Sygn. akt: KIO 169/19

WYROK
z dnia 13 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk
Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o., Motorola Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Czerwone Maki 82, 30-392 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa** przy udziale wykonawcy **RadioPartners sp. z o.o., ul. Młynarska 21, 02-674 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i wykluczenie wykonawcy RadioPartners Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 22 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na brak przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla wszystkich prokurentów podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał Hytera Mobilfunk GmbH oraz odrzucenie oferty wykonawcy RadioPartners Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10 a ust. 5 ustawy Pzp z uwagi na jej złożenie bez zachowania wymaganej ww. przepisem formy dotyczącej sporządzenia oferty w postaci elektronicznej, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**

2.kosztami postępowania obciąża **RadioPartners sp. z o.o., ul. Młynarska 21, 02-674 Warszawa** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o., Motorola Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Czerwone Maki 82, 30-392 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

2.2.zasądza od **RadioPartners sp. z o.o., ul. Młynarska 21, 02-674 Warszawa**na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o.o., Motorola Solutions Polska Sp. z o.o., ul. Czerwone Maki 82, 30-392 Kraków kwotę 15 000 zł 00 gr**(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

2.3.zasądza od **RadioPartners sp. z o.o., ul. Młynarska 21, 02-674 Warszawa** na rzecz **Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa kwotę 3 600 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Warszawie.**

Przewodniczący:……...
……

...……..

Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Główna Policji w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa radiotelefonów TETRA z szyfrowaniem TEA1 wrazz uzupełniającym sprzętem i oprogramowaniem niezbędnym dla programowania radiotelefonów, w tym dla wprowadzania wymaganych kluczy szyfrujących". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 listopada 2018r. pod nr 2018/ S 224-512242. Postępowanie prowadzone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) - zwanej dalej Pzp.

W dniu 31 stycznia 2019r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o., Motorola Solutions Polska sp. o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Radiopartners sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia tej oferty oraz wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odwołujący zarzucił, iż dokonując czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający naruszył:

1.art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 10a ust. 5 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo, iż podmiot ten złożył ofertę bez zachowania formy wymaganej ww. przepisem oraz treścią SIWZ obowiązującej w postępowaniu, tj. bez zachowania wymogu sporządzenia oferty w postaci elektronicznej i opatrzenia jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym,

2.art. 22 ust 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 10a ust. 1 i art. 25 ust. 1 PZP oraz przepisów wykonawczych wydanych na jego podstawie poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy i zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, pomimo, iż podmiot ten nie wykazał poprzez złożenie dokumentów w formie zgodnej z przepisami PZP i SIWZ obowiązującej w postępowaniu, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, w zakresie następujących dokumentów:

   a.informacja w związku z poleganiem na zasobach innego podmiotu udostępniającego potencjały na rzecz Wykonawcy (Hytera Mobilfunk GmbH),
   b.oświadczenia Wykonawcy, o których mowa w punktach 5.2.5 do 5.2.9 SIWZ,
   c.oświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego potencjały na rzecz Wykonawcy (Hytera Mobilfunk GmbH), o których mowa w punktach 5.2.5 do 5.2.9 SIWZ,

d.wykaz wykonanych dostaw, o którym mowa w punkcie 5.1.1 SIWZ,

3.art. 24 ust. 1 pkt 14 w związku z art. 22 ust. 1 i 2 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy i zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, pomimo, iż podmiot ten nie wykazał, poprzez złożenie dokumentów w formie zgodnej z przepisami PZP i SIWZ obowiązującej w postępowaniu, iż nie podlega wykluczeniuz postępowania, w odniesieniu do informacji z KRK w zakresie pełnego składu prokurentów podmiotu trzeciego udostępniającego potencjały na rzecz Wykonawcy (Hytera Mobilfunk GmbH), pomimo, iż był do tego wezwany przez Zamawiającego w dniu 16 stycznia 2019 roku,

4.art. 22a ust. 4 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy pomimo, iż podmiot ten w treści złożonego dokumentu JEDZ wskazał, iż nie będzie korzystałz podwykonawców w toku realizacji zamówienia, co jest niezgodne z literalną treścią oświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego potencjały na rzecz Wykonawcy (Hytera Mobilfunk GmbH), w którym wyraźnie wskazano, że współpraca z Wykonawcą zostanie nawiązana na zasadach ustalonych w umowie o podwykonawstwo.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty Wykonawcy i w konsekwencji tej oceny - odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ i obowiązującymi przepisami wskazanymi powyżej oraz wykluczenie Wykonawcy z postępowania ze względu na fakt, iż skutecznie nie wykazał on, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia oraz, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podniósł, że wbrew wyraźnej treści SIWZ, wykonawca wybrany złożył ofertę, która została pierwotnie przygotowana w formie papierowej i podpisana odręcznie przez reprezentanta wykonawcy. Następnie została ona zeskanowana, a dopiero skan oferty został podpisany właściwym podpisem elektronicznym. Taki sposób przygotowania oferty nie odpowiada treści SIWz i jest niezgodny z przepisami Pzp. Jak wynika z przepisu art. 10a ust. 5 Pzp oświadczenia mają być sporządzane (a nie tylko doręczane) w postaci elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym i to tylko taką postać dokumentu można uznać za postać oryginalną, zgodną z § 14 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów (..). Odwołujący wskazał także na § 5 rozporządzenia Prezesa Rady ministrów z dnia 27 czerwca 2017r w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych, z którego wynika, że jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust 1 PZP, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem. Na poparcie Odwołujący powołał orzeczenie KIO z dnia 4 stycznia 2019r. o sygn. akt KIO 2611/18.

Wskazał także, iż zgodnie z art. 73 § 1 KC, stosowanym na podstawie art. 14 PZP, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Dla zachowania formy pisemnej czynności prawnej przepis art. 78 § 1 KC wymaga złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 781 § 1 KC). Zatem złożenie oferty w kopii (tak jak ma to miejsce w przypadku wykonawcy Radiopartners) lub nieopatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest uchybieniem nieusuwalnym i stanowi o niezachowaniu, wymaganej przepisami PZP pod rygorem nieważności, formy złożenia oferty, a w konsekwencji o nieważności złożonej oferty.

Odwołujący wskazał także na wadliwą formę dokumentów przedłożonych przez wykonawcę i dotyczących podmiotu trzeciego, na którego zasobach polega wykonawca tj. a. „Informacji w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów" z 20 grudnia 2018 roku wydanej przez Hytera Mobilfunk GmbH,która stanowi załącznik do oferty Wykonawcy, b. oświadczenia Wykonawcy, o których mowa w punktach 5.2.5 do 5.2.9 SIWZ,c. oświadczenia podmiotu udostępniającego Wykonawcy niezbędne potencjały, tj. spółki Hytera Mobilfunk GmbH, o których mowa w punktach 5.2.5 do 5.2.9 SIWZ, d. wykaz wykonanych dostaw, o którym mowa w pkt 5.1.1 SIWZ.

Dokumenty te, wbrew treści pkt 7.2 SIWZ nie zostały złożone w oryginale w postaci elektronicznej. Jest to bowiem dokument, który został pierwotnie przygotowany w formie papierowej, z odręcznym podpisem, a dopiero po zeskanowaniu, podpisany podpisem elektronicznym.

W zakresie braku przedłożenia przez Wykonawcę dokumentów potwierdzających, iż niepodlega on wykluczeniu z postępowania, Odwołujący podniósł, że wbrew wyraźnej treści wezwania otrzymanego od Zamawiającego, wykonawca nie złożył informacji z KRK w zakresie opisanym w art. 24 ust. 1 pkt 14 PZP dla wszystkich prokurentów podmiotu trzeciego udostępniającego potencjały na rzecz Wykonawcy Hytera Mobilfunk GmbH, uwidocznionych w odpowiednim rejestrze sądowym prowadzonym dla tego podmiotu tj. dla p. H.H. oraz p. M.H., którzy są uwidocznieni w odpisie z rejestru sądowego w kolumnie 5 „Prokura" na stronie 4. Zaniechanie przedłożenia przez Wykonawcę dokumentów potwierdzających brak karalności ww. osób stanowi niewykonanie treści wezwania Zamawiającego z 16 stycznia 2019 roku, a tym samym naruszenie przepisów PZP, skutkujące koniecznością wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

W zakresie niezgodności treści oferty z przepisami Pzp dotyczącymi podwykonawstwa, wskazał, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci Hytera Moblifunk GmbH zawarte w Informacji jest w tym zakresie bardzo lakoniczne i nieprecyzyjne, a także, iż nie można z jego treści wywnioskować jaki będzie konkretny zakres potencjałów udostępnianych Wykonawcy (doświadczenie w prowadzeniu jakich czynności). Dodatkowo, w treści Informacji zamieszczone zostało oświadczenie, że współpraca z Wykonawcą w ww. zakresie zostanie nawiązana na zasadach ustalonych w umowie o podwykonawstwo a jednocześnie w treści dokumentu JEDZ złożonego przez wykonawcę wskazano, że wykonawca w toku realizacji zamówienia nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiejkolwiek części zamówienia. W związku z tym, Odwołujący wskazał, że w ofercie wykonawcy występuje oczywista sprzeczność i niespójność. Okoliczność ta ma szczególnie istotne znaczenie w obliczu treści art. 22a ust. 4 PZP, który stanowi, iż w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Odwołujący podkreślił także, że niespójność treści oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu potencjału, oferty wykonawcy oraz treści JEDZ zgodnie z orzecznictwem, które

Odwołujący powołał w treści odwołania, nie podlega wyjaśnieniu czy konwalidacji.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Izba oddaliła, wniesioną przez pełnomocnika Odwołującego, opozycję wobec zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę RadioPartners sp. z o.o. W ocenie Izby, wykonawca w sposób skuteczny, z zachowaniem 3-dniowego terminu zgłosił w dniu 1.02.2019r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie to nastąpiło na wezwanie Zamawiającego, zawierające informację o wniesionym w dniu 30.01.2019r. odwołaniu – wezwanie z dnia 30.01.2019r. Okoliczność, iż przekazany w dniu 30.01.2019r. Zamawiającemu dokument o nazwie „odwołanie" zawierał braki formalne, które zostały jeszcze w terminie na wniesienie odwołania usunięte przez Odwołującego kolejnego dnia i w efekcie dokument o tej samej treści i zakresie zarzutów został przekazany ponownie Zamawiającemu, nie ma znaczenia dla oceny skuteczności złożonego przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zamawiający, realizując obowiązek, wynikający z art. 185 ust. 1 Pzp polegający na przekazaniu kopii odwołania, nie bada samego odwołania pod kątem ani formalnym, ani merytorycznym. Jego obowiązek sprowadza się jedynie do poinformowania i przekazania kopii odwołania, a czynność ta otwiera termin do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zgłaszający przystąpienie wykonawca dochował należytej staranności w skutecznym przystąpieniu do postępowania odwoławczego, wywołanego wniesionym odwołaniem z dnia 30. 01.2019 r.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego co do braku zachowania wymogów w zakresie formy złożonej przez RadioPartners sp. z o.o. oferty. Zgodnie z pkt XI. ust. 3 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby oferta wraz ze wszystkimi załącznikami – pod rygorem jej odrzucenia – była sporządzona w języku polskim i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobą upoważnioną do reprezentowania wykonawcy wobec osób trzecich. Przywołać należy także, iż zgodnie z art. 10 a ust. 5 Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczenia, w tym JEDZ sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, i podpisuje bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu lub równoważnego środka, spełniającego wymagania dla tego rodzaju podpisu.

Podkreślić należy, że wymóg, wynikający z art. 10 a ust. 5 ustawy Pzp dotyczy nie tyle samego przekazania (doręczenia) oferty w postaci elektronicznej, ale odnosi się do „sporządzenia" oferty w postaci elektronicznej. Wymóg, wynikający z art. 10a ust. 5 Pzp, sporządzenia oferty w postaci elektronicznej dotyczy ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału, oświadczenia wykonawcy w tym dokumentu JEDZ, podczas gdy formę pozostałych, składanych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów reguluje § 14 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2016 r. poz. 1126). Zgodnie, ze zmienioną rozporządzeniem Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 17 października 2018 r. (Dz.U. 2018, poz. 1993), treścią § 14 ust. 2 tego rozporządzenia dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Zauważyć trzeba, że rozróżnienie w zakresie formy składanych dokumentów na formę pisemną lub kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem nie jest niczym nowym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dotychczas, przed wejściem w życie przepisów dotyczących elektronizacji zamówień publicznych, istniał wymóg złożenia oferty i oświadczeń wykonawcy w formie pisemnej opatrzonej własnoręcznym podpisem lub w postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznej *(uchylony art. 82 ust 2 Pzp)* a jednocześnie rozporządzenie w sprawie dokumentów dopuszczało złożenie niektórych dokumentów w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, wskazując, że poświadczenie następuje w formie pisemnej lub elektronicznej *(§ 14 ust. 1 – 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (..).*

Wskazać wreszcie trzeba, że przepis art. 78^1 kc wyraźnie rozróżnia formę pisemną od formy elektronicznej, przy czym formy te nie są w pełni ekwiwalentne. Oznacza to, że sporządzenie dokumentu w formie pisemnej w sytuacji zastrzeżenia formy elektronicznej nie wywołuje tych samych skutków przewidzianych dla czynności prawnej. O ile złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej spełnia wymagania stawiane formie pisemnej bez względu na rygor, o tyle złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej może już nie spełniać wymagań formy elektronicznej, co ma istotne znaczenie, w sytuacji, gdy formę elektroniczną zastrzeżono *ad solemnitatem*. Przy czym dla zachowania formy elektronicznej niezbędne jest spełnienie dwóch przesłanek tj. złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej oraz opatrzenie składanego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W analizowanym stanie faktycznym, zamawiający zastrzegł pod rygorem nieważności, iż oferta musi być sporządzona w formie elektronicznej i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy wobec osób trzecich. Zastrzeżenie takiej treści jest zgodne z wymaganiami art. 10a ust. 5 Pzp.

Wykonawca RadioPartners Sp. z o.o. sporządził Formularzy oferty w formie papierowej podpisanej własnoręcznie, który to dokument został następnie zeskanowany („*zdigitalizowany*") i przesłany Zamawiającemu z właściwym podpisem elektronicznym. W ocenie Izby w tej sytuacji mamy do czynienia jedynie z przesłaniem elektronicznej (zdigitalizowanej) kopii dokumentu poświadczonego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż oryginał tego dokumentu istnieje i został sporządzony w formie pisemnej, a nie w formie elektronicznej, o której mowa w art. 10 a ust. 5 Pzp. Dokument oferty zamieszczony na Platformie zakupowej przez wykonawcę RadioPartners stanowi kopię oryginalnej oferty sporządzonej w formie pisemnej, poświadczonej za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej. Przekazanie skanu oferty sporządzonej i podpisanej w formie tradycyjnej w świetle ww. przepisu, nie może zostać uznane za złożenie oferty w formie przewidzianej w art. 78^1 kc, w zgodzie z przepisami Pzp oraz aktów wykonawczych. Z tych względów oferta złożona przez wykonawcę RadioPartners podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako niezgodna z ustawą.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 22 ust. 1 i 2 Pzp w zakresie braku przedłożenia informacji z KRK dla wszystkich ujawnionych w rejestrze przedsiębiorców prokurentów podmiotu trzeciego Hytera Mobilfunk GmbH.

Izba ustaliła w tym zakresie, że w dniu 8.01.2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę RadioPartners Sp. z o.o., na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, do złożenia dokumentów określonych w rozdz. VII ust. 5 SIWZ, wskazując m.in., wykonawca lub podwykonawca składa – informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, oraz odnośnie skazania na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust.5 pkt 5 i 6 ustawy (..).
W dniu 16.01.2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów, wskazując w drugim akapicie pisma na dokumenty w z pkt 5.2 SIWZ dla podwykonawcy Hytera Mobilfunk GmbH, w tym 5.2.2 SIWz informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy (..).
Izba nie podzieliła argumentacji przedstawionej przez Przystępującego, iż wezwanie z dnia 8.01.2019 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp nie odnosiło się do podmiotu trzeciego Hytera Mobilfunk GmbH i z tych względów tryb przewidziany w tym przepisie nie został wyczerpany.
Z treści oferty złożonej przez RadioPartners sp. z o.o. wynika, że podmiot trzeci Hytera Mobilfunk został wskazany jako podwykonawca (*pkt 6 formularza ofertowego, gdzie wskazano Hytera Mobilfunk GmbH jako podwykonawcę, który będzie realizował część zamówienia – doświadczenie, wsparcie techniczne, upgrade szyfrowania do TEA2*) . Takie zasady współpracy w podmiotem trzecim zostały potwierdzone przez samego Przystępującego w toku rozprawy odnośnie zarzutu nr 4 odwołania. Nie ulega zatem wątpliwości że intencją wykonawcy, składającego ofertę było to, aby podmiot Hytera Mobilfunk GmbH był podwykonawcą. Z tych względów nie znajduje uzasadnienia argumentacja przytoczona podczas rozprawy przez pełnomocnika Przystępującego, że wezwanie z dnia 8.01. 2019 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, w którym wskazano na dokumenty dotyczące podwykonawcy nie odnosiło się do dokumentów Hytera Mobilfunk GmbH.
Zdaniem Izby, wykonawca, mimo prawidłowego wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp a następnie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie przedłożył dokumentów z rejestru karnego dla p. H.H. oraz p. M.H., którzy są ujawnieni w odpisie z rejestru przedsiębiorców. Zaniechanie przedłożenia tych dokumentów, mimo wyczerpania procedury z art. 26 ust. 3 Pzp, skutkuje wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 22 ust. 1 i 2 Pzp.
Odnośnie zarzutu naruszenia art. 22a ust. 4 Pzp, Izba uznała, że istotnie pomiędzy treścią JEDZ a innymi dokumentami załączonymi przez RadioPartners, w tym przywołaną wyżej treścią pkt 6 Formularza oferty oraz samym oświadczeniem podmiotu trzeciego, istnieje rozbieżność co do charakteru współpracy, jaka łączy te podmioty. W Formularzu oferty wskazano wprost, że podmiot Hytera Mobilfunk GmbH będzie realizował część zamówienia jako podwykonawca, co potwierdza także treść oświadczenia podmiotu trzeciego, gdzie wskazano, że współpraca zostanie nawiązana na zasadach ustalonych w umowie o podwykonawstwo. Jednocześnie w treści dokumentu JEDZ złożonego przez wykonawcę, odpowiadając na pytanie „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiejkolwiek części zamówienia", wykonawca zakreślił „NIE". Niespójność tą Zamawiający mógł wyjaśnić w toku badania i oceny ofert. Uznając za słuszną argumentację Odwołującego w zakresie zaistniałej niespójności w treści oferty RadioPartners sp. z o.o. i jednocześnie, mając na uwadze uwzględnienie innych zarzutów odwołania, wywołujących skutek w postaci wykluczenia wykonawcy RadioPartners sp. z o.o. z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, Izba nie nakazała Zamawiającemu wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie charakteru współpracy pomiędzy podmiotami.

Izba nie podzieliła natomiast zarzutu dotyczącego braku zachowania wymaganej formy dla złożonych oświadczeń podmiotu trzeciego tj. a. „Informacji w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów" z 20 grudnia 2018 roku wydanej przez Hytera Mobilfunk GmbH,która stanowi załącznik do oferty Wykonawcy, b. oświadczenia Wykonawcy, o którym mowa w punktach 5.2.5 do 5.2.9 SIWZ, c. oświadczenia podmiotu udostępniającego Wykonawcy niezbędne potencjały, tj. spółki Hytera Mobilfunk GmbH,o których mowa w punktach 5.2.5 do 5.2.9 SIWZ, d. wykaz wykonanych dostaw, o którym mowa w pkt 5.1.1 SIWZ.Zgodnie, ze zmienioną rozporządzeniem Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 17 października 2018 r. (Dz.U. 2018, poz. 1993), treścią § 14 ust. 2 tego rozporządzenia dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że normodawca przywołanym rozporządzeniem zmieniającym, uchylił ust. 1 § 14 tego rozporządzenia, rezygnując tym samym z konieczności złożenia w oryginale oświadczeń innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy oraz dotyczących podwykonawców.

Wspomnieć trzeba, że zmieniona ww. rozporządzeniem treść § 14, która weszła w życie 18 października 2018 r. znajduje zastosowanie do przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, które zostało wszczęte w dniu 22 listopada 2018 r.
Z tych względów, mimo, iż w pkt 7.2 SIWZ zamawiający zawarł wymóg złożenia dokumentów dotyczących wykonawcy i innych podmiotów oraz dotyczących podwykonawców, w formie oryginału w postaci elektronicznej z podpisanym kwalifikowanym podpisem elektronicznym to, zdaniem Izby, przepisy rozporządzenia mają w tej sytuacji rozstrzygające znaczenie jako przepisy obowiązującego prawa.
Zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972) Izba, uwzględniając odwołanie zasądziła od wykonawcy, wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz odwołującego i zamawiającego. Zgodnie z tym przepisem, to uczestnik postępowania odwoławczego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, ponosi koszty postępowania odwoławczego.
Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący:……..

……

……..

.