Sygn. akt: KIO 3604/23

WYROK
z dnia 15 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 14 grudnia 2023 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2023 roku przez wykonawcę Boston Scientific Polska Spółka z o.o., z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Boston Scientific Polska Spółka z o.o., z siedzibą w Warszawiei zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Boston Scientific Polska Spółka z o.o., z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (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 3604/23

UZASADNIENIE

Zamawiający - 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu, dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: DOSTAWA SPECJALISTYCZNYCH MATERIAŁÓW MEDYCZNYCH WRAZ Z NAJMEM SYSTEMU DO MA TRÓJWYMIAROWEGO I NAJMEM 7 SZT. PROGRAMATORÓW DLA PRACOWNI ELEKTROFIZJOLOGII.

W dniu 29 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Boston Scientific Polska Spółka z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący")wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dotyczących pakietów 11, 12, 13 i 14, polegających na: 1) unieważnieniu Postępowania, 2) odrzuceniu oferty Odwołującego, 3) zatrzymaniu wadium Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: i) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z §6 ust. 1 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 (Dz.U. poz. 2452) dalej zwanego „rozporządzeniem w sprawie przekazywania informacji" oraz w zw. z §8 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), dalej zwanego „rozporządzeniem w sprawie psd", poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu; ii) art. 255 pkt 2) Pzp poprzez unieważnienie Postępowania, pomimo że nie wszystkie oferty podlegały odrzuceniu; iii) art. 98 ust. 6 pkt 1) Pzp poprzez zatrzymanie wadium, pomimo że Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu (w zakresie pakietów 11-14): unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności zatrzymania wadium, powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania, którego dotyczy odwołanie jest DOSTAWA SPECJALISTYCZNYCH MATERIAŁÓW MEDYCZNYCH WRAZ Z NAJMEM SYSTEM MAPINGU TRÓJWYMIAROWEGO I NAJMEM 7 SZT. PROGRAMATORÓW DLA PRACOWNI ELEKTROFIZJOL pakietach 11-14 obejmuje konwertery i elektrody opisane w załącznikach nr 2 i 2a do SWZ.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 20 listopada br. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdzając, że została złożona przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia złożył niepodpisany dokument o nazwie „Opinia bankowa o

Firmie Boston Scientific Polska Sp. z o.o.", który nie stanowi oryginału tego dokumentu. Zamawiający zaznaczył przy tym, że znaki graficzne na dokumencie wskazują, że został on w oryginale sporządzony w formie elektronicznej i opatrzony podpisem kwalifikowanym pracowników Deutche Banku Polska SA (I.L. i P.P.). Następnie Zamawiający powołał § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie przekazywania informacji. Jako że oferta Odwołującego była jedyną złożoną w pakietach 11-14, na skutek jej odrzucenia Zamawiający unieważnił Postępowanie w ww. częściach. Dodatkowo zaś zatrzymał wadium Odwołującego, o czym powiadomił pismem z dnia 22 listopada 2023 r.

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z powyższym rozstrzygnięciem Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie zdolności kredytowej lub środków finansowych odpowiednio do poszczególnych części w wysokości (PLN): cz. 11 – 305 170 zł, cz. 12 – 200 950 zł, cz. 13 – 321 800 zł, cz. 14 – 578 710 zł.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 25.10.2023 .r. Boston przesłał opinię potwierdzającą saldo środków dostępnych na rachunku na dzień 10.10.2023 r. zamykające się kwotą siedmiocyfrową w PLN (liczoną bez miejsc po przecinku). Oznaczało to, że dysponował min. 1 000 000 zł (najmniejsza kwota siedmiocyfrowa), co było wystarczające do potwierdzenia warunku w odniesieniu do 3, z 4 pakietów, na które Odwołujący złożył ofertę.

Odwołujący wskazał, że powołany przez Zamawiającego §6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie przekazywania informacji nie znajduje zastosowania w sprawie. Dotyczy bowiem podmiotowych środków dowodowych wystawionych w postaci papierowej. Natomiast zgodnie z §6 ust. 1 wspomnianego aktu prawnego w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 3 pkt 2) ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2023 r. poz. 57) dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Żadne przepisy (w szczególności Pzp, rozporządzeń do tej ustawy, czy Prawa bankowego) nie wymagają dla ważności „opinii bankowej" podpisania jej przy pomocy kwalifikowanego podpisu elektronicznego, czyli nadania jej formy elektronicznej. Błędnie więc Zamawiający podkreślił w uzasadnieniu odrzucenia, że podmiotowe środki dowodowe są składane „w oryginale w formie elektronicznej".

Odwołujący wskazał, że Opinia bankowa z dnia 7 listopada 2023 r., złożona w odpowiedzi na wezwanie z tej samej daty, jest bez wątpienia dokumentem elektronicznym. Nawet jeśli na którymkolwiek etapie zapisywania pliku miała formę elektroniczną (czyli w rozumieniu Kodeksu cywilnego - była sporządzona w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym) – czego Zamawiający nie jest w stanie ustalić, nie posiadając dostępu do innych plików – to ostatecznie została wydana jedynie jako dokument elektroniczny, bez zachowania formy elektronicznej.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Prawa bankowego oświadczenia woli związane z dokonywaniem czynności bankowych mogą być składane w postaci elektronicznej. Zaś stosownie do treści ust. 2 – dokumenty związane z czynnościami bankowymi mogą być sporządzane na informatycznych nośnikach danych, jeżeli dokumenty te będą w sposób należyty utworzone, utrwalone, przekazane, przechowywane i zabezpieczone. Jak widać, w przepisie nie ma mowy o formie elektronicznej, a jedynie o postaci elektronicznej. Zarazem oczywistym jest, że postać elektroniczna jest pojęciem szerszym od formy elektronicznej (dokument w formie elektronicznej, to dokument w postaci elektronicznej tyle że zaopatrzony w podpis kwalifikowany). Zatem opinia bankowa z dnia 7.11.2023 r., na gruncie Prawa bankowego jest prawidłowo sporządzonym dokumentem, wywołującym skutki prawne, także w sferze Pzp.

Odwołujący wskazał, że rozporządzenie w sprawie psd nie określa szczególnej formy dla informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Kwestie te reguluje rozporządzenie w sprawie przekazywania informacji, a jak zostało powyżej wykazane – przewiduje dla podmiotowych środków dowodowych jedynie postać elektroniczną (a nie formę elektroniczną). Co więcej, również SWZ zawiera analogiczne postanowienia. W rozdziale IX ust. 2 pkt 4 SWZ przewidziano bowiem, że: „Podmiotowe środki dowodowe należy złożyć na Platformie zakupowej w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie krótszym niż 10 dni od daty wezwania (dotyczy wykonawcy, którego ofertę najwyżej oceniono). Podmiotowe środki dowodowe należy sporządzić w oryginale w postaci elektronicznej lub jako cyfrowe odwzorowanie dokumentu sporządzonego w postaci papierowej i opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym." (podkr. własne). Zdaniem Odwołującego, w tych okolicznościach zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdzenie, iż „podmiotowe środki dowodowe składane są w oryginale w formie elektronicznej" nie ma oparcia ani na gruncie obowiązujących przepisów, ani SWZ. W związku z powyższym Zamawiający bezpodstawnie uznał, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu i odrzucił jego ofertę w trybie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit c) Pzp.

Z ostrożności Odwołujący podnosi, że nawet gdyby uznać, że opinia bankowa z dnia 07.11.2023 r. nie mogłaby zostać zakwalifikowana jako informacja banku potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, to może być (i powinna) traktowana jako inny podmiotowy środek dowodowy, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Taką możliwość przewiduje §8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie psd. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 15 maja 2013 r. o sygn. KIO 942/13 oraz wyrok z dnia 1 czerwca 2018 r. o sygn. KIO 941/18.

Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze powyższe odrzucenie nie powinno się ostać, a w ślad za tym również unieważnienie postępowania (naruszenie art. 255 pkt 2 Pzp) oraz sankcja zatrzymania wadium (naruszenie art. 98 ust. 6 pkt 1) Pzp).

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę specjalistycznych materiałów medycznych wraz z najmem systemu do mappingu trójwymiarowego i najmem 7 szt. programatorów dla Pracowni Elektrofizjologii opisanych w 18 pakietach. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w Załączniku nr 2 do SWZ Formularz cenowy oraz Załączniku nr 2a do SWZ Parametry techniczne.

Izba ustaliła, że Zamawiający postawił następujący warunek udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej: Zamawiający wymaga posiadania zdolność kredytową lub środki finansowe w wysokości: 3 399 770,00 PLN (słownie: trzy miliony trzysta dziewięćdziesiąt dziewięć tysięcy siedemset siedemdziesiąt złotych, 00/100). Kwota ta dotyczy całości przedmiotu zamówienia, na poszczególne części w wysokości (PLN):

	KWOTA 1PLNl
1.	48 110,00
2.	8 850,00
3.	10 800,00
4.	19 440,00
5.	189 950,00
6.	57 650,00
7.	45 790,00
8.	677 860,00
9.	135 280,00
10.	54 750,00
11 .	305 170 00
12.	200 950 00
13.	321 800 00
14.	578 710 00
15.	263 450,00
16.	120 270 00
17.	348 930,00
18.	12 010 ,00
RAZEM	3 399 770 00

Izba ustaliła, że w Rozdziale IX SWZ, Zamawiający określił wykaz podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wymagał m.in. na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że podmiotowe środki dowodowe należy złożyć na Platformie zakupowej w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie krótszym niż 10 dni Od daty wezwania (dotyczy wykonawcy, którego ofertę najwyżej oceniono). Podmiotowe środki dowodowe należy sporządzić w oryginale w postaci elektronicznej lub jako cyfrowe odwzorowanie dokumentu sporządzonego w postaci papierowej i opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu w zakresie części 11, 12, 13 i 14 zamówienia. Izba ustaliła, że Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 października 2023 r., złożył opinię bankową, datowaną na dzień 11 października 2023 r. W treści opinii zawarta została informacja: Saldo środków dostępnych na w/w rachunku na dzień 10.10.2023r. zamykało się kwotą siedmiocyfrową w PLN (liczoną bez miejsc po przecinku). Izba ustaliła, że opinia została podpisana podpisami elektronicznymi pracowników banku. Izba ustaliła, że podpisy elektroniczne można zweryfikować i potwierdzić ich prawidłowość.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 7 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp o uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał: Zamawiający 4. Wojskowy Szpital Kliniczny z Poliklinika SPZOZ we Wrocławiu działającna podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.) – dalej Pzp, wzywa do złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości min. 1 406 630,00 zł (słownie: jeden milion czterysta sześć tysięcy sześćset trzydzieści złotych, 00/100), w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem. Opinia bankowa złożona przez Państwa w odpowiedzi na wezwanie stanowi, że „Saldo środków dostępnych na w/w rachunku na dzień 10.10.2023r. zamykało się kwotą siedmiocyfrową w PLN (liczoną bez miejsc po przecinku)", co nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu.".

Izba ustaliła, że Odwołujący pismem z dnia 7 listopada 2023 r. uzupełnił dokumenty. Wykonawca złożył opinię bankową z

dnia 7 listopada 2023 r. Izba ustaliła, że w opinii została wskazana konkretną kwota zgormadzonych środków finansowych na dzień 6 listopada 2023 r. tj. kwotę 5 000 000 złotych. Izba ponadto ustaliła, że na końcu opinii bankowej zostały zamieszczone „podpisy" osób tożsamych do tych, które złożyły elektroniczny podpisy na dokumencie z dnia 11 października. Podpisy te jednak nie dają się zweryfikować.
Izba ustaliła, że pismem z dnia 20 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Zamawiający wskazał m.in. „Zamawiający 4. Wojskowy Szpital Kliniczny z Poliklinika Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.) — dalej PZP informuje, że odrzuca Ofertę Wykonawcy Boston Scientific PolskaSpółka z o.o. Al. Jana Pawła II 22, 00-133 Warszawa w obrębie pakietów nr II, 12, 13, 14, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit c) ustawy z dnia II września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.) dalej Pzps ponieważ została złożona przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Uzasadnienie: Zamawiający w dniu 25 października 2023r. wezwał Wykonawcę do złożenia JEDZ i podmiotowych środków dowodowych (pismo L.dz. 1263/SZP/2023). W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył JEDZ i podmiotowe środki dowodowe m.in. Opinię bankową informującą, że „Saldo środków dostępnych na w/w rachunku na dzień 10.10.2023r. zamykało się kwotą siedmiocyfrową w PLN (liczoną bez miejsc po przecinku)." co nie potwierdzało spełniania warunku udziału w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający w dniu 7 listopada 2023r. wezwał Wykonawcę do złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości min. 1 406 630,00 zł (słownie: jeden milion czterysta sześć tysięcy sześćset trzydzieści złotych, 00/100), w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył niepodpisany dokument o nazwie „Opinia bankowa o Firmie Boston Scientific Polska Sp. z o.o.", który nie stanowi oryginału tego dokumentu. Znaki graficzne na dokumencie wskazują, że został on w oryginale sporządzony w formie elektronicznej i opatrzony podpisem kwalifikowanym pracowników Deutche Banku Polska SA (I.L. i P.P.). Zgodnie z 6 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r.w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej sv postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020r. poz. 2452) podmiotowe środki dowodowe składane są w oryginale w formie elektronicznej lub jako cyfrowe odwzorowanie dokumentu sporządzonego w postaci papierowej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym., poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe zostały w oryginale sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem.".
Jednocześnie Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w części 11, 12, 13 i 14 zamówienia.
Izba zważyła co następuje:
W ocenie Izby, zarzuty podniesione przez Odwołującego są niezasadne, co skutkowało oddaleniem odwołania przez Izbę.
Zgodnie z art. 124 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający: 1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia; 2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.
Zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy 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.
Zgodnie z art. 128 ustawy Pzp, 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.
Zgodnie §15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej Rozporządzenie psd), 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, w zakresie i w sposób określony w przepisach wydanych na podstawie art. 70 ustawy.
Zgodnie z §6 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzenia i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie z dnia 30 grudnia 2020 r. (dalej „Rozporządzenia w

sprawie dokumentów"):

1. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej „dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania", zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami", jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.
2. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że nie było sporne sprawie, że Zamawiający w SWZ wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wymaga złożenia podmiotowego środka dowodowego tj. informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem. Nie było również sporne w sprawie to, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 października 2023 r. złożył opinię bankową datowaną na dzień 11 października 2023 r. W treści opinii nie była wyspecyfikowana żadna konkretna kwota dostępnych środków. Informacja z banku zawierała wyłącznie stwierdzenie, że saldo środków dostępnych na rachunku na dzień 10.10.2023r. zamykało się kwotą siedmiocyfrową w PLN (liczoną bez miejsc po przecinku). Dalej wskazać należy, że okolicznością bezsporną jest fakt wezwania Odwołującego do uzupełnienia/poprawienia w/w informacji z banku. Bezsporne również jest to, że Odwołujący uzupełnił dokument przedkładając Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie opinię bankową datowaną na 7 listopada. W opinii została wskazana konkretna kwota zgormadzonych środków finansowych na dzień 6 listopada 2023 r. tj. kwota 5 000 000 złotych. Izba ustaliła, że na końcu uzupełnionej opinii bankowej zostały zamieszczone „podpisy" osób działających w imieniu banku. Izba ustaliła, że są to osoby tożsame z tymi, które złożyły elektroniczny podpisy na dokumencie z dnia 11 października. Sporne pomiędzy stronami pozostawało to czy opinia banku z dnia 7 listopada 2023 r. została złożona przez Odwołującego w prawidłowej formie, a tym samym czy wykonawca potwierdził spełnienie spornego warunku udziału w Postępowaniu.

Izba po dokonaniu analizy przedmiotowym opinii bankowych złożonych przez Odwołującego uznała, że Zamawiający dokonał ich prawidłowej oceny. Izba wskazuje, że opinia bankowa złożona przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 listopada 2023 r. nie została złożona w wymaganej formie, a tym samym nie potwierdziła spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej. O ile zgodzić się można z Odwołującym, że podstawa prawa wskazana w decyzji Zamawiającego z dnia 20 listopada 2023 r. nie ma zastosowania do dokumentu złożonego przez Odwołującego, o tyle ocena opinii bankowej na podstawie właściwego przepisu prawa na który powołała się Odwołujący w treści odwołania prowadzi do wniosku tożsamego z wnioskiem Zamawiającego.

Izba wskazuje, że zgodnie z §6 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, a więc sporna opinia bankowa, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument. Z przepisu tego w sposób jednoznaczny wynika, że wykonawca przekazuje do Zamawiającego jako dokument elektroniczny dokument, który otrzymał od wystawcy. Innymi słowy, wykonawca nie dokonuje modyfikacji dokumentu wystawionego przez wystawcę, ale przekazuje go w takiej formie i postaci w jakiej otrzymał od wystawcy.

Izba zauważa, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy mamy do czynienia z uzupełniona opinią bankową, która została wydana w formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanymi podpisami elektronicznym przez upoważnionych pracowników banku. Mając na uwadze powyższe należy uznać, że forma, w jakiej dokument został złożony przez Odwołującego tj. dokument z wizualnym odwzorowaniem oryginalnych elektronicznych podpisów osób działających w imieniu banku jest sprzeczna z formą podmiotowych środków dowodowych wymaganą zgodnie z dyspozycją przepisu § 6 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Przywołany przepis rozporządzenia obliguje wykonawcę do złożenia dokumentu otrzymanego od banku, bez dokonywania jakichkolwiek modyfikacji. Tymczasem

Odwołujący złożył dokument, w którym zostały zmodyfikowane podpisy pracowników banku, w takich sposób, że nie możliwości ich zweryfikować.
Odwołujący podnosił, że otrzymał od banku opinię w formie przekazanej do Zamawiającego, a więc z nieweryfikowalnymi podpisami elektronicznymi osób działających w imieniu banku. Izba nie dała wiary twierdzeniom Odwołującego. Po pierwsze, Odwołujący poza swoimi twierdzeniami nie złożył żadnego dowodu do akt sprawy na wykazanie prawdziwości takich twierdzeń. Należy założyć, że Odwołujący nie dysponował takimi dowodami, albowiem, gdyby je posiadał, złożyłby je w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący, jak to już wyżej wykazano, żadnych dowodów w tym zakresie nie przedłożył. Po drugie, zdaniem Izby, przyjęcie założenia, że bank działając jako instytucja regulowana przesyła do swojego klienta dokument w postaci elektronicznej z „podpisami" pracowników, których nie ma możliwości zweryfikowania jest założeniem irracjonalnym i pozbawionym jakiegokolwiek uzasadnienia. Odwołujący wskazał, że w stanie faktycznym sprawy ma zastosowanie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo bankowe. Izba jednakże wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem sądowym art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podlega interpretacji łącznie z art. 7 ust. 2 ustawy Pzp. Izba w tym zakresie przywołuje orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku - V Wydział Cywilny z dnia 29 marca 2021 r. V ACa 652/20, w którym sąd wskazał m.in.: (…) Wykładnia funkcjonalna i systemowa art. 7 ust. 1 Prawa bankowego prowadzi do wniosku, iż także wygenerowany w postaci elektronicznej przez bank dokument zawierający oświadczenie woli powinien być opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub innym podpisem elektronicznym, ustalonym przez strony umownie. (…) Wprawdzie art. 7 ust. 1 stanowi jedynie o „postaci elektronicznej" dokumentu, to jednak przy jego wykładni nie sposób pominąć art. 78^1 KC, który wprowadza wymóg opatrzenia oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej. (…) Normę zawartą w art. 7 ust. 1 Prawa bankowego należy także wykładać przez pryzmat normy z art. 7 ust. 2 Prawa bankowego, zgodnie z którym oświadczenia woli związane z czynnościami bankowymi mogą być utrwalane i przechowywane w postaci elektronicznej, o ile dokumenty te będą w sposób należyty utworzone, utrwalone, przekazane, przechowywane i zabezpieczone. Jeżeli bank sporządził dokument zawierający oświadczenie woli wygenerowany elektronicznie (w postaci elektronicznej w rozumieniu art. 7 ust. 1 Prawa bankowego), to dla swej skuteczności winien być on opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zdaniem Izby, nie ma żadnych podstaw do przyjęcia zasadności twierdzeń Odwołującego, że bank przesłał Odwołującemu opinię w formie w jakiej złożył ją Zamawiającemu, tj. jako dokument, w którym nie ma żadnej możliwości zweryfikowania podpisów osób działających w imieniu banku. Takie oświadczenie banku jest oświadczeniem nieskutecznym i nie potwierdza faktów zwartych w opinii.
Zdaniem Izby, forma spornego dokumentu złożonego przez Odwołującego nie jest prawidłowa, gdyż zasadą jest, że w przypadku postępowań prowadzonych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, wykonawca powinien przesłać Zamawiającemu otrzymany plik XML wraz z plikiem podpisu kwalifikowanego osób uprawnionych do wystawienia informacji. Należy podkreślić, że taki dokument jest dokumentem oryginalnym i może być skutecznie składany w toku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. W ocenie Izby przedłożenie podmiotowych środków dowodowych w sposób dokonany przez Odwołującego jest błędem formalnym, który nie może już podlegać sanowaniu wobec konsekwentnie wyrażanej w orzecznictwie Izby zasady jednokrotnego wezwania do złożenia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wywodzonej z zasad zamówień publicznych wskazanych w treści ustawy Pzp. Zamawiający zatem prawidłowo dokonał oceny złożonego przez Odwołującego dokumentu i prawidłowo odrzucił oferty Odwołującego. Znaki graficzne na złożonej przez Odwołującego informacji z banku wskazują, że dokument został oryginale sporządzony w formie elektronicznej i opatrzony podpisem kwalifikowanym pracowników Deutche Banku Polska SA (I.L. i P.P.), zaś Odwołujący nie przekazał dokumentu w takiej właśnie formie. W konsekwencji, Izba uznała zarzut Odwołującego za niezasadny. Zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.
Odnosząc się do zarzut nieprawidłowego zatrzymania wadium przez Zamawiającego, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:
1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.
Pierwszą ze wskazanych w treści w/w przepisu przesłanek jest niezłożenie, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych lub przedmiotowych środków dowodowych, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy Pzp lub też oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp czy innych dokumentów lub oświadczeń.

Drugą przesłanką, wypełniającą treść przepisu, jest okoliczność, że nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Do okoliczności uzasadniających brak możliwości zatrzymania wadium zaliczono te, które obciążają zamawiającego, np. zakreślenie zbyt krótkiego terminu na uzyskanie określonych dokumentów, sformułowanie wezwania, ogłoszenia o zamówieniu czy dokumentów zamówienia w sposób nieprecyzyjny, wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania, a także sytuację, w której treść złożonych oświadczeń lub dokumentów podlega ocenie zamawiającego przy zastosowaniu kryteriów wartościujących o nieostrym lub niejednoznacznym charakterze.

Ostatnią przesłankę zatrzymania wadium, na podstawie ww. przepisu, jest wpływ niewykonania przez wykonawcę wezwania do uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń na wynik postępowania. Zatrzymanie wadium jest bowiem możliwe jedynie wtedy, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej.

W stanie faktycznym omawianej sprawy ziściły się wszystkie z wymienionych wyżej przesłanek. Odwołujący, pomimo jednoznacznego i jasno sformułowanego wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, wprawdzie uzupełnił dokument, lecz nadal nie potwierdzał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący jest doświadczonym wykonawcą, uczestniczącym wielokrotnie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Winien mieć wiedzę co do wymaganej formy składanych dokumentów. Odwołujący zaś przedłożył Zamawiającym dokument, który nie jest prawidłowo podpisany, bowiem nie ma możliwości weryfikacji podpisów osób działających w imieniu banku. Co więcej, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że bank przekazał sporny dokument w formie złożonej Zamawiającemu. To w konsekwencji spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej. A zatem ziściły się przesłanki określone w art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Bezzasadny jest również w sprawie argument Odwołującego o możliwości uznania opinii bankowej za inny podmiotowy środek dowody, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu i możliwość zastosowania §8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Po pierwsze, w SWZ Zamawiający w sposób jednoznaczny określił charakter wymaganego dokumentu i Odwołujący miał pełną wiedzę, że jest on podmiotowym środkiem dowodowym. Po drugie, przywołana przez Odwołującego regulacja prawna ma zastosowanie w sytuacji, gdy z uzasadnionych przyczyn wykonawca nie może przedłożyć wymaganego przez Zamawiającego podmiotowego środka dowodowego, z czym nie mamy do czynienia w omawianym stanie faktycznym.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:……