Sygn. akt: KIO 1276/19

WYROK

z dnia 17 lipca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Justyna Tomkowska
Przewodniczący

Paweł Trojan
Członkowie:

Agnieszka Trojanowska

Protokolant:

Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2019 roku przez wykonawcę M. P. oraz M. P., wspólnicy prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej działającą pod firmą: PRIT s.c. z siedzibą w Rząśni

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego w częściach 2 i 4 zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi i:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego M. P. oraz M. P., wspólników prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej działającej pod firmą: PRIT s.c. z siedzibą w Rząśni tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od Zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Oddział w Łodzi z siedzibą w Łodzi na rzecz Odwołującego: M. P. oraz M. P., wspólników prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej działającą pod firmą: PRIT s.c. z siedzibą w Rząśni kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisów oraz zastępstwa procesowego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (tekst jednolity 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Członkowie:

sygn. akt KIO 1276/19

UZASADNIENIE

W dniu 5 lipca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2018.1986 t.j. z dnia 2018.10.16, dalej zwana „ustawą PZP") odwołanie

złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - M. P. oraz M. P., wspólnicy prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej działającej pod firmą: PRIT s.c. z siedzibą w Rząśni, dalej zwani „Odwołującym".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługi bieżącego utrzymania, konserwacji i napraw urządzeń do regulacji ruchu drogowego, aktywnych znaków oraz oświetlenia przy drogach krajowych administrowanych przez O/Łódź z podziałem na 4 części" prowadzi Zamawiający: Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Łodzi. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lutego 2019 r., pod numerem 2019/S 041-093266.

Odwołanie złożono wobec czynności oraz zaniechań czynności Zamawiającego

polegających na: zastosowaniu dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy PZP i wykluczeniu

Odwołującego z udziału w postępowaniu, oraz zaniechania wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3, względnie art. 26 ust. 4 ustawy PZP.

Wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł został wniesiony przelewem na właściwy rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych, odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie, bowiem w dniu 27 czerwca 2019 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej - via platforma eb2b) Zamawiający poinformował Odwołującego o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP, poprzez pozbawione podstaw faktycznych i prawnych wykluczenie Odwołującego z udziału postępowania, pomimo, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wykazał brak podstaw do wykluczenia.

2. art. 26 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień odnośnie oświadczenia JEDZ przedłożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dla M. P.;

3. art. 26 ust. 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie oświadczenia JEDZ przedłożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dla M. P.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą PZP. Podjęte przez Zamawiającego czynności oraz zaniechania

czynności powodują, że Odwołujący pozbawiony jest realnej szansy uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego została wstępnie uznana za najkorzystniejszą w części 2 zamówienia. Działania Zamawiającego naruszają usprawiedliwiony interes ekonomiczny Odwołującego oraz skutkują powstaniem po jego stronie realnej szkody - nieuprawnionym brakiem możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący wnioskuje o przeprowadzenie dowodu poprzez otwarcie znajdującego się w aktach postępowania Zamawiającego elektronicznego pliku w postaci oświadczenia JEDZ dla M. P. przekazanego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP z dnia 05.06.2019r. w programie Adobe Acrobat Reader oraz sprawdzenie poprawności podpisu w tym programie.

Ad. 1 - art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PŻP

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że złożył wraz z ofertą oświadczenia JEDZ w ten sposób, że w nazwie Wykonawcy wskazano PRIT S.C. M. P. i M. P., nie zaś imiennie każdego ze wspólników. Oświadczenie zostało przy tym złożone odrębnie przez każdego ze wspólników oraz podpisane imiennie odrębnie przez każdego ze wspólników spółki cywilnej. Nadto, Wykonawca nie wskazał w formularzu JEDZ części zamówienia, których dotyczy składana oferta.

Pismem z dnia 05 czerwca 2019r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP do uzupełnienia oświadczeń JEDZ w precyzyjnie i konkretnie wskazanym zakresie, tj.:

a) złożenia dokumentu JEDZ przez każdego ze wspólników spółki cywilnej a nie przez spółkę cywilną

oraz

b) wskazania części zamówienia, co do których Wykonawca zamierza złożyć ofertę.

Na wstępie Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie takie wezwanie przez Zamawiającego w całości pozbawione było podstaw faktycznych i prawnych.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący uzupełnił JEDZ w sposób prawidłowy i zgodny z żądaniem Zamawiającego. W treści formularza JEDZ w polu nazwa Wykonawcy wskazano, jak żądał Zamawiający, M. P. i M. P. (nie zaś jak pierwotnie „PRIT S.C. M. P. i M. P.") oraz wskazano również w JEDZ część zamówienia, których dotyczy oferta Wykonawcy. Dokumenty zostały uzupełnione przez Odwołującego we wskazanym przez Zamawiającego terminie, tj. do dnia 10.06.2019 r. do godz. 15:30.

Co więcej, w dniu 11 czerwca 2019r: Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, w związku z faktem, że oferta Odwołującego została najwyżej oceniona w części 2 zamówienia. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów, co zdaniem Odwołującego oczywiste, może być kierowane wyłącznie do wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu. Tym samym Zamawiający przyznał, że uzupełnione przez Odwołującego dokumenty JEDZ są prawidłowe.

Tymczasem, w dniu 27 czerwca 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o jego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP. Podstawą wykluczenia miały być rzekomo wykryte przez Zamawiającego nieprawidłowości w kwalifikowanym podpisie elektronicznym pod dokumentem JEDZ dla M. P.. Poprzednia czynność wezwania do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp nie została przez Zamawiającego unieważniona. Podczas weryfikacji JEDZ dla M. P. Zamawiający miał stwierdzić, że podpis M. P. nie zachował integralności certyfikat: „M. P." został negatywnie zweryfikowany. Zamawiający nie wskazał sposobu przeprowadzonej weryfikacji podpisu złożonego przez M. P.. Nie wiadomo więc na jakiej podstawie Zamawiający podjął takie ustalenia.

W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, wstępne oświadczenie JEDZ złożone przez M. P. nie zostało prawidłowo podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a zatem Wykonawca nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu i że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Z chwilą powzięcia wiadomości o czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołujący przeprowadził weryfikację podpisu elektronicznego M. P. w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego dokumencie JEDZ przekazanym za pomocą platformy, celem sprawdzenia jego prawidłowości.

Odwołujący oświadczył, że kwalifikowany podpis elektroniczny złożony przez M. P. jest poprawny i weryfikowalny za pomocą najpowszechniejszych narzędzi cyfrowych, którymi

dysponuje w zasadzie każdy użytkownik komputera, tj. programu Adobe Acrobat Reader.

JEDZ został złożony w formacie pdf. a podpis w formacie PAdES - tak jak Zamawiający rekomendował w SIWZ. Program Adobe Acrobat Reader umożliwia sprawdzenie wszystkich istotnych cech kwalifikowanego podpisu elektronicznego min. takich jak:

-czy podpis jest prawidłowy,

-czy jest to kwalifikowany podpis elektroniczny w myśl właściwych przepisów,

-jaka jest tożsamość podpisującego i czy jest ona prawidłowa,

-czas złożenia podpisu.

Okoliczność powyższa znajduje także potwierdzenie w informacji udzielonej przez firmę VITAZ, która jest sprzedawcą podpisu elektronicznego, którym posługuje się M. P. - dowód Odwołujący załączył do odwołania.

Tym samym w ocenie Odwołującego sprawdzenie w programie Adobe Acrobat Reader pozwala potwierdzić podpisanie dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Efekt sprawdzenia podpisu we wskazanym programie jest taki, że podpis jest prawidłowy, ważny, nie został zmieniony oraz jest uwierzytelniony, a także, że podpis został złożony w okresie ważności certyfikatu. Powyższy stan rzeczy potwierdza szereg zrzutów ekranu, które przedłożono w załączeniu do odwołania. Program jasno wskazał, że złożony przez M. P. jest to podpis kwalifikowany elektroniczny w myśl przepisów UE 910/2014 oraz, że został złożony w okresie ważności certyfikatu.

Istotny jest fakt, że złożenia podpisu w okresie ważności certyfikatu nie kwestionuje nawet sam Zamawiający, powołując się wyłącznie na rzekome „naruszenie integralności podpisu", co Zamawiający ustalił w sposób tylko sobie wiadomy. Jednocześnie, zgodnie z wyrokiem zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 156/19, LEX nr 2630071 - wyrok z dnia 14 lutego 2019 r. „Nie można odmówić podpisowi elektronicznemu statusu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, ani jego ważności, w sytuacji, gdy taki podpis został złożony w okresie ważności certyfikatu".

Już tylko z tych przyczyn stanowisko Zamawiającego, że dokument JEDZ dla M. P. przedłożony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest nieprawidłowe a Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 05 czerwca 2019r. pozbawione było podstaw faktycznych i prawnych z uwagi na poniżej wymienione okoliczności.

Sam fakt wpisania w JEDZ w polu „nazwa Wykonawcy" oznaczenia „PRIT S.C. M. P. i M. P." wcale nie przesądza, że dokument był złożony przez Spółkę cywilną. Jest tak dlatego, że dokument ten został złożony w dwóch egzemplarzach i podpisany imiennie, odrębnie przez każdego ze wspólników spółki cywilnej tj. M. P. i M. P. W związku z powyższym teza Zamawiającego, że tak złożony dokument został złożony nie przez wspólników, a przez Spółkę cywilna, która co oczywiste, nie posiada osobowości prawnej jest błędna. Każdy z dokumentów został bowiem złożony i podpisany przez wspólników Spółki cywilnej, których imię i nazwisko zostało jasno wskazane w polu JEDZ nazwa Wykonawcy. Oczywiste jest więc kogo oświadczenie dotyczyło.

Brak także zasadności wezwania do uzupełnienia dokumentu JEDZ poprzez wskazanie części zamówienia, co do których Odwołujący zamierza złożyć ofertę. Nie można stwierdzić, że jest to wada dokumentu wymagająca jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3, skoro okoliczność, na którą część Odwołujący złożył ofertę wprost wynika z będących w posiadaniu Zamawiającego dokumentów tj. formularzy ofertowych, formularzy cenowych. Zamawiający nie posiadał żadnych trudności w ocenie tego, na którą część złożył ofertę Odwołujący, czemu dał wyraz już w informacji z otwarcia ofert. Wykonawca nie musi uzupełniać JEDZ, jeśli podał informacje w innym dokumencie oferty. W podobnej sprawie wypowiedziała się też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 1 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 145/17).

Tym samym, także z tych przyczyn trudno uznać, że Odwołujący nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, skoro uczynił to już wraz z pierwotnie (wraz z ofertą) przedłożonymi oświadczeniami JEDZ. Taki stan rzeczy potwierdza także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2019, sygn. akt KIO 146/19.

Ad. 2 - art. 26 ust. 3 ustawy PZP

Nawet jednak jeżeli uznać, czego Odwołujący nie przyznał, że Zamawiający w sposób uprawniony powziął wątpliwości odnośnie statusu, czy też ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego na oświadczeniu JEDZ M. P., to Zamawiający bezwzględnie zobowiązany był do zastosowania dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy. W konsekwencji, Zamawiający zobowiązany był do wezwania Odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym odnośnie oświadczenia JEDZ przedłożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dla M. P.

W dniu 05 czerwca 2019r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonych wraz z ofertą oświadczeń JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powodem wezwania były następujące, zaistniałe w ocenie Zamawiającego, wady przedłożonych wraz z ofertą dokumentów JEDZ:

a) złożenie dokumentu JEDZ w imieniu Spółki cywilnej a nie jej wspólników oraz

b) zaniechanie wskazania części zamówienia, co do których Wykonawca zamierza złożyć ofertę.

Ewentualne uchybienia w podpisie elektronicznym w złożonym wraz z ofertą JEDZ nie stanowiły podstawy faktycznej wskazywanego wezwania. W uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego dokumencie JEDZ zakwestionowano następnie integralność podpisu złożonego przez M. P., a w konsekwencji wykluczono Odwołującego. Zamawiający zaniechał przy tym wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, względnie uzupełnienia dokumentu JEDZ przedłożonego na pierwsze wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Zamawiający stwierdził przy tym, że z uwagi na fakt, że wykonawca został już wezwany do uzupełnienia dokumentu JEDZ, nie jest uprawniony do skorzystania z art. 26 ust. 3 ustawy PZP ponownie. Utrwalona zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów znajduje jednak istotne odstępstwo tj. w sytuacji, w której Zamawiający najpierw wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów o pewne informacje, a dopiero na późniejszym etapie procedowania powtórnie definiuje kolejną potrzebę wezwania - w zakresie innych, dodatkowych informacji, które nie były objęte wezwanie pierwszym - i to nawet jeżeli oba wezwania dotyczą tego samego dokumentu, ponowne wezwanie jest dopuszczalne, tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1774/09 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 29 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1446/14. KIO konsekwentnie prezentuje stanowisko, zgodnie z którym co do zasady niedopuszczalne jest ponowne wzywanie do uzupełnienia tych samych braków, które były już uprzednio podstawą wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, chyba, że pierwsze wezwanie było wadliwe lub pojawiły się nieznane wcześniej dodatkowe okoliczności uzasadniające ponowne wezwanie. Obligatoryjne jest więc kolejne wezwanie do uzupełnienia (poprawienia błędów) tego samego dokumentu, o ile dotyczy innych okoliczności niż uprzednie wezwanie (innego zakresu). Aktualność zachowuje przy tym stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 7 października 2013 r. (sygn. KIO 2217/13). Zgodnie z powyższym wyrokiem nie można wprost stosować zasady, że do uzupełnienia dokumentu nie wolno wzywać wielokrotnie, jeżeli zamawiający zauważa błędy nie w toku jednej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu, ale czynności wielokrotnych z powodu zauważonych każdorazowo innych błędów.

Podsumowując, Odwołujący zaznaczył, że zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania do uzupełnienia/złożenia wyjaśnień oświadczenia JEDZ przedłożonego dla M. P., bezpodstawnie uniemożliwiło Odwołującemu konwalidowanie uchybienia, które Zamawiający stwierdził (zdaniem Odwołującego w sposób nieprawidłowy).

Ad. 3 - art. 26 ust. 4 ustawy PZP

Wraz z ofertą Odwołujący przedłożył dwa dokumenty: JEDZ, gdzie jako nazwę Wykonawcy wskazano „PRIT S.C. M. P. i M. P." nie zaś odrębnie każdego ze wspólników jak życzyłyby sobie Zamawiający. Dokumenty JEDZ opatrzone zostały elektronicznymi podpisami kwalifikowanymi każdego ze wspólników. Podpisy zostały poprawnie zweryfikowane przez Zamawiającego.

Następnie, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący przedłożył dwa dokumenty JEDZ, gdzie w nazwie Wykonawcy, zgodnie z dyspozycją Zamawiającego wskazano każdego ze wspólników z osobna oraz każdy podpisany został przez danego wspólnika. Termin uzupełnienia JEDZ minął 10.06.2019 r.

11.06.2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia dokumentów, która to czynność Zamawiającego potwierdziła, że brak jest podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu w oparciu o JEDZ,

a Odwołujący wykonał wezwanie prawidłowo.

Jednakże, dniu 26 czerwca 2019r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z powodu rzekomej wady integralności podpisu elektronicznego, którym opatrzono JEDZ dla M. P. Należy przy tym podkreślić, że w JEDZ złożonym wraz z ofertą widniał podpis elektroniczny M. P. złożony w ten sam sposób, tego samego wystawcy- jak w JEDZ uzupełnionym. W konsekwencji, nawet jeżeli uznać, czego Odwołujący nie przyznaje, że Zamawiający w sposób uprawniony powziął wątpliwości odnośnie statusu, czy też ważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego złożonego na oświadczeniu JEDZ M. P., to w pierwszej kolejności winien on wyjaśnić zaistniałą sytuację - dwukrotnie zastosowany ten sam kwalifikowany podpis elektroniczny, oba podpisy w złożone w okresie ważności certyfikatu, przy czym jeden pozostaje zweryfikowany poprawnie, a drugi nie. Nie stosując się do dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający postąpił co najmniej przedwcześnie oraz de facto domniemał treści JEDZ w zakresie ważności podpisu. Zamawiający, wykluczając Wykonawcę, winien mieć pewność co do zaistnienia przesłanki wykluczenia. W opisanym stanie faktycznym Zamawiający miał obowiązek zastosowania się do dyspozycji art. 26 ust.4 ustawy Pzp.

Z uwagi na wskazane okoliczności, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania

1 nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP oraz przeprowadzenia czynności ponownego

2 i 3) Wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp do uzupełnienia, względnie złożenia wyjaśnień odnośnie oświadczenia JEDZ przedłożonego dla Mariusza Pietrzyka w zakresie elektronicznego podpisu kwalifikowanego.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, odwołaniu, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie 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. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Odwołującego oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień po żadnej ze Stron.

Zamawiający złożył na rozprawie pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Podkreślił, że zobowiązany był do wyjaśnienia wszelkich rozbieżności i niejasności wynikających z treści dokumentów składających się na ofertę Odwołującego. Natomiast sama czynność wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wymaga wcześniejszego zastosowania procedury przewidzianej w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zatem dokonanie wezwania do uzupełnienia jest obowiązkiem Zamawiającego, od którego może odstąpić jedynie w ściśle określonych przypadkach.

Zamawiający podkreślił znaczenie zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia

dokumentu i zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu wezwanie do uzupełnienia dotyczyło całości oświadczenia JEDZ składanego przez każdego ze wspólników spółki cywilnej oraz wskazania części zamówienia, co do których Odwołujący złożyli ofertę. Nie ulega wątpliwości, że dla skutecznego złożenia oświadczenia JEDZ, dokument ten musi zostać właściwie podpisany. JEDZ złożony w wyniku uzupełnienia dokumentów został złożony w sposób nieprawidłowy. W obecnie obowiązującym stanie prawnym oświadczenie JEDZ sporządza się pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Na skutek weryfikacji podpisu elektronicznego dokonanej przez Zamawiającego okazało się, że podpisane dane zostały prawdopodobnie zmodyfikowane po ich uwierzytelnieniu elektronicznym. Zamawiający dokonał weryfikacji za pomocą programów: PEM-HEART, ProCertum Smart Sign, SecureDoc, Szafir oraz przez stronę internetowa weryfikacjapodpisu.pl. Wszystkie wymienione narzędzia negatywnie zweryfikowały złożony podpis w zakresie jego integralności, co zdaniem Zamawiającego dowodzi, że treść dokumentu zmieniła się po jego podpisaniu. Kwalifikowany podpis elektroniczny można uznać za prawidłowo złożony tylko wówczas, gdy można go skutecznie zweryfikować i potwierdzić jego ważność. Zatem, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. Zastosowany przez Odwołującego program do weryfikacji prawidłowości podpisu nie jest natomiast jedynym dostępnym na rynku programem umożliwiającym taką weryfikację, a ewentualny komunikat o poprawności podpisu w tym programie nie przesądza o prawidłowo podpisanym dokumencie.

W odpowiedzi podkreślono, że art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie określa żadnych kryteriów wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień, za wyjątkiem odesłania do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. O zastosowaniu wezwania powinna decydować jego zasadność i celowość oraz ograniczenie do oświadczeń lub dokumentów o charakterze określonym przywołanym przepisem. Gdy Zamawiający ma pewność odnośnie dołączonych do oferty oświadczeń lub dokumentów, nie można żądać od niego, by wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Obecnie Zamawiający może w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania i przysługuje mu prawo korygowania własnych decyzji.

Końcowo Zamawiający zaznaczył, że dla profesjonalistów obowiązuje podwyższony miernik należytej staranności z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności.

Na podstawie dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego w wersji elektronicznej, skład orzekający Izby ustalił, że z rozdziału 12. SIWZ (SPOSÓB KOMUNIKACJI ORAZ WYMAGANIA FORMALNE DOTYCZĄCE SKŁADANYCH OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW) wynika, że Zamawiający odnośnie kwalifikowanego podpisu elektronicznego zalecał, aby:

(...) 12.5:

- dla dokumentów w formacie „pdf” zaleca się podpis w formatem PAdES,

- dokumenty w formacie innym niż „pdf” zaleca się podpisywać formatem XAdES.

12.6. Niezbędne wymagania sprzętowo-aplikacyjne umożliwiające pracę na Platformie:

- stały dostęp do sieci Internet o gwarantowanej przepustowości nie mniejszej niż 2

mb/s;

- komputer klasy PC lub MAC, o następującej konfiguracji: pamięć min 4GB RAM, Procesor Intel IV 4GHZ, jeden z systemów operacyjnych- MS Windows 7, Mac OS x 10.4, Linux lub ich nowsze wersje;

- zainstalowana dowolna przeglądarka internetowa obsługująca TLS 1.2, w najnowszej wersji, w przypadku Internet Explorer minimalnie wersja 10.0;

- włączona obsługa JavaScript;

- zainstalowany program Acrobat Reader lub inny obsługujący pliki w formacie „pdf”.

12.7. Zamawiający dopuszcza przesyłanie danych w formatach dopuszczonych odpowiednimi przepisami prawa, tj. m.in.: .doc, ,docx, ,txt, ,xls, ,xlsx, .ppt, ,csv, .pdf, .jpg, .git, .png, .tif, .dwg, .ath, .kst, .zip, .rar, przy czym zaleca się wykorzystywanie plików w formacie .pdf. Maksymalny rozmiar pojedynczego pliku to 50 MB, przy czym nie określa się limitu liczby plików. 12.8. Informacja na temat kodowania i czasu odbioru danych:

- pliki oferty załączone przez Wykonawcę na Platformie i zapisane, widoczne są w Platformie jako zaszyfrowane. Możliwość otworzenia plików dostępna jest dopiero po odszyfrowaniu przez Zamawiającego po upływie terminu otwarcia ofert;

- oznaczenie czasu odbioru danych przez Platformę stanowi przypiętą do dokumentu elektronicznego datę oraz dokładny czas (hh:mm:ss), znajdującą się po lewej stronie dokumentu w kolumnie „Data przesłania".

(...)

12.10 Ofertę i JEDZ sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący złożył w ofercie dwa formularze JEDZ, z oznaczeniem nazwy wykonawcy jako: PRIT s.c. M. P. i M. P. w każdym z dokumentów, przy czym na każdym z oświadczeń JEDZ znajdował się podpis odrębnie każdego wspólnika, natomiast oświadczenia JEDZ zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawionym dla Pana M. P. Oferta zawierała dodatkowo pełnomocnictwo do działania w imieniu spółki i wspólników dla Pana M. P., podpisane w formie papierowej przez Panią M. P. i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana M. P. Na ofertę składały się również formularze cenowe dla zadań nr 2 i 4 oraz formularz oferty cenowej z podaną ceną dla zadań nr 2 i 4.

Zamawiający w dniu 5 czerwca 2019 roku wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ, stwierdzając że dokumenty złożono w imieniu spółki, nie zaś wspólników. Spółka cywilna nie posiada natomiast podmiotowości prawnej, mają ją tylko wspólnicy, co oznacza, że dokument JEDZ winien złożyć każdy ze wspólników oddzielnie. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że w JEDZ wykonawcy nie wskazali, o które części zamówienia się ubiegają.

Odwołujący uzupełnił wymagane dokumenty w terminie. Natomiast w ocenie Zamawiającego dokumenty te zostały podpisane w sposób nieprawidłowy, co oznacza, że wykonawca podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W trakcie weryfikacji dokumentów Zamawiający stwierdził, że JEDZ złożony w imieniu Pana M. P. został nieprawidłowo podpisany. Weryfikacja jako błąd wskazała: „integralność -

niezachowana - podpisane dane prawdopodobnie zostały zmodyfikowane po ich uwierzytelnieniu elektronicznym. Rodzaj uwierzytelnienia: Niezaawansowany podpis elektroniczny, ale obsługiwany przez kwalifikowany certyfikat" oraz „certyfikat M. P. -

negatywnie zweryfikowany. Negatywna weryfikacja integralności podpisu. Prawdopodobnie dane zostały zmienione." Zatem Wykonawca Odwołujący nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby uznał, że Odwołujący został nieprawidłowo wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Bezsporną między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, że spółka cywilna jest stosunkiem zobowiązaniowym łączącym jej wspólników. W obrocie prawnym występują więc wspólnicy spółki cywilnej, a sama spółka nie jest podmiotem praw i obowiązków, co prowadzi do oczywistego wniosku, że nie może zatem składać oświadczeń woli. W konsekwencji, oświadczenie woli jakim jest złożenie oferty, jest składane nie przez spółkę cywilną, a przez jej wspólników - traktowanych w systemie zamówień publicznych jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Również wspólnicy, a nie spółka, mogą być stroną przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Okoliczność tę potwierdza zarówno treść odwołania, jak również przebieg rozprawy przed Izbą.

Zamawiający z treści JEDZ, a konkretnie z sekcji A zawierającej Informacje na temat wykonawcy przez użycie przez Wykonawcę oznaczenia PRIT s.c. M. P. M. P. wywodził, że oświadczenia złożone zostały przez spółkę cywilną, nie zaś przez poszczególnych wspólników. To zaś w jego ocenie implikowało konieczność zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania Wspólników do złożenia oświadczeń JEDZ przez każdego z nich. Odwołujący uważał natomiast, że JEDZ zostały złożone prawidłowo, ponieważ każdy z

dokumentów podpisany został odrębnie przez poszczególnych wspólników.

Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie podziela tezy Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu, że sam fakt wpisania w JEDZ w polu „nazwa Wykonawcy" oznaczenia „PRIT S.C. M. P. i M. P."nie przesądza, że dokument był złożony przez Spółkę cywilną. Dostrzeżenia wymaga, iż dokumenty JEDZ zostały złożone w dwóch egzemplarzach i podpisane imiennie, odrębnie przez każdego ze wspólników spółki cywilnej tj. M. P. i M. P.. Następnie wraz z ofertą zostały podpisane elektronicznym podpisem kwalifikowanym przez Pana M. P., przy czym dla tego ostatniego w ofercie znajdowało się pełnomocnictwo do reprezentowania drugiego wspólnika podpisane w formie papierowej przez Panią M. P., które czytać należy w ujęciu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp. Co warto podkreślenia Zamawiający korzystając z trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wskazywał na jakiekolwiek wady takiego sposobu sporządzenia oferty, jak należy domniemywać także co do samego dokumentu pełnomocnictwa. Zamawiający nie odnosił się do nieważności lub wad złożonego wraz z ofertą pełnomocnictwa, także w odniesieniu co do formy, czy też treści tego dokumentu. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów precyzyjne wskazywało na błędny sposób oznaczenia Wykonawcy w JEDZ i obowiązek złożenia tego dokumentu przez każdego ze wspólników, nie przez spółkę. Jak wynika z Informacji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, również na finalnym etapie oceny ofert i złożonych oświadczeń woli, Zamawiający nie kwestionował faktu podpisania elektronicznym podpisem kwalifikowanym oświadczenia JEDZ dla Pani M. P. przez pełnomocnika.

Biorąc pod uwagę okoliczność, że pierwotnie złożono dwa oświadczenia JEDZ, podpisane odrębnie przez każdego ze wspólników, następnie podpisane elektronicznie przez ustanowionego pełnomocnika, Izba doszła do przekonania, że wystosowanie do Odwołującego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znajdowało uzasadnienia prawnego i faktycznego, a oferta z momentem jej złożenia w wyznaczonym terminie składania ofert przybrała właściwą postać. To zaś oznacza, że zidentyfikowane przez Zamawiającego w decyzji o wykluczeniu błędy dotyczące naruszenia integralności podpisu Pana M. P. przy uzupełnieniu dokumentów nie przekładały się na byt prawny oferty w postępowaniu i nie ważyły na prawidłowości tej oferty.

Nawet gdyby jednak przyjąć, że Zamawiający uprawniony był do zastosowania trybu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to nie dotyczyło to osoby Pana M. P. W ofercie bowiem znajdował się JEDZ podpisany przez tę osobę, tak w formie papierowej, jak też w formie elektronicznej przy użyciu kwalifikowanego podpisu. Tym samym nawet jeżeli wystąpiły błędy przy weryfikacji kwalifikowanego popisu elektronicznego złożonego przy uzupełnieniu dokumentów, to nie rzutowały one na ważność oświadczenia woli złożonego przez Pana M. P. w dokumencie JEDZ pierwotnie. Innych elementów oświadczenia woli, w tym oświadczenia złożonego przez Panią M. P., poza oznaczeniem przedsiębiorcy, natomiast Zamawiający nie kwestionował, tak przy wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, jak również w decyzji o wykluczeniu Odwołującego w postępowaniu. Co warte podkreślenia, zgodnie z orzecznictwem Izby, jak też sądów okręgowych, także błędy w zakresie złożonych pełnomocnictw podlegają czynnościom sanacyjnym w określonym trybie. Sam zaś sposób oznaczenia w JEDZ poszczególnych wspólników uznać należało za powszechnie spotykany w obrocie gospodarczym.

W analizowanej sprawie bezspornym było między Stronami, że JEDZ pierwotnie złożony przez Wykonawcę Odwołującego nie zawierał wskazania, o które części zamówienia ubiega się wykonawca. Tym niemniej wraz z JEDZ złożone zostały także formularze cenowe dla zadania 2 i 4 oraz formularz ofertowy, w którym Odwołujący precyzyjnie określił cenę za jaką zamierza wykonywać zamówienie dla zadania 2 i 4.

Zamawiający dopuścił w postępowaniu składanie ofert częściowych, jednakże nie wymagał, by formularz jednolitego dokumentu europejskiego składany był oddzielnie dla każdej części. Izba w ramach tego zagadnienia podziela stanowisko wyrażone w orzeczeniu z dnia 1 lutego 2017 roku, sygn. akt KIO 145/17, z którego wynika, że nie ma konieczności składania JEDZ oddzielnie dla każdej części zamówienia. Zamawiający nie kwestionował także na żadnym etapie weryfikacji treści oferty, że Odwołujący w sposób nieprawidłowy wykazywał spełnianie warunków udziału dla poszczególnych części w ramach złożonego JEDZ. Oznacza to, że Zamawiający ustalając w SIWZ i ogłoszeniu warunki, był w stanie przypisać i zidentyfikować poziom ich spełnienia dla konkretnych części w ramach oświadczenia złożonego przez Odwołującego, brakowało jedynie formalnej deklaracji Wykonawcy w dokumencie, których części zamówienia dotyczy złożona oferta. Choć więc Odwołujący nie wskazał w JEDZ części zamówienia, o które się ubiega, to bez problemu Zamawiający przeprowadził proces weryfikacji, skoro w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów nie odnosił się do kwestii merytorycznych, potwierdzenia poziomu spełniania warunków udziału.

Poza tym nadmienić należy, iż podstawowym zadaniem JEDZ jest wstępne

potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, oraz spełnia kryteria kwalifikacji. Jeżeli Zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów nie identyfikował innych wad formularza, poza wskazaniem numerów części, to tym samym Odwołujący w tej konkretnej sprawie zawarł w złożonym oświadczeniu ofertowym wszystkie informacje umożliwiające Zamawiającemu dokonanie wstępnej oceny warunków dla wszystkich części zamówienia, na które wykonawca złożył ofertę. To zaś oznacza, że sam brak wskazania w JEDZ części zamówienia nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy, jeżeli jednocześnie Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, że taki wykonawca nie spełnił ustalonych warunków udziału.

Brak wskazania w oświadczeniu JEDZ części zamówienia, na które składana jest oferta może stanowić asumpt Zamawiającego do podważenia ważności oferty w sferze merytorycznej, co stanowić mogłoby podstawę do odrzucenia takiej oferty.
W przedmiotowym postępowaniu jednak całokształt dokumentów składających się na treść oferty pozwalał Zamawiającemu na ustalenie właściwej treści złożonej oferty, to jest ustalenie na które części zamówienia Odwołujący ofertę składa. Tym samym uchybienie JEDZ ma wymiar formalny, co do formy prezentacji określonej informacji, nie merytoryczny. Sama zaś forma przedstawienia informacji nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty jako niezgodnej w treści z treścią SIWZ. Zarzuty odwołania w tej części zatem zasługiwały na uwzględnienie.

Konkludując, Izba w tym zakresie uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz ponowienie procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w częściach 2 i 4 zamówienia.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

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. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

Członkowie: