

Sygn. akt KIO 1722/23

WYROK
z dnia 30 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 29 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **SPIE ELBUD GDAŃSK S.A., ul. Marynarki Polskiej 87, 81 557 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Krasnystaw, ul. Marii Konopnickiej 4, 22- 300 Krasnystaw**

przy udziale:

wykonawcy **LINTER ENERGIA Sp. z o.o., ul. Tadeusza Boya – Żeleńskiego 23, 35- 105 Rzeszów** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 2) w *petitum* odwołania oraz nakazuje Zamawiającemu:
 - 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
 - 2) powtórzenie czynności badania i oceny oferty, a w jej ramach wezwanie wykonawcy **LINTER ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** do uzupełnienia pełnomocnictwa udzielonego Panu K.J.
 2. Oddać odwołanie w pozostałym zakresie
 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **SPIE ELBUD GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku w części 5/6 oraz uczestnika postępowania LINTER ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie w części 1/6** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Uczestnika postępowania na rzecz Odwołującego kwotę **2 500 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy), stanowiącą 1/6 sumę kosztów poniesionych przez Odwołującego 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 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 1722/23

UZASADNIENIE:

Gmina Krasnystaw (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Krasnystaw”, nr referencyjny: GK.271.3.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 lutego 2023 pod numerem: 2023/S 040-116515.

W postępowaniu tym wykonawca SPIE ELBUD GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”) 16 czerwca 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty nr 1 Wykonawcy Linter Energia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością,
- 2) czynności wyboru oferty nr 1 Wykonawcy Linter Energia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) zaniechania wyboru oferty nr 2 Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 63 ust. 1 PZP i art. 781 § 1 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty nr 1 Wykonawcy Linter Energia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w sytuacji gdy oferta nie została podpisana przez wskazanego Wykonawcę i jako taka nie spełniała wymogu formy elektronicznej pod rygorem nieważności a w konsekwencji podlegała odrzuceniu jako niezgodna z Ustawą;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 63 ust. 1 PZP i art. 781 § 1 k.c., art. 99 k.c., art. 104 k.c., art. 58 § 1 k.c., §7 ust.

1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2020 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. z 2020 r. poz. 2452) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty nr 1 Wykonawcy Linter Energia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w sytuacji gdy oferta była nieważna na podstawie odrębnych przepisów a także niezgodna z Ustawą ze względu na brak umocowania p. K.J. do złożenia oferty w Postępowaniu w imieniu Wykonawcy Linter Energia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością,

- 3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty nr 1 Wykonawcy Linter Energia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, mimo faktu, iż oferta została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń, tj. prawidłowego pełnomocnictwa p. K.J. do złożenia oferty w Postępowaniu w imieniu Wykonawcy Linter Energia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością;
- 4)art. 239 ust. 1 i 2 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty nr 1 Wykonawcy Linter Energia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta podlegała odrzuceniu;
- 5)art. 239 ust. 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty nr 2 Odwołującego, w sytuacji gdy oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 6)art. 16 pkt 1 PZP poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Linter Energia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością podlegającej odrzuceniu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności wyboru oferty nr 1 Wykonawcy Linter Energia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jako oferty najkorzystniejszej,
- 2)dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
- 3)odrzućenie oferty nr 1 Wykonawcy Linter Energia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością,
- 4)wyboru oferty nr 2 Odwołującego jako najkorzystniejszej

oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

I.Brak podpisu pod ofertą Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

W okolicznościach niniejszej sprawy, Odwołujący kilkakrotnie zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. Zgodnie z zawartością udostępnionego przez Zamawiającego w dniu 21 kwietnia 2023 r. na pierwszy wniosek Odwołującego pliku .zip (stanowiącego załącznik do niniejszego odwołania), Wykonawca Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie podpisał złożonej przez siebie oferty. Zawartość przedmiotowego pliku .zip wskazuje, że Wykonawca Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie podpisał (kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ani też jakimkolwiek innym): 1) formularza ofertowego, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ; 2) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie oraz z art. 7 ust.1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. poz. 835), według wzoru stanowiącego załącznik nr 10 do SWZ; 3) wykazu minimalnych parametrów technicznych i cech funkcjonalnych, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw (opraw oświetleniowych) z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ; 4) Jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (ESPD); 5) Informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Wykonawcy. Również przedmiotowy plik .zip nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym (ani też jakimkolwiek innym). Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, że oferta Wykonawcy Linter Energia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie została podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym i – konsekwentnie - nie została złożona w formie elektronicznej.

W związku z dalszymi wnioskami Odwołującego o udostępnienie dokumentacji postępowania, Zamawiający, po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, w dniu 12 czerwca 2023 r. ponownie udostępnił Odwołującemu dokumentację postępowania, w tym również ofertę nr 1 Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Co budzić musi uzasadnione wątpliwości, w tym przypadku udostępniona oferta ww. Wykonawcy (pliki znajdujące się w

folderze stanowiącym ofertę tegoż Wykonawcy) były już podpisane kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi (zewnętrznymi).

Z wysokim prawdopodobieństwem doszło zatem do sytuacji, w której w toku postępowania, po dacie 21 kwietnia 2023 r., tj. po dacie udostępnienia Odwołującemu oferty nr 1 Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością przez Zamawiającego (i jednocześnie już po upływie terminu składania ofert) doszło do przedłożenia w postępowaniu oferty Wykonawcy Linter Energia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością uzupełnionej o zewnętrzne kwalifikowane podpisy elektroniczne (prawdopodobnie z inicjatywy własnej Wykonawcy – w udostępnionej Odwołującemu dokumentacji brak jest wezwania Zamawiającego w tym przedmiocie). Powyższe wątpliwości potwierdza także fakt, że Zamawiający pismem z dnia 11 maja 2023 r., znak GK.271.3.2023 na podstawie art. 128 ust. 1 PZP zwrócił się do Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z wezwaniem do złożenia dokumentów składanych w postępowaniu w postaci prawidłowego pełnomocnictwa upoważniającego do reprezentacji tego Wykonawcy; w treści przedmiotowego wezwania, Zamawiający wskazał, że złożone wraz z ofertą pełnomocnictwo jest wadliwe, ponieważ, zostało podpisane wyłącznie przez jednego członka zarządu Pana L.Ł., podczas gdy z Krajowego Rejestru Sądowego wynika, że spółkę m.in. może reprezentować dwóch członków zarządu działających wspólnie. Poza tym w złożonym pełnomocnictwie jest zapis „My niżej podpisani: 1. L.Ł.- Członek Zarządu, 2. K.J. - Prezes Zarządu udzielamy pełnomocnictwa. Tymczasem, „oferta nr 1 Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością udostępniona Odwołującemu przez Zamawiającego w dniu 12 czerwca 2023 r. zawiera pełnomocnictwo do reprezentowania tego Wykonawcy podpisane przez dwóch członków zarządu – p. L.Ł. (podpis zaufany) oraz p. K.J.(zewnętrzny kwalifikowany podpis elektroniczny). Z kolei oferta nr 1 Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością udostępniona Odwołującemu przez Zamawiającego w dniu 21 kwietnia 2023 r. zawiera pełnomocnictwo do reprezentowania tego Wykonawcy podpisane wyłącznie przez p. L.Ł. (podpis zaufany) – prowadzi to do wniosku, że wezwanie Zamawiającego z dnia 11 maja 2023 r. musiało dotyczyć tej konkretnej oferty (niezawierającej podpisów). Zgodnie zaś z treścią art. 63 ust. 1 PZP, 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. Formę elektroniczną należy rozumieć zgodnie z treścią art. 781 § 1 kodeksu cywilnego jako postać elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, brak podpisu pod ofertą Wykonawcy jest brakiem nieusuwalnym. Tym samym PZP nie dopuszcza sytuacji zarówno następczego podpisania oferty przez Wykonawcę w jakikolwiek sposób, również przekazania oferty zawierającej co prawda wymagane podpis/podpisy, ale dopiero na późniejszym etapie postępowania, w szczególności po upływie terminu składania ofert. Brak podpisania oferty za pomocą kwalifikowanego podpisu nie może być konwalidowany (...)

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby odwoławczej: wyrok z dnia 13 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3794/21, z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 67/22, z 10 marca 2021 r. sygn. akt KIO 419/21. (...)

II.Brak wymaganej formy pełnomocnictwa udzielonego przez Wykonawcę Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

Do oferty Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, udostępnionej Odwołującemu przez Zamawiającego w dniu 21 kwietnia 2023 r., zostało załączone pełnomocnictwo dla p.K.J., podpisane wyłącznie przez p. L.Ł. podpisem zaufanym w dniu 18 kwietnia 2023 r. Z treści dokumentacji postępowania udostępnionej Odwołującemu przez Zamawianego w dniu 12 czerwca 2023 r., wynika że: (1) do oferty Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zostało załączone pełnomocnictwo dla p. K.J., podpisane przez p. L.Ł. podpisem zaufanym w dniu 18 kwietnia 2023 r. oraz kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. K.J. (bez znacznika czasu) (2) Zamawiający pismem z dnia 11 maja 2023 r., znak GK.271.3.2023 na podstawie art. 128 ust. 1 PZP zwrócił się do Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z wezwaniem do złożenia dokumentów składanych w postępowaniu w postaci prawidłowego pełnomocnictwa upoważniającego do reprezentacji tego Wykonawcy. (...)

W dokumentacji postępowania znajduje się pełnomocnictwo dla p. K.J., podpisane przez p. L.Ł. podpisem zaufanym w dniu 15 maja 2023 r. oraz podpisem zaufanym przez p. K.J. w dniu 15 maja 2023 r. (plik .pdf pod nazwą: 24. Uzupełnienie podmiotowych środków.pdf) (...)

W ramach przedmiotowego Postępowania prowadzonego przez Zamawiającego wartość zamówienia przekracza progi unijne w rozumieniu art. 3 PZP i jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie z treścią art. 63 ust. 1 PZP, 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. Artykuł 8 PZP wskazuje, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360), „k.c.” W związku z tym, zgodnie z art. 781 § 1 i 2 k.c. do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przy czym oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. W ramach art. 99 § 1 k.c. ustalono, że jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Jeżeli zatem wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferta lub oświadczenie, o którym mowa w art. 125 PZP miałyby być podpisywane przez pełnomocnika, to forma pełnomocnictwa powinna, zgodnie z art. 99 § 1 k.c., być taka sama jak forma wymagana dla czynności, do której pełnomocnik ma być umocowany. W wypadku wymienionych dokumentów ustawa wymaga dla skutecznego złożenia oświadczeń zachowania postaci elektronicznej oraz szczególnej formy: elektronicznej – dla postępowań o wartości równej lub wyższej niż progi unijne. W związku z tym również pełnomocnictwo powinno być udzielone w takiej samej formie. Nieważne będzie więc pełnomocnictwo podpisane podpisem zaufanym. Dodatkowo, jak wynika z regulacji rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2020 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. z 2020 r. poz. 2452) - dalej „r.s.p.i.” - § 7 ust. 1 r.s.p.i.: 1. Podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Z powyższego wynika, że złożenie pełnomocnictwa przez Wykonawcę powinno zostać dokonane, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej, tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Tymczasem w Postępowaniu, załączone do oferty przez Wykonawcę Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością pełnomocnictwa dla p. K.J. (niezależnie od tego, czy mówimy o plikach oferty udostępnionych Odwołującemu przez Zamawiającego w dniu 18 kwietnia 2023 r. czy w dniu 12 czerwca 2023 r.) nie zostało złożone w formie elektronicznej, tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z zasadami reprezentacji obowiązującymi u Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, sposób reprezentacji tego Wykonawcy jest następujący: W przypadku zarządu jednoosobowego - prezes zarządu; w przypadku zarządu wieloosobowego - dwóch członków zarządu działających wspólnie lub jeden z członków zarządu działający wspólnie z prokurentem. Zarząd w tejże Spółce jest wieloosobowy – dwóch członków zarządu (p. L.Ł i p. K.J.), co oznacza konieczność działania (podpisywania) przez - dwóch członków zarządu działających wspólnie lub jednego z członków zarządu wspólnie z prokurentem. (...)

Tymczasem, żadne ze wskazanych wyżej pełnomocnictw w imieniu Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie zostało podpisane w taki sposób – w każdym wypadku p. L.Ł. – Członek Zarządu, złożył podpis zaufany, niedopuszczalny w przypadku postępowań o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne w rozumieniu art. 3 PZP, do których zalicza się przedmiotowe Postępowanie. Zatem Zamawiający zasadnie wezwał Wykonawcę do przedłożenia prawidłowego pełnomocnictwa w trybie art. w art. 128 ust. 1 PZP. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, Wykonawca Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością przedłożył pełnomocnictwo dla p. K.J., podpisane przez p. L.Ł. podpisem zaufanym w dniu 15 maja 2023 r. oraz podpisem zaufanym przez p. K.J. w dniu 15 maja 2023 r. (plik .pdf pod nazwą: 24. Uzupełnienie podmiotowych środków.pdf) Oznacza to, że również w stosunku do ww. pełnomocnictwa przedłożonego przez Wykonawcę, nie zostało ono złożone w formie elektronicznej i jako takie jest nieważne. (...)

Z ostrożności zaznaczyć przy tym należy, że stosownie do treści art. 128 ust. 1 PZP, wezwania do przedłożenia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może dokonać tylko jednokrotnie, a wykonawcy przysługuje prawo do jednokrotnego uzupełnienia złożonych dokumentów (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3373/20; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1352/17, KIO 1439/17; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 212/11; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1621/20; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1586/21, KIO 1587/21). (...)

III. Brak wymaganej treści pełnomocnictwa przedłożonego przez Wykonawcę Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego

W toku Postępowania, Zamawiający pismem z dnia 11 maja 2023 r., znak GK.271.3.2023 na podstawie art. 128 ust. 1 PZP wezwał Wykonawcę Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z do złożenia dokumentów składanych w Postępowaniu w postaci prawidłowego pełnomocnictwa upoważniającego do reprezentacji tego Wykonawcy. Wykonawca przedłożył uzupełnione pełnomocnictwo dla p. K.J., podpisane przez p. L.Ł. podpisem zaufanym w dniu 15 maja 2023 r. oraz podpisem zaufanym przez p. K.J. w dniu 15 maja 2023 r. (plik .pdf pod nazwą: 24. Uzupełnienie podmiotowych środków.pdf). (...)

Ww. pełnomocnictwo datowane jest na dzień 27.03.2023 r. Podkreślić należy, że złożenie oferty kwalifikowane jest jako jednostronna czynność prawna. Stosownie zaś do treści art. 104 zdanie pierwsze k.c., jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 września 2019 r., sygn. akt KIO 1761/19). Powyższe oznacza, że uzupełnienie pełnomocnictwa na podstawie art. 128 ust. 1 PZP, polegać może wyłącznie na przedłożeniu pełnomocnictwa z datą adekwatną do daty dokonania czynności – co oznacza, że zarówno data pełnomocnictwa jak i podpis elektroniczny powinny potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania (np. potwierdzać istnienie umocowania na datę złożenia oferty przez pełnomocnika). (...)

Nie ulega przy tym wątpliwości, że przedłożenie przez ww. Wykonawcę pełnomocnictwo, opisanego w treści datą 27.03.2023 r., jednakże podpisanego podpisem zaufanym przez dwóch członków zarządu w dniu 15 maja 2023 r. (tj. w niedopuszczalny sposób), nie spełnia tego wymogu. Jeżeli zaś dokument pełnomocnictwa wystawiony jest w dacie po dokonaniu czynności przez pełnomocnika, to uzupełnienie nie odniesie pożądanego efektu – czynność prawna została bowiem dokonana przez osobę do tego nieuprawnioną, a samo uzupełnienie dokumentu nie pozwoli na konwalidację czynności (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 128.).

IV. Niezgodność Specyfikacji Warunków Zamówienia z PZP nie wpływa na obowiązek Wykonawcy stosowania się do PZP

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuścił możliwość składania dokumentów w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym mimo, że przedmiotowe postępowanie jest powyżej progów unijnych. (...)

Postanowienia SWZ, jak również treść wezwania Zamawiającego, skierowanego do Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością pismem z dnia 11 maja 2023 r., znak GK.271.3.2023, są – w zakresie dopuszczenia możliwości składania przez wykonawców dokumentów w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym - niezgodne z PZP oraz r.s.p.i. W związku z powyższym, Wykonawca Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością powinien stosować bezpośrednio przepisy PZP i złożyć pełnomocnictwa (zarówno załączone do oferty jak i w wykonaniu wezwania Zamawiającego) w formie elektronicznej, czego nie uczynił.

Odwołujący w treści uzasadnienia przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1127/15, z dnia 12 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1507/13, z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3220/21, KIO 3230/21, KIO 3250/21,

Zaznaczyć należy, że Zamawiający pismem z dnia 11 maja 2023 r., znak GK.271.3.2023 zwrócił się do Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z wezwaniem do złożenia dokumentów składanych w Postępowaniu w postaci prawidłowego pełnomocnictwa upoważniającego do reprezentacji tego Wykonawcy. Wykonawca ten mógł wówczas przedłożyć prawidłowe pełnomocnictwo upoważniające do reprezentacji tego Wykonawcy w formie elektronicznej zgodnie z wymogami przepisów PZP, czego jednak nie uczynił. W konsekwencji, zaniechanie to skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

W złożonej pismem z 23 czerwca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający uwzględnił zarzut oznaczony jako II (braku wymaganej formy pełnomocnictwa udzielonego przez Wykonawcę Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością), a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

Niezgodność Specyfikacji Warunków Zamówienia z ustawą Prawo zamówień publicznych nie wpływa na obowiązek wykonawcy do stosowania się do tej ustawy (zarzut Nr IV).

Zamawiający w treści SWZ błędnie określił, że ofertę i oświadczenia, o których mowa w pkt 1 rozdziału VI SWZ składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. (...)

Ponadto w korespondencji kierowanej do wybranego wykonawcy (wezwania do uzupełnienia przedmiotowych i podmiotowych środków dowodowych) również błędnie sformułowano pouczenie (...).

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający uwzględnia argumentację odwołującego przedstawioną w odwołaniu w tym zakresie, wobec czego wykonawca winien stosować bezpośrednio przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jako nadrzędne do treści SWZ i złożyć pełnomocnictwa (zarówno załączone do oferty jak i w ramach wezwania

Zamawiającego) w formie elektronicznej (podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym), czego nie uczynił.

Braku podpisu pod ofertą Wykonawcy Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (zarzut Nr I).

Wskazany powyżej Wykonawca dnia 19 kwietnia 2023 r. złożył za pośrednictwem bezpłatnej platformy Zamówień Publicznych ZETOPZP dostępnej pod adresem: <https://przetargi.krasnystaw.ug.gov.pl> podpisaną ofertę wraz z załącznikami. Wszystkie dokumenty wymienione w pkt I odwołania (...) zostały podpisane przez Wykonawcę zewnętrznym kwalifikowanym podpisem elektronicznym XADES.

Oferta została złożona wraz z plikami podpisu elektronicznego zewnętrznego XADES. W związku, z czym oferta została złożona w formie elektronicznej w rozumieniu ustawy. (...)

odpowiedzi na pierwsze wezwanie odwołującego z dnia 21.04.2023 r. o udostępnienie ofert, przesłano wszystkie złożone przez firmę Linter Energia Sp. z o.o. pliki dokumentów w formie plików pdf., które zostały skompresowane do pliku zip. (oferta nr 1) bez dołączenia plików z podpisami zewnętrznymi XADES, co uniemożliwiło firmie Spie Elbud Gdańsk S.A. zweryfikowanie podpisów (w załączeniu print screeny z weryfikacji podpisów, potwierdzające, że oferta wraz z załącznikami została podpisana przez Wykonawcę przed terminem składania ofert).

Przedmiotowy plik zip. (oferta nr 1) nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ponieważ to zamawiający skompresował przesłane przez firmę Linter Energia Sp. z o.o. dokumenty, aby przesłać je odwołującemu. (...)

Odwołujący dnia 2 czerwca 2023 r. wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego według stanu aktualnego na dzień udostępnienia wraz z załącznikami. W związku z tym, że zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania, Zamawiającego dnia 5 czerwca 2023 r. przesłał Odwołującemu protokół postępowania aktualny na dzień 02.06.2023 r. bez załączników.

Na trzeci wniosek odwołującego o udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami z dnia 6 czerwca 2023 r. Zamawiający udostępnił niezwłocznie ww. dokumenty po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 7 czerwca 2023 r., a nie jak podaje odwołujący 12 czerwca 2023 r. Przy ponownym przekazaniu dokumentacji Zamawiający przekazał kompletną ofertę wraz z podpisami zewnętrznymi tj. plikami XADES.

Braku wymaganej treści pełnomocnictwa przedłożonego przez Wykonawcę Linter Energia Spółka z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (zarzut Nr III)

Odwołujący w swoim odwołaniu jak również wykonawca w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgodnie stwierdzili, że pełnomocnictwo datowane na dzień 27.03.2023 r., zostało podpisane podpisem zaufanym w dniu 18.04.2023 r. przez Pana L.Ł. oraz podpisem elektronicznym kwalifikowanym zewnętrznym XADES w dniu 19.04.2023 r. przez Pana K.J.. Oferta wykonawcy Linter Energia Spółka z o.o. została złożona również w dniu 19.04.2023 r., natomiast termin składania ofert upłynął w dniu 20.06.2023 o godz. 12:00. Wobec powyższego sam zarzut dotyczący daty podpisów uzupełnionego pełnomocnictwa w dacie 15.05.2023 r. jest nieuzasadniony, gdyż w dniu składania ofert data pełnomocnictwa i złożonych podpisów zostały złożone przed dniem otwarcia ofert. (...)

Faktem jest, że zamawiający w złożonym wraz z ofertą pełnomocnictwie omyłkowo nie spostrzegł podpisu zewnętrznego (znajdującego się w pliku XADES) złożonego przez Pana K.J. wobec tego wezwanie zamawiającego w zakresie podpisania tego pełnomocnictwa również przez Pana K.J. było nieuzasadnione, a złożone w ramach uzupełnień pełnomocnictwo o pierwotnej treści zostało podpisane podpisem zaufanym przez dwóch członków zarządu zgodnie z reprezentacją wynikającą z KRS. (...)

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca LINTER ENERGIA/ Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie. Pismem z 27 czerwca 2023 r. wniósł sprzeciw co do uwzględnienia części zarzutów odwołania przez Zamawiającego (zarzutu nr II).

Z kolei pismem z 27 czerwca 2023r. odniósł się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, wskazując m.in.:

1. ZARZUT BRAKU PODPISÓW POD OFERTĄ PRZYSTĘPUJĄCEGO [ZARZUT NR I]

Przystępujący popiera w tym zakresie argumentację Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie. Przystępujący podpisał wszystkie pliki składające się na ofertę w sposób prawidłowy, tj. kwalifikowanym podpisem elektronicznym przed terminem składania ofert i zostały one złożone Zamawiającemu. Użyto formatu XAdES co oznacza, że składano odrębny plik zawierający podpis. Daty w plikach potwierdzają, że nastąpiło to przed terminem składania ofert. (...)

2. ZARZUT BRAKU WYMAGANEJ TREŚCI PEŁNOMOCNICTWA [ZARZUT NR III]

Przystępujący popiera w tym zakresie argumentację Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie. Pełnomocnictwo przewiduje uprawnienie do reprezentowania we wskazanym z nazwy postępowaniu o udzielenie zamówienia we wszelkich sprawach związanych z tym postępowaniem, a nawet wykracza poza samo postępowanie, gdyż obejmowało w szczególności prawo do zawarcia umowy. Jest to zakres prawidłowy i wystarczający, wyrażający w sposób nie budzący wątpliwości intencję osób udzielających pełnomocnictwa, którzy udzielili umocowania mając na celu zawarcie umowy o wykonanie zamówienia publicznego co zawsze poprzedzone jest złożeniem oferty. (...)

3. ZARZUT BRAKU WYMAGANEJ FORMY PEŁNOMOCNICTWA I ZARZUT NIEZASTOSOWANIA PRZEPISÓW POMIMO BŁĘDÓW ZAMAWIAJĄCEGO W SWZ [ZARZUT NR II I M]

Przystępujący wskazuje, że składając pełnomocnictwo wraz z ofertą kierował się wymaganiami Zamawiającego z SWZ, w szczególności pkt. 5 rozdziału X, gdzie dopuszczono posłużenie się podpisem zaufanym (...)

Wymaga szczególnego podkreślenia, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie potwierdził w sposób nie budzący wątpliwości, że taki sposób podpisania dokumentów w postępowaniu dopuścił w treści SWZ, a co więcej możliwość posłużenia się podpisem zaufanym była również wprost wskazana w SWZ w rozdziale VI pkt. 12 oraz w rozdziale X pkt. 2 SWZ a także – co szczególnie istotne - w pouczeniu w piśmie z dnia 11 maja 2023 r. stanowiącego wezwanie do uzupełnienia przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP w postaci pełnomocnictwa.

Zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie (str. 3 pierwszy akapit), że „Zamawiający w trakcie weryfikacji i oceny podpisów pełnomocnictwa omyłkowo zakwalifikował złożony podpis Pana L.Ł. Członka Zarządu spółki, jako podpis w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym”.

Zamawiający przyznał również w odpowiedzi na odwołanie (str. 7 pierwszy akapit), że dodatkowo „omyłkowo nie spostrzegł podpisu zewnętrznego (znajdującego się w pliku XADES) złożonego przez Pana K.J. wobec tego wezwanie zamawiającego w zakresie podpisania tego pełnomocnictwa również przez Pana K.J. było nieuzasadnione [...]”. Pan K.J. podpisał się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Biorąc wszystkie powyższe okoliczności pod uwagę, należy wskazać, że wezwanie z dnia 11 maja 2023 r. skierowane do Przystępującego o uzupełnienie dokumentu pełnomocnictwa zostało sformułowane błędnie na kilku płaszczyznach:

1) Zamawiający w wezwaniu wskazał: „Złożone wraz z ofertą pełnomocnictwo jest wadliwe, ponieważ zostało podpisane wyłącznie przez jednego członka zarządu Pana L.Ł., podczas gdy z Krajowego Rejestru Sądowego wynika, że spółkę m.in. może reprezentować dwóch członków zarządu działających wspólnie [...]. W związku z powyższym wzywamy wykonawcę do złożenia pełnomocnictwa podpisanego przez Pana L.Ł. oraz przez Pana K.J.”. Zamawiający błędnie zatem wskazał, że wadliwość pełnomocnictwa polega na tym, że zostało ono podpisane niezgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Zamawiający nie zauważył, że Pan K.J. podpisał się prawidłowo. Zamawiający nie wskazywał na nieprawidłowość podpisu elektronicznego, któregośkolwiek z członków zarządu. Zamawiający zatem w sposób nieprawidłowy zdiagnozował zaistniały problem z dokumentem i w konsekwencji błędnie skonkretyzował treść wezwania i swoje oczekiwania wobec Przystępującego.

2) Zamawiający przyznał na str. 7 odpowiedzi na odwołanie (akapit pierwszy), że popełnił błąd a „wezwanie zamawiającego w zakresie podpisania tego pełnomocnictwa również przez Pana K.J. było nieuzasadnione”

3) Zamawiający w wezwaniu wyraźnie pouczył przy tym Przystępującego, że pełnomocnictwo może być podpisane podpisem zaufanym: „Uwaga: Podmiotowe środki dowodowe przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym [...]”. (...)

Przystępujący podkreśla, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, przepisy ustawy PZP oraz wypracowane orzecznictwo Izby dają podstawy do usunięcia nieprawidłowości co do formy pełnomocnictwa na obecnym etapie postępowania i w żaden sposób nie zachodzą tu podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 PZP zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów zawierających błędy. Przepis ten obejmuje również pełnomocnictwo. Biorąc pod uwagę rażące błędy popełnione przez Zamawiającego w zakresie wezwania z dnia 11 maja 2023 r. (wyżej wskazane), w tym wyraźne błędne pouczenie Przystępującego o możliwości posłużenia się podpisem zaufanym oraz nieprawidłowo określony zakres wezwania (wskazanie, że brakuje podpisu Pana K.J. choć ten podpis został złożony prawidłowo, uznanie podpisu zaufanego Pana L. Łazarczyka za podpis kwalifikowany), powoduje, że nie można zdaniem Przystępującego w okolicznościach sprawy obarczyć wykonawcy negatywnymi konsekwencjami zastosowania się do ww. wezwania. (...)

Na potwierdzenie powyższego Zgłaszający przystąpienie przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Podsumowując, Zgłaszający przystąpienie wskazał, „Z orzecznictwa wynika też nakaz, aby wezwanie było konkretne, tj. wskazywało braki w złożonych dokumentach, żeby wykonawca wiedział, jakie uchybienia zauważył zamawiający, i miał realną szansę na ich usunięcie” Jednocześnie, „Treść wezwania nie może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca zmuszony będzie domyślać się, w jakim zakresie ma zostać dokonane złożenie, poprawienie lub uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca nie może być więc obciążany skutkami niejednoznacznego wezwania zamawiającego. (...)

PRZESŁANKA UNIEWAŻNIENIA POSTĘPOWANIA

Przystępujący podtrzymuje stanowisko, zgodnie z którym podstawowa wada postępowania, która doprowadziła do niniejszego sporu – a zatem błędna treść SWZ i nieprawidłowe i obciążone błędami wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa przez Przystępującego z dnia

11 maja 2023 r. (w zakresie wskazania czego Zamawiający oczekuje od Przystępującego oraz w zakresie dopuszczalnych podpisów), jest usuwalna poprzez powtórzenie – tym razem w sposób prawidłowy i zgodny z prawem – wezwania w trybie art. 128 ust. 1 do Przystępującego.

Przystępujący zatem jedynie z ostrożności wskazuje, że w przypadku nie przychylenia się przez Izbę do argumentacji o możliwości naprawy wadliwej czynności wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa, w ocenie Przystępującego postępowanie powinno zostać unieważnione, na podstawie art. 255 pkt. 6) PZP z uwagi na to, że postępowanie należałoby wówczas zakwalifikować jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...)

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, oferty Uczestnika postępowania, wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa, odpowiedzi na wezwanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedziach na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę LINTER ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający - Gmina Krasnystaw prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Krasnystaw”, nr referencyjny: GK.271.3.2023. Opisany w treści odwołania oraz w odpowiedziach na odwołanie stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj. w zakresie złożenia przez Uczestnika postępowania pełnomocnictwa w niewłaściwej formie. Wykonawca Linter Energia sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie złożył wraz z ofertą pełnomocnictwo podpisane przez dwóch członków zarządu, w tym jeden podpis był kwalifikowanym podpisem elektronicznym a drugi podpisem zaufanym. W sprawie bezsporne jest między Stronami, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pełnomocnictwo powinno zostać podpisane przez obu członków zarządu kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Spór w zasadzie sprowadzał się do tego czy na obecnym etapie postępowania jest możliwość wezwania Uczestnika postępowania do uzupełnienia pełnomocnictwa.

W sytuacji złożenia wadliwego pełnomocnictwa zamawiający obowiązany jest w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwać wskazanego wykonawcę do uzupełnienia lub poprawienia pełnomocnictwa. Co istotne, wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentu powinno precyzyjnie wskazywać uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, sposób ich usunięcia poprzez wskazanie, czy powinno mieć miejsce złożenie, poprawienie czy uzupełnienie, a także określać termin i formę, w jakiej nieprawidłowości powinny być usunięte. W przypadku niezachowania tych warunków konieczne jest powtórzenie tej czynności przez zamawiającego.

Celem przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest umożliwienie wykonawcom naprawienie błędów. A zatem zamawiający w treści wezwania obowiązany jest wskazać okoliczności, które w jego ocenie powodują konieczność zastosowania trybu z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca musi wiedzieć, gdzie zamawiający upatruje błąd aby móc go przy poprawieniu dokumentów naprawić. Wykonawca nie powinien domyślać się z jakich powodów zamawiający nie uznał złożonego dokumentu jako prawidłowy. Powyższe ma na celu umożliwienie wykonawcy prawidłowe ustosunkowanie się do żądania zamawiającego w tym zakresie i pozwolić na uzupełnienie/poprawienie dokumentu. W przedmiotowej sprawie sam Zamawiający jako gospodarz postępowania nie zauważył, że błąd nie dotyczy braku podpisu drugiego członka zarządu, tylko złożenia pełnomocnictwa w niewłaściwej formie.

Izba co do zasady zgadza się z Odwołującym, że wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może być dokonywane tylko raz. Jednak Odwołujący pominął istotną kwestię - tylko raz ale w stosunku do tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego dokumentu. W wezwaniu zamawiający jako nieprawidłowość wskazał brak

podpisu drugiego członka zarządu (nota bene tego który akurat podpisał prawidłowy), a nie niewłaściwą formę pełnomocnictwa. Zamawiający błędnie wskazał nieprawidłowości, a także formę ich usunięcia. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji będących wynikiem nieprawidłowego wezwania.

Wezwanie Zamawiającego było wadliwe i dlatego powinno zostać ponowione w sposób prawidłowy. Biorąc powyższe pod rozwagę, Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Uczestnika postępowania do uzupełnienia pełnomocnictwa.

W pozostałym zakresie odwołanie należało oddalić. W zakresie zarzutu nr 1 Izba zwraca uwagę, że niezasadnie Odwołujący próbował przerzucić na Zamawiającego ciężar dowodu w zakresie złożenia oferty przez wykonawcę LINTER ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowi w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. To na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To Odwołujący bowiem, a nie Zamawiający, a tym bardziej Uczestnik postępowania, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie Odwołujący.

Abstrahując od powyższego, z dokumentów załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, jak również z okazania przez Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania na rozprawie oferty wykonawcy LINTER ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie znajdującej się na platformie zakupowej wynika, że oferta została złożona w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym w terminie jej złożenia, a nie jak sugerował Odwołujący po terminie składania ofert w ramach uzupełnienia. Co za tym idzie, nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie zarzut nr 3 jest przedwczesny. W pierwszej kolejności Zamawiający obowiązany jest wezwać, w sposób prawidłowy, Uczestnika postępowania do uzupełnienia pełnomocnictwa. Treść pełnomocnictwa będzie można ocenić dopiero po jego ewentualnym uzupełnieniu.

Niejako na marginesie, przedłożone na wezwanie zamawiającego pełnomocnictwo powinno potwierdzać istnienie umocowania do złożenia oferty na dzień dokonania tej czynności oraz spełniać wymagania co do jego formy. Zatem możliwe jest przedłożenie pełnomocnictwa z datą adekwatną do daty dokonania czynności, a także z datą późniejszą, jeżeli z treści pełnomocnictwa wynika, że pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili jej dokonania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wskazany przepis odnosi się do kryterium oceny ofert. Zamawiający musi zastosować do wyboru najkorzystniejszej oferty wszystkie kryteria, które zostały wskazane w dokumentach zamówienia. Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu wadliwą ocenę oferty Uczestnika postępowania w ramach kryterium oceny ofert. Zatem zarzut ten nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Biorąc powyższe pod rozwagę, oferta Uczestnika postępowania nie podlega odrzuceniu, co za tym idzie zarzut oznaczony jako nr 6 również nie mógł zostać uwzględniony.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 3) w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: