

WYROK

z dnia 8 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Renata Tubisz

Anna Wojciechowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2021 r. przez
wykonawcę Indra Sistemas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Indra Sistemas Polska Sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego
tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr
(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione
koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo
zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni
od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Zamawiający - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Świadczenie usługi utrzymania

systemu kontroli ruchu statków Krajowego Systemu Bezpieczeństwa Morskiego (KSBM).

Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 marca 2021 r. pod nr 2021/S 063-160038.

W dniu 11 października 2021 r. wykonawca Indra Sistemas Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w zw. z § 6 ust. 2 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie,

ewentualnie:

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w zw. z art. 2 § 2 w zw. z art. 96 pkt 2 w zw. z art. 97 § 2 w zw. z art. 109 ustawy Prawo o notariacie,

ewentualnie:

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 125 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp,

4) art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności unieważnienia postępowania oraz przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Odwołujący w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach spółki Indra Sistemas S.A. z siedzibą w Alcobendas, Hiszpania.

Pismem z 8 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do poprawienia dokumentów załączonych do oferty, w tym Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dla podmiotu trzeciego.

Pismem z 20 lipca 2021 r. Odwołujący przedłożył żądane dokumenty, w tym JEDZ dla podmiotu trzeciego. JEDZ został sporządzony w ten sposób, że oświadczenie w imieniu podmiotu trzeciego złożyły osoby uprawnione do jego reprezentowania (M. A. oraz D. C.), zaś Zamawiającemu przedłożono cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez notariusza G. R. (JEDZ cyfrowy).

Pismem z 28 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych dla Odwołującego, zaś pismem z 10 sierpnia 2021 r. - do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla podmiotu trzeciego.

Choć w ocenie Odwołującego wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla podmiotu trzeciego było przedwcześnie, to pismem z 13 sierpnia 2021 r. Odwołujący przedłożył wszystkie wymagane podmiotowe środki dowodowe, tj.:

- informacje z Centralnego Rejestru Karnego dla wszystkich Członków Zarządu podmiotu trzeciego, a także dla samego podmiotu trzeciego jako podmiotu zbiorowego,

- oświadczenie podmiotu trzeciego o przynależności do grupy kapitałowej z wykonawcą, który złożył ofertę, tj. z Odwołującym,
- oświadczenie podmiotu trzeciego o aktualności informacji zawartych w JEDZ.

Pismem z 19 sierpnia 2021 r. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Odwołującego, jednocześnie odrzucając ofertę Wartsila z uwagi na przedłożenie przez tego wykonawcę gwarancji wadialnej po upływie terminu składania ofert.

W dniu 1 września 2021 r. wykonawca Wartsila zaskarżył powyższe czynności Zamawiającego odwołaniem do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2566/21), stwierdzając, że wadium zostało przedłożone przez nią w sposób prawidłowy, a zatem oferta nie powinna podlegać odrzuceniu. Jednocześnie wykonawca podniósł, że z uwagi na przedłożenie JEDZ dla podmiotu trzeciego w niewłaściwej formie (JEDZ Cyfrowy), Odwołujący nie wykazał braku podstaw wykluczenia wobec podmiotu trzeciego, a zatem powinien zostać wezwany do jego zastąpienia w trybie art. 122 ustawy Pzp.

Pismem z 29 września 2021 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania. Zamawiający powtórzył argumentację dotyczącą odrzucenia oferty Wartsila zawartą w czynności z 19 sierpnia 2021 r. Jednocześnie Zamawiający uznał, że JEDZ dla podmiotu trzeciego został złożony przez Odwołującego w nieprawidłowej formie, a zatem oferta Odwołującego winna podlegać odrzuceniu. W efekcie, z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w ocenie Zamawiającego JEDZ dla podmiotu trzeciego został złożony w nieprawidłowej formie. Zamawiający powołał się na zapisy rozporządzenia ws. dokumentów elektronicznych, wskazując, że notariusz nie może dokonać poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania JEDZ z dokumentem w postaci papierowej. W efekcie, złożenie JEDZ cyfrowego ma nie wywoływać skutków prawnych.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający prawidłowo zidentyfikował przepisy regulujące zaistniały w niniejszej sprawie stan faktyczny, jednak nieprawidłowo te przepisy zinterpretował, co doprowadziło do podjęcia przez niego błędnych decyzji.

Odwołujący podniósł, że rozporządzenie ws. dokumentów elektronicznych przewiduje wprost uprawnienie notariusza do dokonywania poświadczenia zgodności cyfrowych odwzorowań dokumentów z ich pierwowzorami istniejącymi w postaci papierowej. Innymi słowy, dopuszczalna jest sytuacja, w której dokument istnieje w postaci papierowej, natomiast w celu przedłożenia go Zamawiającemu, notariusz na wniosek wykonawcy dokonuje poświadczenia zgodności jego cyfrowego odwzorowania. Zgodnie z § 6 ust. 4 rozporządzenia ws. dokumentów elektronicznych, takie uprawnienie zostało nadane notariuszowi w odniesieniu do dokumentów wymienionych w § 6 ust. 2 rozporządzenia, co słusznie zauważył Zamawiający. Jednocześnie Zamawiający z niewiadomych przyczyn uznał, że § 6 ust. 2 rozporządzenia ws. dokumentów elektronicznych zawiera zamknięty katalog dokumentów, co do których notariusz może dokonywać poświadczenia zgodności ich cyfrowych odwzorowań. Tymczasem, we wskazanym przepisie wprost zawarto możliwość przedłożenia w tej formie także bliżej nieokreślonych „innych dokumentów”.

W ocenie Odwołującego, w przepisach rozporządzenia (a tym bardziej w przepisach ustawy Pzp) brak jest jakiegokolwiek zakazu w zakresie przedłożenia JEDZ cyfrowego, zatem należy uznać, że jego przedłożenie we wskazanej formie jest w pełni dopuszczalne. Wobec braku wskazówek w tym zakresie można - a wręcz trzeba - go bowiem potraktować jako „inny dokument”, o którym mowa w § 6 ust. 2 rozporządzenia. Innymi słowy, ustawodawca w przepisach rozporządzenia ws. dokumentów elektronicznych celowo przewidział otwarty katalog dokumentów, co do których notariusz może dokonać poświadczenia zgodności ich cyfrowych odwzorowań z postacią papierową. Odmienne interpretacja wskazanego przepisu nie dałaby się zresztą pogodzić z zasadami wykładni aktów prawnych, tj. w szczególności z wykładnią celowościową.

Odwołujący zaznaczył, że na gruncie rozporządzenia ws. dokumentów elektronicznych nie ulega wątpliwości, że notariusz ma uprawnienie do poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa istniejącego w postaci papierowej (§ 7 ust. 4 w zw. z § 7 ust. 2 rozporządzenia). Co za tym idzie, interpretacja dokonana przez Zamawiającego prowadzi do absurdalnego wniosku, że o ile przedłożenie JEDZ cyfrowego nie jest zgodne z przepisami rozporządzenia, to już pełnomocnictwo do jego złożenia jak

najbardziej może być sporządzone w tej formie. Powyższy wniosek nie daje się pogodzić także z art. 99 § 1 Kc, zgodnie z którym jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Skoro bowiem pełnomocnictwo do dokonania określonej czynności musi być udzielone w tej samej formie, to logicznym jest także, że pełnomocnictwo udzielone w tej formie musi uprawniać do dokonania tej czynności. Przykładowo, jeżeli sprzedaż udziałów w spółce z o.o. wymaga formy z podpisami notarialnie poświadczonymi, to automatycznie pełnomocnictwo do sprzedaży udziałów sporządzone w tej właśnie formie będzie uznane za skuteczne. Innymi słowy, skoro na gruncie rozporządzenia ws. dokumentów elektronicznych nie ulega wątpliwości, że pełnomocnictwo do złożenia JEDZ może być przedłożone w formie cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa istniejącego w postaci papierowej, to także i sam JEDZ może zostać przedłożony w tej samej formie (JEDZ cyfrowy).

Zdaniem Odwołującego, powyższa interpretacja jest w pełni zgodna z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym JEDZ składa się w formie elektronicznej pod rygorem nieważności. Taki sam rygor został bowiem przewidziany w stosunku do oferty oraz wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tymczasem, przepisy rozporządzenia ws. dokumentów elektronicznych wprost przewidują możliwość przedłożenia pełnomocnictwa do dokonania tych czynności w formie poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania dokumentu pełnomocnictwa istniejącego w formie papierowej (§ 7 ust. 4 w zw. z § 7 ust. 2 rozporządzenia). Ponadto, tylko taka interpretacja jest zgodna z art. 99 § 1 Kc regulującym formę pełnomocnictwa.

Niezależnie od tego, w ocenie Odwołującego, nawet gdyby uznać, że rozporządzenie ws. dokumentów elektronicznych nie przewiduje uprawnienia dla notariusza do dokonania poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania JEDZ (z czym Odwołujący się nie zgadza), to i tak należałoby przyjąć, że złożenie JEDZ cyfrowego jest dopuszczalne na gruncie powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Odwołujący podniósł, że podstawowym aktem prawnym regulującym uprawnienia notariuszy nie jest rozporządzenie ws. dokumentów elektronicznych, a Prawo o notariacie, akt o hierarchicznie wyższym stopniu, a co za tym idzie, ewentualnie sprzeczne z nim przepisy zawarte w rozporządzeniu ws. dokumentów elektronicznych nie mogą być stosowane. Tymczasem, brak możliwości dokonania poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania JEDZ na podstawie rozporządzenia ws. dokumentów elektronicznych należałoby uznać właśnie za takie bezzasadne ograniczanie uprawnień notariusza, o których mowa w przepisach Prawa o notariacie. Zgodnie z art. 2 § 2 Prawa o notariacie, „czynności notarialne, dokonane przez notariusza zgodnie z prawem, mają charakter dokumentu urzędowego”. Jednocześnie, zgodnie z art. 96 pkt 2 tej ustawy, notariusz poświadcza zgodność odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem, zaś zgodnie z art. 97 § 2 Prawa o notariacie - elektroniczne poświadczenie zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Innymi słowy, przyjmuje się, że notariusz posiada uprawnienie do spowodowania, że określony, przedłożony mu dokument zachowa swój walor, mimo zmiany fizycznej formy, w jakiej on istnieje. Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowej sprawie doszło dokładnie do takiej sytuacji. Panowie M. A. oraz D. C. opatrzyli JEDZ dla podmiotu trzeciego własnoręcznymi podpisami. Następnie dokument został wysłany kurierem do Polski, a notariuszowi okazano jego oryginał. Wówczas to notariusz zeskanował JEDZ i opatrzył go kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co skutkowało stworzeniem JEDZ cyfrowego.

Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Najwyższego sygn. akt II CSK 318/16, w którym stwierdzono, że „czynność notariusza, o której mowa w art. 96 pkt 2 i w art. 98 p.o.n., polega na urzędowym zaświadczeniu o identyczności treści i formy tego, co mu okazano, z tym, co jest poświadczane”. Odwołujący wskazał, że choć notariusz nie ma uprawnienia do samodzielnego nadania mocy oryginału przedłożonej mu kopii dokumentu (per analogiam - nie może nadać więcej uprawnień niż sam posiada), to już sporządzona przez tego notariusza kopia oryginału będzie zachowywała tę moc (zachowanie identyczności nie tylko treści, ale i formy). Innymi słowy, w odniesieniu do JEDZ cyfrowego doszło jedynie do transformacji fizycznej formy, w której on istnieje, wymaganej z czysto technicznych względów (brak możliwości składania dokumentów w postaci papierowej). Powyższe nie zmienia faktu, że JEDZ cyfrowy posiada dokładnie taką samą moc, jak dokument w postaci papierowej, w którym osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu trzeciego oświadczyły o braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, nie istnieją powody dla odmówienia możliwości posługiwania się JEDZ cyfrowym, a przyjęcie odmiennego wniosku oznaczałoby w istocie przyznawanie prymatu regulacji podstawowej (rozporządzenie ws. dokumentów elektronicznych), a nie przepisom rangi ustawowej (Prawo o notariacie).

Dalej Odwołujący podniósł, że nawet gdyby uznać, że złożenie JEDZ cyfrowego nie jest dopuszczalne na gruncie powszechnie obowiązujących przepisów (z czym Odwołujący

się nie zgadza), to i tak brak jest podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że należy przede wszystkim odnieść się do znaczenia JEDZ w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 125 ust. 3 ustawy

Pzp JEDZ stanowi wyłącznie oświadczenie tymczasowo zastępujące wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Innymi słowy, JEDZ pełni rolę wyłącznie prowizoryczną i ma stanowić wstępne oświadczenie, że dany podmiot nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w nim. Weryfikacja tych okoliczności w pełnym zakresie następuje zaś dopiero w oparciu o podmiotowe środki dowodowe, składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Nie ulega zaś wątpliwości, że Odwołujący wykazał brak istnienia podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w odniesieniu do podmiotu trzeciego poprzez złożenie na wezwanie Zamawiającego wszelkich podmiotowych środków dowodowych wymaganych dla tego podmiotu. Zdaniem Odwołującego, odrzucenie oferty Odwołującego byłoby przejawem nadmiernego formalizmu. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, ten nie jest zaś celem samym w sobie, a ma zagwarantować, aby wybrany wykonawca dał rękąmię należytego wykonania zamówienia. Podobnie złożenie JEDZ nie stanowi celu samego w sobie, a ma pozwolić Zamawiającemu na wstępną, tymczasową weryfikację braku podlegania wykluczeniu oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie Zamawiający zweryfikował nie wstępnie i tymczasowo (w oparciu o JEDZ), ale ostatecznie i definitywnie (w oparciu o podmiotowe środki dowodowe), że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odrzucenie oferty Odwołującego nie daje się więc pogodzić z zasadą proporcjonalności. Zdaniem Odwołującego powyższe wynika z samego zawiadomienia o odrzuceniu oferty, w którym jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wskazano wyłącznie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, a nie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp (podleganie wykluczeniu z postępowania) czy 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp (niespełnianie warunków udziału w postępowaniu). Gdyby bowiem Zamawiający uznał, że w stosunku do podmiotu trzeciego zaistniała którakolwiek z tych okoliczności, to zobligowany byłby wezwać Odwołującego do zamiany podmiotu trzeciego w trybie art. 122 ustawy Pzp (na co wskazywał w swoim odwołaniu wykonawca Wartsila).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, że przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłoszone przez Wartsila Voyage Limited, było nieskuteczne. Art. 525 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego stają się jego uczestnikami, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Art. 2a Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych określa definicję oferenta zainteresowanego, tj. podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia i któremu należy zapewnić możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. Takim środkiem ochrony prawnej na gruncie prawa krajowego jest także przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgodnie z ww. przepisem Dyrektywy, oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania. Ponieważ odrzucenie oferty zgłaszającego przystąpienie stało się ostateczne wobec niewniesienia odwołania na tę czynność, w świetle przywołanych wyżej przepisów zgłaszający przystąpienie nie może być

uznany za oferenta zainteresowanego w rozumieniu ww. Dyrektywy i tym samym za spełniającego przesłankę z art. 525 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdz. II pkt 8.1 SWZ Zamawiający zamieścił następujące postanowienia dotyczące formy dokumentu JEDZ:

Ppkt 3) Wykonawca składa JEDZ w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy zgodnie z formą reprezentacji określoną w dokumencie rejestrowym właściwym dla formy organizacyjnej lub innym dokumencie;

Ppkt 4) JEDZ sporządza również (...) podmiot trzeci, na którego potencjał powołuje się Wykonawca celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku JEDZ potwierdza brak podstaw wykluczenia podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim podmiot udostępnia swoje zasoby Wykonawcy.

Odwolujący w złożonej ofercie powołał się na wiedzę i doświadczenie udostępnione przez podmiot trzeci (Indra Sistemas S.A.) i przedstawił zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów oraz dokument JEDZ.

W dniu 8 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do przedłożenia m.in. poprawionego JEDZ dla podmiotu trzeciego. Zamawiający wskazał, że: Wykonawca składa JEDZ w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania Podmiotu trzeciego zgodnie z formą reprezentacji określoną w dokumencie rejestrowym właściwym dla formy organizacyjnej lub innym dokumencie.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedstawił m.in. skan dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego - cyfrowe odwzorowanie dokumentu sporządzonego w formie papierowej i podpisanego, wraz z elektronicznym poświadczeniem notarialnym, którym potwierdzono zgodność odpisu z okazanym dokumentem.

Pismem z 28 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a po ich przedłożeniu, w dniu 17 sierpnia 2021 r., zawiadomił o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Następnie, pismem z 27 września 2021 r. Zamawiający poinformował, że w związku z wniesieniem odwołania przez wykonawcę Wartsila, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzy czynność badania i oceny oferty wykonawcy Indra Sistemas Polska Sp. z o.o.

Pismem z 29 września 2021 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający poinformował, że podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający podał:

Indra Sistemas Polska Sp. z o.o. załączył do oferty własne oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: JEDZ) oraz dla podmiotu

trzeciego - Indra Sistemas SA, udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie Wykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższe oświadczenia JEDZ nie zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, dlatego Zamawiający w dniu 8 lipca 2021 r., w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do ich poprawienia poprzez ich podpisanie podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca w dniu 23 lipca 2021 r. uzupełnił oświadczenia JEDZ. Jednakże oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust.1 ustawy Pzp dotyczące podmiotu trzeciego nie zostało złożone w formie zgodnej z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp tj. w formie elektronicznej. Powyższe oświadczenie stanowiło cyfrowe odwzorowanie dokumentu sporządzonego w postaci papierowej podpisanego przez osoby uprawnione (skan) a następnie opatrzonego podpisem kwalifikowanym przez notariusza.

Zgodnie z § 6 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. 2020 poz. 2452) notariusz może dokonać poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej w odniesieniu do dokumentów i oświadczeń wymienionych w § 6 ust. 2 ww. rozporządzenia. Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust.1 ustawy Pzp (JEDZ) nie jest ujęte w ww. przepisie.

Zgodnie z zasadą jednokrotnego wezwania Zamawiający nie ma uprawnień do kolejnego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia oświadczenia JEDZ podmiotu trzeciego (Indra Sistemas SA). Skierowanie do Wykonawcy drugiego wezwania w tym samym zakresie stanowiłoby naruszenie art. 128 ust. 1 oraz zasady równego traktowania wykonawców (...).

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie zaistniały przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego na ww. podstawie.

Stosownie do art. 63 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej.

Powyższy przepis znalazł swoje odzwierciedlenie w rozdz. II ust. 8.1 pkt 3 SWZ, gdzie Zamawiający wskazał: Wykonawca składa JEDZ w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy zgodnie z formą reprezentacji określoną w dokumencie rejestrowym właściwym dla formy organizacyjnej lub innym dokumencie. Natomiast zgodnie z rozdz. II ust. 8.1 pkt 4 SWZ, JEDZ sporządza również (...) podmiot trzeci, na którego potencjał powołuje się Wykonawca celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku JEDZ potwierdza brak podstaw wykluczenia podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim podmiot udostępnia swoje zasoby Wykonawcy.

Przywołane wyżej regulacje dotyczące formy dokumentu JEDZ są jasne i nie powinny budzić wątpliwości interpretacyjnych. Z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp wynika jednoznacznie, że JEDZ składa się w formie elektronicznej, co oznacza podpisanie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy lub podmiotu trzeciego. Niezachowanie tej formy powoduje, że dokument jest obarczony wadą nieważności.

Oświadczenie JEDZ dotyczące podmiotu udostępniającego Odwołującemu wiedzę

1 doświadczenie, uzupełnione na wezwanie skierowane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, należy uznać za niezgodne z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp. Skan dokumentu sporządzonego w formie pisemnej, opatrzone podpisem kwalifikowanym przez notariusza, nie może być uznany za spełniający wymagania określone w tym przepisie. JEDZ w takiej formie nie został bowiem podpisany przez osoby uprawnione do działania w imieniu podmiotu udostępniającego Odwołującemu swoje zasoby, notariusz natomiast poświadczył jedynie

jego zgodność z okazanym dokumentem. Oznacza to, że JEDZ podmiotu Indra Sistemas S.A. nie został złożony jako oryginalny dokument elektroniczny, tj. nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez jego wystawcę.

Powyższej oceny nie zmieniają powołane przez Odwołującego przepisy ustawy Prawo o notariacie. Art. 2 § 2 tej ustawy stanowi, że czynności notarialne, dokonane przez notariusza zgodnie z prawem, mają charakter dokumentu urzędowego. Zgodnie z art. 96 pkt

2 ustawy Prawo o notariacie, notariusz poświadcza zgodność odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem, stosownie zaś do art. 97 § 2 ww. ustawy elektroniczne poświadczenie zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z powyższych przepisów wynika, że poświadczenie notarialne potwierdza jedynie zgodność z okazanym notariuszowi dokumentem, bez weryfikowania jego zgodności z prawem czy autentyczności. Przepisy te nie dają natomiast podstaw, aby poświadczenie notarialne uznać za konwalidowanie formy dokumentu w sytuacji, gdy nie odpowiada ona ustawowym wymaganiom.

Za nietrafną należy uznać argumentację Odwołującego, który dopuszczalność przedłożenia notarialnie poświadczanego skanu dokumentu JEDZ wywodzi z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r., poz. 2452). Przepis § 6 ust. 2 tego rozporządzenia stanowi, że w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Natomiast zgodnie z § 6 ust. 4 ww. rozporządzenia, poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, może dokonać również notariusz. Jakkolwiek § 6 ust. 2 rozporządzenia nie określa zamkniętego katalogu dokumentów, które mogą być przedłożone w formie cyfrowego odwzorowania opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to nie sposób twierdzić, że w związku z tym istnieje możliwość przedłożenia w takiej formie oświadczenia JEDZ. Zauważenia wymaga, że formę tego oświadczenia, pod rygorem nieważności, określa bezwzględnie obowiązujący przepis ustawy (art. 63 ust. 1 ustawy Pzp), więc już sam ten fakt powoduje, że nieuprawnione byłoby wywodzenie z przepisów niższego rzędu możliwości złożenia go w innej formie. Przede wszystkim jednak podkreślić należy, że § 6 ww. rozporządzenia odnosi się do dokumentów, które zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”. Oznacza to, że oświadczenie JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby pozostaje poza zakresem regulacji § 6 rozporządzenia.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, jakoby o dopuszczalności przedłożenia notarialnie poświadczanego skanu dokumentu JEDZ miały świadczyć przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych, przewidujące możliwość poświadczenia cyfrowego odwzorowania pełnomocnictwa sporządzonego w postaci papierowej (§ 7 ust. 2 i 4 rozporządzenia). Nieuprawnione jest - zdaniem Izby - wywodzenie dopuszczalności formy czynności głównej (złożenia dokumentu JEDZ), która to forma określona została niebudzącym wątpliwości przepisem rangi ustawowej i dla której przewidziano rygor nieważności, z przepisu aktu wykonawczego odnoszącego się do pełnomocnictw. Prezentowana przez Odwołującego interpretacja przepisów w tym zakresie jest nieprawidłowa, stanowi bowiem odwrócenie wynikającej z art. 99 § 1 Kc zasady ustanawiającej zależność formy pełnomocnictwa od formy wymaganej dla czynności prawnej, której pełnomocnictwo dotyczy.

Skoro zgodnie z przepisami ustawy Pzp oświadczenie JEDZ musi być złożone w formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym

przez upoważnioną osobę i nie jest dopuszczalne przedłożenie cyfrowej kopii tego dokumentu, nie jest w niniejszej sprawie rozstrzygające to, czy notariuszowi przedłożono oryginał tego oświadczenia sporządzonego w postaci papierowej. W związku z tym złożony przez Odwołującego dowód w postaci wydruku z systemu elektronicznego korespondencji przychodzącej kancelarii reprezentującej Odwołującego, złożony na okoliczność, że oryginał dokumentu JEDZ dotarł do pełnomocnika, a następnie został przekazany notariuszowi przed notarialnym potwierdzeniem jego cyfrowego odwzorowania, nie ma znaczenia dla sprawy.

Nawet gdyby przyjąć, że notariuszowi przedstawiono oryginał dokumentu (co jednak nie wynika z treści klauzuli notarialnej), nie zmienia to faktu, że Zamawiającemu przekazane zostało oświadczenie JEDZ w formie niezgodnej z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że uzupełnione przez Odwołującego oświadczenie JEDZ dla podmiotu trzeciego, nie zostało złożone w przewidzianej prawem formie. W konsekwencji oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: