkie wymagane dokumenty mógł ostatecznie podlegać pozytywnej ocenie i nie zostać odrzucony. Tym samym nawet gdyby przyjąć (z którą to tezą odwołujący się nie zgadza), że wykonawca NOKIA w świetle zasady jednokrotności wezwań mógł skutecznie dokonać uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego poprzez przesłanie dokumentów za pomocą poczty elektronicznej w dniu 25 kwietnia 2022 r., to i tak takie uzupełnienie było nieprawidłowe ze względu na użycie niewłaściwego środka komunikacji elektronicznej. Uwzględniając, że dokument ten nie może być już więcej razy uzupełniany, wniosek złożony przez wykonawcę NOKIA powinien podlegać odrzuceniu co najmniej na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

1. Zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 158 ust. 2 w zw. z art. 381 ust.

1 PZP i art. 128 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie podziela stanowiska odwołującego, że w niniejszym postępowaniu ziściły się przesłanki do dokonania odrzucenia wniosku Nokia na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP, tj. braku złożenia w przewidzianym terminie (do dnia 20 czerwca 2022 r.) podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla wykonawcy i członków jego organów.

Nie sposób zgodzić się z odwołującym, że dokument ten w ogóle nie został złożony przez wykonawcę Nokia do dnia 20 czerwca 2022 r.

Zamawiający nie zaprzecza, że informacja z Krajowego Rejestru Karnego wykonawcy Nokia nie została złożona wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez platformę zamawiającego - System Zakupowy GK PGE, jednakże została złożona samodzielnie przez wykonawcę Nokia w prawidłowej formie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej na adresy e-mail osób wyznaczonych do kontaktu wskazanych w treści OPIW. Zgodnie z pkt 16.2. OPIW „Zamawiający zastrzega sobie prawo do komunikowania się z Wykonawcami również za pomocą poczty elektronicznej”.

Wykonawca Nokia powołał się w treści wiadomości e-mail na przedmiotowe postępowanie wobec czego zamawiający nie miał podstaw do całkowitego pominięcia przekazanych w ten sposób przez wykonawcę Nokia dokumentów i uznania ich za nieistniejące lub niestanowiące dokumentacji postępowania. Zamawiający w tym zakresie nie posiadał jednak jednoznacznej informacji od wykonawcy Nokia na jaką okoliczność w postępowaniu dokumenty te zostały samodzielnie złożone.

Nie zmienia to jednak faktu, że zamawiający na dzień 20 czerwca 2022 r. w rzeczywistości dysponował aktualną i ważną informacją z Krajowego Rejestru Karnego datowaną na dzień 22 lutego 2022 r. dla wykonawcy Nokia i członków jego organów złożonej w prawidłowej formie.

Zamawiający podkreśla, że wbrew twierdzeniom odwołującego, działania podejmowane przez zamawiającego nie były niezgodne z przepisami ustawy PZP ani nie cechowały się wewnętrzną sprzecznością. Mając na uwadze treść art. 128 ust. 1 PZP zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy Nokia do złożenia dokumentów i oświadczeń i nie mógł postąpić wbrew temu obowiązkowi nałożonemu przez ustawodawcę. Fakt, że wykonawca Nokia samodzielnie złożył (uzupełnił) dokumenty zaraz po terminie składania wniosków (dnia 25 kwietnia 2022 r. po godz. 16:00), w tym dokumenty mające potwierdzać brak podstaw wykluczenia w postępowaniu, nie zwalniało zamawiającego z obowiązku wystosowania wezwania do tego wykonawcy (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2021 r. sygn. KIO 3460/21, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2017 r. sygn. KIO 172/17). Celem zamawiającego powinno być bowiem dokonanie faktycznej oceny prawidłowości wniosków i ofert oraz wykonanie wszelkich dopuszczalnych prawem czynności zmierzających do konkurencyjnego wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający powinien

w szczególności dążyć do tego, by dające się usunąć braki i wątpliwości, co do składanych przez wykonawców dokumentów, zostały usunięte.

Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że z treści wezwania z dnia 26 maja 2022 r. w żaden sposób nie wynika, że zamawiający uznał, że informacja z Krajowego Rejestru Karnego wykonawcy Nokia w ogóle nie została złożona (za dokument nieistniejący w postępowaniu), ale że stosowne dokumenty wymienione w treści wezwania nie zostały

złożone „wraz

z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu”. Zamawiający był zatem

w posiadaniu informacji z Krajowego Rejestru Karnego wykonawcy Nokia jeszcze przed

upływem terminu wskazanego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

Nie jest zatem tak jak twierdzi odwołujący, że zamawiający dopiero na skutek braku załączenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego do pisma przewodniego z dnia 20 czerwca 2022 r. nagle uznał, że dokument przekazany dnia 25 kwietnia 2022 r. należy zakwalifikować jako dokument złożony i postanowił „za wszelką cenę konwalidować wniosek o dopuszczenie do udziału” wykonawcy Nokia w wyniku wezwania wykonawcy Nokia do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 PZP.

Faktem jest, że zamawiający na dzień 20 czerwca 2022 r. dysponował złożonym przez wykonawcę Nokia dnia 25 kwietnia 2022 r. dokumentem, tj. informacją z Krajowego Rejestru Karnego datowaną na dzień 22 lutego 2022 r. oraz informacją zawartą w piśmie przewodnim z dnia 20 czerwca 2022 r., że dokument o nazwie plik „1_KRK_22.02.22 DP_sig-sig”, tj. informacja z Krajowego Rejestru Karnego datowana na dzień 22 lutego 2022 r., miała zostać ponownie przekazana zamawiającemu przez wykonawcę Nokia. Oświadczenie woli o załączeniu wynikało z treści pisma przewodniego z dnia 20 czerwca 2022 r. (w szczególności ze spisu załączników).

W związku z powyższym zamawiający nie powinien był automatycznie i bezrefleksyjnie pomijać faktu, że posiada w swoich zasobach (w dokumentacji postępowania) ważny i aktualny dokument, który jednoznacznie wskazuje, że wykonawca Nokia nie podlega wykluczeniu z postępowania (brak jest podstaw merytorycznych do wykluczenia wykonawcy z postępowania). Zgodnie bowiem z zasadą wyrażoną w art. 127 ust. 2 PZP „Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność”. Jednocześnie zamawiający nie mógł samodzielnie zakwalifikować posiadanego już dokumentu jako podmiotowego środka dowodowego złożonego na konkretną okoliczność i dokonać jego oceny nie mając w tym zakresie jednoznacznego oświadczenia ze strony wykonawcy Nokia (w tym w zakresie ich aktualności i prawidłowości).

Mając zatem za uwadze zasadę jednokrotnego wezwania do uzupełnienia wyrażoną w art. 128 ust. 1 PZP, treść art. 127 ust. 2 PZP oraz brak zasadności do wzywania wykonawcy Nokia do złożenia dokumentu, który zamawiający już posiada, racjonalnym i możliwym do zastosowania rozwiązaniem według zamawiającego było wezwanie wykonawcy Nokia do wyjaśnień w tym zakresie na podstawie art. 128 ust. 4 PZP.

Wbrew twierdzeniu odwołującego nie można zatem uznać, że w wyniku zastosowania trybu z art. 128 ust. 4 PZP doszło do jakiegokolwiek niedozwolonego uzupełnienia

dokumentu. Wykonawca Nokia jedynie potwierdził prawidłowość i aktualność informacji z

Krajowego Rejestru Karnego wystawionej dnia 22 lutego 2022 r., którą zamawiający dysponował i wyjaśnił na jaką okoliczność dokument ten został złożony.

W ocenie zamawiającego zupełnie nieracjonalnym byłoby uznanie złożonej dnia 25 kwietnia 2022 r. za dokument nieistniejący. Dokument ten w momencie jego przekazania zamawiającemu (na adresy e-mail osób wyznaczonych do kontaktu w OPIW) stał się bowiem częścią dokumentacji postępowania. Tym bardziej, w niniejszym stanie faktycznym, wyeliminowanie z postępowania wykonawcy, który w rzeczywistości przekazał dokument, z którego wynika, że nie powinien podlegać wykluczeniu z postępowania, byłoby zbyt daleko posuniętym formalizmem, ograniczającym się do stwierdzenia, że wykonawca nie złożył dokumentu przez platformę zamawiającego - System Zakupowy GK PGE. Ponownie należy podkreślić, że żądania odwołującego całkowicie pomijają treść art. 127 ust. 2 PZP. Trzeba też zauważyć, że przepis ten w żaden sposób nie wskazuje formy, w jakiej podmiotowe środki dowodowe mają zostać przekazane zamawiającemu. Istota przepisu jest bardzo jasna - jeżeli zamawiający posiada dany podmiotowy środek dowodowy, to jeżeli wykonawca wskaże na ten środek oraz potwierdzi jego aktualność i prawidłowość to nie jest zobowiązany do jego składania. Jeżeli więc zamawiający - z jakiegokolwiek źródła - uzyskał wymagany dokument - to może posłużyć się nim w postępowaniu w celu oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy.

W ocenie zamawiającego to właśnie wykluczenie wykonawcy Nokia z postępowania z powodów stricte formalnych stanowiłoby nie tylko naruszenie zasady określonej w art. 127 ust. 2 PZP, ale także naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca Nokia, który złożył wymagany dokument samodzielnie (bez wezwania) dnia 25 kwietnia 2022 r., podlegałby w rzeczywistości wykluczeniu z postępowania nie z powodów merytorycznych, ale z bardzo daleko posuniętego formalizmu oraz bez uwzględnienia mechanizmów PZP, które mają zmierzać do merytorycznej oceny zdolności wykonawców, czyli w szczególności bez uwzględnienia art. 127 ust. 2 oraz art. 128 ust. 4 PZP.

Potwierdzenie prawidłowości działania zamawiającego stanowi orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która w swoich wyrokach i uchwałach, zajmowała stanowisko co do samodzielnego uzupełniania (składania) dokumentów przez wykonawców bez wezwania i postępowania przez zamawiających w takich sytuacjach, z czym mamy do czynienia także

w niniejszym stanie faktycznym. W uchwale z 27 lutego 2019 r. (sygn. KIO/KD 13/19) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „ustawodawca nadał obligatoryjny charakter wezwaniu wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów. Oznacza to, że w postępowaniach, w których zastosowanie ma art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, substytutu wezwania nie może stanowić samodzielne uznanie przez zamawiającego, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu lub nie zachodzą względem niego podstawy wykluczenia, nawet w sytuacji, gdy zamawiający posiada oświadczenia i dokumenty wymagane przez rozporządzenie, na skutek złożenia ich przez wykonawcę wraz z ofertą”. Jednakże, powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2017 r. (sygn. KIO 103/17) Izba zaznaczyła, że „w orzecznictwie dopuszcza się co najwyżej zastąpienie wezwania do złożenia dokumentów wezwaniem do potwierdzenia aktualności dokumentów, które wykonawca złożył wraz z ofertą”. Natomiast w wyroku z dnia 22 listopada 2018 r. (sygn. KIO 2326/18) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „dokument wymagany w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, złożony samodzielnie przez wykonawcę (bez wezwania zamawiającego) powinien podlegać w pierwszej kolejności wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Aby móc dokonać oceny tego dokumentu w postępowaniu zamawiający powinien uzyskać od wykonawcy potwierdzenie, że dany dokument został złożony w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie np. omyłkowo. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku uzyskania takiego potwierdzenia zamawiający nie musi już wzywać wykonawcy do złożenia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ale może dokonać jego badania, stosownie do wymagań określonych w SIWZ. Jeżeli w toku badania takiego dokumentu okaże się, że dokument zawiera błędy lub braki, to zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia wymaganego dokumentu, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy”. Analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 października 2019 r. (sygn. KIO 1829/19), a którym wskazała, że „w wypadku samouzupełnienia dokumentów przez wykonawcę zamawiający powinien dokonać oceny samouzupełnionych dokumentów i jeśli są nieprawidłowe - wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a jeśli są prawidłowe - odstąpić od wzywania do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp”.

Mając na uwadze powyższe, w niniejszym postępowaniu za prawidłowe można byłoby uznać także działanie zamawiającego, w którym zamawiający wezwałby wykonawcę Nokia jedynie do potwierdzenia aktualności dokumentów przekazanych zamawiającemu. Zamiast

tego zamawiający zastosował się w pełni do obowiązku wynikającego z treści art. 128 ust. 1 PZP, a następnie w wyniku powzięcia wątpliwości jak należy interpretować przekazywane dokumenty i informacje, wezwał wykonawcę Nokia do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 PZP.

Nadto, jak podkreśla się w doktrynie „Przy interpretacji zakresu okoliczności zobowiązujących do odrzucenia wniosku niezbędne jest stosowanie wykładni ścisłej. Biorąc pod uwagę zasadę zachowania uczciwej konkurencji, należy zachować ostrożność przy odrzucaniu wniosku (co oznacza brak dalszego udziału w postępowaniu) złożonego przez wykonawcę, który jest zdolny do wykonania zamówienia, tj. nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, ze względu na wymagania o charakterze czysto administracyjnym, niedotyczące sytuacji podmiotowej wykonawcy lub niewynikające wprost z przepisów” (Dzierżanowski Włodzimierz, Komentarz - Prawo zamówień publicznych, Lex 2021).

Jak słusznie zauważył także Rzecznik Generalny w opinii z dnia 17 grudnia 2008 r. dotyczącej sprawy C-250/07 Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Grecka, EU:C:2008:734, odnosząc się do pojęcia nieprawidłowej oferty (co na zasadzie analogii można odnieść także do „nieprawidłowego wniosku”): „Kolejną kwestią, która ma znaczenie

dla interpretacji terminu „nieprawidłowa”, jest to, że jednym z celów zamówień publicznych

jest rozwój rzeczywistej konkurencji na rynku (...) rzeczywista konkurencja usuwa zatem bariery, które uniemożliwiają nowym podmiotom wejście na rynek; jest korzystna dla organów zamawiających, które mogą wybrać spośród większej liczby oferentów, a tym samym mogą uzyskać lepszy stosunek jakości do ceny; sprzyja ona również integralności procedur przetargowych jako takich (...) „podstawowym celem dyrektyw jest otwarcie konkurencji na rynku zamówień, gdyż to konkurencja gwarantuje, że zamawiający nie posuną się do faworyzowania. Mając na względzie takie stanowisko TSUE i zgadzając się co do celu regulacji zamówień publicznych definiowanego jako umożliwienie konkurowania na równych warunkach, należy uznać, że odrzucanie wniosków powinno być ograniczone do uchybień istotnych, które mogłyby godzić w przejrzystość postępowania”.

2. Zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 158 ust. 2 w zw. z art. 381 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Nie sposób także uznać za zasadne stanowiska odwołującego, że w niniejszym postępowaniu zaszyły przesłanki do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Nokia na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 PZP w sytuacji, gdy złożone podmiotowe środki dowodowe (informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla wykonawcy Nokia oraz członków jego organów) zostały przekazane zamawiającemu w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu określonymi w OPIW.

Należy wyraźnie odróżnić wniosek o dostęp do udziału w postępowaniu od podmiotowych środków dowodowych, pomimo, że w niniejszym postępowaniu zamawiający wskazał, że podmiotowe środki dowodowe miały zostać złożone wraz z wnioskiem. Wymaganie zamawiającego nie spowodowało nadania podmiotowym środkom dowodowym charakteru wniosku. Nadal są to bowiem dokumenty, co do których zamawiający stosuje art. 128 ust. 1 i ust. 4 PZP w celu ich uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia oraz art. 127 ust. 2, który umożliwia skorzystanie ze środków dowodowych, które są w posiadaniu zamawiającego.

Art. 146 PZP zawiera zamknięty katalog przesłanek odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co oznacza, że zamawiający nie może odrzucić wniosku wykonawcy z innej przyczyny niż wskazane w treści tego przepisu. Ustawodawca wyraźnie odróżnia art. 146 ust. 1 pkt 5) PZP stanowiący podstawę do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z powodu sporządzenia lub przekazania go w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnym lub nie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonych przez zamawiającego od art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) - lit. c) PZP, który stanowi podstawę odrzucenia wniosku w zakresie podmiotowych środków dowodowych i innych dokumentów i oświadczeń składanych przez wykonawców.

Art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a - lit c) PZP nie przewiduje podstawy do odrzucenia wniosku z

powodu złożenia podmiotowego środka dowodowego w odmienny sposób niż określił to zamawiający w treści dokumentacji postępowania (niezgodnie z wymaganiami technicznymi, organizacyjnymi lub przy pomocy innych środków komunikacji elektronicznej), a jedynie podstawę odnoszącą się do merytorycznej oceny złożonych dokumentów (podlegania wykluczeniu) lub do niezłożenia dokumentów w określonym terminie.

Potwierdzenie w tym zakresie stanowi stanowisko doktryny, która stanowczo wskazuje, że należy odróżnić ofertę i wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od podmiotowych środków dowodowych: „Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego. Analogiczna regulacja stanowi jedną z przesłanek do odrzucenia oferty (art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp). Omawiana przesłanka odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu reguluje szeroki zakres możliwych okoliczności skutkujących odrzuceniem wniosku, których przyczyną jest niezastosowanie lub niepełne zastosowanie wymagań zamawiającego co do sposobu sporządzenia lub przekazania wniosku przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Przykładowo zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w następujących przypadkach: 1) złożenie wniosku w postaci elektronicznej niezgodnie z treścią rozporządzenia wydanego na podstawie art. 70 p.z.p., tj. bez pośrednictwa systemu teleinformatycznego spełniającego wymogi wskazane

w rozporządzeniu (i wbrew nakazowi zamawiającego), a zamiast tego - przekazanie wniosku pocztą elektroniczną, 2) przekazanie wniosku w postaci niewłaściwego dokumentu elektronicznego (pliku o niewłaściwym formacie danych) (...). „Podobnie jest w przypadku przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 6 p.z.p., zgodnie, z którą odrzuca się ofertę, która nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego. Ten przepis odnosi się do samej oferty, a nie np. podmiotowych środków dowodowych” (pod. red. H. Nowak, M. Winiarz, Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021).

Zamawiający zatem nie miał podstaw do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wykonawcę Nokia na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5) PZP, bowiem wniosek tego wykonawcy został złożony w terminie, w prawidłowej formie i w prawidłowy

sposób przez platformę zamawiającego - System Zakupowy GK PGE.

Mając zatem na uwadze przedstawioną powyżej argumentację, należy uznać, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem zamawiający nie naruszył żadnego z przepisów wskazywanych przez odwołującego. Zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Nokia było decyzją zamawiającego, którą należy uznać za prawidłową i uzasadnioną merytorycznie, a jednocześnie było działaniem, które zagwarantowało zachowanie konkurencyjności w postępowaniu, bez prowadzenia postępowania w oparciu o zbyt daleko posunięty formalizm.

Przystępujący do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - wykonawca Nokia, złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, podnosząc, co następuje.

1. Zarzuty dotyczące niezłożenia informacji z KRK.

Zarzuty odwołania należy uznać za oczywiście nieuzasadnione. Odwołujący całkowicie pomija bowiem w odwołaniu dyspozycję art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, który wyłącza obowiązek złożenia podmiotowych środków dowodowych będących w posiadaniu zamawiającego. Twierdzenia odwołującego, jakoby wniosek przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlegał odrzuceniu z powodu nieuzupełnienia informacji z KRK w sytuacji, gdy wykonawca Nokia w ogóle nie był zobowiązany do ponownego złożenia tego dokumentu, są całkowicie niezrozumiałe. Należy zwrócić uwagę na brak podstaw prawnych i spójności logicznej argumentacji odwołującego.

Po pierwsze, odwołujący nie kwestionuje faktu wykazania przez przystępującego braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Odwołujący nie wskazuje, jakoby wobec wykonawcy Nokia zachodziła obiektywnie którakolwiek z przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 108 i 109 ustawy Pzp, zaś cała argumentacja zawarta w odwołaniu sprowadza się do kwestii proceduralnych.

Po drugie, odwołujący nie kwestionuje, że zamawiający był w posiadaniu informacji z KRK wykonawcy Nokia i członków jego organów, ani nie kwestionuje aktualności tego dokumentu oraz jego prawidłowości zarówno co do formy, jak i treści (kwestionuje jedynie sposób przesłania).

Po trzecie, odwołujący nie twierdzi w odwołaniu (jak się wydaje), że wykonawca Nokia zobowiązany był do złożenia w odpowiedzi na wezwanie nowego wyciągu z KRK (innego niż ten, który był już w posiadaniu zamawiającego).

Po czwarte wreszcie, odwołujący nie kwestionuje prawa wykonawcy Nokia do niezłożenia ww. dokumentu w związku z dysponowaniem tym dokumentem przez zamawiającego oraz nie formułuje żadnych zarzutów ani nie podnosi jakichkolwiek okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na wadliwość takiego działania w świetle dyspozycji art. 127 ust. 2 ustawy Pzp.

W świetle powyższego, zarzuty i wnioski odwołania jawią się jako sprzeczne z zasadami logiki i zdrowego rozsądku. Ogólnie rzecz ujmując, zarzuty odwołania sprowadzają się bowiem do twierdzenia, jakoby wniosek wykonawcy Nokia powinien zostać odrzucony z powodu niezłożenia dokumentu, do złożenia którego nie był on w ogóle zobowiązany (dokument znajdował się w aktach zamawiającego).

Za całkowicie niezrozumiałe należy również uznać twierdzenia prezentowane przez odwołującego, jakoby na skutek wezwania do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp doszło do naruszenia zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący przedstawia w tym względzie oryginalną i nieznaną ustawie interpretację wezwania do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, które w jego ocenie miałyby prowadzić do (cytując): „naprawienia nieprawidłowości polegającej na niezłożeniu dokumentu, a zatem do jego uzupełnienia” (jakkolwiek należy to rozumieć).

Pomijając całkowity brak wpływu takiej konstatacji na wynik postępowania (wobec braku obowiązku ponownego złożenia tego samego dokumentu), zauważyć należy, że wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp ze swej natury nie może być utożsamiane z wezwaniem do uzupełnienia dokumentu w rozumieniu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Są to bowiem dwie różne instytucje, przy czym ustawa nie wprowadza żadnych ograniczeń (w tym ilościowych) co do prawa żądania wyjaśnień od wykonawców.

Niezrozumiałe jest również twierdzenie, że wezwanie do wyjaśnień nie mogło zostać w ogóle skierowane do wykonawcy, bowiem może ono dotyczyć tylko złożonych dokumentów, a informacja z KRK nie została w ogóle złożona. Próżno doszukiwać się logiki w tym stwierdzeniu, skoro treść wezwania odnosi się explicite do dokumentu będącego w posiadaniu zamawiającego. Abstrahując od uzasadnienia zarzutów odwołania, które pozostaje w istocie oderwane od aktualnego stanu prawnego i realiów przedmiotowej sprawy, warto zauważyć, że zarówno wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 128

ust. 1 ustawy Pzp, jak

i wezwanie do wyjaśnień stanowiły przejaw zbędnego formalizmu, skoro zamawiający od początku dysponował kompletnymi, prawidłowymi i aktualnymi dokumentami potwierdzającymi brak podstaw do wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Nokia. W rzeczywistości wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp był „podwójnie”

nieuzasadniony.

Po pierwsze zamawiający de facto oraz de iure dysponował już tymi dokumentami, gdyż zostały wcześniej złożone przez wykonawcę Nokia. Nawet jeśli zostały złożone z uchybieniem terminu, przyjęć należy w ślad za ugruntowanym poglądem wyrażanym w orzecznictwie -

że jako dokumenty złożone z inicjatywy wykonawcy powinny podlegać uwzględnieniu przez zamawiającego. Co więcej, art. 127 ust. 2 ustawy Pzp znajduje zastosowanie niezależnie od sposobu wejścia przez zamawiającego w posiadanie dokumentów (istotny jest sam fakt dysponowania danym dokumentem).

Po drugie zaś, dokładnie te same podmiotowe środki dowodowe (w tym informacja z KRK) zostały złożone w ramach postępowania prowadzonego przez tego samego zamawiającego pn. Zakup i wdrożenie komponentów sieci radiowej RAN LTE450 wraz z usługą wsparcia technicznego, numer postępowania POST/PGE/SYS/DZ/00092/2022 (dalej „postępowanie RAN”). Dokumenty zostały złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu w dniu 09.05.2022 r., a zatem jeszcze przed wezwaniem do uzupełnienia dokumentów z dnia 26.05.2022 r. w postępowaniu CORE.

Wspomnieć należy, że oba postępowania są prowadzone w tym samym czasie, przy czym w obu przypadkach postanowienia OPIW są tożsame, przy czym zamawiający wymagał od wykonawców złożenia dokładnie tych samych podmiotowych środków

dowodowych (notabene w postępowaniu RAN wnioski złożyli wyłącznie ci sami wykonawcy - Nokia i Ericsson).

W ramach postępowania RAN zamawiający dokonał badania podmiotowych środków dowodowych wykonawcy Nokia, w tym informacji z KRK, nie zgłaszając do tego dokumentu jakichkolwiek zastrzeżeń. Zamawiający badał zatem podmiotowe środki dowodowe równolegle w obu postępowaniach.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający nie miał zatem i obiektywnie rzecz biorąc nie mógł mieć, jakichkolwiek wątpliwości co do posiadania prawidłowej i aktualnej informacji z KRK wykonawcy Nokia oraz członków jego organów. Zamawiający wszedł bowiem w jego posiadanie (podobnie jak pozostałych podmiotowych środków dowodowych) zarówno w przedmiotowym postępowaniu (w związku z ich przesłaniem przez wykonawcę Nokia w ślad za złożonym wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), jak i prowadzonym

w tym samym czasie postępowaniu RAN, przy czym nazwa pliku oraz treść dokumentu nie pozostawiała żadnych wątpliwości, o jaki dokument chodzi. Jednocześnie już sama treść wiadomości e-mail z załączonymi podmiotowymi środkami dowodowymi, przesłanej do zamawiającego w postępowaniu CORE, stanowi jednoznaczne i wystarczające wskazanie na charakter i cel złożenia tych dokumentów, w tym informacji z KRK, jako podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu. Zamawiający miał zatem świadomość dysponowania właściwym dokumentem KRK, co znajduje dodatkowe potwierdzenie w treści wezwania do wyjaśnień z dnia 27 czerwca 2022 r. (dowód: e-mail z dnia 25.04.2022 r., wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu RAN wraz z listą załączników, informacja z KRK złożona w postępowaniu RAN i CORE) - na okoliczność złożenia tego samego dokumentu w postępowaniu CORE i RAN oraz świadomości jego posiadania przez zamawiającego w związku z równoległym badaniem dokumentów w obu postępowaniach.

Warto zauważyć, że art. 127 ust. 2 ustawy PZP milczy na temat sposobu wejścia przez zamawiającego w posiadanie podmiotowych środków dowodowych. Przyjmuje się, że mogą to być w szczególności dokumenty złożone w innym postępowaniu (na co wskazuje m.in. motyw 85 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym instytucje zamawiające nie powinny wzywać do złożenia dokumentów, które zostały złożone w innym postępowaniu). Również sposób przekazania podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu CORE (tj. drogą mailową) pozostaje bez znaczenia, skoro w wezwaniu z dnia 26 maja 2022 r. zamawiający dopuścił złożenie dokumentów tą samą drogą. Zaznaczyć należy, że dokumenty te zostały przekazane zamawiającemu w prawidłowej formie (elektronicznej).

Zamawiający nie mógł mieć również wątpliwości co do aktualności posiadanej informacji z KRK.

Po pierwsze aktualność dokumentu wynikała wprost z przepisów prawa (dokument nie starszy niż 6 miesięcy).

Po drugie, dokument ten został przesłany zamawiającemu w dniu upływu terminu na złożenie wniosków (oraz ponownie kilka dni później, w ramach postępowania RAN). Zamawiający nie mógł mieć zatem wątpliwości, że dysponuje dokumentem aktualnym (wątpliwości takie mogłyby powstać, gdyby dokument został złożony w ramach innego, wcześniejszego postępowania).

Po trzecie zaś, aktualność podmiotowych środków dowodowych została dodatkowo potwierdzona w piśmie z dnia 20.06.2022 r. (odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów), w którym wskazano z nazwy konkretny plik, obejmujący zaświadczenia KRK, oraz potwierdzono wprost aktualność wszystkich podmiotowych środków dowodowych zarówno na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i na dzień uzupełnienia dokumentów. Wniosek, jakoby wykonawca mógł przywoływać w piśmie dokumenty nieaktualne przeczyłby logice oraz doświadczeniu życiowemu.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 127 ust. 2 Pzp nakazuje przyjąć, że jeżeli charakter i aktualność dokumentu będącego w posiadaniu zamawiającego nie budzą wątpliwości, zamawiający może w ogóle odstąpić od żądania złożenia takiego dokumentu, na co wskazuje zresztą wspomniany już motyw 85 dyrektywy klasycznej. Również wymóg wskazania dokumentu i potwierdzenia jego prawidłowości i aktualności przez wykonawcę należy odczytywać przez pryzmat jego rzeczywistej funkcji (informacyjnej), a nie jako dodatkowy wymóg proceduralny, oderwany od faktycznego wpływu na wynik postępowania (tym bardziej, że celem tego przepisu jest właśnie „odbiurokratyzowanie” całej procedury). W sytuacji, gdy określone podmiotowe środki dowodowe nie budzą wątpliwości co do ich charakteru

i aktualności, ww. obowiązek informacyjny uznać należy za bezprzedmiotowy (przy czym podkreślić należy, że z ostrożności wykonawca Nokia potwierdził w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów aktualność wszystkich podmiotowych środków dowodowych, w tym informacji z KRRK, wymienionej wśród załączników do pisma).

W zbliżonym stanie faktycznym wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2021-07-09, sygn. akt KIO 1629/21, KIO 1638/21: „Zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość

i aktualność. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie tylko jest w dyspozycji podmiotowego środka dowodowego, ale sam prowadzi rejestr w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, brak wskazania na to przez wykonawcę nie powinien prowadzić do uznania, że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby nie odpowiadałoby to zasadzie proporcjonalności określonej w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby do stwierdzenia, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału

w postępowaniu, mimo że nie tylko warunek ten niewątpliwie spełnia, ale również mimo posiadania przez Zamawiającego dokumentu potwierdzającego to spełnianie. Fakt, że Zamawiający skierował wezwanie do złożenia takiego dokumentu może być uznane jedynie za czynność zbędną, co jednak nie wpłynęło na przebieg i wynik postępowania”.

Stanowisko powyższe znajduje również potwierdzenie w piśmiennictwie: „Zamawiający może również odstąpić od wezwania do złożenia określonych środków dowodowych, wiedząc, że je posiada. W takim wypadku zobowiązany jest jednak do wezwania wykonawcy do potwierdzenia ich prawidłowości i aktualności, chyba że charakter określonych środków dowodowych (np. dowodu potwierdzającego należyte wykonanie robót, dostaw lub usług świadczonych na rzecz zamawiającego) wskazuje na oczywistą bezzasadność wezwania” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, wyd. 3, 2021 r.).

Analogiczna wykładnia prezentowana była również na gruncie poprzedniej ustawy, gdzie odpowiednikiem art. 127 ust. 2 był art. 26 ust. 6. Nie budziło wówczas wątpliwości, że

przepis ten należy interpretować przez pryzmat jego rzeczywistego celu i funkcji, tj. odbiurokratyzowania procedur. Powszechnie przyjmowano, że przepis ten uprawnia zamawiającego do odstąpienia od żądania ponownego złożenia dokumentów. Tytułem przykładu przywołać należy m.in. następujące orzeczenia KIO i poglądy doktryny:

- wyrok KIO z 26.02.2018 r., KIO 236/18, LEX nr 2477468: „Zarzut dokonania przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy przez bezprawne i bezzasadne zaniechanie wezwania B. do uzupełnienia dokumentów. Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający był uprawniony do zastosowania art. 26 ust. 6 ustawy. Wprawdzie ten przepis przez polskiego ustawodawcę został sformułowany jako uprawnienie wykonawcy, to jednak stanowi on odpowiedź na motyw 85 dyrektywy 24/2014/UE, który stanowi „Należy również przewidzieć, by instytucje zamawiające nie zwracały się o wciąż aktualne dokumenty, które posiadają już w związku z wcześniejszymi postępowaniami o udzielenie zamówienia.” Motyw ten zatem wprost wskazuje, że instytucja zamawiająca ma się nie zwracać o aktualny dokument, który posiada w związku z wcześniejszymi postępowaniami. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu”.

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-06-07, KIO 974/18, KIO 993/18, KIO 1032/18: „W związku z powyższym wezwanie Przystępującego ŁPIB na podstawie art. 26 ust. 3 do wyjaśnienia lub złożenia nowego zobowiązania nie jest już zasadne, bowiem Zamawiający dysponuje oświadczeniem o treści potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp 6 „wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy (...)”. Zatem wezwanie wykonawcy do złożenia oświadczenia, o treści posiadanej przez Zamawiającego nie jest konieczne. Art. 26 ust. 6 Pzp nie wskazuje w wyniku jakich czynności Zamawiający wszedł w posiadanie oświadczeń lub dokumentów dotyczące tego wykonawcy a jedynie odnosi się do faktu ich posiadania. Okoliczność, iż sprecyzowanie zakresu podwykonawstwa nastąpiło w oświadczeniu dotyczącym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nie ma znaczenia dla wagi merytorycznej oświadczenia. Istotą jest treść oświadczenia, która potwierdza okoliczność, o której mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, a fakt posiadania przez Zamawiającego takiego oświadczenia w przedmiotowym postępowaniu, jest bezsporny”.

- wyrok KIO z 22.06.2017 r., KIO 1083/17, LEX nr 2324465: „Art. 26 ust. 6 Pzp stanowi, że wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie

warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz brak podstaw do wykluczenia, jeśli zamawiający posiada już te dokumenty. (...) Brak jest podstaw do odmawiania zamawiającemu podstaw do wykorzystania w toku oceny oferty tych wiadomości, które już posiada i żądanie złożenia dokumentów zawierających te informacje jedynie dla poprawności formalnej”.

- wyrok KIO z 13.03.2020 r., KIO 439/20, LEX nr 2937370: „Z powyższych przepisów

wynika zatem, że jeśli zamawiający dysponuje dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca nie ma obowiązku ich składać. Ustawodawca wprowadził powyższe rozwiązanie w celu ograniczenia ilości dokumentów, których zamawiający musiałby żądać, a wykonawca składać, w sytuacji gdy nie ma takiej potrzeby, gdyż konieczne do oceny spełniania warunku dokumenty są już w posiadaniu zamawiającego. Rozwiązanie to ma zatem na celu odbiurokratyzowanie procedur zamówień publicznych i ułatwienie wykonawcom ubiegania się o zamówienia publiczne.

W tym stanie rzeczy nie ma także podstaw do tego, aby zamawiający wzywał na obecnym etapie wybranego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej usługi. Jak wskazano już wyżej, w świetle art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca w ogóle nie był zobowiązany do ich składania”.

- wyrok KIO z 14.09.2020 r., KIO 1351/20, LEX nr 3067092: „Potwierdzeniem powyższego jest stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2017 r. sygn. akt. KIO 2112/17, KIO 2113/17, w którym wskazano, iż „Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 6 ustawy Pzp wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2017 r. poz. 570). Ratio legis ww. regulacji jest dążenie ustawodawcy do odbiurokratyzowania procedury udzielania zamówień publicznych poprzez eliminację obowiązku składania zamawiającemu oświadczeń lub dokumentów, znajdujących się już w jego posiadaniu”.

A. Szyszkowski, Niejasności procedury odwróconej, M.Zam.Pub. 2017, nr 11, s. 22-25: „Zamawiający w sytuacji, w której wykonawca wraz z ofertą składa prawidłowe dokumenty, nie powinien wzywać wykonawcy do ponownego złożenia tychże dokumentów. Po pierwsze, zgodnie z art. 26 ust. 6 p.z.p., wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 p.z.p., jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy, niezależnie od tego, w jaki sposób wszedł w ich posiadanie. Po drugie, ponowne żądanie dokumentów już w danym postępowaniu przez danego wykonawcę złożonych, jest całkowicie nieracjonalne”.

Podsumowując, wobec faktu dysponowania przez zamawiającego prawidłową i aktualną informacją z KRK, przystępujący nie był w ogóle zobowiązany do jego ponownego złożenia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 26.05.2022 r. Co więcej, wobec bezspornego charakteru tego dokumentu, w tym w zakresie jego prawidłowości i aktualności, samo wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu, jak również do potwierdzenia jego aktualności kwalifikować należy jako czynność zbędną i nadmiarową.

W konsekwencji zarzuty odwołania jako odnoszące się do ww. czynności i ich skutków, nie zasługują na uwzględnienie, jako niemające wpływu na wynik postępowania.

Z ostrożności wskazać należy, że zamawiający może w każdym czasie dokonywać korekty własnych czynności w postępowaniu, gdy uzna je za wadliwe lub zbędne lub wymagające modyfikacji. Zważywszy zatem, że od samego początku dysponowanie przez zamawiającego prawidłową i aktualną informacją z KRK nie mogło budzić wątpliwości, zaś wezwanie przystępującego do ponownego złożenia posiadanych już podmiotowych środków dowodowych stanowiło czynność zbędną i nadmiarową, Zamawiający miał prawo do przyjęcia w poczet podmiotowych środków dowodowych informacji z KRK, którą już posiadał, a wezwanie przez zamawiającego do potwierdzenia znanych mu okoliczności - z perspektywy wykonawcy - mogło stanowić co najwyżej swoistą postać autokorekty.

2. Zarzut ewentualny.

Również zarzut ewentualny jako oderwany w zupełności od realiów przedmiotowej sprawy oraz istoty przepisów ustawy Pzp, jawi się jako oczywiście bezzasadny. Warto jedynie wskazać, że odwołujący, kwestionując sposób przesłania dokumentu (w związku

z wykorzystaniem poczty elektronicznej zamiast platformy zakupowej)), nie zauważa, że:

- zamawiający dopuścił explicite przesłanie dokumentów drogą mailową,
- w piśmie zamawiającego z 15.06.2022. do Ericsson wskazano na możliwość złożenia dokumentów przy wykorzystaniu poczty elektronicznej (jako formy zastępczej) - nie doszło zatem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców,
- przepisy powoływane jako podstawa odrzucenia wniosku dotyczą złożenia wniosku w sposób niezgodny z wymogami technicznymi, natomiast nie dotyczą sposobu składania podmiotowych środków dowodowych,
- również punkty OPIW wskazane w odwołaniu (14.6 i 17.1) dotyczą składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie podmiotowych środków dowodowych,
- art. 127 ust. 2 ustawy Pzp nie wskazuje na sposób i okoliczności wejścia przez zamawiającego w posiadanie dokumentów, a tym samym prawo do niezłożenia ponownie tego samego dokumentu jest ograniczone jedynie do dokumentów złożonych wcześniej przy wykorzystaniu platformy zakupowej,
- odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że ten sam dokument został złożony za pośrednictwem platformy zakupowej w postępowaniu RAN.

Z powyższych względów, zarzut ewentualny nie zasługuje na uwzględnienie.

Niezależnie od oczywistej bezzasadności zarzutów odwołania, należy dodatkowo zauważyć, że odwołujący w ogóle nie podnosi zarzutów sformułowanych w odniesieniu do normy wynikającej z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, oraz nie powołuje żadnych okoliczności

faktycznych i prawnych nakierowanych na zakwestionowanie prawa wykonawcy do

skorzystania z prawa do niezłożenia podmiotowego środka dowodowego, znajdującego się już w posiadaniu zamawiającego. W odwołaniu próżno szukać jakichkolwiek argumentów przemawiających za brakiem możliwości zaliczenia w poczet podmiotowych środków dowodowych informacji KRK będącej w posiadaniu zamawiającego w oparciu o ww. normę prawną. W istocie odwołujący skupia się na zupełnie innych aspektach sprawy, dopatrując się w wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp naruszenia zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia informacji z KRK, w sytuacji, gdy dokument ten w ogóle nie musiał być uzupełniany.

W myśl art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Izba nie jest zatem władna do orzekania ponad zarzuty odwołania, jak również do rozszerzającej interpretacji zarzutów. Zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. W wyroku z 11.04.2013 r., KIO 589/13, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia”. Z kolei

w wyroku z 13.03.2020 r., KIO 431/20, LEX nr 2948108, Izba orzekła, że poza treścią samego odwołania brak jest możliwości doprecyzowywania zarzutów. „Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte

w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 PZP, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy prawnej zarzutu” (vide W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 555).

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że wobec braku podniesienia w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, oraz brak zakwestionowania uprawnienia

wykonawcy Nokia do zaniechania ponownego złożenia informacji z KRK w świetle ww.

normy, ocena prawidłowości działań w tym aspekcie wykracza poza ramy rozpoznawanych zarzutów odwołania. Nie sposób nie zauważyć, że konstatacje odwołującego

zaprezentowane

w odwołaniu godzą w rażący sposób w zasadę proporcjonalności postępowania, o której mowa w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp. Należy przede wszystkim mieć na uwadze, że obowiązująca ustawa Pzp kładzie nacisk na „odbiurokratyzowanie” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym poprzez wyłączenie obowiązku kilkukrotnego składania tych samych dokumentów. W związku z tym, wykładnia przepisów ustawy, w tym art. 127 ust. 2, powinna uwzględniać ich rzeczywisty cel.

Zważyć należy, że zarówno dyrektywa 2014/24/UE, jak i ustawa Pzp, nadają zasadzie proporcjonalności rangę ogólnej zasady postępowania. W wyroku TSUE z 28.2.2018 r. w sprawach połączonych C-523/16, C-536/16, MA.T.I. SUD SpA v. Centostazioni SpA

i Duemme SGR SpA przeciwko Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR) (EU:C:2018:122), Trybunał podkreślił, biorąc pod uwagę wcześniejsze orzecznictwo Trybunału, że zgodnie z zasadą proporcjonalności przyjęte środki nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zakładanego celu (por. wyr. TSUE: z 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07, Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias, z 19.5.2009 r. w sprawie

C-538/07, Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, EU:C:2009:317; z 23.12.2009 r. w sprawie C-376/08, Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl v. Comune di Milano, EU:C:2009:808; z 22.10.2015 r. w sprawie C-425/14, Impresa Edilux srl i Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) v. Assessorato Beni Culturali e

Identità Siciliana - Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani in., EU:C:2015:721).

Również w ramach utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej od lat wyrażany jest pogląd, że formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie, ale służy przede wszystkim realizacji celu postępowania, jakim jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Jednym z przejawów zasady proporcjonalności jest utrwalony w orzecznictwie prymat treści nad formą dokumentu oraz rzeczywistego pozyskania przez zamawiającego niezbędnych informacji. Jak wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 marca 2022 r., KIO 354/22: „Izba podtrzymuje linię orzeczniczą o wyższości treści nad formą, uznając, że Zamawiający uzyskał na podstawie powyższych dokumentów wszystkie niezbędne informacje”. W tym samym wyroku Izba wypowiedziała się również na temat stosowania art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, potwierdzając prawo wykonawcy do zaniechania złożenia danego dokumentu, jeżeli niezbędne informacje wynikają z dokumentów znajdujących się w posiadaniu zamawiającego.

W świetle powyższego twierdzenie odwołującego, jakoby wniosek Nokia o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinien zostać odrzucony z powodu niezłożenia tego samego dokumentu po raz trzeci (sic!), w sytuacji, gdy wykonawca ten wykazał bezspornie brak podstaw do wykluczenia, jawi się nie tylko jako nieuzasadniony, ale wprost jako kuriozalny.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza w całości podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego oraz przystępującego Nokia, przyjmując ją za własną. Ponadto Izba wskazuje, co następuje.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty postawione w odwołaniu stricte dotyczą kwestii formalnych związanych z dokumentami złożonymi przez przystępującego. Co prawda przystępujący swoim działaniem wprowadził pewien chaos komunikacyjny, jednakże działanie to jak i ocena dokonana przez zamawiającego nie budzą wątpliwości pod kątem poprawności i zgodności działania z obowiązującymi przepisami prawa, gdyż na względzie należy mieć cel, któremu służy procedura udzielenia zamówienia publicznego. Celem postępowania jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej w postępowaniu przez wykonawcę, który spełnia szeroko rozumiane warunki udziału w postępowaniu, zarówno te przedmiotowe jak

i podmiotowe. Oznacza to, skupiając się na warunkach podmiotowych, że wykonawca jest zobowiązany wykazać zamawiającemu, iż jego sytuacja ekonomiczna, finansowa, potencjał, doświadczenie, czy wreszcie kwestie związane z osobami zarządzającymi firmą wykonawcy, ich niekaralność, dają pewność zamawiającemu, że podmiot wybrany w toku procedury zamówieniowej da gwarancję prawidłowej realizacji umowy zawartej w wyniku udzielonego zamówienia. W tym celu ustawodawca w sposób usystematyzowany uchwalił szereg przepisów, które mają na celu ułatwienie zamawiającemu podjęcie prawidłowej decyzji. Przepisy ustawy Pzp, wyraźnie regulują jakie czynności i w jakim czasie może podejmować zamawiający względem wykonawców, tak aby nie zostały naruszone podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych w tym zasada określona przepisem art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, która stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Biorąc pod uwagę wszystkie ww. okoliczności Izba stwierdziła, iż zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Odwołujący wywodząc zasadność podnoszonych zarzutów skupia się bowiem na elementach nieistotnych, niemających żadnego znaczenia dla istoty rozstrzygnięcia. Wady (które w ocenie Izby nie wystąpiły w przedmiotowym postępowaniu) w czynnościach zamawiającego i przystępującego, które podnosi odwołujący dają się w prosty sposób wyjaśnić poprzez prawidłową wykładnię przepisu art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy, Izba stwierdziła, co następuje.

W dniu 25 kwietnia 2022 roku, przystępujący przesłał do zamawiającego, na adresy e-mail wskazane w dokumentacji postępowania dokumenty (informacje z KRK). Okolicznością bezsporną w sprawie jest, że dokumenty te zostały przesłane po terminie na składanie wniosków oraz że zostały przesłane przez wykonawcę samodzielnie.

Odnosząc się do zarzutu, iż dokumenty te nie zostały przesłane w wymaganej przez zamawiającego formie, tj., że zostały przesłane na adresy e-mail, nie zaś przez platformę, na której zamawiający prowadzi postępowanie Izba wskazuje, iż zgodnie z pkt 16 OPIW zamawiający dopuścił również formę komunikowania się przez pocztę elektroniczną, podając adresy e-mail osób, do których taką korespondencję należy kierować, cyt.

„16.1. W niniejszym Postępowaniu korespondencja przekazywana będzie poprzez System Zakupowy GK PGE. Szczegółowe informacje dotyczące Systemu Zakupowego GK PGE zostały zawarte w pkt 26 Opisu potrzeb i wymagań.

16.2. Zamawiający zastrzega sobie prawo do komunikowania się z Wykonawcami również za pomocą poczty elektronicznej.

16.3. Osobami uprawnionymi do kontaktowania się z Wykonawcami w sprawie Postępowania jest wyłącznie: (.)”.

Powyższa informacja stanowi uzupełnienie informacji wskazanych przez zamawiającego w pkt 14.6 i 14.6.1 OPIW, co oznacza, że przystępujący w sposób dopuszczony przez zamawiającego przekazał dokumenty z KRK.

Ponadto zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2022 roku, potwierdził, co zgodne jest z ustaleniami Izby, że cyt.: „(.) W przypadku powzięcia informacji, że do odpowiedzi na wezwanie nie dołączono wszystkich dokumentów, istnieje możliwość ich przekazania Zamawiającemu za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres wskazany w OPW,

z zastrzeżeniem, że musi to nastąpić do upływu wyznaczonego terminu”.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca również uwagę na fakt, iż analogicznie jak w przypadku składania ofert, złożenie wniosku przez podaną przez zamawiającego platformę zakupową stanowi akt oświadczenia woli, wyrażający się chęcią uzyskania zamówienia w postępowaniu, w którym taki wniosek jest składany. Należy również zwrócić uwagę na odrębność funkcjonalną wniosku od dokumentów składanych wraz z tym wnioskiem i związanych z tym konsekwencjami prawnymi. Zgodnie bowiem z przepisem art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie przewidział konsekwencji prawnych w odniesieniu do dokumentów i oświadczeń składanych wraz z tym wnioskiem.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, 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 (...).

Konsekwencją braku wypełnienia wezwania zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jest obowiązek odrzucenia wniosku w trybie przepisu art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony 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, innych dokumentów lub oświadczeń.

Tym samym, aby zamawiający mógł zastosować ww. przepis, który ma charakter sankcyjny, czyli należy go wyklądać w sposób ścisły, koniecznym jest stwierdzenie przez zamawiającego, czy okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych. W przedmiotowym postępowaniu odpowiedź na tak zadane pytanie musi być negatywna.

Jak ustaliła Izba, forma przesłania dokumentów przez przystępującego była prawidłowa. Pozostaje więc ocena czy dokumenty te mogły być uwzględnione przez zamawiającego w procedurze oceny podmiotowej przystępującego wykonawcy. Odpowiedź na tak zadane pytanie musi być twierdząca.

Zgodnie z przepisem art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

Zamawiający pismem z dnia 28 maja 2022 roku, w trybie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do uzupełnienia wszystkich dokumentów wymaganych w postępowaniu, które nie zostały złożone przez przystępującego.

Pismem z dnia 17 czerwca 2022 roku, przystępujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego, jednakże w ramach przekazywanych podmiotowych środków dowodowych nie załączył informacji z KRK.

W związku z powyższym, zamawiający działając na podstawie przepisu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień o następującej treści: „Czy ze względu na to, że w spisie Załączników do pisma z dnia 17 czerwca 2022 r. [Pismo przewodnie_20.06.2022-sig-sig] figuruje informacja, że załącznikiem do pisma jest Informacja z Krajowego Rejestru Karnego dla wykonawcy oraz członków organu: „Załącznik nr 3. Informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla wykonawcy oraz członków organów

(1_KRK_22.02.22....pdf);”, Zamawiający ma zaliczyć na poczet uzupełnianych dokumentów, dokumenty umieszczone w pliku „1_KRK_22.02.22 DP_-sig-sig” złożonym przez Wykonawcę w dniu 25 kwietnia 2022 r.? Jeżeli tak, to czy Wykonawca potwierdza, że ww. dokumenty złożone w dniu 25 kwietnia 2022 r. są aktualne?”.

Przystępujący Nokia w odpowiedzi na powyższe wezwanie wskazał, co następuje: „Potwierdzamy, że Zamawiający powinien zaliczyć na poczet uzupełnianych dokumentów informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla Wykonawcy oraz członków organów umieszczone w pliku „1_KRK_22.02.22 DP_-sig-sig”, złożonym przez Wykonawcę w dniu 25 kwietnia 2022 r., wymienione w piśmie przewodnim z dnia 17.06.2022 r. (data złożenia

20.06.2022 r.) jako „Załącznik nr 3. Informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla wykonawcy oraz członków organów (1_KRK_22.02.22....pdf). Jednocześnie potwierdzamy, że ww. informacje z Krajowego Rejestru Karnego są prawidłowe i aktualne”.

Analizując powyższe, mając na względzie brzmienie przepisu art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu przystępujący Nokia, po pierwsze - nie był zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych ponad te złożone w dniu 25 kwietnia 2022 r., gdyż odpowiadały one formie ich złożenia, a merytoryczna treść nie

budziła wątpliwości, po drugie - wezwanie zamawiającego z 26 maja 2022 roku mogło nie dotyczyć zakresu związanego z KRK, gdyż zamawiający był w posiadaniu tych dokumentów, po trzecie - wykonawca przystępujący wskazał podmiotowe środki dowodowe w wiadomościach e-mail z dnia 25 kwietnia 2022 roku, po czwarte - w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego potwierdził ich prawidłowość i aktualność.

Tym samym zostały wypełnione wszystkie przesłanki warunkujące zastosowanie przez zamawiającego przepisu art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, do prawidłowej oceny wniosku przystępującego Nokia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: