

Sygn. akt: KIO 587/23

WYROK

z dnia 15 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2023 r. przez wykonawcę Jupiter-Integration spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Żegańskiej 2A (04-713 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Filmotekę Narodową – Instytut Audiowizualny z siedzibą w Warszawie przy ul. Wałbrzyskiej 3/5 (02-739 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Jupiter-Integration spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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 2022 r., poz. 1710 ze zm.) 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:

Sygn. akt: KIO 587/23

Uzasadnienie

Filmoteka Narodowa – Instytut Audiowizualny z siedzibą w Warszawie, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Dostawa, instalacja i rozruch linii technologicznej do procesu digitalizacji materiałów filmowych o numerze referencyjnym: 10/22, zwane dalej „postępowaniem”.

Objawienie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 października 2022 r., pod numerem 2022/S 202-574242.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 3 marca 2023 r. wykonawca Jupiter-Integration Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań czynności w zakresie pierwszej części postępowania, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp, polegających na:

- odrzuceniu jego oferty, powołując się na brak przedłożenia przez podmiot, na którego zasobach polegał, to jest Digital Film Technology GmbH z siedzibą w Darmstadt (Republika Federalna Niemiec), zwanego dalej: „DFT”, oświadczenia na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (zwanego dalej: „JEDZ”), potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim powoływał się na jego zasoby, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podczas gdy forma podpisu kwalifikowanego zastrzeżona jest jedynie dla oferty i oświadczenia o braku przyczyn wykluczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp składanego przez wykonawcę, nie zaś podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się wykonawca w postępowaniu;
- odrzuceniu jego oferty, powołując się na brak przedłożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp sporządzonego na formularzu JEDZ, podczas gdy formularz taki, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez przedstawiciela wykonawcy został złożony w odpowiedzi na wezwanie do jego przedłożenia z dnia 14 stycznia 2023 r.;
- odrzuceniu jego oferty, powołując się na brak przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej wykonawcy, podczas gdy zamawiający w wezwaniu z dnia 14 stycznia 2023 r. wezwał go do „uzupełnienia informacji z KRK”, nieopatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a otrzymał od taki dokument wystawiony z datą 30 października 2020 r. zaniechał wezwania do przedłożenia aktualnego dokumentu;
- zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych, to jest wezwania do przedłożenia aktualnego zaświadczenia z KRK dla wykonawcy, lecz

nieopatrzonego kwalifikowanym podpisem

elektronicznym wykonawcy;

- unieważnieniu postępowania w związku z odrzuceniem jego oferty i brakiem innych ważnych ofert niepodlegających odrzuceniu, podczas gdy nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego, a w konsekwencji brak było podstaw do unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 63 ust. 1 Pzp w zw. z art. 125 ust. 1 i 5 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 78¹ § 1 ustawy Kodeks cywilny, przez odrzucenie przez zamawiającego jego oferty, powołując się na brak przedłożenia przez podmiot, na którego zasobach polegał, to jest DFT, oświadczenia na formularzu JEDZ, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim odwołujący powołał się na jego zasoby, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podczas gdy forma podpisu kwalifikowanego zastrzeżona jest jedynie dla oferty i oświadczenia o braku przyczyn wykluczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp składanego przez wykonawcę, nie zaś podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się wykonawca w postępowaniu;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, przez odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego, powołując się na brak przedłożenia przez odwołującego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, sporządzonego na formularzu JEDZ, podczas gdy formularz taki, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez przedstawiciela wykonawcy, został złożony w odpowiedzi na wezwanie do jego przedłożenia z dnia 14 stycznia 2023 r.;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1 lit. b) rozporządzenia Ministra Rozwoju, pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415), a także postanowień rozdziału VII ust. 4 pkt 1 SWZ, przez odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego, powołując się na brak przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej wykonawcy, podczas gdy zamawiający w wezwaniu z dnia 14 stycznia 2023 r. wezwał odwołującego do „uzupełnienia informacji z KRK” nieopatrzonej kwalifikowanej podpisem elektronicznym, a otrzymawszy od odwołującego taki dokument wystawiony z datą 30 października 2020 r. zaniechał wezwania do przedłożenia aktualnego dokumentu;
- 4) art. 128 ust. 1 i 5 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych, tj. zaświadczenia z KRK

dla wykonawcy złożonego dnia 23 stycznia 2023 r., podczas gdy zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy w przypadku powzięcia wątpliwości co do aktualności zaświadczenia;

- 5) art. 255 pkt 2 Pzp przez unieważnienie postępowania, podczas gdy oferta złożona przez odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniosł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania;
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności: badania i oceny oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W zakresie wykazania interesu do wniesienia odwołania odwołujący wyjaśnił, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność usługową w zakresie technologii informatycznych i komputerowych. Odwołujący podniósł, że złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, a wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiającego, narażają go na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku — spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu dla zarzutu nr 1 odwołujący wskazał, że w pierwszej kolejności należy wskazać, iż przepis art. 63 ust. 1 Pzp wyraźnie stanowi, że forma elektroniczna pod rygorem nieważności zastrzeżona jest dla oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 125 ust. 1 Pzp „Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.” Forma elektroniczna podpisu, w postaci kwalifikowanego podpisu elektronicznego, złożonego pod takim oświadczeniem, zastrzeżona jest więc jedynie do oświadczenia wykonawcy, załączonego do składanej przez niego oferty. Do opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym oświadczenia o braku podstaw wykluczenia nie są natomiast zobowiązane podmioty trzecie, udostępniające wykonawcy swoje zasoby. Takim podmiotem jest DFT, która jako podmiot zewnętrzny nie ma przymiotu wykonawcy w postępowaniu, a jedynie udostępnia wykonawcy swoje zdolności techniczne i zawodowe. Do podmiotów udostępniających wykonawcy swoje zasoby zastosowanie ma natomiast przepis art. 125 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym „Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu

lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim

wykonawca powołuje się na jego zasoby.” Ustawodawca nie zastrzegł jednak w tym wypadku formy kwalifikowanej podpisu elektronicznego, a w konsekwencji przedmiotowe oświadczenie może zostać podpisane przez przedstawiciela podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby na zasadach ogólnych. Ponadto, przepis § 7 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie wyraźnie wskazuje, że w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym opatruje się: „Podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo”. Ustawodawca w katalogu dokumentu nie wskazał natomiast oświadczeń podmiotu trzeciego, z których zamawiający korzysta, o których mowa w art. 125 ust. 5 Pzp. Również przepis § 2 ust. 1 wskazanego rozporządzenia wskazuje, że sporządzone w postaci elektronicznej w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne powinny zostać: „Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wnioski, o których mowa w art. 371 ust. 3 ustawy, oferty, prace konkursowe, oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy, zwane dalej „zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby”, przedmiotowe środki dowodowe, pełnomocnictwo, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, sporządza się w postaci elektronicznej, (Dz. U. z 2020 r. poz. 346, 568, 695, 1517 i 2320), z zastrzeżeniem formatów, o których mowa w art. 66 ust. 1 ustawy, z uwzględnieniem rodzaju przekazywanych danych.”

Odwołujący podkreślił, że dokumenty, dla których nie jest zastrzeżona forma kwalifikowana podpisu, muszą spełniać jedynie wymogi ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, odnoszącej się do dokumentów elektronicznych. Jednocześnie DFT jako podmiot trzeci przedłożyło do postępowania szereg dokumentów, które były sporządzone w formie elektronicznej z podpisem elektronicznym innym niż podpis kwalifikowany, które nie zostały zakwestionowane przez zamawiającego.

Ponadto, w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do oświadczeń lub podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z postanowieniami art. 128 ust. 5 Pzp powinien zwrócić się bezpośrednio do podmiotu trzeciego — DFT — który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełnienia przez wykonawcę

warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. W wezwaniu z dnia 14 stycznia 2023 r., skierowanym do odwołującego, zamawiający nie przedstawił zastrzeżeń do podpisu złożonego na oświadczeniu JEDZ, a wątpliwości budziła sama treść dokumentu. Jeśli zamawiający powziął jakąkolwiek wątpliwość co do formy podpisu, powinien wyraźnie wskazać ten fakt w przesłanym wezwaniu. Jednocześnie odwołujący podkreślił, że orzecznictwo, na które powołał się zamawiający, mające stanowić podstawę dla odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku kwalifikowanego podpisu elektronicznego pod oświadczeniem na formularzu JEDZ podmiotu udostępniającego DFT w całości odnosi się do obowiązku opatrzenia takim kwalifikowanym podpisem oferty wykonawcy. Nie dotyczy natomiast oświadczenia podmiotu trzeciego. Nie można zatem odnieść się do przedstawionego przez zamawiającego stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych w kontekście oświadczenia podmiotu trzeciego, które nie dotyczy tego typu dokumentów. Oświadczenie podmiotu trzeciego nie jest bowiem ofertą wykonawcy, lecz dokumentem odrębnym, co skutkuje innymi wymaganiami formalnymi i wynika wprost z Pzp.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że odrzucenie przez zamawiającego jego oferty z powołaniem na brak przedłożenia przez podmiot, na którego zasobach polegał, to jest DFT, oświadczenia na formularzu JEDZ, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym stanowiła czynność naruszającą zasady Pzp i powinna zostać przez zamawiającego unieważniona.

W zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, poprzez odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego, powołując się na brak przedłożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, sporządzonego na formularzu JEDZ, odwołujący podkreślił, że formularz taki, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez przedstawiciela odwołującego, został złożony w odpowiedzi na wezwanie do jego przedłożenia z dnia 14 stycznia 2023 r. Mając powyższe na uwadze, wskazana przez zamawiającego podstawa do odrzucenia oferty odwołującego jest w całości chybiona, a konsekwencji czynność taka powinna zostać unieważniona.

W odniesieniu do zarzutów nr 3 i 4 odwołujący wskazał, że wezwaniem z dnia 14 stycznia 2023 r. został zobowiązany do przedłożenia informacji z KRK dotyczącej wykonawcy, nieopatrzonej elektronicznym podpisem kwalifikowanym. Odwołujący wyjaśnił, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie, przedstawił wskazany dokument, który zgodnie z wezwaniem nie zawierał podpisu kwalifikowanego. Jeśli natomiast zamawiający uznał, że przedłożony przez niego dokument nie spełniał innego wymogu, a więc został wystawiony wcześniej niż na 6 miesięcy przed jego przedłożeniem, powinien wezwać go do przedstawienia takiego konkretnie dokumentu, ze wskazaniem wymaganego okresu ważności zaświadczenia. Błąd dotyczący braku aktualności zaświadczenia jest bowiem

błędem innym, niż wskazany w wezwaniu z dnia 14 stycznia 2023 r., a więc błędem dotyczącym opatrzenia informacji z KRK podpisem kwalifikowanym. Wykonawca nie może ponosić konsekwencji nieprecyzyjnego wezwania skierowanego przez zamawiającego, w wyniku którego zamawiający pozyskał inny dokument niż przez niego oczekiwany w rzeczywistości – co w niniejszej sprawie skutkowało zaskarżoną czynnością, to jest odrzuceniem oferty przez

zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający zwolniony jest z obowiązku wezwania wykonawcy — na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp — do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wskazanych w tym przepisie jedynie w sytuacji, gdy zachodzą przesłanki wymienione w pkt 1 i 2 wskazanego ustępu, a więc gdy wniosek wykonawcy i tak podlegałby odrzuceniu albo gdy zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania — co, nie miało miejsca. Przyjmuje się, że wezwanie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów, określonych w art. 128 ust. 1 Pzp, może być dokonywane tylko raz w stosunku do tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego oświadczenia lub dokumentu. Skoro zamawiający wezwał odwołującego do przesłania informacji z KRK niepoświadczonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a taki dokument został mu przedłożony — w przypadku dostrzeżenia innej nieprawidłowości powinien na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wskazać uchybienie w postaci niepoprawnej daty wystawienia dokumentu i wezwać do jego przedłożenia. W wyniku powyższego działania jak również zaniechania zamawiającego naruszony został art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp oraz art. 128 ust. 1 i 5 Pzp. Jednocześnie odwołujący wskazał, że dnia 9 lutego 2023 r. z ostrożności przesłał zamawiającemu również zaświadczenie z KRK dotyczące wykonawcy, wystawione dnia 19 października 2022 roku, nieopatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Przedłożenie wskazanego dokumentu miało miejsce bez wezwania ze strony

zamawiającego i to jeszcze przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty i unieważnieniu Postępowania. W materiale dowodowym zgromadzonym przez zamawiającego znajdowała się więc zarówno (1) informacja z KRK dotycząca wykonawcy sporządzona dnia 19 października 2022 r. z podpisem kwalifikowanym, (2) informacja z KRK niezawierająca podpisu kwalifikowanego z dnia 30 października 2020 r. oraz kluczowa — (3) informacja z KRK sporządzona dnia 19 października 2022 r. niezawierająca podpisu kwalifikowanego. Zamawiający w dacie podjęcia czynności polegającej na odrzuceniu oferty dysponował więc właściwym dokumentem, w konsekwencji czynność odrzucenia oferty odwołującego, jego zdaniem była niezgodna z Pzp i powinna zostać unieważniona.

W przypadku ostatniego zarzutu odwołujący podniósł, że mając na uwadze rozważania dotyczące zarzutów 1-4 odwołania należy podkreślić, że odrzucenie przez zamawiającego jego oferty było sprzeczne z Pzp. Konsekwencją powyższego, było bezpodstawne unieważnienie przetargu z powołaniem na przepis art. 255 pkt 2 Pzp,

podczas gdy oferta złożona przez odwołującego nie podlegała odrzuceniu. Gdyby zamawiający prawidłowo ocenił dowody przedłożone w postępowaniu oraz dopełnił obowiązków ciążących na nim na podstawie art. 128 ust. 1 i 5 Pzp, przetarg nie zostałby unieważniony.

W podsumowaniu odwołujący stwierdził, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu przetargu była sprzeczna z Pzp i powinna zostać unieważniona. W postępowaniu tylko jeden wykonawca — odwołujący — złożył ofertę, która spełnia warunki określone w SWZ, technicznie jest zdolny do świadczenia usług objętych postępowaniem, dysponuje wysoce wyspecjalizowanymi rozwiązaniami technicznymi, których oczekuje zamawiający. Działania zamawiającego w toku postępowania były natomiast przykładem dalece posuniętego formalizmu i odbiegały od powszechnie aprobowanej reguły rozstrzygnięcia wszelkich wątpliwości na korzyść wykonawcy. Co więcej, zamawiający dwukrotnie wzywał go do uzupełnienia dokumentacji przedłożonej w postępowaniu (wezwanie z dnia 13 i 14 stycznia), a następnie dokonał sprostowania wezwania pismem z dnia 20 stycznia, po czym ponownie wezwał do przedłożenia dokumentów. Mając na uwadze znaczną ilość dowodów przedkładanych w postępowaniu, jak również niepewność odwołującego co do przedmiotu wezwań i sprostowania wezwania skierowanego przez zamawiającego, jakiegokolwiek wątpliwości powinny być poprzedzone odpowiednim wezwaniem, tym bardziej że zamawiający dysponował materiałem dowodowym umożliwiającym pozytywną ocenę oferty złożonej przez odwołującego. Zamawiający skupił się na drobnych formalnościach, które nie miały wpływu na jakość oferty, a ponadto mając obowiązek uzupełnienia materiału dowodowego na podstawie art. 128 ust 1 Pzp, nie uczynił zadość temu wymaganiu.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

W dniu 14 marca 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

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

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym

wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, która została zapisana na nośniku typu pendrive oraz przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 10 marca 2023 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;

- ofertę złożoną przez odwołującego;
 - wezwanie z dnia 13 stycznia 2023 r. skierowane do odwołującego na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp tj. w celu złożenia podmiotowych środków dowodowych;
 - dokumenty złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
 - wezwanie z dnia 14 stycznia 2023 r. skierowane do odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp tj. w celu uzupełnienia JEDZ i podmiotowych środków dowodowych
 - dokumenty złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
 - uzupełniony samodzielnie przez odwołującego dokument obejmujący informację z KRK dotyczącą informacji o podmiocie zbiorowym;
 - informację o odrzuceniu ofert i unieważnieniu postępowania w zakresie części 1 zamówienia z dnia 21 lutego 2023 r.;
- 2) załączniki do odwołania, które pokrywały się z dokumentami przesłanymi przez zamawiającego jako dokumentacja postępowania.

Izba ustaliła co następuje.

Postępowanie składało się z dwóch części (zadań):

- 1) Dostawa liniowego skanera filmowego 4K wraz z systemem sprzętowym do kontroli technicznej;
- 2) Dostawa systemu sprzętowego i oprogramowania do korekcji barwnej materiałów filmowych wraz z integracją i optymalizacją istniejących urządzeń FINA.

Odwołujący złożył ofertę w zakresie części 1 zamówienia. Wykonawca zamierzał wykonać zamówienie przy wykorzystaniu zasobów podmiotu trzeciego, to jest Digital Film Technology GmbH z siedzibą w Darmstadt zwanego dalej nadal jako: „DFT”.

Odwołujący samodzielnie tj. bez wezwania złożył w swoim zakresie podmiotowe środki dowodowe, w tym m. in. informacje z KRK.

Zamawiający pismem z dnia 13 stycznia 2023 r., na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, wezwał odwołującego do złożenia następujących dokumentów:

- dowodów określających, czy dostawy wskazane w złożonym samodzielnie przez Wykonawcę „Wykazie dostaw”, zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym

dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;

- Podmiotowych środków dowodowych dotyczących Digital Film Technology GmbH z siedzibą w Darmstadt.

Odwołujący w dniu 14 stycznia 2023 r. złożył dokumenty w odpowiedzi na powyższe wezwanie. Przy czym z uwagi na czas oczekiwania na pozyskanie niektórych dokumentów wynoszący 21 dni, odwołujący wniósł jednocześnie o przedłużenie terminu do przedłożenia wskazanych zaświadczeń do dnia 8 lutego 2023 r.

Zamawiający pismem z dnia 14 stycznia 2023 r., na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia m. in. następujących dokumentów:

- 1) Oświadczenia złożonego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ”) przez Digital Film Technology GmbH z siedzibą w Darmstadt (inny podmiot udostępniający zasoby — „DFT”) albowiem złożony wraz z ofertą JEDZ nie spełnia następujących wymogów formalnych:
 - a) nie został złożony w języku polskim,
 - b) nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby,
 - c) nie został złożony w formie elektronicznej tj. nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez uprawnionego przedstawiciela ww. podmiotu lub upoważnionego pełnomocnika.

Ad. 1a)

Oświadczenie JEDZ DFT zostało sporządzone w języku angielskim, co pozostaje sprzeczne z art. 20 ust. 2-4 ustawy Pzp oraz postanowieniami SWZ, które nie dopuszczały możliwości złożenia oferty i oświadczenia JEDZ w innym języku niż język polski.

Mając powyższe na względzie, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia oświadczenia JEDZ DFT w języku polskim. (...)

Ad 1b)

Zgodnie z art. 125 ust. 5 ustawy Pzp, Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Jak wynika z treści zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów innego podmiotu, DFT zobowiązał się do oddania zasobów technicznych w postaci serwisanta do skanerów filmowych.

W Części IV oświadczenia JEDZ DFT zaznaczono jedynie ogólne oświadczenie o spełnieniu warunków udziału (Sekcja a). Tymczasem, w Rozdziale VII ust. 1 pkt 1 lit. a) SWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, iż oświadczenie JEDZ powinno zawierać informację o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu informując, że w Części IV JEDZ nie dopuszcza możliwości wypełnienia tego dokumentu jedynie w sekcji a (alfa) — „ogólne oświadczenie”.

Tym samym, Zamawiający wzywa do złożenia oświadczenia JEDZ, z którego będą wynikać informacje potwierdzające spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt 1 lit. bi) SWZ, tj. dysponowanie serwisantem do skanerów filmowych z 2letnim doświadczeniem jako serwisant skanerów filmowych.

Ad. 1c)

Oświadczenie JEDZ zostało sporządzone w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem przez Pana G(...) W(...) (reprezentanta podmiotu trzeciego). Następnie JEDZ został zeskanowany i podpisany elektronicznie przez wykonawcę (A(...) J(...) P(...)). W dalszej kolejności wykonawca przekazał tak poświadczony elektronicznie JEDZ przy użyciu środków komunikacji elektronicznej Zamawiającemu.

Z okoliczności wynika, iż wykonawca złożył w Postępowaniu poświadczoną przez siebie kopię oświadczenia JEDZ innego podmiotu, który został sporządzony w formie pisemnej. Na powyższe wskazuje także to, iż do oferty nie dołączono pełnomocnictwa dla Wykonawcy do składania oświadczeń woli i wiedzy w imieniu DFT, które mogłyby wskazywać, iż Wykonawca złożył oświadczenie JEDZ w formie elektronicznej w imieniu innego podmiotu.

Mając zatem powyższe na względzie, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia JEDZ opatrzonego kwalifikowanym podpisem przez przedstawiciela innego podmiotu (upoważnionego członka lub członków organów zarządzających innego podmiotu) lub w przypadku złożenia oświadczenia podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez upoważnionego pełnomocnika złożenia wraz z oświadczeniem JEDZ pełnomocnictwa z którego wynikać będzie upoważnienie do składania oświadczeń wiedzy z imienia innego podmiotu (Podobnie: wyrok KIO z 26.11.2019 r. Sygn. KIO 2270/19)

Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia oświadczenia EJDZ DFT złożonego w formie elektronicznej, tj. podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do złożenia oświadczenia wiedzy w imieniu DFT wraz z ewentualnym pełnomocnictwem, jeśli oświadczenie składane jest przez pełnomocnika.

- 2) Oświadczenia złożonego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ”) przez Wykonawcę w zakresie odnoszącym się do doświadczenia Wykonawcy w realizacji trzech zamówień (Część IV Sekcja C JEDZ).

Wykonawca podał zbiorczą informację odnoszącą się do okresu i wartości trzech realizowanych przez siebie zamówień (jednego na rzecz PZPN i dwóch na rzecz Orange), podczas gdy formularz JEDZ wymaga, aby informacja o przedmiocie, okresie realizacji i wartości poszczególnych zamówień była podawana odrębnie dla każdego zamówienia. Możliwość taka istnieje również w sytuacji, gdy Wykonawca korzysta z narzędzia eESPD dostępnego na stronie Urzędu Zamówień Publicznych: , albowiem narzędzie umożliwia dodawanie kolejnych pól do formularza w sytuacji, gdy Wykonawca powołuje się na większą ilość realizowanych zamówień. (...)

- 6) Informacja z KRK dotycząca osoby i podmiotu zbiorowego.

Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

Wykonawca samodzielnie złożył Informację z Krajowego Rejestru Karnego w postaci dwóch plików PDF podpisanych przez wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym dotyczących niekaralności Pana A(...) P(...) oraz niekaralności podmiotu zbiorowego Jupiter Integration Sp. z o.o. Pliki te są wizualizacją dokumentów elektronicznych pobranych przez wykonawcę bezpośrednio z e-Platformy Ministerstwa Sprawiedliwości.

Jak wynika z powyższego, dokumenty te zostały wystawione przez upoważniony podmiot jako dokumenty elektroniczne. Dokumenty te nie zostały przekazane w oryginale, lecz podpisane przez Wykonawcę, co w skutkach oznacza przekazanie kopii dokumentu elektronicznego podpisanego za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.

Mając na względzie obowiązek przekazania Zamawiającemu dokumentu wystawionego przez upoważniony podmiot jako dokument elektroniczny w oryginale, a nie kopii, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest wezwać Wykonawcę do uzupełnienia Informacji z KRK.

Zamawiający zaleca pobranie z e-Platformy Ministerstwa Sprawiedliwości dokumentów poprzez kliknięcie w ikonę „Pobierz w formacie zip”. Na dysku twardym komputera Wykonawcy zostanie zapisane archiwum w formacie zip zawierające plik xml z odpowiedzią, plik z kwalifikowanym podpisem elektronicznym odpowiedzi oraz wizualizacja odpowiedzi

w formacie pdf. Zamawiający zaleca przesłanie pobranego archiwum w formacie zip bez ingerowania w treść przesyłanych dokumentów.

W odpowiedzi na powyższe złożył dokumenty wraz z pismem przewodnim. W piśmie tym odwołujący wskazał, że uzupełnił następujące dokumenty:

1. Oświadczenie złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ”) przez Digital Film Technology GmbH (dalej: DFT) z siedzibą w Darmstadt, w języku polskim, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez uprawnionego przedstawiciela – zgodnie z KRS.
2. Oświadczenie złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ”) przez Wykonawcę w zakresie odnoszącym się do doświadczenia Wykonawcy w realizacji trzech zamówień odrębnie.

(...)

6. Informacja z KRK, dotycząca osoby i podmiotu zbiorowego w formie dwóch plików zip, bez podpisu elektronicznego.

W dniu 9 lutego 2023 r. odwołujący samodzielnie tj. bez wezwania złożył informację z KRK dotyczącą informacji o podmiocie zbiorowym

W dniu 21 lutego 2023 r. zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia postępowania w zakresie części 1 zamówienia. W uzasadnieniu dla powyższych czynności zamawiający wskazał:

- 1) Oświadczenie JEDZ DFT,

Wartość zamówienia jest wyższa od progów UE dla dostaw (215 000 euro).

Do Postępowania zastosowanie mają przepisy ZamPublU właściwe dla zamówień klasycznych o wartości równej lub wyższej niż progi unijne.

(...)

Tym samym, zgodnie z art. 63 ust. 1 ZamPublU w zw. z art. 78(1) § 1 ustawy Kodeks cywilny, wykonawcy w Postępowaniu zobowiązani zostali do złożenia oferty, pod rygorem jej nieważności, w formie elektronicznej tj. złożenia jej w postaci elektronicznej i opatrzenia jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Możliwość złożenia oferty w postaci elektronicznej i opatrzenia jej podpisem zaufanym został przewidziana jedynie w odniesieniu do zamówień o wartości poniżej progów unijnych o czym stanowi jednoznacznie przepis art. 63 ust. 2 ZamPublU. Powyższe także świadczy o tym, iż gdyby ustawodawca chciał dopuścić podpis zaufany również w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż progi unijne lub traktował ten podpis na równi z podpisem kwalifikowanym, wyraziłby w tym zakresie swą wolę w sposób jednoznaczny w przepisie art. 63 ust. 1 ZamPublU.

Wymogi ZamPublU zostały przywołane również w postanowieniach Rozdziału IX SWZ.

(...)

Wykonawca w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożył ofertę na którą składało się także oświadczenie JEDZ podmiotu trzeciego (DFT)

Oświadczenie to zawierało szereg wad w związku z tym Zamawiający pismem z dnia 14.01.2022 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał Wykonawcę

do uzupełnienia oświadczenia JEDZ dotyczącego DFT. Złożony wraz z ofertą JEDZ nie spełnia następujących wymogów formalnych: a) nie został złożony w języku polskim, b) nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby, c) nie został złożony w formie elektronicznej tj. nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez uprawnionego przedstawiciela ww. podmiotu lub upoważnionego pełnomocnika.

W odpowiedzi, Wykonawca złożył oświadczenie JEDZ DFT (podmiot trzeci) podpisane przez Pana (...), ale jak wynika z informacji z procesu walidacji podpisu, podpis ten nie jest w kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Mając na względzie, iż Wykonawca nie złożył w Postępowaniu oferty w wymaganej przez art. 63 ust. 1 ZamPublU w zw. art. 8 ust. 1 ZamPublU oraz art. 78(1) § 1 ustawy Kodeks cywilny formie tj. w formie elektronicznej (w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym), obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ZamPublU jako niezgodnej z ww. przepisami ZamPublU. (...)

W związku z powyższym, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz pkt 3 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, iż Wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp w zakresie odnoszącym się do innego podmiotu (DFT) oraz jest niezgodna z art. 63 ust. 1 ZamPublU w zw. art. 8 ust. 1 ZamPublU oraz art. 78(1) § 1 ustawy Kodeks cywilny

2) Oświadczenie JEDZ Wykonawcy.

Wykonawca w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożył oświadczenie JEDZ.

Zamawiający pismem z dnia 14.01.2023 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oświadczenia JEDZ.

W odpowiedzi, Wykonawca nie złożył uzupełnionego oświadczenia JEDZ.

W związku z powyższym, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) z uwagi na to, iż Wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp..

3) Informacja z KRK podmiotu zbiorowego

Wykonawca złożył Informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczący podmiotu zbiorowego Jupiter Integration Sp. z o.o. w postaci pliku PDF, który został podpisany przez wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Pliki ten był wizualizacją dokumentu elektronicznego pobranego przez wykonawcę bezpośrednio z e-Platformy Ministerstwa Sprawiedliwości.

Jak wynika z powyższego, dokument ten został wystawiony przez upoważniony podmiot jako dokument elektroniczny. Dokument ten nie zostały przekazane w oryginale, lecz podpisane przez Wykonawcę, co w skutkach oznaczało przekazanie kopii dokumentu elektronicznego podpisanego za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę. Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

Mając na względzie obowiązek przekazania Zamawiającemu dokumentu wystawionego przez upoważniony podmiot jako dokument elektroniczny w oryginale, a nie kopii, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał pismem z dnia 14.01.2023 r. Wykonawcę do złożenia Informacji z KRK dotyczącej podmiotu zbiorowego.

W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca złożył w dniu 23.01.2023 r. Informację z KRK podmiotu zbiorowego wystawioną w dniu 30.10.2020 roku.

Złożony dokument jest nieaktualny, albowiem został wystawiony wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem. Czynność Wykonawcy pozostaje niezgodna z wymogami Rozdziału VII ust. 4 pkt 1 SWZ oraz z §2 ust. 1 pkt 1 lit. b) rozporządzenia Ministra Rozwoju, pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415), które w sposób jednoznaczny wskazują, iż informacja z KRK powinna zostać sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem. Powyższy wymóg został również wskazany w Rozdziale VII ust. 4 pkt 1 SWZ

W związku z powyższym, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) z uwagi na to, iż Wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia.

Zamawiający jednocześnie nie mógł wziąć pod uwagę Informacji z KRK złożonej w dniu 9 lutego 2023 r., a więc po upływie wyznaczonego terminu do uzupełnienia Informacji z KRK.

3. Z uwagi na to, iż wszystkie złożone w Postępowaniu w części 1 oferty podlegają odrzuceniu, Zamawiający postanawia o unieważnieniu Postępowania.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) 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;
- art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy;

- art. 63 ust. 1 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.;
- art. 125 ust. 1 i 5 Pzp – 1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

(...)

5. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.;

- art. 8 ust. 1 Pzp – Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.;

- art. 78¹ § 1 kodeksu cywilnego – Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.;

- §2 ust. 1 pkt 1 lit. b) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415) – W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej „postępowaniem”, zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: (...) informacji z Krajowego

Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, – sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

- art. 255 pkt 2 Pzp – Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy kluczowe znaczenie miał zarzut określony w pkt 1 petitum odwołania, który dotyczył JEDZ złożonego przez podmiot trzeci. W pierwszej kolejności skład orzekający uznał stanowisko odwołującego w zakresie przedmiotowego zarzutu za spóźnione. W celu potwierdzenia powyższego stwierdzenia należało wskazać, że odwołujący złożył wraz z ofertą JEDZ podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, przy czym zamawiający badając ofertę odwołującego stwierdził, że dokument ten nie spełnia wymogów formalnych ponieważ: nie został złożony w języku polskim, nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby oraz nie został złożony w formie elektronicznej tj. nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez uprawnionego przedstawiciela ww. podmiotu lub upoważnionego pełnomocnika. Efektem tego było wezwanie z dnia 14 stycznia 2023 r. skierowane do odwołującego w celu uzupełnienia m. in. JEDZ od podmiotu udostępniającego zasoby. Warty podkreślenia było to, że zamawiający w przedmiotowym wezwaniu, nie tylko wskazał katalog dokumentów, które wymagały uzupełnienia, ale podał uzasadnienie dla konieczności uzupełnienia poszczególnych dokumentów. W kontekście przedmiotowego zarzutu skład orzekający zwrócił uwagę na pkt 1c) wezwania z 14 stycznia 2023 r., w którym zamawiający wyjaśnił powody wezwania do uzupełnienia JEDZ podmiotu trzeciego, zwracając uwagę na kwestię opatrzenia dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ponadto w konkluzji dla tej części opisu wezwania zamawiający wyraźnie wskazał, że odwołujący powinien złożyć JEDZ dla podmiotu trzeciego w formie elektronicznej, tj. podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do złożenia oświadczenia wiedzy w imieniu DFT wraz z ewentualnym pełnomocnictwem, jeśli oświadczenie składane jest przez pełnomocnika.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 14 stycznia 2023 r. odwołujący poinformował w piśmie przewodnim, do którego załączył uzupełnione dokumenty, że uzupełnił oświadczenie złożone na formularzu JEDZ przez DFT w języku polskim, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby,

podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez uprawnionego przedstawiciela – zgodnie z KRS.

Zamawiający dokonując walidacji podpisu elektronicznego pod uzupełnionym JEDZ dla podmiotu trzeciego stwierdził, że podpis złożony pod tym dokumentem nie był kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co było jednym z powodów odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący dopiero przez wniesienie środka ochrony prawnej od czynności odrzucenia jego oferty kwestionował

obowiązek podpisania JEDZ składanego przez podmiot trzeci kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Na wcześniejszym etapie odwołujący tego obowiązku nie kwestionował, tj. nie skarżył czynności wezwania z dnia 14 stycznia 2023 r., której powody dokonania zostały szczegółowo opisane w treści wezwania, przez co odwołujący nie mógł mieć wątpliwości co do tego, czego wymagał od niego zamawiający. Poza tym odwołujący próbował zrealizować żądanie zamawiającego wynikające z wezwania i dopiero jak mu się to nie udało, zaczął kwestionować zasadność stanowiska zamawiającego. Z tych względów Izba uznała argumentację odwołującego za spóźnioną. Powinna być ona podnoszona już w stosunku do treści wezwania z dnia 14 stycznia 2023 r., przez co, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, należało ją uznać za przygotowaną wyłącznie na potrzeby wniesienia odwołania.

Ponadto w ocenie składu orzekającego stanowisko odwołującego w zakresie zarzutu z pkt 1 było nie tylko spóźnione, ale także niezasadne. Jak wynika z treści art. 63 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wnioski, 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. W art. 78¹ § 1 k.c. określono odrębnie formę elektroniczną czynności prawnej, stanowiąc, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z art. 73 k.c. zastrzeżenie formy elektronicznej w ustawie powoduje nieważność czynności dokonanej bez zachowania zastrzeżonej formy tylko i wyłącznie wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności, natomiast art. 63 ust. 1 Pzp przewiduje taki rygor. Tym samym pod rygorem nieważności w formie elektronicznej w postępowaniach dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne składa się oferta, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wnioski stosowane w zamówieniach sektorowych, o którym mowa w art. 371 ust. 3 Pzp oraz JEDZ. Przepis art. 63 ust. 1 Pzp wymienia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, a nie oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, co należy odnosić do JEDZ niezależnie od tego jakiego podmiotu ma on dotyczyć. W związku z tym każdy

podmiot zobowiązany do złożenia JEDZ czy jest to wykonawca, podwykonawca lub podmiot trzeci udostępniający zasoby, powinien złożyć JEDZ w formie przewidzianej w art. 63 ust. 1 Pzp i ze wszystkimi jego skutkami.

Odwołujący nie kwestionował dokonanej przez zamawiającego walidacji podpisu elektronicznego złożonego pod JEDZ podmiotu trzeciego, zatem bezspornym było, że podpis ten nie był kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co zestawiając z zasadą jednokrotnego wezwania do uzupełnienia danego dokumentu, skutkowało koniecznością odrzucenia oferty odwołującego. Tym samym Izba nie dopatryła się naruszeń w czynności zamawiającego w tym zakresie i oddaliła przedmiotowy zarzut.

Potwierdzenie natomiast znalazł, w ocenie Izby, zarzut podniesiony w pkt 2 petitum odwołania. Zamawiający pismem z dnia 14 stycznia 2023 r. wezwał odwołującego również do uzupełnienia oświadczenia JEDZ wykonawcy. W treści wezwania zamawiający wyjaśnił, że odwołujący podał zbiorczą informację odnoszącą się do okresu i wartości trzech realizowanych przez siebie zamówień (jednego na rzecz PZPN i dwóch na rzecz Orange), podczas gdy formularz JEDZ wymaga, aby informacja o przedmiocie, okresie realizacji i wartości poszczególnych zamówień była podawana odrębnie dla każdego zamówienia. W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył JEDZ, w którym rozbił wymagane przez zamawiającego informacje, zgodnie z opisem podanym w wezwaniu. Nie można było zatem uznać, że odwołujący nie złożył JEDZ, przez co zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę odwołującego z tego powodu.

Zasadność przedmiotowego zarzutu pozostawała jednak bez wpływu na wynik postępowania, ponieważ przyczyna odrzucenia oferty odwołującego kwestionowana w ramach zarzutu z pkt 1 okazała się słuszna, co oznaczało, że oferta odwołującego i tak podlegała odrzuceniu. Tym samym odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Podobna sytuacja procesowa miała miejsce w odniesieniu do zarzutów wskazanych w pkt 3 i 4 petitum odwołania. Przedmiotowe zarzuty okazały się zasadne, jednak okoliczność ta nie miała wpływu na wynik postępowania, ponieważ inna z przyczyn odrzucenia oferty odwołującego okazała się zasadna.

Jak ustaliła Izba odwołujący złożył informacje z KRK w swoim zakresie samodzielnie tj. bez wezwania. Zamawiający dopatrył się uchybień formalnych w stosunku do tych dokumentów i wezwał odwołującego wezwaniem z dnia 14 stycznia 2023 r., na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, do ich uzupełnienia. W wyniku tego wezwania odwołujący złożył informację z KRK w zakresie podmiotu zbiorowego, która była nieaktualna tj. została sporządzona później niż 6 miesięcy przed jej złożeniem. Zamawiający uznał, że ww. dokument został złożony w sposób wadliwy i odrzucił także z tego powodu ofertę odwołującego.

Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego w tym zakresie była nieprawidłowa. Skoro zamawiający dopatrył się uchybień w stosunku do informacji z KRK, które zostały złożone

samodzielnie przez odwołującego, to nie powinien w ogóle brać tych dokumentów pod uwagę w procesie badania oferty i zachować się tak, jakby nie zostały one złożone. Tym samym zamawiający powinien najpierw wezwać odwołującego do złożenia tych dokumentów na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, a następnie ewentualnie do ich uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, gdyby okazały się wadliwe. Tymczasem zamawiający od razu zastosował art. 128 ust. 1 Pzp w wyniku czego czynność odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu była co najmniej przedwczesna.

Jednakże, jak wskazano powyżej, potwierdzenie tych zarzutów nie miało wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta odwołującego i tak podlegała odrzuceniu z innych powodów. Tym samym odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W konsekwencji Izba oddaliła także ostatni zarzut, ponieważ w ramach części 1 zamówienia wpłynęła tylko jedna oferta (odwołującego), zatem jej odrzucenie skutkowało unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: