Sygn. akt: KIO 1936/25

WYROK

Warszawa, dnia 23 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Kot
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu18 maja 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BMB Budownictwo sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Gostyninie oraz Marcina Balcerzaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Global Systems M.B. z siedzibą w Gostyninie (dalej: „Odwołujący") w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający"),
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie(dalej: „Przystępujący")

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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 1936/25

Uzasadnienie

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający" lub „MZDW") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 555 na terenie m. Siecień, gm. Brudzeń Duży, powiat płocki" (Numer referencyjny: 257/24, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 listopada 2024 r. pod numerem: 722306-2024.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

18 maja 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BMB Budownictwo sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Gostyninie oraz M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Global Systems M.B. z siedzibą w Gostyninie (dalej: „Odwołujący" lub „Konsorcjum BMB")wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego i zaniechania czynności w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie ponownego wezwania Konsorcjum BMB do złożenia wykazu robót w zakresie zadania nr 1 oraz zadania nr 2, wykazu osób w zakresie kwalifikacji geodety oraz doświadczenia kierownika robót instalacyjnych, podczas gdy wezwanie z dnia 2 kwietnia 2025 r. poprzez użycie ukośnika „/" w brzmieniu: „dokumenty w formie/postaci elektronicznej należy (…)" wprowadzało w błąd co do dopuszczalnej formy złożenia dokumentów;

2)art. 16 pkt 2 ustawy Pzp przez naruszenie zasady przejrzystości postępowania i odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że wykonawca wykonał wezwanie z dnia 2 kwietnia 2025 r. w formie przez MZDW dopuszczalnej, jak

również przez uznanie jako podstawy odrzucenia oferty Konsorcjum BMB zarzutu nieopatrzenia podmiotowych środków dowodowych kwalifikowanym podpisem elektronicznym, pomimo że Zamawiający dopuszczając złożenie dokumentów w „postaci elektronicznej" dopuścił ich podpisanie także profilem zaufanym, a zatem odrzucenie oferty Odwołującego było wynikiem wadliwej treści wezwania BMB z dnia 2 kwietnia 2025 r.;

3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców: Odwołującego i STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „STRABAG"), którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, albowiem treść wezwania z dnia 2 kwietnia 2025 r. skierowana do Konsorcjum BMB i z dnia 15 kwietnia 2025 r. skierowana do STRABAG różnią się w brzmieniu w zakresie, w jakim Zamawiający wskazał wykonawcom dopuszczalną formę złożenia dokumentów i oświadczeń, a ponadto wezwanie z dnia 2 kwietnia 2025 r. było nieprecyzyjne i wprowadzające Odwołującego w błąd poprzez użycie alternatywy „forma/postać elektroniczna", podczas gdy wezwanie z dnia 15 kwietnia 2025 r. wprost wskazywało, iż oświadczenia i dokumenty STRABAG winien złożyć w „formie elektronicznej";

4) art. 63 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w związku z § 7 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. z 2020 r. poz. 2452; „rozporządzenie w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej") przez ich niewłaściwe zastosowanie i dopuszczenie złożenia podmiotowych środków dowodowych w „postaci elektronicznej" bez oznaczenia jakim podpisem „postać elektroniczna" winna być opatrzona w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, podczas gdy obowiązkiem MZDW było jednoznaczne i nie budzące żadnych wątpliwości interpretacyjnych oznaczenie w wezwaniu z dnia 2 kwietnia 2025 r., że podmiotowe środki dowodowe winny być złożone w „formie elektronicznej" lub „postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym" (co byłoby równoważne użyciu „forma elektroniczna");

5) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp przez ich błędne zastosowanie, albowiem Odwołujący spełniał warunki udziału w Postępowaniu oraz złożył w przewidzianym terminie w formie zgodnej z wezwaniem z dnia 2 kwietnia 2025 r. żądane przez Zamawiającego dokumenty, oświadczenia, podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty STRABAG jako najkorzystniejszej;

2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum BMB;

3) powtórzenie czynności badania, oceny i wyboru ofert dla zamówienia, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

ewentualnie

4) przed powtórzeniem czynności badania, oceny i wyboru ofert dla zamówienia zobowiązanie Zamawiającego do ponowienia wezwania o treści jak pismo z dnia 2 kwietnia 2025 r., znak W-1.43.2.225.2024.12.DT, z jednoznacznym oznaczeniem czy wykaz robót w zakresie zadania nr 1 oraz nr 2, wykaz osób w zakresie: kwalifikacji geodety oraz doświadczenia kierownika robót instalacyjnych, mają być złożone w formie elektronicznej, czy w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, profilem zaufanym lub podpisem osobistym;

10 czerwca 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 9 czerwca 2025 r. wykonawca STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

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

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

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Przystępujący").

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 555 na terenie m. Siecień, gm. Brudzeń Duży, powiat płocki (vide: Rozdział IV ust. 1 Specyfikacji warunków zamówienia – dalej: „SWZ").

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX ust. 4 pkt 2 i 3 oraz ust. 9 SWZ:

„4. 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:

(…)

2) Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

3) Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

(…).

9. W zakresie nieuregulowanym ustawą p.z.p. lub niniejszą SWZ do oświadczeń i dokumentów składanych przez Wykonawcę w postępowaniu, zastosowanie mają przepisy 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. z 2020 r. poz. 2415; zwanym dalej „r.p.ś.d.") oraz przepisy 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. z 2020 r. poz. 2452 zwanym dalej „r.d.e.") Zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia".

W myśl postanowienia Rozdziału XI ust. 1 SWZ „Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku Wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo do reprezentowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo winno być załączone do oferty w postaci elektronicznej".

Stosownie do brzmienia postanowienia Rozdziału XII ust. 2 SWZ „Ofertę, oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p., podmiotowe środki dowodowe, pełnomocnictwa, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby sporządza się w formie elektronicznej, w ogólnie dostępnych formatach danych, w szczególności w formatach .pdf .doc .xls .xlsx .jpg (.jpeg)".

Pismem z dnia 10 marca 2025 r. MZDW, działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w Rozdziale IX ust. 4 SWZ, w tym m.in. wykazu robót budowlanych (na wzorze Zamawiającego) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat oraz wykazu osób (na wzorze Zamawiającego) skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego. W treści rzeczonego pisma MZDW wskazał, że „Oświadczenia i dokumenty w formieelektronicznej należy złożyć Zamawiającemu za pośrednictwem , w terminie do dnia 21.03.2025 r.", a ponadto załączył wzory – wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat oraz wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, z których jednoznacznie wynika, że dokumenty te powinny zostać podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W odpowiedzi na wyżej wymienione wezwanie Konsorcjum BMB przedłożyło wymagane przez Zamawiającego dokumenty – wszystkie podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

2 kwietnia 2025 r. MZDW, działając na podstawie art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów: wykazu robót w zakresie zadania nr 1 oraz nr 2 i wykazu osób w zakresie:

kwalifikacji Geodety oraz doświadczenia Kierownika robót instalacyjnych. W treści przedmiotowego pisma Zamawiający wskazał, że „(…) wzywa Wykonawcę do złożenia Wykazu robót oraz uzupełnienia Wykazu osób w zakresie wskazanym powyżej. Dokumenty w formie/postaci elektronicznej należy przesłać Zamawiającemu za pośrednictwem , w terminie do dnia 08.04.2025 r. (…)".

Konsorcjum BMB ponownie złożyło m.in. wykaz robót oraz wykaz osób (na wzorach przygotowanych przez Zamawiającego), które tym razem zostały podpisane podpisem zaufanym.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2025 r. MZDW, działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w Rozdziale IX ust. 4 SWZ, w tym m.in. wykazu robót budowlanych (na wzorze Zamawiającego) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat oraz wykazu osób (na wzorze Zamawiającego) skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego. W treści rzeczonego pisma MZDW wskazał, że „Oświadczenia i dokumenty w formieelektronicznej należy złożyć Zamawiającemu za pośrednictwem , w terminie do dnia 25.04.2025 r.", a ponadto załączył wzory – wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat oraz wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, z których jednoznacznie wynika, że dokumenty te powinny zostać podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

9 maja 2025 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy STRABAG oraz o odrzuceniu ofert złożonych przez Odwołującego i wykonawcę Transpol Lider sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Inowrocławiu. W piśmie z dnia 9 maja 2025 r. zawierającym uzasadnienie odrzucenia oferty Konsorcjum BMB, MZDW wskazał, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp. Zamawiający powołując się na§ 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej podkreślił, że w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia lub konkursów o wartości równej lub przekraczającej progi unijne podmiotowe środki dowodowe przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a tymczasem Odwołujący w dniu 8 kwietnia 2025 r. przedłożył dokumenty w zakresie wykazu robót oraz wykazu osób, które nie zostały opatrzone elektronicznym podpisem kwalifikowanym, a jedynie podpisane podpisem zaufanym. Ponadto MZDW nadmienił, że z uwagi na fakt, iż złożone dokumenty nie zostały prawidłowo podpisane, należało uznać, że nie zostały one prawidłowo uzupełnione i tym samym wykonawca nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 63 ustawy 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.

2. W postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym".

Stosownie do brzmienia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 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".

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp stanowi:

„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(…);

2) została złożona przez wykonawcę:

(…)

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń".
Zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej „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".
W myśl art. 78^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm., dalej: „k.c."):
„§ 1. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.
§ 2. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej".
Stosownie do brzmienia art. 355 k.c.:
„§ 1. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność).
§ 2. Należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności".

Przechodząc do rozpoznania zarzutów odwołania skład orzekający wskazuje, że – mając na uwadze okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, a także jednoznaczne i niebudzące wątpliwości przepisy prawa oraz postanowienia SWZ – stanowisko Zamawiającego o nieprawidłowym podpisaniu przez Odwołującego przedłożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 kwietnia 2025 r. dokumentów w postaci wykazu robót oraz wykazu osób, a w konsekwencji o nieskutecznym wniesieniu przez Konsorcjum BMB podmiotowych środków dowodowych, należało uznać za zasadne. Wymaga podkreślenia, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego związany jest przepisami ustawy Ppz, wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych, jak też postanowieniami SWZ. Odwołujący nie dochował wymaganej od niego jako podmiotu profesjonalnego należytej staranności przy składaniu dokumentów w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp, a odrzucenie jego oferty stanowi konsekwencję tego zaniechania. W tym miejscu należy wskazać, że w oparciu o przepis art. 355 § 2 k.c., miernik należytej staranności stosowany wobec wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą ulega podwyższeniu i określa się go przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez tego wykonawcę działalności. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 29 października 2021 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt XXIII Zs 109/21 stwierdził, że: „(…) Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności (…); (…) Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 KC precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego (…)" (por. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 3 grudnia 2018 r. o sygn. akt KIO 2372/18 oraz z dnia 29 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 711/23).

Opatrzenie przez Odwołującego wykazów (robót oraz osób) podpisem zaufanym zamiast wymaganym kwalifikowanym podpisem elektronicznym należało uznać za działanie błędne i niepoparte treścią nie tylko obowiązujących przepisów prawa ale i jednoznacznych postanowień SWZ. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że MZDW w Rozdziale XII ust. 2 SWZ precyzyjnie określił, że ofertę, oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowe środki dowodowe, pełnomocnictwa, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby sporządza się w formie elektronicznej, w ogólnie dostępnych formatach danych, w szczególności w formatach .pdf .doc .xls .xlsx .jpg (.jpeg). Z kolei zgodnie z art. 78^1 k.c. do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ponadto w Rozdziale IX ust. 9 SWZ Zamawiający wskazał, że w zakresie nieuregulowanym ustawą Pzp lub SWZ do oświadczeń dokumentów składanych przez wykonawcę w Postępowaniu zastosowanie mają m.in. przepisy 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. z 2020 r. poz. 2452). Stosownie do brzmienia § 7 ust. 1 wyżej wymienionego rozporządzenia podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o

których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy Pzp, 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. Dodatkowo nie można tracić z pola widzenia, że w myśl art. 63 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3 ustawy Pzp oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, składa się pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. Izba podziela stanowisko wyrażone przez MZDW, że Konsorcjum BMB niniejszym odwołaniem de facto próbuje przerzucić na Zamawiającego odpowiedzialności za błąd popełniony przez Odwołującego podczas składania dokumentów na ponowne wezwanie MZDW. Z kolei – jak trafnie podniósł Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 9 czerwca 2025 r. – argumentację Odwołującego dotyczącą wadliwej w jego ocenie treści wezwania z dnia 2 kwietnia 2025 r. w zakresie formy w jakiej wykonawca powinien złożyć wymagane podmiotowe środki dowodowe należy uznać za spóźnioną. Jeżeli – jak twierdzi Konsorcjum BMB w uzasadnieniu odwołania – w istocie wezwanie z dnia 2 kwietnia 2025 r. było dla niego nieprecyzyjne i budzące wątpliwości interpretacyjne, to Odwołujący na odpowiednim etapie powinien skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej, jednak tego nie uczynił. Istotne jest również, że – jak wynika z treści odwołania – Odwołujący jest świadomy, że w postępowaniach o wartości równej lub powyżej progów unijnych podmiotowe środki dowodowe wnosi się w formie elektronicznej, tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Konsorcjum BMB jednak w sposób bezpodstawny deprecjonuje regulacje zawarte w przepisach obowiązującego prawa, w szczególności w rozporządzeniu w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej, wskazując, że fakt powołania się przez MZDW na przywołane rozporządzenie w uzasadnieniu odrzucenia oferty, nie ma znaczenia, gdyż brak podpisu kwalifikowanego na wykazach wynikał z wprowadzenia Konsorcjum BMB w błąd przez Zamawiającego. W tym miejscu zasadne jest zaznaczenie, że słusznie podniósł STRABAG w piśmie procesowym z dnia 9 czerwca 2025 r., iż w żadnym miejscu wezwania z dnia 2 kwietnia 2025 r. MZDW nie wskazał, że uzupełnione na wezwanie dokumenty mogą zostać opatrzone podpisem zaufanym. Posłużenie się przez Zamawiającego w rzeczonym wezwaniu sformułowaniem forma/postać elektroniczna, nie stwarzała podstaw do wniosków, które formułuje obecnie Odwołujący, gdyż – jak to zostało już wskazane – wartość Postępowania przekracza progi unijne, a MZDW nie dopuścił w SWZ możliwości opatrywania dokumentów podmiotowych podpisem zaufanym. Wprost przeciwnie, z przywołanych powyżej postanowień SWZ jednoznacznie wynika, że podmiotowe środki dowodowe składane w Postępowaniu powinny zostać opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, tj. jak tego wymaga przepis § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej. Tym samym należało przyjąć, że Konsorcjum BMB w sposób zupełnie niepoparty treścią przepisów prawa oraz SWZ uznało, iż w Postępowaniu dopuszczalne było opatrzenie wykazów podpisem zaufanym. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że argumentacja przedstawiona w odwołaniu jest wzajemnie sprzeczna, albowiem z jednej strony Odwołujący podnosi, że wobec treści wezwania z dnia 2 kwietnia 2025 r. oczywista była możliwość posłużenia się przez konsorcjum podpisem zaufanym, a z drugiej strony wskazuje na błędnie sformułowaną treść przedmiotowego wezwania, które w ocenie Odwołującego powinno zawierać doprecyzowanie jakim podpisem powinny być opatrzone uzupełniane dokumenty. Owa sprzeczność potwierdza stanowisko o całkowitej bezzasadności odwołania.

Niezależnie od powyższego skład orzekający nadmienia, że nawet gdyby przyjąć, iż treść wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w przedmiocie wymaganej formy składanych dokumentów mogła wprowadzać pewnego rodzaju wątpliwość, to podkreślenia wymaga, że wzory oświadczeń i wykazów do zastosowania przez Odwołującego, zostały przesłane przez Zamawiającego wraz z wezwaniem z dnia 10 marca 2025 r., w którym MZDW precyzyjnie zaznaczył, że wykazy (robót oraz osób) należy złożyć na przekazanych wzorach. Co istotne we wzorach tych wyraźnie zostało wskazane (na końcu dokumentu) miejsce opatrzone dopiskiem „kwalifikowany podpis elektroniczny" lub „kwalifikowany podpis elektroniczny Wykonawcy". Konsorcjum BMB zastosowało te wzory dokumentów, w odpowiedzi na pierwsze wezwanie MZDW do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jak też na drugie wezwanie z dnia 2 kwietnia 2025 r. Wobec powyższego, za zupełnie nielogiczne należy potraktować działanie Odwołującego, który pomimo posługiwania się wzorami przesłanymi przez Zamawiającego, w których wyraźnie zostało określone, że podmiotowe środki dowodowe powinny być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznych (co było oczywiste wobec faktu, że wartość Postępowania przewyższa progi unijne), w odpowiedzi na pierwsze wezwanie z dnia 10 marca 2025 r. opatrzył przedłożone dokumenty, w tym wykazy (robót oraz osób) kwalifikowanym podpisem elektronicznym, natomiast w odpowiedzi na drugie wezwanie z dnia 2 kwietnia 2025 r., pomimo posłużenia się tymi samymi wzorami zupełnie zignorował tą okoliczność i opatrzył sporne wykazy podpisem zaufanym. Co więcej owe działanie jest tym bardziej niezrozumiałe biorąc pod uwagę fakt, że pozostałe dokumenty składane na wezwanie z dnia 2

kwietnia 2025 r zostały opatrzone prawidłowym podpisem tj. kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz że wraz z ofertą Odwołujący przedłożył pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum – w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Powyższe kwestie nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że Odwołujący w sposób nieprawidłowy dokonał czynności uzupełnienia dokumentów na wezwanie MZDW z dnia 2 kwietnia 2025 r., w sposób samowolny uznając – wbrew wszelkich okolicznościom prawnym i faktycznym – że możliwe było podpisanie wykazów (robót oraz osób) podpisem zaufanym i tym samym nie dochował należytej staranności wymaganej od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się z kolei do zarzutu Konsorcjum BMB dotyczącego rzekomego nierównego traktowania wykonawców (Odwołującego i Przystępującego) należy zauważyć, że jest on oczywiście bezzasadny. Wymaga bowiem odnotowania, że treść wezwania w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 10 marca 2025 r. skierowanego do Konsorcjum BMB i treść wezwania w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 15 kwietnia 2025 r. skierowanego do STRABAG, brzmi jednakowo. Innymi słowy Zamawiający w tożsamych sytuacjach w identyczny sposób wezwał wyżej wymienionych wykonawców do przekazania aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w Rozdziale IX ust. 4 SWZ, wskazując, że wymagane oświadczenia i dokumenty należy złożyć w formie elektronicznej. W konsekwencji czynności te okazały się być zgodne z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Dodatkowo konieczne jest podkreślenie, że w przypadku Przystępującego dokumenty złożone już na wezwanie z dnia 15 kwietnia 2025 r. potwierdzały spełnienie warunków udziału w Postępowaniu i wykonawca ten – przeciwnie jak Konsorcjum BMB – nie był wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Mając na uwadze przywołane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w związku z § 5 pkt 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:.....