Sygn. akt: KIO 3612/23

WYROK

z dnia 18 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Danuta Dziubińska

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Solartech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 491/23, 02-844 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Ogrodowa 59a, 00-876 Warszawa

orzeka:

1.**Oddala odwołanie**;

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

2.1.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;

2.2. zasądza od Solartech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 3612/23

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

PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna(dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp" lub „ustawa Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i budowa instalacji PV - PV Jeziórko 3 o mocy do 30 MW", numer referencyjny: POST/EOD/EOD/BM/00236/2023 (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieni zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 132-420256.

21 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ROMGOS Gwiazdowscy sp. z o.o., ROMGOS Sp. z o.o. Engineering sp. k..

Wykonawca Solartech Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp poprzez odrzucenie jego oferty w sytuacji, w której y powinien zostać jeszcze uprzednio wezwany do przedstawienia wykazu osób w trybie art. 128 ust. 1 Pzp;

2)art. 128 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedłożonego wykazu osób, podczas gdy względem wykazu osób Zamawiający powinien zamiast powyższego zwrócić się o wyjaśnienia;

3)art. 63 ust. 1 Pzp poprzez wskazanie tego przepisu jako podstawy odrzucenia oferty z uwagi na brak opatrzenia wykazu osób kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podczas gdy art. 63 ust. 1 Pzp nie odnosi się do formy, w jakiej powinny być składane podmiotowe środki dowodowe.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie:

1)unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum ROMGOS Gwiazdowscy sp. z o.o., ROMGOS Sp. z o.o. Engineering Sp. k. (dalej: „ROGMOS");
2)unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
3)wykonania czynności wezwania Odwołującego do przedstawienia wykazu osób w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1)wezwania Odwołującego w trybie art. 126 ust. 1 Pzp z dnia 12 października 2023 roku oraz wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp z dnia 26 października 2023 roku;
2)wykazu osób podpisanego z dniem 28 sierpnia 2023 roku, niepodpisanego wykazu osób oraz wykazu osób podpisanego z dniem 9 listopada 2023 roku;
3)Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 listopada 2023 roku;
4)Oświadczenia Odwołującego z 9 listopada 2023.

Odwołujący wskazał w szczególności, że w dniu 12 października 2023 roku został wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Realizując wezwanie przekazał podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz osób, potwierdzający spełnianie przez niego warunków udziału w Postępowaniu. Zamawiający w dniu 26 października 2023 roku skierował kolejne wezwanie do uzupełnienia lub złożenia dokumentów, tj. informacji z banku oraz wykazu osób w terminie do dnia 31 października 2023 roku. Dokumenty te zostały przekazane przez Odwołującego 31 października 2023 roku, przy czym wykaz osób nie został podpisany. Następnie Odwołujący uzupełnił wykaz, przesyłając go w dniu 9 listopada 2023 roku do Zamawiającego. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując jako przyczynę brak opatrzenia wykazu osób kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zdaniem Odwołującego na skutek złożenia przez niego podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób, nie powinno dojść do skierowania przez Zamawiającego drugiego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, lecz do żądania wyjaśnień. Wykaz osób pierwotnie złożony przez Odwołującego kwalifikowałby się na skierowanie drugiego wezwania (art. 128 ust. 1 Pzp), gdyby był on niekompletny lub zawierał błędy. Pierwotnie złożony wykaz osób został przesłany Zamawiającemu, nie można więc mówić o jego niezłożeniu. Był on prawidłowo podpisany i czytelny. Nie zawierał on również błędów – z wykazu osób nie wynikało, by Odwołujący nie spełniał warunków udziału w Postępowaniu. Jego treść mogła być co najwyżej niejasna i budzić wątpliwości, co wymagało w tej sytuacji zażądania przez Zamawiającego złożenia wyjaśnień.

Odnosząc się do poszczególnych uwag Zamawiającego zawartych w wezwaniu do uzupełnienia wykazu osób z dnia 26 października 2023 roku, Odwołujący wskazał:

„a)Doświadczenie Pana H. H. – „Wykazano dla tej osoby 10 zadań (inwestycji) z których pierwsze dwie tj. Bliskowice i Lesko wpisano moc 0,999 MW, zaś kolejne wpisano moce do 1 MW. Na tej podstawie Zamawiający nie jest w stanie policzyć czy wskazane przez Wykonawcę moce poszczególnych Instalacji spełniają wymaganie zaprojektowania przez tę osobę co najmniej 3 instalacji fotowoltaicznych o mocy sumarycznej nie mniejszej niż 10 MW." Jeżeli wskazano jako moc „do 1 MW" oznacza to, że rzeczona moc wynosiła maksymalnie 1 MW – nie przekreśla to w żadnym stopniu przyjęcia, że moc sumaryczna wszystkich instalacji fotowoltaicznych przekracza 10 MW. Przedmiotowa pozycja w wykazie osób nie wykazywałaby spełniania warunków udziału w Postępowaniu, gdyby wskazano dokładne jednostki mocy a ich zsumowanie dawałoby wynik niższy niż 10 MW lub też gdyby zawarto sformułowanie, iż łączna moc instalacji nie osiąga pułapu 10 MW. Sposób oznaczenia doświadczenia p. H. H. mógł wywoływać co najwyżej wątpliwości, niemniej nie oznaczał on niespełniania warunków udziału w Postępowaniu przez Odwołującego – rodził on jedynie konieczności wytłumaczenia zapisów „do 1 MW".

b)Doświadczenie Panów T. D. i P. K. – „w kolumnie Doświadczenie zawodowe potwierdzające spełnienie warunku nie zostało wskazane wymagane doświadczenie". Trzeba wskazać, że Zamawiający ograniczył się do zacytowania zapisu warunku w SWZ, nie uzasadniając czemu konkretnie ta pozycja nie potwierdza zdaniem Zamawiającego spełniania warunku w Postępowaniu. Tymczasem, warunku prawidłowego skierowania wezwania w trybie art. 128 ust. 1 PZP jest uzasadnienie, w jaki konkretnie sposób kwestionowany podmiotowy środek dowodowy pozostaje niewystarczający dla dokonania weryfikacji w ramach Postępowania. W rzeczonej pozycji jednoznacznie wskazano na doświadczenie, tj. na posiadanie doświadczenia projektanta „od momentu nadania uprawnień", podczas gdy moment nadania uprawnień przewidziano w kolejnej kolumnie. Podkreślono, że p. D. jest projektantem kilkunastu stacji elektroenergetycznych – jedynie nie sprecyzowano że co najmniej jedna z nich wynosiła poziom 110/SN. Niemniej, nie świadczyło to o niewykazaniu spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, a jedynie wymagało doprecyzowania przez Zamawiającego w ramach żądania wyjaśnień.

c)Doświadczenie Panów A. S. i A. M. - analogicznie jak lit. b.

d)Doświadczenie Pana H. H. Analogicznie jak w lit. a.

e)Doświadczenie Pana S. W. – „Wykazano dla tej osoby 5 zadań (inwestycji), każda o mocy do 1 MW, w „Nidzica V" nie wskazano mocy w ogóle. Na tej podstawie Zamawiający nie jest w stanie policzyć czy wskazane przez Wykonawcę moce poszczególnych Instalacji spełniają wymaganie pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych na budowach instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy co najmniej 5 MW." – nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że w przypadku zadania „Nidzica V" w ogóle nie wskazano mocy. Przyjęto bowiem w wykazie, że każde z zadań dotyczyło mocy na poziomie co najmniej 0,9 MW. Z wykazu osób nie wynikało, by nie mógł on potwierdzać spełnienia warunku udziału w postaci łącznej mocy instalacji fotowoltaicznych na poziomie co najmniej 5 MW, gdyż łączna moc maksymalna nie została sprecyzowana, minimalna natomiast wyniosła 4,5 MW. Okoliczność ta wymagała skierowania żądania do wyjaśnień.

f)Doświadczenie Pana M. N. – „kolumnie Doświadczenie zawodowe potwierdzające spełnienie warunku brakuje daty wykonania wskazanych robót (Budowa GPO i Linii kablowa w Dąbrowie Górniczej), aby Zamawiający mógł zweryfikować spełnianie warunku doświadczenia". Okoliczność ta nie przekreślała przyjęcia, że Pan M. N. posiada wymagane przez SWZ 5-letnie doświadczenie, zwłaszcza w kontekście uzyskania uprawnień już od 2000 roku oraz udziale jako kierownik budowy w projekcie Budowa GPO i Linii kablowa w Dąbrowie Górniczej. Odwołujący wskazuje również, że z treści wzoru wykazu osób przygotowanego przez Zamawiającego nie wynikała konieczność wskazania konkretnych dat w kolumnie „doświadczenie zawodowe potwierdzające spełnienie warunku udziału" – precyzowała ona bowiem, że należy podać jedynie opis doświadczenia, w tym pełnioną funkcję. Kolumna obok tymczasem („kwalifikacje zawodowe potwierdzające spełnienie warunku") wyraźnie wskazała na konieczność podania daty uzyskania uprawnień. Należy w tym miejscu podnieść, że za przygotowanie dokumentów przetargowych, w tym załącznika do SWZ jakim jest wzór wykazu osób odpowiada Zamawiający."

W ocenie Odwołującego powinno dojść do żądania wyjaśnień, bowiem wykaz osób wymagał sprecyzowania. Zamawiający w ramach przedstawienia mu pierwotnego wykazu osób powinien więc zażądać do niego wyjaśnień. Natomiast przedstawienie z dniem 31 października 2023 r. przez Odwołującego wykazu osób niepodpisanego powinno dopiero wywołać potrzebę wezwania go w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Tym samym oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona. Odrzucenie oferty, z powodu okoliczności określonych w art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp bez wcześniejszego wezwania do złożenia, poprawienia, uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, określonych w art. 125 ust. 1 Pzp byłoby przedwczesne i niezgodne z przepisami Pzp. Traktowanie czynności Zamawiającego jako czynności, które powinny stanowić żądanie wyjaśnień można odczytać także z korespondencji Odwołującego, który w piśmie przewodnim z 9 listopada 2023 r. zidentyfikował ówczesny stan Postępowania jako „proces składania wyjaśnień".

Odwołujący podkreślił, iż to nie jedyny przypadek, w którym Zamawiający zastosował przepis art. 128 ust. 1 Pzp wbrew zaistnienia ku temu przesłanek. Względem przedłożonej przez Odwołującego informacji z banku (zaświadczenie Banku Ochrony Środowiska Spółka Akcyjna) Zamawiający początkowo przyjął, iż „Z brzmienia ww oświadczenia nie wynika, iż Wykonawca posiada zdolność kredytową na min. 50 000 000,00 zł, gdyż zdaniem Zamawiającego stwierdzenie „do kwoty" może oznaczać również kwotę niższą niż 50 000 000 zł". Ten tok rozumowania Zamawiającego skutkował dokonaniem wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp również względem zaświadczenie z banku. Później Zamawiający jednak sam przyznał, że „po analizie której KP (dokonując sprawdzenia orzecznictwa i doktryny w tym zakresie) stwierdziła iż dokument spełnia wymagania SWZ, bo zdolność kredytowa do kwoty 50 000 000 zł (wymóg minimum 50 mln zł) zawiera w sobie również kwotę min 50 mln, gdyż jest to maksymalna zdolność Wykonawcy, a minimalna wymagana przez Zamawiającego." Zamawiający zatem najpierw dokonał wezwania do poprawienia dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, później natomiast sam przyznał, że nie istniała taka potrzeba.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający niezasadnie uznał, że brak opatrzenia wykazu osób kwalifikowanym podpisem elektronicznym uzasadnia skorzystanie z przepisu art. 63 ust. 1 Pzp, który nie odnosi się do podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób. Zamawiający nie mógł więc zastosować powyższego przepisu jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał w szczególności, iż wbrew nieprawdziwym twierdzeniom Odwołującego, pierwotny wykaz osób (w treści również: „Wykaz osób" lub „Wykaz")) był niekompletny, zawierał liczne braki i błędy, wobec czego obowiązkiem Zamawiającego było wszczęcie procedury wezwania do jego uzupełniania na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, co nastąpiło za pismem z dnia 26 października 2023 r. Braki i błędy, które spowodowały wystosowanie ww. wezwania do Odwołującego obejmowały:

a)w odniesieniu do pozycji nr 1 Wykazu osób – Odwołujący błędnie przywołał wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, a ponadto nie podał dokładnej mocy instalacji fotowoltaicznych wskazanych w opisie doświadczenia Pana H. używając wymijającego określenia „o mocy do 1 MW";

Zamawiający nie może domniemywać czy domyślać się co oznacza określenie „do 1 MW" - wpisane informacje powinny w pełni potwierdzać spełnianie warunków, stąd też wezwanie do uzupełnienia w tym zakresie było niezbędne do dokonania oceny; co więcej zwrócić należy uwagę, iż wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, nawet gdyby przyjąć, iż moc instalacji oznaczona słowami „do 1 MW" oznaczała de facto moc maksymalną równą 1 MW, to zważywszy, że 2 spośród 10 wskazanych instalacji posiadały moc równą 0,999 MW, to łączna moc instalacji wskazanych w doświadczeniu ww. osoby nie osiągała minimum 10 MW wymaganego w SWZ;

b)w odniesieniu do pozycji nr 2 i 3 Wykazu osób – Odwołujący w ogóle nie opisał doświadczenia wskazanych tam osób, poprzestając jedynie na ogólnikowym stwierdzeniu, że osoby te posiadają doświadczenie w zaprojektowaniu kilkunastu stacji elektroenergetycznych, co nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do osób z ww. pozycji;

c)w odniesieniu do pozycji nr 4 i 5 Wykazu osób – brak opisu doświadczenia dla wskazanych tam osób, analogicznie jak w pozycjach nr 2 i 3;

d)w odniesieniu do pozycji nr 6 Wykazu osób – błędy i braki analogicznie jak w pozycji nr 1 Wykazu;

e)w odniesieniu do pozycji nr 7 Wykazu osób - Odwołujący błędnie przywołał wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, a ponadto nie podał dokładnej mocy instalacji wskazanych w opisie doświadczenia Pana W., zaś w przypadku jednej instalacji (farma Nidzica V) nie podał żadnej mocy;

f)w odniesieniu do pozycji nr 8 Wykazu osób – Odwołujący nie podał dat robót wykonanych przez Pana Niemca, co uniemożliwiło Zamawiającemu ocenę doświadczenia tej osoby w relacji do treści warunku określonego w SWZ.

Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, twierdzenie Odwołującego, iż w zaistniałej sytuacji wystarczające byłoby jedynie wyjaśnienie „niejasnych" czy „niesprecyzowanych" treści zawartych w pierwotnym wykazie osób jest bezzasadne. Wykaz osób był bowiem niekompletny i nie zawierał wymaganych informacji, niezbędnych do dokonania oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Zamawiający wskazał, że w Postępowaniu wykonawcy byli zobligowani do składania podmiotowych środków dowodowych (w tym Wykazu osób) w formie elektronicznej, podpisanych kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Powyższy wymóg wynika z pkt 19.1. SWZ, zgodnie z którym Zamawiający oczekiwał, aby oferty oraz inne oświadczenia składane przez wykonawców były sporządzane w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Konsekwentnie w pkt 19.7 i n. SWZ Zamawiający zaimplementował postanowienia Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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 (dalej jako „Rozporządzenie ws. środków komunikacji"), które nie tylko nakłada na wykonawców obowiązek przedkładania podmiotowych środków dowodowych w postaci elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektroniczny, ale także precyzuje jaki podmiot powinien podpisać poszczególne przedkładane dokumenty. Zgodnie z pkt 19.10 SWZ, którym: „Podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Ustawy PZP (oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia, o którym mowa w pkt 12.5 SWZ), oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym Podpisem elektronicznym." Powyższy fragment stanowi powtórzenie § 7 ust. 1 Rozporządzenia ws. środków komunikacji. Odwołując się do stanowiska doktryny, a także poglądów KIO, Zamawiający wskazał, że przez podmiotowe środki dowodowe niewystawione przez upoważnione podmioty ustawodawca rozumie, w szczególności dokumenty i oświadczenia sporządzane bezpośrednio przez wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skutkiem zaś niedochowania przez wykonawców w Postępowaniu właściwej formy sporządzania podmiotowych środków dowodowych musi być dyskwalifikacja ich oferty. Ww. wymaganie co do formy elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie stanowi bowiem tylko zalecenia do sporządzania przez wykonawców podmiotowych środków dowodowych, lecz jest bezwzględnym obowiązkiem zagrożonym sankcją odrzucenia oferty w razie złożenia tego środka dowodowego w innej niż przepisana formie (po ewentualnym wyczerpaniu procedury wezwania do uzupełnienia). Jak wskazuje się w doktrynie: „Jeśli wykonawca nie złożył w terminie wyznaczonym w wezwaniu we właściwej formie podmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń, zamawiający odrzuca wniosek albo ofertę tego wykonawcy na podstawie odpowiednio art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp (wniosek) albo art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp (ofertę)."

Obowiązkiem Odwołującego było terminowe przedłożenie Zamawiającemu poprawionego i uzupełnionego Wykazu osób opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zgodnie z wymogami SWZ oraz przepisami powszechnie obowiązującymi. Świadomość tak sformułowanego obowiązku i negatywnych konsekwencji jego niewypełnienia miał również Odwołujący, który już po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego, w dniu 9

listopada 2023 r. przesłał do Zamawiającego pismo, w którym oświadczył: *„Dodatkowo dosyłamy dokumenty, w których podczas wewnętrznej kontroli stwierdzono błąd podpisu.”* Do przedmiotowego pisma załączono m.in. uzupełniony Wykaz osób opatrzony brakującym kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jak wynika ze znacznika czasu naniesionego w górnym lewym rogu Wykazu osób, ww. podpis złożył w imieniu Solartech Pan B. Z. w dniu 9 listopada 2023 r. a więc zdecydowanie po terminie wynikającym z wezwania Zamawiającego. Na moment upływu terminu wyznaczonego w wezwaniu do uzupełnienia, tj. na dzień 31 października 2023 r. nie wpłynął do Zamawiającego jednak kompletny wykaz osób podpisany przez Odwołującego w sposób zgodny z wymogami SWZ oraz Rozporządzenia ws. środków komunikacji (przedmiotowy Wykaz osób opatrzony wymaganym podpisem Odwołujący złożył dopiero 9 listopada 2023 r., tj. 9 dni po wyznaczonym terminie). Tym samym Zamawiający nie dysponował dokumentem, który zgodnie z wymogami SWZ mógłby zostać uwzględniony w toku dalszej weryfikacji podmiotowej Odwołującego. W obliczu jednokrotnego charakteru wezwania z art. 128 ust. 1 Pzp, zaktualizowała się zatem podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi, co najmniej na to, że nie złożył on w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo, Zamawiający wyjaśnił, iż przepis art. 63 ust. 1 Pzp został przez niego powołany jedynie pomocniczo, w celu podkreślenia daleko idącego formalizmu przepisów ustawy Pzp oraz Rozporządzenia ws. środków komunikacji, przewidujących dla wykonawców obowiązek składania oferty oraz podmiotowych środków dowodowych w przepisanej formie. Jednocześnie z daleko posuniętej ostrożności Zamawiający zauważył, że nawet gdyby uznać, że niezasadnie powołał się na wymagania formalne dotyczące składania ofert przewidziane w art. 63 Pzp, to wobec skutecznego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp odnoszącej się do podmiotowych środków dowodowych, przywołanie przepisów o formie oferty należałoby uznać za uchybienie pozostające bez wpływu na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

W informacji z 21 listopada 2023 r. o wyniku postępowania Zamawiający podał, że odrzucił Ofertę nr 1 tj. SOLARTECH Sp. z o.o. ul. Puławska 491/21, 02-844 Warszawa na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c), wskazując, iż: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz ust. 3 tj. jest niezgodna z przepisami Ustawy w zw. z art. 63 ust. 1 Ustawy.*

Uzasadnienie faktyczne:

W dn. 12.10.br Wykonawca jako najwyżej oceniony w rankingu po aukcji elektronicznej został wezwany na podstawie art. 126 ust. 1 Ustawy do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca do wyznaczonego terminu złożył dokumenty i oświadczenia, które po dokonanej ocenie wymagały uzupełnienia.

W dn. 26.10.br Wykonawca na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy został wezwany do uzupełnienia dokumentów składających się na treść oferty w zakresie informacji z banku oraz złożonego wykazu osób. Wykonawca złożył informację z banku, po analizie której KP (dokonując sprawdzenia orzecznictwa i doktryny w tym zakresie) stwierdziła iż dokument spełnia wymagania SWZ, bo zdolność kredytowa do kwoty 50 000 000 zł (wymóg minimum 50 mln zł) zawiera w sobie również kwotę min 50 mln, gdyż jest to maksymalna zdolność Wykonawcy, a minimalna wymagana przez Zamawiającego. Natomiast złożone oświadczenie Wykonawcy w zakresie stwierdzenia iż zapis w informacji z banku stanowi omyłkę pisarską KP uznała za bezskuteczne, gdyż zdaniem KP tylko wystawca dokumentu (bank) jest podmiotem uprawnionym do dokonania takiego sprostowania.

Wykonawca złożył również wykaz osób, jednakże po sprawdzeniu tego dokumentu KP stwierdziła, iż nie spełnia on wymagań SWZ i wezwania, gdyż wykaz ten nie został podpisany tj. został złożony niezgodnie z przepisami Ustawy (art. 63 ust. 1, który stanowi iż ofertę składa się w formie elektronicznej, pod rygorem nieważności) i Rozporządzenia 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, które reguluje iż podmiotowe środki dowodowe (stanowiące integralną część oferty) składane są w formie elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Wykonawcę. Złożenie oświadczenia (wykazu osób) bez podpisu elektronicznego jest uchybieniem nieusuwalnym i stanowi o niezachowaniu formy wymaganej przepisami. W związku z tym należy uznać, że w opisanym przypadku Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co skutkować będzie obowiązkiem odrzucenia jego Oferty. Zamawiający może tylko jednokrotnie wezwać Wykonawcę do uzupełnienia tego samego dokumentu (w tym przypadku wykazu osób) zatem możliwość kolejnego wezwania Wykonawcy została wyczerpana.

Zamawiający zarówno w SWZ jak i w wezwaniu do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazywał wymaganą przepisami Ustawy i Rozporządzenia formę składania dokumentów tj.

„Podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Ustawy PZP (oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w pkt 12.5 SWZ), oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym."

Z uwagi na powyższe oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzuty nr 1 i 2

Zarzuty te dotyczą naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której w ocenie Odwołującego powinien on zostać jeszcze uprzednio wezwany do przedstawienia wykazu osób w trybie art. 128 ust. 1 Pzp oraz naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedłożonego wykazu osób, podczas gdy zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien zamiast powyższego zwrócić się o wyjaśnienie tego wykazu.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp: *1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;*

W sprawie nie jest sporne, że 26 października 2023 Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób, złożonego przez tego wykonawcę na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 Pzp.

Nie jest również sporne, że w Postępowaniu podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz osób powinny być podpisane podpisem kwalifikowanym, natomiast uzupełniony wykaz osób, złożony przez Odwołującego w dniu 31 października 2023 r., tj. w ostatnim dniu terminu zakreślonego przez Zamawiającego w wezwaniu, nie został podpisany przez niego kwalifikowanym podpisem, co stało się podstawą odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że w rozpatrywanym odwołaniu z 30 listopada 2023 r. Odwołujący podważa czynność Zamawiającego z dnia 26 października 2023 r., tj. kwestionuje zasadność wystosowania o niego przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia wykazu osób, złożonego przez tego wykonawcę na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 Pzp, w którym Zamawiający wskazał na błędy złożonego Wykazu osób uniemożliwiające stwierdzenie, iż potwierdza on spełniania postawionych w SWZ wymagań. Tymczasem zgodnie z art. 515 ust.1 lit. a) Pzp 10 dniowy termin na podważenie tej czynności, liczony od otrzymania wezwania, upłynął 5 listopada 2023 r. Przedstawiona zatem w odwołaniu polemika z treścią wezwania jest również spóźniona. Z oczywistych względów nie zmienia tego podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż w swoim piśmie z 9 listopada 2023 r., za którym, po terminie zakreślonym przez Zamawiającego, z własnej inicjatywy, ponownie przekazał Wykaz osób, z tym, że prawidłowo podpisany, podał, że czyni to w procesie składania wyjaśnień. Wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia Wykazu osób, w sytuacji braku wniesienia na tę czynność środka ochrony prawnej, było wiążące dla

wykonawcy.

Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Izby wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia tego samego dokumentu może być jedynie raz wystosowane. W związku z tym w ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy akceptacja oczekiwań Odwołującego i uznanie obecnie uzupełnienia Wykazu osób dokonanego przez niego w dniu 31 października 2023 r. jako wyjaśnień, a w konsekwencji stwierdzenie konieczności skierowania do Odwołującego ponownego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp w celu uzupełnienia brakującego podpisu pod Wykazem osób złożonym na wezwanie wystosowane na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, prowadziłoby do złamania zasady jednokrotności wzywania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, naruszałoby przepis art. 16 Pzp.

Nie zmienia tej oceny to, iż ze stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w odwołaniu wynika, że wykaz osób złożony przez niego na wezwanie, wystosowane na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, skoro był prawidłowo podpisany i czytelny, nadto nie zawierał błędów i nie wynikał z niego brak spełniania warunku udziału w postępowaniu, to wymagał jedynie doprecyzowania. Dlatego jego zdaniem Zamawiający w miejsce wezwania go na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia wykazu osób, powinien wystosować wezwanie do wyjaśnień. Jak wyżej wskazano Odwołujący nie skorzystał z możliwości wniesienia odwołania na czynność wezwania go do uzupełninia Wykazu osób. Nadto stosownie do art. 128 ust 4 Pzp, zgodnie z którym: *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu,* w określonych przypadkach, tj. gdy zaistnieje potrzeba wyjaśnienia treści złożonych przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, przepis ten może zostać zastosowany, jednak przepis ten nie służy zmianie lub tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący pomija, że złożony przez niego na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp wykaz osób różni się od wykazu pierwotnie złożonego, w szczególności tym, iż częściowo wskazuje na inny personel. Jak słusznie zauważył Zamawiającytreść wykazu osób w pozycji nr 1 została zmieniona przez Odwołującego, tj. w uzupełnionym wykazie w pozycji tej zamiast Pana H. H. na stanowisko projektanta zaproponowano nową osobę, tj. Pana S. S., co nie mogłoby zostać dokonane w drodze wyjaśnień. Nadto nowy Wykaz osób zawiera brakujące informacje dotyczące osób wskazanych w wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. W konsekwencji Zamawiający dysponował dwoma odrębnymi wykazami osób, które mają być skierowane przez Odwołującego do realizacji zamówienia, przy czym pierwszy, który został prawidłowo podpisany nie zawierał wymaganych treści, zaś drugi, który zawierał uzupełnione treści, nie został podpisany.

Brak zastosowania się wykonawcy do wezwania skutkuje odrzuceniem jego oferty. W sytuacji, gdy Odwołujący na wezwanie do uzupełnienia wykazu osób, złożył Wykaz osób bez wymaganego kwalifikowanego podpisu, to oznacza, że nie przekazał Zamawiającemu podmiotowego środka dowodowego, który mógłby by być oceniany pod względem spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zaistniała zatem podstawa do odrzucenia oferty 226 ust. 1 pkt 2 c) Pzp.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że wyraźnie wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób o brakujące informacje w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, a nie do wyjaśnienia jego treści w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, która to czynność nie została zakwestionowana przez Odwołującego w ustawowym terminie. Odwołujący natomiast dał wyraz akceptacji wezwania i w zakreślonym terminie przedłożył nowy wykaz osób, tj. uzupełniony o nowe informacje dotyczące doświadczenia wymaganego od poszczególnych projektantów i kierowników, potrzebne do oceny spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Obecnie brak jest podstaw, aby zmieniać kwalifikację braków zaistniałych w pierwotnym wykazie osób dokonaną przez Zamawiającego, która spowodowała uruchomienie trybu z art. 128 ust. 1 Pzp, jak też kwalifikację czynności uzupełnienia wykazu osób dokonanego przez Odwołującego w dniu 31 października 2023 r., która nie może być uznana za wyjaśnienia treści tego dokumentu. Za dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie był uprawniony uznać żadnego z kolejno składanych przez Odwołującego Wykazów osób, tj.: dotkniętego licznymi brakami i błędami pierwotnego Wykazu osób z dnia 28 sierpnia 2023 r. - przedłożonego przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 Pzp; niepodpisanego wykazu osób, który nie spełniał wymagań co do formy składania podmiotowych środków dowodowych - przedłożonego przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia Wykazu osób o brakujące informacje, jak też Wykazu osób uzupełnionego o brakujący elektroniczny podpis - złożonego przez Odwołującego 9 dni po terminie wyznaczonym w wezwaniu do uzupełnienia celem konwalidowania z własnej inicjatywy wcześniej złożonego wadliwego wykazu osób, niespełniającego wymagań co do formy.

W sytuacji zatem, gdy uzupełniony Wykaz osób nie został podpisany wymaganym kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a brak ten wobec wyczerpania w stosunku do tego dokumentu procedury przewidzianej w art. 128 ust. 1 Pzp nie może być dalej uzupełniony, ww. zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Ad zarzut nr 3

Zarzut ten dotyczy naruszenia art. 63 ust. 1 Pzp poprzez wskazanie tego przepisu jako podstawy odrzucenia oferty z uwagi na brak opatrzenia wykazu osób kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podczas gdy nie odnosi się on do formy, w jakiej powinny być składane podmiotowe środki dowodowe.

Zgodnie z art. 63 ust. 1 Pzp: *1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej.*

Jak wynika z przedstawionej powyżej informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp z uwagi na brak złożenia w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wprawdzie Zamawiający, jak wynika z przedstawionych powyżej ustaleń, m.in. na wstępie wskazał także: „*ust. 3 tj. jest niezgodna z przepisami Ustawy w zw. z art. 63 ust. 1 Ustawy*.", jednak zauważenia wymaga, że art. 226 nie zawiera ust. 3, zaś 63 ust. 1 Pzp nie odnosi się do podmiotowego środka dowodowego, jakim jest sporny Wykaz usług.

Zgodzić się zatem należy z Odwołującym, że wskazany dodatkowo przepis nie został przywołany prawidłowo, jednak w okolicznościach analizowanej sprawy, przepis ten, jak wynika z treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie stanowi samodzielnej podstawy odrzucenia oferty tego wykonawcy. Taką podstawę według oświadczenia Zamawiającego stanowi przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.

W związku z tym wobec wyraźnie przedstawionego przez Zamawiającego stanowiska co do co do tego, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp oraz poinformowania w uzasadnieniu co zdecydowało o stwierdzeniu przez niego zaistnienia tej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, należy uznać, iż wskazanie na związek z art. 63 ust. 1 Pzp pozostaje to bez wpływu na ocenę zaistnienia podstawy odrzucenia oferty Odwołującego wskazaną przez Zamawiającego, a w konsekwencji na wynik postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b i § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba uznała za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego strony do wysokości określonej w ww. rozporządzeniu, które zostały zasądzone na podstawie złożonej przez Zamawiającego faktury. Izba odstąpiła od rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego, uznając, iż przemawia za tym powyżej opisany rodzaj i waga dla rozstrzygnięcia odwołania zarzutu nr 3, który został w sposób nieuzasadniony wyodrębniony w odwołaniu, podczas gdy zważywszy na treść informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego pozostaje on w związku z zarzutem nr 1.

Przewodniczący: ……..……..……..……..……..