

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Katarzyna Poprawa**

Protokolantka: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2024 roku odwołania wniesionego

#x200edo Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2024 r. przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) J.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługowy Zakład Elektryczny J.Z. w Dębicy, (2) B.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą WKD Zakład Elektryczno-Techniczny B.K. w Żyrakowie, (3) P.P.H.U. ELEKTRO - WIMA" s.c. M.C., W.J. w Dębicy, (4) I.J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą I.J. Zakład Instalacji Elektrycznych, Pomiarów i Dokumentacji w Nagawczynie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie Oddział w Tarnowie

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów podniesionych w pkt II lit. c) oraz lit. d),
2. oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (1) J.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługowy Zakład Elektryczny J.Z. w Dębicy, (2) B.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą WKD Zakład Elektryczno-Techniczny B.K. w Żyrakowie, (3) P.P.H.U. ELEKTRO - WIMA" s.c. M.C., W.J. w Dębicy, (4) I.J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą I.J. Zakład Instalacji Elektrycznych, Pomiarów i Dokumentacji w Nagawczynie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 4261/24

Uzasadnienie

Zamawiający - TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Tarnowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Realizacja prac związanych z przyłączeniem odbiorców gr. IV i V na terenie działalności TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie”, numer postępowania: Pzp/TD-OTW05492/2023.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, dalej „Pzp” lub „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 października pod nr 2023/S 206-647406.

Wartość postępowania przekraczała progi unijne. Przedmiot zamówienia został podzielony na 10 zadań.

W dniu 15 listopada 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) J.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługowy Zakład Elektryczny J.Z. w Dębicy, (2) B.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą WKD Zakład Elektryczno-Techniczny B.K. w Żyrakowie, (3)

P.P.H.U. ELEKTRO - WIMA" s.c. M.C., W.J. w Dębicy, (4) I.J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą I.J. Zakład Instalacji Elektrycznych, Pomiarów i Dokumentacji w Nagawczynie zwanego dalej Odwołującym

od niezgodnej z przepisami Pzp czynności podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego polegającej na:

1. dokonaniu wyboru do realizacji zadania nr 7, tj. zadania obejmującego obszar J.T. Dębica oferty wykonawcy Konsorcjum firm INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. komandytowa (Lider) oraz MIXEL Firma Elektryczna T.K., jako oferty najkorzystniejszej oraz
2. od zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty wskazanego wykonawcy.

Wymienionym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów prawa:

a)(zarzut podniesiony w *petitum odwołania jako II a*) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp

w związku z art. 124 pkt 2 i art. 126 ust. 1 ustawy i § 9 ust. 1 Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dn. 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), zwane dalej „rozporządzeniem” oraz pkt. 3.1.1.4.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), poprzez nieodrzućenie oferty konsorcjum INSTALMAT sp.

z o.o. sp. komandytowa i MIXEL Firma Elektryczna T.K. pomimo niewykazania przez wykonawców tworzących konsorcjum zdolności technicznej lub zawodowej do wykonania zamówienia, tj. niewykazania należytego wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert robót budowlanych w zakresie budowy/przebudowy sieci elektroenergetycznych napowietrznych lub kablowych nN/SN lub oświetleniowych napowietrznych lub kablowych nN lub przyłączy elektroenergetycznych o łącznej wartości nie mniejszej niż 12.000.000 zł pomimo wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia poprawnego oświadczenia o posiadaniu zdolności (wykazu robót), zgodnego z SWZ

b)(zarzut podniesiony w *petitum odwołania jako II b*) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w związku z 125 ust. 2 oraz pkt. 3.3.5 SWZ poprzez nieodrzućenie oferty konsorcjum INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. komandytowa MIXEL Firma Elektryczna T.K. pomimo, że złożone przez wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum formularze jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), nie spełniały wymagań określonych w pkt 3.3.5 SWZ ponieważ nie zawierały dokładnej informacji, której części zamówienia dotyczą,

c)(zarzut podniesiony w *petitum odwołania jako II c*) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w związku z art. 126 ust. 1 ustawy, 15 rozporządzenia, 6 ust. 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. poz. 2452), zwanego dalej „rozporządzeniem o wymaganiach technicznych”, oraz pkt 3.7.1. i pkt 4.2.2.8. SWZ poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum pomimo, że podmiotowe środki dowodowe przedłożone na wezwanie zamawiającego

w trybie art. 126 ust. 1 Pzp nie były opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z wymaganiami określonymi w § 15 rozporządzenia, § 6 ust. 2 i 3 rozporządzenia o wymaganiach technicznych oraz w pkt 3.7.1 oraz 4.2.2.8 SWZ,

d)(zarzut podniesiony w *petitum odwołania jako II d*) art. 226 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 220 ust. 3 i 4 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez konsorcjum INSTAL-MAT

sp. z o.o. sp. komandytowa i MIXEL Firma Elektryczna T.K. w sytuacji,

gdy wykonawca ten mimo wezwania przez Zamawiającego nie wyraził pisemnej zgody

na przedłużenie terminu związania ofertą. Dokumentu takiego brak jest bowiem wśród dokumentów udostępnionych Odwołującym się przez Zamawiającego,

e)(zarzut podniesiony w *petitum odwołania jako II e*) art. 74 ust. 2 Pzp z zw. z art. 16 ust. 1 i 2 oraz art. 18 ust. 1 i 2 poprzez nieudostępnienie Odwołującym się wszystkich załączników do protokołu postępowania, a przez to naruszenie ich prawa do złożenia odwołania do KIO uwzględniającego wszystkie okoliczności sprawy a przez to naruszenie udzielania zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz przejrzystość postępowania (art. 16 pkt. 1 i 2) a także jawności postępowania (art. 18 ust. 1 Pzp).

Opierając się na przedstawionych wyżej zarzutach wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części dotyczącej zadania

nr 7,

b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. komandytowa (Lider) i MIXEL Firma Elektryczna T.K.,

c) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części dotyczącej zadania 7.

Odwołujący opiera swoją legitymację do wniesienia odwołania na tym, że również złożyli ofertę na wykonanie zadania 7 objętego postępowaniem tj. w zakresie obejmującym obszar J. T. Dębica. Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dn. 5 listopada 2024 r. oferta Odwołującego się została oceniona jako druga w kolejności uzyskując 90 pkt. Oznacza to, że Zamawiający uznał ją za ofertę ważną, niepodlegającą odrzuceniu. Na skutek wadliwych czynności Zamawiającego, Odwołujący się utraci możliwość uzyskania zamówienia. W przypadku odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum INSTAL-MAT

sp. z o.o. sp. komandytowa i MIXEL Firma Elektryczna T.K., oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Jednocześnie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów prawa, Odwołujący może ponieść szkodę, w tym przede wszystkim w postaci utraconych korzyści obejmujących zysk z tytułu wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w dn. 5 listopada 2024 r. wybrał w zakresie zadania nr 7 ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), tj. firm INSTAL-MAT

sp. z o.o. sp. komandytowa (Lider) i MIXEL Firma Elektryczna T.K. Stalowa Wola.

Był to już trzeci wybór najkorzystniejszej oferty. Po raz pierwszy wyboru najkorzystniejszej oferty dokonał Zamawiający w dn. 15 marca 2024 r. Przed tym dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający wezwał konsorcjum INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. komandytowa i MIXEL Firma Elektryczna T.K. (dalej: „Konsorcjum”), w trybie art. 126 ust. 1 Pzp do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Co prawda w przekazanych Odwołującym się przez Zamawiającego załącznikach do protokołu postępowania brak jest takiego wezwania, niemniej okoliczność

tę potwierdza fakt, że członkowie Konsorcjum przedłożyli takie dokumenty, a najpóźniej wystawiony z nich, tj. zaświadczenia o niekaralności T.K., nosi datę

26 stycznia 2024 r. Okoliczność ta stoi w sprzeczności z zapewnieniami Zamawiającego, że przekazał kompletną dokumentację postępowania.

Wśród dokumentów przekazanych Odwołującym się przez Zamawiającego brak jest pisma przewodniego Konsorcjum, do którego załącznikiem są podmiotowe środki dowodowe. Istotne jest to o tyle, że załączniki INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. komandytowa stanowią kopie dokumentów nie opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a załączniki MIXEL Firma Elektryczna T.K. są opatrzone kwalifikowanym podpisem tego wykonawcy w dacie 26 stycznia 2024 r. Przedłożone przez członków Konsorcjum podmiotowe środki dowodowe w części noszą daty 20 i 21 listopada 2023 r.

Pismem z dn. 19 lutego 2024 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. Wśród załączników do protokołu postępowania przekazanych Odwołującym się przez Zamawiającego brak jest zgody Konsorcjum na takie przedłużenie. Wobec wskazanych wyżej zapewnień Zamawiającego Odwołujący się przyjmują, że taka zgoda nie została mu przekazana.

Z kolei pismem z dn. 21 lutego 2024 r., Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał Konsorcjum do złożenia informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dla Instal-Mat sp. z o.o. spółka komandytowa oraz wykazu robót budowlanych wykonanych przez MIXEL Firma Elektryczna T.K. zgodnego z wymaganiami określonymi w pkt. 3.1.1.4. SWZ. W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum przedstawiło żadaną informację z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych oraz dokumenty potwierdzające wykonanie robót przez członka konsorcjum MIXEL Firma Elektryczna T.K..

Od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dn. 15 marca 2024 r. odwołanie złożył obecny Odwołujący. Zamawiający uznał zasadność tego odwołania w efekcie czego KIO umorzyła postępowanie prowadzone pod sygn. KIO 970/24.

Po przeprowadzeniu ponownej oceny ofert w dn. 17 maja 2024 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta Odwołującego. Jednocześnie odrzucił ofertę konsorcjum INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. komandytowa i MIXEL Firma Elektryczna T.K., powołując się na okoliczność nieprzedłożenia przez członków Konsorcjum prawidłowego pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum. Od tej czynności Zamawiającego odwołali się z kolei członkowie Konsorcjum. Wyrokiem z dn. 19 czerwca 2024 r., sygn. KIO 1855/24 Izba uwzględniła odwołanie i uchyliła czynności Zamawiającego obejmujące odrzucenie oferty Konsorcjum i wybór oferty Odwołujących się oraz nakazała powtórzenie czynności oceny ofert i wybór najkorzystniejszej ofert. Wyrok ten został utrzymany w mocy przez Sąd Zamówień Publicznych wyrokiem z dn. 04 października 2024 r., sygn. XXIII Zs 110/24. Przedmiotem rozstrzygnięcia zarówno przez KIO jak i Sąd Zamówień Publicznych była wyłącznie kwestia prawidłowości (skuteczności) udzielenie liderowi Konsorcjum pełnomocnictwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

W dniu 5 listopada 2024 r. Zamawiający dokonał po raz trzeci wyboru najkorzystniejszej oferty uznając za taką ofertę konsorcjum INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. komandytowa i MIXEL Firma Elektryczna T.K.. Wśród dokumentów stanowiących załączniki do protokołu przekazanych Odwołującemu przez Zamawiającego w dniu 5 listopada 2024 r. brak jest potwierdzenia, aby Zamawiający po dokonaniu oceny ofert wzywał w trybie art. 126 ust. 1 Pzp Konsorcjum, którego oferta została oceniona najwyżej do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Oznacza to, że oparł się na podmiotowych środkach dowodowych złożonych przez Konsorcjum w styczniu 2024 r.

W trakcie postępowania Odwołujący się czterokrotnie występowali do Zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami i je otrzymywali, przy czym przy kolejnym udostępnieniu Zamawiający przesłał tylko dokumenty, które nie zostały przekazane wcześniej, zapewniając równocześnie, że przekazał wszystkie dokumenty istniejące na dany dzień.

Stosownie do treści art. 528 pkt 4 Pzp Izba odrzuca odwołanie jeśli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. Jak wskazano wyżej, już dwukrotnie toczyły się przed KIO sprawy z odwołania dotyczące tego postępowania. Okolicznością, która była przedmiotem oceny w ramach tych postępowań odwoławczych, była prawidłowość udzielenia pełnomocnictwa liderowi Konsorcjum przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Niniejsze odwołanie żadnych zarzutów w tym zakresie nie zawiera, wobec czego nie zachodzi wskazana wyżej przesłanka negatywna. Nie występują też inne przesłanki z art. 528 Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Uzasadnienie zarzutów odwołania

1)Zarzut a)

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz wykonawcy, który nie przedstawił w wymaganym terminie przedmiotowego środka dowodowego. Jak wynika zaś z art. 124 pkt 2 Pzp zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu Zamawiający skorzystał z tego uprawnienia wymagając m.in. od wykonawców ubiegających się o zamówienie wykazania posiadania zdolności technicznej lub zawodowej poprzez wykazanie przez wykonawcę należytego wykonania w ostatnich 5 latach robót budowlanych w zakresie budowy/przebudowy sieci elektroenergetycznych napowietrznych lub kablowych nN/SN lub oświetleniowych napowietrznych lub kablowych nN lub przyłączy elektroenergetycznych o łącznej wartości netto nie mniejszej niż 12 mln zł (pkt 3.1.1.4 SWZ dla zadania nr 7). Zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia w celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku zamawiający może żądać wykazu robót. Wzór takiego wykazu stanowił załącznik nr 5 do SWZ. Przepisy rozporządzenia nie przewidują innego sposobu wykazania spełnienia tego warunku niż poprzez złożenie wykazu, w szczególności nie dają podstaw do zastąpienia wykazu przesłaniem Zamawiającemu dokumentów źródłowych (umów i aneksów do nich), z których by wynikało, jakiego rodzaju roboty i o jakiej wartości wykonawca zrealizował.

Jak wskazano wyżej, Zamawiający wezwał Konsorcjum w trybie art. 128 ust. 1 do przedłożenia wykazu robót budowlanych wykonanych przez MIXEL Firma Elektryczna T.K. zgodnego z wymaganiami określonymi w pkt. 3.1.1.4. SWZ. W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum przekazało umowy i aneksy do nich dotyczące wykonywanych robót oraz referencje. Nie przekazało jednak skorygowanego wykazu robót, zgodnego z wymaganiami pkt 3.1.1.4 SWZ oraz formularzem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ.

Zgodnie z poglądem wyrażonym przez KIO składany przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykaz usług ma potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadanie odpowiedniego doświadczenia w realizacji usług określonych w warunku, natomiast referencje mają tylko potwierdzać należyte ich wykonanie. Referencje nie służą bowiem potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż ten fakt potwierdza sam wykonawca w składanym wykazie oświadczeniu (tak np. KIO w wyrokach z dn. 13.02.2024 r., sygn. KIO 189/24 - Legalis). Tym bardziej wykonawca nie może potwierdzić spełnienia takiego warunku przekazując Zamawiającemu umowy i aneksy do nich.

W niniejszej sprawie przedłożony przez Konsorcjum wykaz robót budowlanych nie dokumentował spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej bowiem w pkt. 1-3, oraz 6-7 wykazano roboty budowlane inne niż wymagane przez Zamawiającego (budowy dróg), wobec czego Zamawiający słusznie zastosował tryb z art. 128 ust. 1 wzywając do złożenia wykazu obejmującego odpowiednie roboty budowlane o wymaganej wartości. Bezsprzecznym jest, że odpowiadając na wezwanie Konsorcjum nie przedłożyło wykazu robót zgodnych z SWZ co winno skutkować odrzuceniem ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp. Tymczasem Zamawiający bezpodstawnie uznał, że dokumenty potwierdzające należyte wykonanie umowy oraz umowy i aneksy do nich spełniają warunki określone w rozporządzeniu i pkt. 3.1.1.4 SZW i zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum.

Wartym podkreślenia jest również fakt, iż art. 128 ust. 1 Pzp nie przewiduje ponawiania przez zamawiającego wezwań do poprawienia bądź uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Tym bardziej, że to na wykonawcy, jako profesjonalście, spoczywa obowiązek wykazania w sposób jasny i nie budzący wątpliwości, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych winien dochować należytej staranności przy przekazywaniu Zamawiającemu oświadczeń istotnych dla oceny sytuacji wykonawcy (tak KIO w wyroku z dn. 17.04.2023 r., sygn. KIO 950/23 Legalis). Okoliczności te uzasadniają pierwszy z podniesionych zarzutów.

2)Zarzut b)

Jak wynika z treści art. 125 ust. 2 Pzp oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu składa się na formularzu JEDZ. Sposób wypełnienia tego formularza określił Zamawiający w pkt 3.3.5 SWZ wskazując, że w przypadku składania oferty na część Przedmiotu Zamówienia. Wykonawca wypełniając JEDZ winien dokładnie opisać, dla której części zamówienia wykazuje spełnienie warunku. Z treści oferty złożonej przez Konsorcjum w niniejszym postępowaniu wynika jednoznacznie, że dotyczyła ona części 7 zamówienia. Analiza JEDZ złożonego zarówno przez Instal-Mat sp. z o.o. sp. komandytowa jak i Mixel Firma Elektryczna T.K. takiego precyzyjnego określenia nie zawiera. W obu przypadkach w części obejmującej informacje na temat postępowania o udzielenie zamówienia (pierwsza strona JEDZ u dołu), brak jest takiego dokładnego określenia. Brak jest go również w innych częściach dokumentu, co oznacza, że dokumenty te są niezgodne z wymaganiami określonymi w SWZ, skoro Zamawiający wyraźnie wymagał, że informacja taka ma się znaleźć w JEDZ, co uzasadnia twierdzenie, iż Zamawiający winien taką wadliwą ofertę odrzucić.

3)Zarzut c).

Stosownie do treści art. 126 ust. 1 Pzp zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Z przepisu tego wynika obowiązek zamawiającego co wprost należy wywodzić z użytego bezwarunkowego sformułowania „zamawiający wzywa”. Co prawda w dokumentach przekazanych Odwołującym się przez Zamawiającego brak jest takiego wezwania niemniej jednak niewątpliwie miało ono miejsce, skoro pod koniec stycznia 2024 r. Konsorcjum takie dokumenty i oświadczenia złożyło. Uszło jednak uwagi Zamawiającego, że dokumenty te nie spełniają wymagań określonych w 15 rozporządzenia. Jak z tego przepisu wynika podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składa się w formie elektronicznej, w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, w formie pisemnej lub w formie dokumentowej. Sposób składania cyfrowego odwzorowania dokumentów w postaci papierowej oraz poświadczania ich zgodności określa § 6 rozporządzenia o wymaganiach technicznych. Zgodnie z ust. 2 w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odzwierciedlenie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Poświadczenia takiego w przypadku podmiotowych środków dowodowych dokonuje odpowiednio wykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie. Dodatkowo wymagania odnoszące się do przekazywania dokumentów papierowych w postaci cyfrowej oraz potwierdzania ich autentyczności określa pkt 3.7.1 . i pkt 4.2.2.8. SWZ

O ile jeszcze można dopuścić zamieszczenie w jednym nieedytowalnym pliku (np. w formacie .pdf), odwzorowanie kilku dokumentów i opatrzenie ich jednym podpisem kwalifikowanym o tyle nie do przyjęcia jest uznanie, że dokumenty zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym tylko z tego tytułu, że podpisem takim została opatrzona wiadomość, do której plik zawierający odwzorowanie takich dokumentów został dołączony.

Z analizy kopii dokumentów przesłanych Odwołującemu przez Zamawiającego wynika, że nie zostały zgodnie z przedstawionymi wyżej wymaganiami poświadczone podmiotowe środki dowodowe złożone przez INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. komandytowa, co uzasadnia podniesiony zarzut naruszenie przepisów.

4)Zarzut d).

Stosownie do treści art. 220 ust. 3 Pzp, w przypadku, gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą Zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni. Przedłużenie terminu związania ofertą wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (art. 220 ust. 4 Pzp). Oznacza to, że zgoda może być wyrażona wyłącznie w sposób określony w tym przepisie. Brak zgody spełniającej wskazane wymagania stanowi podstawę do obligatoryjnego odrzucenia oferty wykonawcy, który w wymagany prawem sposób zgody nie wyraził na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 12 Pzp. Braku zgody spełniającej wymagania ustawowe nie można w żaden sposób konwalidować.

Sytuacja taka wystąpiła w niniejszym postępowaniu m.in. w stosunku do zadania nr 7. Zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą pismem z dnia 19 lutego 2024 r. W przekazanej Odwołującym się w dniu 19 marca 2024 r. dokumentacji postępowania, która wedle zapewnień Zamawiającego miała zawierać kopie wszystkich załączników do protokołu postępowania istniejących na dzień przekazania, brak jest pisma zawierającego zgodę konsorcjum INSTAL-MAT sp. z o.o. sp. komandytowa i MIXEL Firma Elektryczna T.K. na przedłużenie terminu związania ofertą. Oznacza to, że Zamawiający był w takich okolicznościach zobligowany do odrzucenia ich oferty na podstawie powołanego wyżej art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp, a zaniechanie tej czynności przez niego uzasadnia omawiany zarzut.

5)Zarzut e)

Jak wynika z przedstawionego opisu stanu faktycznego, Odwołujący się kilkakrotnie występowali do Zamawiającego o przekazanie protokołu postępowania oraz załączników do niego. Analiza otrzymanych dokumentów wykazała, że mimo zapewnień Zamawiającego nie otrzymali wszystkich załączników do protokołu. Pomijając fakt, iż w konsekwencji musieli uznać, że jeśli jakichś dokumentów nie ma wśród przekazanych, to nie pojawiły się one w postępowaniu, to takie zachowanie Zamawiającego narusza przepisy postępowania.

Zgodnie z art. 74 ust. 2 Pzp zamawiający ma obowiązek udostępnić wykonawcom na ich żądanie protokół postępowania oraz wszystkie załączniki do niego. Przepis ten stanowi wyraz realizacji zasady jawności postępowania — art. 18 ust. 1 Pzp. Z kolei ust. 2 tego artykułu stanowi, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w sytuacjach określonych wprost w ustawie. Nawet jednak w takiej sytuacji powinien wskazać wykonawcom, że z tego prawa korzysta i w jakim zakresie. Tymczasem w niniejszym postępowaniu nic takiego nie miało miejsca. Takie zachowanie Zamawiającego narusza też obowiązek prowadzenia przez niego postępowania w sposób

przejrzysty z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji ograniczając wykonawcom (Odwołującym się) prawo do złożenia skutecznego odwołania. Uzasadnia to ostatni ze stawianych zarzutów.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wnosi i wywodzi jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione w dniu 15 listopada 2024 roku, od czynności Zamawiającego z dnia 5 listopada 2024 roku. Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał

w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów wniesionego odwołania należy wskazać, iż zgodnie z:

- art. 16 pkt 1 i 2 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
 - 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
 - 2) przejrzysty;
- art. 18 ust. 1 i 2 Pzp Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
- art. 74 ust. 2 Pzp Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:
 - 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,
 - 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu,
- art. 124 pkt 2 Pzp W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający:
 - 2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.
- art. 125 ust. 2 Pzp Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej "jednolitym dokumentem",
- art. 126 ust. 1 Pzp Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych,
- art. 220 ust. 3 i 4 Pzp
 3. W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni.
 4. Przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,
- art. 226 ust. 1 pkt 12 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
 - 2) została złożona przez wykonawcę:
 - b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
 - c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu (II lit. e), tj. naruszenia art. 74 ust. 2 Pzp z zw. z art. 16 ust. 1 i 2 oraz art. 18 ust. 1 i 2 poprzez nieudostępnienie Odwołującemu wszystkich załączników do protokołu postępowania, a przez to naruszenia prawa do złożenia odwołania do KIO uwzględniającego wszystkie okoliczności sprawy, a przez to naruszenie udzielania zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz przejrzystość postępowania (art. 16 pkt. 1 i 2) a także jawności postępowania (art. 18 ust. 1 Pzp), Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego dotycząca czynności Zamawiającego jest zasadna, co potwierdził sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Jednakże, aby Izba mogła uwzględnić zarzut, czynność Zamawiającego stanowiąca naruszenie przepisów Pzp musi prowadzić do skutku w postaci wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględni odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Przekazanie przez Zamawiającego w terminie późniejszym wnioskowanych dokumentów (co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu) wywołało skutek w postaci możliwości wniesienia środka odwoławczego w zakresie udostępnionych dokumentów, liczonego od dnia ich otrzymania. Nie pozbawiło to Odwołującego możliwości skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej, a jedynie miało wpływ na początek biegu terminu do ich kwestionowania. Nie miało również wpływu na wynik postępowania, co Odwołujący potwierdził wycofując zarzuty II lit. c) i d), po otrzymaniu od Zamawiającego dokumentów, których nieprzekazanie kwestionował.

Wobec powyższego należało orzec 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) oraz § 8 ust. 2 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).

Przewodnicząca: