

WYROK
z dnia 13 marca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 marca 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 lutego 2020 roku** przez wykonawcę: **J. M. prowadzący działalność gospodarczą z siedzibą w Kalinowie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Łomża z siedzibą w Łomży**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum (1) Verde Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Skierniewicach, (2) M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU M. S. z siedzibą w Małkini Górnej,** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazuje powtórzenie procesu badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Przystępującego Konsorcjum Verde z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niewykazania braku podstaw do jego wykluczenia z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Łomża z siedzibą w Łomży** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego J. M.**

prowadzącego działalność gospodarczą z siedzibą w Kalinowie tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2.** zasądza od Zamawiającego - **Skarbu Państwa, Państwowego Gospodarstwa Leśnego „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Łomża z siedzibą w Łomży** na rzecz **Odwołującego – J. M. prowadzącego działalność gospodarczą z siedzibą w Kalinowie** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łomży**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 28 lutego 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019r., poz. 1834 ze zmianami; dalej: „Ustawa Pzp”) odwołanie złożył Wykonawca J. M. prowadzący działalność gospodarczą z siedzibą w Kalinowie, dalej jako „Odwołujący”.

Zamawiający: Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Łomża z siedzibą w Łomży prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Ochrona czynna cennych siedlisk przyrodniczych w obszarze Natura 2000 Czerwony Bór, nr ogłoszenia o zamówieniu: 2019/S 245-603427. Postępowanie prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla zamówień o wartości równiej lub wyższej niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu w dniu 18 lutego 2020r. polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Verde sp. z o.o. sp. k. oraz M. S. (dalej: „Konsorcjum” lub „Wykonawcy”);
2. zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
3. dwukrotnym wzywaniu Konsorcjum do uzupełnienia tych samych braków w formularzach JEDZ;
4. zaniechaniu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonych zaświadczeń.

Zaskarżonym czynnościom zarzucono naruszenie:

5. art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo że została złożona przez osobę nieupoważnioną do reprezentacji wszystkich członków Konsorcjum;
6. art. 26 ust. 3a Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia pełnomocnictwa potwierdzającego, że oferta została złożona przez osobę upoważnioną do reprezentacji wszystkich członków Konsorcjum;
7. art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum oraz odrzucenia jego oferty, pomimo że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. złożyło formularze JEDZ, w których nie zadeklarowało dysponowania zasobami zgodnie z pkt 7.1. lit a) tiret 17-20. SIWZ;
8. art. 24aa ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Konsorcjum oraz wezwanie do przedstawienia aktualnych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, pomimo niewykazania we wstępnym oświadczeniu JEDZ spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu;

9. art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1) Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo że Konsorcjum nie wykazało braku podstaw do jego wykluczenia z postępowania, tj. nie przedstawiło oświadczeń i dokumentów wykazujących brak tych podstaw na dzień złożenia oferty;

10. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez:

a. dwukrotne wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia braków złożonych formularzy JEDZ;

b. zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień (w odniesieniu do oświadczeń o niezaleganiu w zobowiązaniach podatkowych oraz z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne) z powodu przedstawienia dokumentów nie wykazujących braku podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień złożenia oferty.

Odwołujący wnosił o:

11. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;

12. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenia jego oferty względnie wezwania Konsorcjum do złożenia stosownych wyjaśnień;

13. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert.

Zarówno Odwołujący, jak i Konsorcjum złożyli oferty w postępowaniu. W dniu 18 lutego 2020r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Nieważność złożonej oferty - brak upoważnienia

Zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum jest nieważna, bowiem została podpisana przez osobę nie dysponującą upoważnieniem do reprezentacji drugiego z konsorcjantów.

Ofertę złożył p. Ł. T. w dniu 20 stycznia 2020r. Żaden dokument przedstawiony do akt postępowania i ujawniony Odwołującemu w trybie art. 96 ust. 3 Pzp nie dowodzi, że zarówno w tym dniu, jak i najdalej w dniu przypadającym na termin złożenia oferty, p. T. był upoważniony do udziału w postępowaniu także w imieniu i na rzecz p. S. . W toku dalszej procedury, przed wyborem najkorzystniejszej oferty, Konsorcjum takiego dokumentu nie przedstawiło.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawcy dostarczyli umowę konsorcjum. W § 4.1. umowy zawarto m.in. upoważnienie dla lidera do reprezentacji w postępowaniu. Umowa konsorcjum została jednak zawarta 19 dni po terminie złożenia ofert. Dowodzi tego fakt naniesienia przez M. S. kwalifikowanego podpisu elektronicznego pod umową dopiero 9 lutego 2020r. Na okoliczność daty złożenia podpisu w załączeniu Odwołujący przedstawił jako dowód pod odwołaniem elektroniczne poświadczenie weryfikacji wygenerowane za pośrednictwem serwisu internetowego

www.weryfikacjapodpisu.pl, prowadzonego przez dostawcę usług zaufania spółkę Madkom SA.

Zgodnie z art. 10a ust. 5 Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W świetle art. 99 § 1 k.c., jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.

W rezultacie, na podstawie art. 14 ust. 1 Pzp, jeżeli wymaganą formą oferty jest forma elektroniczna, w taki sam sposób powinno zostać sporządzone pełnomocnictwo do jej złożenia.

Złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jednostronną czynnością prawną. Zgodnie z art. 104 k.c., jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Wobec powyższego, oferta Konsorcjum jest nieważna, bowiem została złożona przez osobę nie posiadającą właściwego umocowania.

Zarzut znajduje potwierdzenie w stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 10 kwietnia 2019r. w sprawie o sygn. akt KIO 498/19. W postępowaniu tym poddano ocenie analogiczny stan faktyczny sprowadzający się do zaniechania przedstawienia wraz z ofertą pełnomocnictwa udzielonego w terminie nie późniejszym niż data składania ofert.

W przypadku uznania przez Izbę tego zarzutu za przedwczesny, należy stwierdzić, że w postępowaniu doszło co najmniej do naruszenia art. 26 ust. 3a Pzp poprzez zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego próby zweryfikowania prawidłowości złożonej oferty i wezwania do złożenia pełnomocnictwa udzielonego w odpowiednim momencie.

Dwukrotne wezwanie do uzupełnienia braków formularzy JEDZ

Konsorcjum złożyło ofertę wbrew treści pkt 11.5 lit e) SIWZ, tj. bez jednoczesnego przedstawienia stosownych formularzy JEDZ. Wśród plików dostarczonych przed upływem terminu złożenia ofert znalazł się wyłącznie formularz ofertowy, kosztorys oraz oświadczenia w sprawie przynależności do grupy kapitałowej.

Pismem z dnia 29 stycznia 2020r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do doręczenia oświadczeń JEDZ. W piśmie wskazano jednocześnie na konieczność przedstawienia także

innych dokumentów na okoliczność braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale 7. Jakkolwiek w wezwaniu wskazano jako podstawę prawną art. 26 ust. 1 Pzp, należy uznać, że żądanie przedstawienia formularzy JEDZ de facto nastąpiło w trybie innego przepisu, tj. art. 26 ust. 3 Pzp.

Wskazane dokumenty zostały przedstawione Zamawiającemu. Wśród nich znalazły się brakujące formularze JEDZ. Zostały one jednak uzupełnione niezgodnie z pkt 7.1. lit a) tiret 17 - 20. SIWZ. Zamawiający przewidział bowiem w SIWZ konieczność ujawnienia w poszczególnych rubrykach JEDZ szczegółowych i precyzyjnych informacji o sposobie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oczekiwaniem Nadleśnictwa było, aby w formularzach znalazły się dane dotyczące deklarowanego sprzętu, doświadczenia oraz zasobów osobowych, odpowiadających warunkom obszernie opisanym w pkt 6.2.3) SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum wyłącznie ogólnie zadeklarowało spełnienie warunków udziału w postępowaniu oznaczając stosowną odpowiedź w części IV.a JEDZ. Wymagane, precyzyjne dane odnośnie doświadczenia, sprzętu i zasobów kadrowych w ogóle nie zostały ujawnione.

Pismem z dnia 10 lutego 2020r. Zamawiający, mając świadomość nieprawidłowego wypełnienia formularzy, ponownie wezwał Konsorcjum do ich poprawienia. Działanie to jest jednak niezgodne z przepisami prawa, niezależnie od powtórnie, nieprawidłowo wskazanej w treści wezwania podstawy prawnej jego sformułowania (art. 26 ust. 1 zamiast art. 26 ust. 3 Pzp).

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Doktryna oraz orzecznictwo podzielają utrwalony pogląd, że powyższe wezwanie może mieć wyłącznie charakter jednokrotny. Skoro więc:

- Konsorcjum nie złożyło wraz z formularzem ofertowym dokumentów JEDZ;
- Zamawiający wzywał do uzupełnienia braku po raz pierwszy pismem z dnia 29 stycznia 2020r.;

Nadleśnictwo bezprawnie udzieliło Wykonawcom kolejnej szansy na dodatkowe skorygowanie błędnie uzupełnionych formularzy.

Kluczową okolicznością dla oceny tego zarzutu jest fakt, że wraz z ofertą formularze JEDZ nie zostały w ogóle przedstawione. Skoro zatem wezwanie z dnia 29 stycznia 2020r. wskazywało konieczność dostarczenia JEDZ, to obowiązkiem oferenta było zadośćuczynienie wezwaniu zgodnie z postanowieniami SIWZ. Wezwanie obejmowało w rezultacie cały formularz wypełniony prawidłowo. W ten właśnie sposób konsumowało się uprawnienie do zaledwie jednokrotnego poprawienia błędu formalnego, w tym wypadku w jego skrajnej postaci - zaniechania przedstawienia formularzy w ogóle (a nie w nieodpowiedniej formie). Składając ofertę bez załączników Konsorcjum wzięło na siebie ryzyko wynikające z ich ewentualnego, nieprawidłowego uzupełnienia na dalszym etapie postępowania.

Tym samym doszło w niniejszej sprawie do naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Mając na uwadze, że ponowne wezwanie do skorygowania dokumentów JEDZ było zdaniem Odwołującego niezgodne z przepisami prawa, załączniki do formularza ofertowego powinny podlegać ocenie według stanu z dnia udzielenia odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego.

W dokumentach JEDZ (w ich pierwszej wersji) nie została zawarta, zgodna z wymogami SIWZ, szczegółowa deklaracja o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Oferenci nie wykazywali:

- jakim doświadczeniem dysponują,
- jakimi maszynami zamierzają wykonać zamówienie oraz
- jakim personelem będą posługiwali się na potrzeby realizacji umowy.

W rezultacie nie było wiadomo, czy te zasoby są zgodne ze szczegółowymi wytycznymi z pkt 6. Specyfikacji.

JEDZ jest dokumentem służącym kwalifikacji podmiotowej wykonawców w tzw. odwróconej procedurze. Jego rolą jest zastąpienie na wstępnym etapie przetargu dokumentów wymaganych do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia.

Jeżeli Konsorcjum nie oświadczyło (w formie zgodnej z SIWZ), że spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. nie zadeklarowało posiadania wymaganego potencjału, podlegało wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp, a jego oferta - odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Nieaktualne zaświadczenia w sprawie braku podstaw do wykluczenia

Oferta Konsorcjum podlegała także dyskwalifikacji z powodu oświadczeń na okoliczność niezalegania w zobowiązaniach podatkowych oraz z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne.

Obowiązkiem wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wykazanie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz występuje w stosunku do niego brak podstaw do wykluczenia na dzień złożenia oferty. Wymóg ten determinuje treść właściwych środków dowodowych, nawet jeżeli, zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp, zostały one wystawione z datą bieżącą.

W rezultacie, jak zauważa Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, *„Za aktualny na gruncie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać taki dokument, który potwierdzać będzie spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy brak podstaw do wykluczenia w chwili jego złożenia ale także, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”* (opinia UZP – strona internetowa).

Powyższy pogląd znajduje odzworowanie w orzecznictwie, gdzie stwierdzono, że aktualna treść art. 26 ust. 3 Pzp nie oznacza rezygnacji z wymogu, aby składane oświadczenia i dokumenty potwierdzały stan z dnia, w którym upłynął termin składania ofert: *„Także w aktualnym stanie prawnym, wykonawca nadal jest zobowiązany wykazać- pod rygorem wykluczenia z postępowania - spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert (...) i taki stan musi się utrzymywać aż do zawarcia umowy. Zmiana brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma jedynie taki skutek, że dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, mogą być wystawione z datą bieżącą.”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO 707/16).

Przedstawione przez Konsorcjum zaświadczenia dotyczące niezalegania w podatkach oraz ze składkami na ubezpieczenie społeczne, jak wynika z ich treści, potwierdzają stan rozliczeń na dzień 27 stycznia 2020r. (US dot. spółki Verde), 29 stycznia 2020r. (ZUS dot. spółki Verde) i 30 stycznia 2020r. (US i ZUS dot. M. S.). Żaden z tych dokumentów nie potwierdza, że w stosunku do wykonawców, w chwili składania ofert, wystąpił brak podstaw do wykluczenia.

Tym samym istniały powody do wykluczenia Konsorcjum z postępowania i odrzucenia oferty na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp.

W przypadku uznania tego zarzutu za przedwczesny, uzasadnionym zdaniem Odwołującego staje się zarzucenie Zamawiającemu co najmniej naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia stosownych wyjaśnień.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania polega na tym, że bezprawny wybór oferty Konsorcjum uniemożliwił poddanie ocenie pozostałych dwóch ofert, w tym oferty Odwołującego. W przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum, sposób obliczenia liczby

punktów, o którym mowa w pkt 14.2.2) SIWZ (za zadeklarowaną moc rębaka) powoduje, iż najlepiej ocenioną ofertą będzie oferta Odwołującego.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu, która może podlegać odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, który złożył kolejną w rankingu ofertę. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego o braku interesu po stronie Odwołującego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, dostrzeżenia wymaga, iż, odwołanie może zostać skutecznie wniesione przez wykonawcę dążącego do wyeliminowania oferty konkurencji mimo, że cena oferty takiego wykonawcy przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 stycznia 2017 roku, sygn. KIO 2350/16). Jak zauważyła Izba, *„istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia oceniać należy na datę wniesienia odwołania. W tej dacie, jak i na datę rozpoznania sprawy, odwołujący nie był wykonawcą z najkorzystniejszą ofertą, ani wykonawcą z najniższą ceną, tym samym wyeliminowanie konkurenta wybranego leżało jak najbardziej w jego interesie w uzyskaniu zamówienia; na datę wnoszenia odwołania nie wiedział także, że zamawiający nie ma zamiaru zwiększania kwoty finansowania zamówienia do ceny jego oferty, a zatem w ocenie KIO miał interes w uzyskaniu zamówienia”*.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie (1) Verde sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Skierniewicach, (2) M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. M. S. z siedzibą w Małkini Górnej (dalej: „Konsorcjum”).

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, Izba ustaliła, że:

Postępowanie prowadzone jest na podstawie Porozumienia z dnia 30.12.2015 r. pomiędzy Regionalną Dyрекcją Ochrony Środowiska w Białymstoku a Nadleśnictwem Łomża w sprawie realizacji przedsięwzięcia pn. Ochrona czynna cennych siedlisk przyrodniczych w obszarze Natura 2000 Czerwony Bór PLH200018.

W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca był obowiązany przedstawić Zamawiającemu następujące oświadczenia i dokumenty (w terminach wskazanych w SIWZ):

a) aktualne na dzień składania ofert oświadczenie Wykonawcy stanowiące wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ i braku podstaw do wykluczenia, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ”), JEDZ należało złożyć wraz z ofertą. JEDZ Wykonawca sporządzał, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Dokumenty wskazane w pkt 7.1. lit. b - n Wykonawca był obowiązany złożyć w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 10 dni, określonym w wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego do Wykonawcy po otwarciu ofert w trybie art. 26 ust. 1 PZP. Dokumenty wskazane w pkt 7.1. lit. b – n powinny być aktualne na dzień ich złożenia wyznaczony przez Zamawiającego.

W punkcie 7.10. SIWZ Zamawiający podał, że w przypadku oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum):

a) w formularzu oferty należy wskazać firmy (nazwy) wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;

b) oferta musi być podpisana w taki sposób, by wiązała prawnie wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Osoba podpisująca ofertę

musi posiadać umocowanie prawne do reprezentacji. Umocowanie musi wynikać z treści pełnomocnictwa załączonego do oferty – treść pełnomocnictwa powinna dokładnie określać zakres umocowania;

Termin składania ofert wyznaczono na 21.01.2020 r. godz. 10:00.

W dniu 29 stycznia 2020 roku Zamawiający wezwał Konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ustawy Pzp oraz wyszczególnionych w rozdziale 7 SIWZ (w tym JEDZ i umowa konsorcjum). Zaznaczono, że dokumenty mają być aktualne na dzień składania ofert.

Konsorcjum złożyło umowę konsorcjum datowaną na 18 stycznia 2020 roku. Umowa nie nosiła cech podpisu, wskazano na złożonym egzemplarzu jedynie nazwiska i imiona osób reprezentujących poszczególnych konsorcjantów. Konsorcjum złożyło również oświadczeni JEDZ dla poszczególnych członków konsorcjum, lecz dokumenty te miały niepełny charakter, kończyły się na stronie nr 15, brakowało w nich części IV odnoszącej się do potwierdzenia spełniania warunków. Zaświadczenia z ZUS i US dla M. S. datowane były na dzień 30 stycznia 2020 roku i na ten dzień potwierdzały stan kont wykonawcy, zaświadczenia Verde z US datowane było na 3 lutego 2020 roku i potwierdzało stan konta na 27 stycznia 2020 roku, natomiast zaświadczenie z ZUS wystawiono w dniu 29 stycznia 2020 roku i na ten dzień potwierdzono stan konta wykonawcy.

W dniu 10 lutego 2020 roku Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, ponownie wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów JEDZ w zakresie części IV i V.

Konsorcjum złożyło skan umowy konsorcjum datowany na 18 stycznia 2020 roku, parafowany przez przedstawicieli każdego z członków konsorcjum na każdej stronie i zawierający podpisy reprezentantów na ostatniej stronie oraz opatrzony pieczęciami firmowymi. Złożono również oświadczenia JEDZ w pełnym zakresie.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestnika postępowania oraz ustalenia własne poczynione na podstawie przekazanej dokumentacji i złożonych dowodów, Izba uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Nieważność złożonej oferty - brak upoważnienia

Izba uznała, że złożony przez Przystępującego skan umowy konsorcjum na wezwanie Zamawiającego nie potwierdzał umocowania pełnomocnika do działania w imieniu konsorcjum.

Nie przesądzając ostatecznie, czy sporną umowę konsorcjum złożono w prawidłowej formie, czy spełniała ona wymogi formy elektronicznej zastrzeżonej dla czynności składania ofert, do której się bezpośrednio odnosiła, dostrzeżenia wymaga, iż ten element oferty (umowa – pełnomocnictwo) złożony na wezwanie Zamawiającego w formie papierowej nie został w ogóle podpisany. Dokument złożony w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 stycznia 2020 roku nie nosił cech podpisu. Na dokumencie umieszczono jedynie imiona i nazwiska poszczególnych przedstawicieli członków konsorcjum ze wskazaniem funkcji, jakie będą sprawować poszczególni członkowie w ramach zawiązanego porozumienia. Ofertę złożył wyznaczony pełnomocnik, natomiast plik został podpisany elektronicznie przez Pana M. S. w dniu 9 lutego 2020 roku, czyli po terminie składania ofert.

W ocenie składu orzekającego Izby oznacza to, że wyznaczony w umowie pełnomocnik działał bez upoważnienia. Umowy, w ramach której wyznaczono pełnomocnika dla konsorcjum nie podpisał bowiem drugi z konsorcjantów w terminie przed składaniem ofert. Jak wynika z plików przesłanych Zamawiającemu i przedstawionych przez Odwołującego pod odwołaniem, rzeczywiście drugi z konsorcjantów złożył podpis pod umową dopiero w dniu 9 lutego 2020 roku.

Dopiero natomiast w wyniku odpowiedzi na drugie wezwanie Konsorcjum złożyło dokument podpisany w formie papierowej przez obu przedstawicieli poszczególnych członków konsorcjum, następnie podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wyznaczonego pełnomocnika. Brakuje więc w dokumentach przedstawionych Zamawiającemu potwierdzających umocowanie dla wyznaczonego pełnomocnika do działania w dacie składania oferty podpisanych elektronicznie przez poszczególnych członków oferty. Każdy bowiem z pełnomocników złożył takie podpisy, czy to w formie pisemnej, czy elektronicznej w terminie późniejszym.

Składając dokument w wyniku pierwszego wezwania złożono taki, który nie nosił cech podpisu w formie papierowej w dacie wystawienia dokumentu, natomiast przez jednego z członków konsorcjum został podpisany elektronicznie w dacie 9 lutego 2020 roku. Nawet gdyby uznać, że dokument pełnomocnictwa/potwierdzający umocowanie podlegał uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, czynność tę Zamawiający wykonał, wzywając Przystępującego do uzupełnienia dokumentów 10 lutego 2020 roku. Wówczas Zamawiający otrzymał dokument podpisany w formie papierowej przez obu wykonawców, a także w formie elektronicznej przez wyznaczonego pełnomocnika. Izbie trudno odnieść się do takiej sytuacji, gdzie w dniu 9 lutego 2020 roku przedstawiono dokument w formie papierowej nie noszący cech podpisu, a następnie przedstawienie w marcu 2020 roku dokumentu podpisanego. Zdaniem składu można w takiej sytuacji podzielić stanowisko Odwołującego, że w dacie złożenia oferty nie istniał dokument w prawidłowej formie potwierdzający umocowanie pełnomocnika do działania.

Reasumując, Zamawiającemu nie przedstawiono z ofertą i w wyniku uzupełnienia jakiegokolwiek pełnomocnictwa udzielonego w terminie nie późniejszym niż data składania ofert, co potwierdzało zasadność zarzutów odwołania.

Dwukrotne wezwanie do uzupełnienia braków formularzy JEDZ/ Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu/Nieaktualne zaświadczenia w sprawie braku podstaw do wykluczenia

W ocenie składu orzekającego zarzuty zasługiwały na uwzględnienie.

Z zapisów SIWZ klarownie wynikało, że wraz z ofertą wykonawcy mieli złożyć dokument JEDZ wypełniony w częściach odnoszących się do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzający brak podstaw do wykluczenia. Konsorcjum wraz z ofertą takich dokumentów nie przedstawiło. Zamawiający oceniając prawidłowość postępowania takiego wykonawcy, winien był już w tym momencie zastosować tryb przewidziany art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to jest wezwać do uzupełnienia dokumentu, który nie został złożony. Tymczasem Zamawiający jako podstawę wezwania wskazał art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Abstrahując od poprawności zastosowanego tryby, Wykonawca w momencie otrzymania wezwania winien był przedstawić prawidłowo sporządzony i wypełniony dokument JEDZ i inne niezbędne dokumenty. Przystępujący natomiast złożył dokument o niekompletnym charakterze, bez wymaganych elementów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Izba w składzie rozpoznającym odwołanie podziela stanowisko wyrażone w piśmiennictwie i doktrynie, iż w przypadku gdy wykonawca składa oświadczenie JEDZ w wadliwej lub niekompletnej formie, lub zupełnie pomija w swojej ofercie ten dokument, następnie na wezwanie zamawiającego składa niekompletny JEDZ, nie ma podstaw, aby wykonawca został po raz kolejny, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywany do uzupełnienia wadliwego oświadczenia. Treść wezwania Zamawiającego była jasna, nie wymagała dodatkowej interpretacji, co oznacza, że jeżeli Konsorcjum przedstawiło wadliwy dokument, nie może liczyć na następne wezwanie. Takie działanie należałoby uznać za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców. W okolicznościach pierwszego wezwania do uzupełnienia, wykonawca winien przedstawić kompleksowo i prawidłowo wypełnione oświadczenie JEDZ. Sytuacja Konsorcjum w postępowaniu wynika z wadliwego zachowania samego wykonawcy, z niedochowania należytej staranności przy wypełnieniu dokumentu, który w obecnym stanie prawnym jest dokumentem o charakterze podstawowym. To z JEDZ Zamawiający czerpie wszelką wiedzę na temat spełnienia przez danego wykonawców warunków udziału w postępowaniu, sposobu i poziomu spełnienia tych warunków, a także braku podstaw do wykluczenia wykonawcy. Zatem to sam Przystępujący spowodował, że Zamawiający po otrzymaniu dokumentu JEDZ

w wyniku uzupełnienia nie był w stanie ocenić, czy wykonawca ten podlega wykluczeniu i czy spełnia ustalone warunki.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko Odwołującego, że załączniki do formularza ofertowego Przystępującego oraz JEDZ powinny podlegać ocenie według stanu z dnia udzielenia odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego. Jeżeli dokumenty te nie potwierdzały wymaganych okoliczności, a można założyć, że tak właśnie było, ponieważ Zamawiający wystosował drugie wezwanie do Konsorcjum, był mógł w ogóle przystąpić do oceny spełniania warunków udziału, to taki wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odnosnie do aktualności zaświadczeń w sprawie braku podstaw do wykluczenia, Izba zauważa, że obecnie wystarczające jest bowiem, aby wymagany dokument złożony został z datą bieżącą tj. był aktualny na dzień jego złożenia. Taka też informacja płynęła z wezwania samego Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2020 roku. Data wystawienia dokumentu może (i najczęściej będzie) datą przypadającą po dniu składania ofert. Co istotne jednak, warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia powinny być spełnione na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, dlatego też dowody składane na potwierdzenie powyższych okoliczności mają być aktualne na dzień ich składania. Za wystarczające obecnie należy uznać przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania wniosków (tu ofert) rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ. Innymi słowy, oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie teraźniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności - adekwatnie do całego toku postępowania. Składane zaświadczenia mają potwierdzać, że stan, do którego odnosi się dane zaświadczenie nie uległ zmianie od momentu złożenia oświadczenia wstępnego – JEDZ, czyli od terminu składania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

I