

WYROK

Warszawa, dnia 2 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka
Członkowie: Mateusz Paczkowski

Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Fabryka Marketingu Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od Odwołującego, Fabryka Marketingu Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Zamawiającego, Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:.....

.....

Sygn. akt: KIO 1290/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług marketingowych, graficznych i programistycznych dotyczących kampanii internetowych Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, oznaczenie sprawy: TP/13-2024/DZP-p. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 marca 2024 r., pod nr: 2024/BZP 00247529/01. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 15 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Fabryka Marketingu Sp. z o.o. w Warszawie od następujących zaniechań i czynności Zamawiającego:

- 1) zaniechania przyznania Odwołującemu punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert – Doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia, z uwagi na złożenie nieprawidłowo podpisanego dowodu potwierdzającego opracowanie przez osobę, którą Odwołujący zamierza skierować do realizacji zamówienia, strategii kampanii marketingowych w Internecie, stanowiącego podstawę przyznania punktów w ramach Kryterium;
- 2) bezpodstawnego uznania, że ww. dowód powinien zostać złożony wyłącznie w formie pisemnej bądź elektronicznej, co nie wynika ani z przepisów prawa zamówień publicznych, ani z postanowień specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako: „SWZ”);
- 3) zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia kwestii wystawcy tego dowodu;
- 4) wyboru, jaka najkorzystniejszej oferty wykonawcy eMedia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu szereg naruszeń ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) oraz Kodeksu cywilnego (dalej jako: „KC”), tj. naruszenie:

- 1.art. 77² KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP i w zw. z § 1 pkt 2, § 6 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 (Dz. U. poz. 2452, dalej jako: „Rozporządzenie”), w zw. z art. 3 pkt 35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE L z 2014 r. Nr 257 poz. 73 z późn. zm. – dalej „Rozporządzenie eIDAS”) przez ich niezastosowanie skutkujące pominięciem okoliczności, że przywołane przepisy Rozporządzenia eIDAS – przez odwołanie do definicji dokumentu elektronicznego – dopuszczają złożenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumentu sporządzonego w postaci elektronicznej, który nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym (ani tym bardziej podpisem własnoręcznym), czyli dokumentu sporządzonego w formie dokumentowej;
- 2.art. 78 i art. 78¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez ich błędną wykładnię skutkującą uznaniem, że sporny dokument z 20 marca 2024 r. mógł być przedstawiony wyłącznie w formie pisemnej lub elektronicznej w rozumieniu przywołanych przepisów KC;
- 3.art. 223 ust. 1 PZP w zw. z art. 77² KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, § 1 pkt 2 i § 6 ust. 1 Rozporządzenia w zw. z art. 3 pkt 35 Rozporządzenia eIDAS przez ich niezastosowanie skutkujące zaniechaniem wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści ww. dowodu w zakresie wystawcy tego dokumentu, podczas gdy stanowi ono dopuszczalny zarówno na gruncie PZP, jak i KC, przejaw realizacji wymogu możliwości zidentyfikowania autora oświadczenia złożonego w formie dokumentowej;
- 4.art. 128 ust. 1 PZP przez jego błędną wykładnię wyrażającą się uznaniem, że przepis ten dotyczy również dokumentu, jakim jest sporne opracowanie, mimo że jest ono oświadczeniem innym niż JEDZ, podmiotowe środki dowodowe i inne oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w jego treści, co skutkowało nieuprawnionym przyjęciem, że znajduje on zastosowanie w sprawie;
- 5.art. 239 ust. 1 i 2 PZP przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy eMedia Sp. z o.o. w sytuacji, w której przy prawidłowej ocenie oferty Odwołującego oferta tego wykonawcy powinna zostać sklasyfikowana na niższej pozycji od oferty Odwołującego ergo nie mogła zostać uznana za ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym przyznania Odwołującemu 40 pkt w kryterium – Doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia,
- 3) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto, wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego, kosztów postępowania, na podstawie rachunku, który zostanie złożony do akt postępowania odwoławczego.

Jak uzasadnił w odwołaniu, oświadczenie Łukasza K. z dnia 20 marca 2024 r., dołączone do oferty, sporządzone zostało w prawidłowej formie, tj. w postaci elektronicznej (w formacie .pdf) i opatrzone tzw. faksymile – dokładną kopią (reprodukcją) podpisu ww. osoby również sporządzoną w postaci elektronicznej (tj. jako skan podpisu). Wobec tego, Odwołujący nie zgadza się z powodami, dla których Zamawiający nie uznał ww. oświadczenia we wskazanej formie, odmawiając przyznania Odwołującemu punktacji w ramach kryterium doświadczenia. Jak wskazano w odwołaniu, Zamawiający uzasadniając ocenę oferty Odwołującego w Kryterium bezpodstawnie pominął możliwość posługiwania się przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia formą dokumentową, o której mowa w art. 77² KC, stosowanym na mocy art. 8 ust. 1 PZP, do której zachowania wystarczające jest złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie. Forma dokumentowa - nie wymaga własnoręcznego podpisu, tym samym w ocenie Fabryki Marketingu Sp. z o.o. świadczenie Pana K. opatrzone faksymile, pozbawione cech własnoręcznego podpisu, stanowi o złożeniu oświadczenia w dopuszczalnej formie – formie dokumentowej. „Warto zaznaczyć, że w kwestii tego rodzaju dokumentu SWZ nie zawierało jakichkolwiek wskazań dotyczących formy (lub postaci) w jakiej ma zostać sporządzony. Przepisy prawa zamówień publicznych nie tylko nie zawierają definitywnego zakazu posługiwania się przez wykonawców formą dokumentową, ale wręcz taką formę identyfikują.” Odwołujący wskazał przykładowo na § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jaki może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U., poz. 2415 ze zm., dalej jako „Rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych”). Zdaniem Fabryki Marketingu Sp. z o.o., istotne jest, iż tego rodzaju potwierdzenie, jak

sporządzone przez p. K., „nie należy do żadnej z kategorii oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w przepisach Pzp, nie jest bowiem ani ofertą sensu stricto ani podmiotowym, bądź przedmiotowym środkiem dowodowym. W konsekwencji formy tego oświadczenia nie przesądza ani przepis art. 63 Pzp, ani regulacje wspomnianego Rozporządzenia (...). Odpowiedzi na pytanie o dopuszczalną formę spornego oświadczenia należy, zdaniem Odwołującego, poszukiwać na gruncie przepisu § 1 pkt 2 Rozporządzenia, który odsyła w swej treści do art. 3 pkt 35 (...)” Rozporządzenia eIDAS oraz § 6 ust. 1 Rozporządzenia (str. 7 uzasadnienia odwołania). Według Odwołującego, sporne oświadczenie nie stanowi w ogóle oświadczenia woli a „jedynie” oświadczenie wiedzy złożone w formie dokumentowej. „Tym samym wynikająca z SWZ sankcja za nie przedstawienie żadnych opracowanych strategii nie mogła mieć zastosowania do Odwołującego, również w kontekście niebudzącego wątpliwości oświadczenia zawartego w treści formularza oferty o zrealizowaniu 8 strategii.” (str. 8 odwołania). Ponadto, jak wskazała Fabryka Marketingu Sp. z o.o., jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do możliwości zidentyfikowania wystawcy ww. dokumentu, to zgodnie z dyspozycją art. 223 ust. 1 PZP winien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień. Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, Odwołujący wskazał dodatkowo, iż Prezes Zarządu spółki Tears of Joy sp. z o.o. Ł.K. pozostaje w stałych relacjach z Członkami Zarządu Odwołującego, gdyż Członkowie Zarządu Odwołującego są Członkami Zarządu Tears of Joy sp. z o.o. Podniósł również, iż Zamawiający nie zakwestionował treści merytorycznej przedmiotowego dokumentu. Wyjaśnił dodatkowo, iż zarzut naruszenia art. 223 PZP został postawiony dlatego, że Odwołujący nie twierdzi, że wymogi formalne zostały zachowane.

W odpowiedzi z dnia 26 kwietnia 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą, wskazując, że podniesione w odwołaniu zarzuty są w całości bezpodstawne i nie znajdują oparcia w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym. Według Zamawiającego, przedmiotowe referencje składają się na treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. Zamawiający stwierdził, że dokument referencji nie jest prawidłowo podpisany przez ich wystawcę. „Przedstawione referencje nie zostały wytworzone w oryginale w postaci pisemnej, miały postać elektroniczną (plik pdf) z wklejonym obrazem podpisu wystawcy referencji, który można dobrowolnie przemieszczać po całym dokumencie i zmieniać jego rozmiar. (...) Ponadto, podpis wystawcy referencji uniemożliwia identyfikację osoby go składającej, przy jednoczesnym braku wskazania w treści dokumentu jakichkolwiek danych identyfikujących autora oświadczenia, takich jak np. imię i nazwisko czy funkcja.” (str. 8 odpowiedzi na odwołanie). W tym kontekście, Zamawiający wskazał, iż z treści art. 77² KC wynika że do zachowania dokumentowej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu, lecz, co istotne – w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie. Według Zamawiającego, w niniejszym przypadku charakter podpisu, a także brak jakichkolwiek informacji na temat (...) wystawcy referencji uniemożliwił jakąkolwiek identyfikację osoby składającej podpis w momencie, w którym powinien on mógł być zweryfikowany, tj. na etapie złożenia tego oświadczenia przez Odwołującego. Co więcej, możliwość ustalenia osoby składającej oświadczenie nie wynika w tym wypadku nawet ze sposobu złożenia oświadczenia (np. IP komputera, czy nr telefonu, z którego wysłano wiadomość SMS), skoro dokument ten przekazał Odwołujący. W ocenie Zamawiającego, nie można przyjąć, iż dokument ten został sporządzony w formie dokumentowej. Biorąc pod uwagę fakt, iż referencje nie zostały prawidłowo podpisane, Zamawiający potraktował je jako niezłożone, co skutkowało nieprzyznaniem punktów w przedmiotowym kryterium. Jednocześnie, zdaniem Zamawiającego – nie miał on podstaw do wyjaśniania ich treści (art. 223 ust. 1 PZP), skoro traktował je jak niezłożone. Nadto, gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i na skutek tychże wyjaśnień uznałby, że referencje są prawidłowo podpisane - musiałby przyznać punkty w danym kryterium. To w ocenie Zamawiającego doprowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu „Dodatkowo, podczas weryfikacji referencji okazało się, iż Pan Przemysław Cyluk i Pan Marcin Piotr Siekierski złożyli podpisy na dokumencie wcześniej, aniżeli nastąpiło „wklejenie/zamieszczenie podpisu” rzekomego wystawcy referencji. Dokonując bowiem analizy złożonego dokumentu stwierdzono, że został on podpisany przez wiceprezesów zarządu Pana P.C. w dniu 22 marca 2024 r. o godzinie 9:07:21 i Pana M.P. w dniu 22 marca 2024 r. o godzinie 9:08:14. Uzasadnione wątpliwości budzi podpis wystawcy referencji, który jak wynika z danych zamieszczonych w Panelu podpis, został wstawiony jako stempel w dniu 22.03.2024 r. godz. 9:50:00, czyli już po jego podpisaniu podpisem elektronicznym przez Pana Cyluka i Siekierskiego (czynność odnotowana we właściwości stempla oraz w Panelu podpisu - „(...) po ostatnim podpisaniu wprowadzono niepodpisane zmiany”). Wystąpiła zatem sytuacja, w której na dokumencie elektronicznym, który nie był oświadczenie własnym Odwołującego złożone zostały podpisy przez osoby występujące z ramienia Odwołującego, a dopiero później naniesione zostało faksymile. Innymi słowy, na tymże dokumencie najpierw podpisały się osoby reprezentujące Odwołującego a dopiero potem rzekomy wystawca referencji, od którego to oświadczenie miało pochodzić.” (str. 8 odpowiedzi na odwołanie). W ocenie Zamawiającego, powyższe wypełnia znamiona przestępstwa, o którym mowa w art. 297 § 1 Kodeksu Karnego. Wobec tego, Zamawiający działając

w oparciu o art. 304 § 2 Kodeksu postępowania karnego, złożył w dniu 28 marca 2024 r. zawiadomienie o pełnieniu przestępstwa w tej sprawie. Na rozprawie dnia 30 kwietnia 2024 r. Zamawiający wskazał, iż wg niego nie doszło do podpisania dokumentów przez wystawcę, niezależnie kto nim jest. Wystawca jest nie do zidentyfikowania. Gdyby Ł.K. przekazał ten sam dokument wystawca referencji byłby do zidentyfikowania. Nadto, ze zwrotu „w imieniu Tears of Joy sp. z o.o.” nie wynika kto był wystawcą, mogła to być dowolna osoba umocowana przez członków zarządu. Według zamawiającego nawet forma dokumentowa nie została zachowana. Dokument jest w ocenie Zamawiającego niewiarygodny. Podniósł, że zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 PZP jest postawiony błędnie, gdyż w zarzutach jest to co Zamawiający sam przyznał.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nadto, Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała również, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Jak wskazał Odwołujący, jego oferta jest najkorzystniejsza spośród złożonych ofert, w świetle kryteriów oceny ofert, w postaci ceny oraz doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia, niemniej w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP, oferta Odwołującego została nieprawidłowo oceniona. Wg Odwołującego powinna ona otrzymać 40 pkt i w efekcie z wynikiem 99,08 na 100 pkt wygrać postępowanie. W efekcie, Fabryka Marketingu Sp. z o.o. może ponieść szkodę wskutek utraty możliwości realizacji zamówienia. Jak ustaliła Izba, zgodnie z pkt 13.1 SWZ, kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu są: cena (60%) oraz doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia (40%). Wg informacji z otwarcia ofert dnia 22 marca 2024 r., w postępowaniu wpłynęły 3 oferty: 1. oferta Odwołującego z ceną brutto 159.899,91 zł i wskazanym doświadczeniem w 8 strategiach; 2. oferta eMedia Sp. z o.o. z ceną brutto 195.000,00 zł i doświadczeniem w 8 strategiach oraz 3. oferta Interprima sp. z o.o. sp.k. z ceną brutto 157.440,00 zł i doświadczeniem w 8 strategiach. Oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę oraz wskazywała na tak samo punktowane (40 pkt) doświadczenie, jak w przypadku innych ofert, a więc w ramach kryteriów oceny oferty – ma szansę być uznana za najkorzystniejszą. Tym samym, spełnione są, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 3 SWZ, jest świadczenie przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego cyklicznych usług marketingowych, graficznych i programistycznych dotyczących działalności, prowadzonej przez Zamawiającego w Internecie pod adresem umcs.pl oraz w kanałach social media: Facebook, Instagram, LinkedIn, TikTok oraz YouTube, a także w obszarach portalu rekrutacyjnego odpowiadających działaniom marketingowym, tj. strona główna www.rekurtacja.umcs.pl oraz wersja anglojęzyczna www.rekurtacja.umcs.pl/en. Przedmiot zamówienia obejmuje także przeprowadzenie działań promocyjnych związanych z obchodami 80-lecia Uniwersytetu.

Zgodnie z pkt 7.9 SWZ, każdy załączany do Platformy plik zawierający dokumenty, oświadczenia lub pełnomocnictwa musi być uprzednio podpisany przez upoważnione osoby reprezentujące odpowiednio wykonawcę, współkonsorcjanta lub podmiot udostępniający zasoby. Podobny wymóg został nałożony na wykonawcę co do każdego załącznika oferty w pkt 10.7 SWZ. Co więcej, zgodnie z pkt 10.8 SWZ – wszystkie pliki załączone do oferty winny być uprzednio podpisane elektronicznie poza Platformą. Według zaś z pkt 10.14 SWZ, dokumenty lub oświadczenia, w tym pełnomocnictwa, wymagane w treści SWZ składa się w formie, zakresie i w sposób określony w Rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz w Rozporządzeniu.

Jak wskazano w pkt 10.1 SWZ, na ofertę składa się wypełniony formularz oferty. Według pkt 10.2 SWZ, do oferty winny być dołączone, m.in.: 1. wypełnione oświadczenia wskazane w pkt 6.1. SWZ, tj. aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu i aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym; 2. pełnomocnictwo do podpisania oferty, o ile umocowanie do dokonania przedmiotowej czynności nie wynika z dokumentów rejestrowych, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, przy czym dopuszczalna jest elektroniczna kopia notarialnie potwierdzona przez notariusza.

W pkt 13 SWZ, Zamawiający dokonał opisu kryteriów oceny ofert, wskazując na cenę (waga 60%) oraz doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia (waga 40%), przy czym ocenie w ramach tego ostatniego kryterium podlega doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia (pełniącej funkcję specjalisty ds. strategii i obsługi klienta) w zakresie opracowywania strategii kampanii marketingowych w Internecie podane przez Wykonawcę na formularzu oferty ponad określone w warunku udziału w postępowaniu w pkt 5.2. ppkt 4 lit. B tiret 1. Dalej w tym postanowieniu SWZ wskazano, że: „Za każdą opracowaną strategię Zamawiający przyzna 5 pkt. Należy wykazać nie więcej niż 8 opracowanych strategii. Wykonawca, który nie przedstawi żadnych opracowanych strategii otrzyma 0 pkt. Wykonawca

do oferty powinien dołączyć dowody – potwierdzenia opracowanych strategii (np. referencje). Nie dołączenie potwierżeń spowoduje nieprzyznanie punktów w tym kryterium.” (pkt 13.2 ppkt 2 SWZ).

Załącznik nr 2 do SWZ, Formularz oferty, w pkt 3 pt. Pozacenowe Kryterium Oceny ofert jest miejscem, w którym zgodnie z ww. pkt 13.2 ppkt 2 SWZ, wykonawcy powinni wpisać doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia oraz jej imię i nazwisko, a także opracowane strategie kampanii marketingowych w Internecie („podać przedmiot strategii, datę opracowania oraz podmioty na rzecz, których wykonano strategie – max. 8 wraz z załączeniem dowodów, o których mowa w SWZ”).

W terminie składania ofert, wpłynęły 3 oferty. Odwołujący w swojej ofercie wskazał na 8 opracowanych strategii kampanii marketingowych w Internecie, tj. dla: Semilac, Riot, Jush, iSpot, Olewnik, Eppe, Reig Jofre i Grupy Maspex. Do swojej oferty Odwołujący dołączył elektroniczny plik pn. „Referencje” z dnia 20 marca 2024 r. w treści których wskazano, że Tears of Joy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie poświadczą, iż Fabryka Marketingu Sp. z o.o. opracowała należycie i terminowo 8 wskazanych tam strategii kampanii marketingowych w Internecie. Podpis pod referencjami jest znakiem graficznym w postaci odwzorowania pisemnego podpisu (nie jest to podpis elektroniczny) i nieczytelny. Według właściwości dokumentu, został on podpisany podpisami elektronicznymi: przez P.C. 22 marca 2024 r. o godz. 9:07.21 i przez M.S. 22 marca 2024 r. o godz. 9:08:14.

Komisja przetargowa oceniła ofertę eMedia sp. z o.o. łącznie na 88,44 pkt, ofertę Interprima sp. z o.o. sp. k. łącznie na 65 pkt, zaś ofertę Odwołującego na 59,08 pkt. Ocenę oferty Odwołującego Uniwersytet uzasadnił wskazując, że Odwołujący przedstawił osiem strategii marketingowych, dołączając do oferty dokument potwierdzający ich opracowanie. „Po dokonaniu analizy tego dokumentu stwierdzono, że dokument referencji nie jest prawidłowo podpisany przez ich wystawcę. Przepis art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego określa minimalne wymagania dla zachowania zwykłej formy pisemnej. W przypadku oświadczenia woli jest to złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym jego treść. Podpis jest to swoisty dla danej osoby, charakterystyczny, powtarzalny znak graficzny, wywodzący się od jej imienia lub nazwiska, pozwalający na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła. Przedstawione referencje nie zostały wytworzone w oryginale w postaci pisemnej, miały postać elektroniczną (plik pdf) z wklejonym obrazem podpisu wystawcy referencji, który można dobrowolnie przemieszczać po całym dokumencie i zmieniać jego rozmiar. Tym samym, dokument źródłowy nie został sporządzony w formie pisemnej w rozumieniu art. 78 KC, jak również w formie elektronicznej, o której mowa w art. 78¹ KC.” Nadto, wg Zamawiającego podpis ten uniemożliwia identyfikację osoby go składającej, przy jednoczesnym braku wskazania w treści dokumentu jakichkolwiek danych identyfikujących autora oświadczenia, takich jak np. imię i nazwisko, czy funkcja. Jednocześnie, Uniwersytet uznał, że nie mógł wezwać wykonawcy do uzupełnienia brakujących potwierżeń opracowanych strategii, gdyż dokument ten, jako składany celem uzyskania punktacji w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, nie mieści się w dyspozycji art. 128 ust. 1 PZP.

Zawiadomieniem z dnia 5 kwietnia 2024 r. Zamawiający wskazał, iż jako najkorzystniejszą uznał ofertę eMedia sp. z o.o. Żadna oferta nie podlegała odrzuceniu.

W złożonym do akt postępowania odwoławczemu oświadczeniu z dnia 29 kwietnia 2024 r. Ł.K., Prezes Zarządu Tears of Joy Sp. z o.o. wskazał, iż, m.in. „w dniu 22 marca 2024 r. (godz. 8:50) podpisałem ww. dokument w ten sposób, że umieściłem pod treścią zawartego w nim oświadczenia faksymile w postaci cyfrowego odzwierciedlenia mojego podpisu, a następnie odesłałem go do P. Moniki Czyżewskiej jako załącznik do maila z godz. 8:52” oraz, że „faksymile zamieszczone na dokumencie, o którym mowa w pkt. 1 powyżej, stanowi odzwierciedlenie mojego podpisu własnoręcznego, którym posługuję się na co dzień i jestem dzięki temu podpisowi identyfikowany jako autor dokumentów, na kto rym jest zamieszczany”. W treści ww. oświadczenia z 29 kwietnia 2024 r. widnieje podpis elektroniczny ww. p. K.. Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, na fakty tam powołane:

- 1) dokumentację w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w dniu 25 kwietnia 2024 r., w szczególności:
 - Ogłoszenie o zamówieniu,
 - SWZ wraz z załącznikami i wyjaśnieniami,
 - Oferty wykonawców,
 - Informacja z otwarcia ofert z 25 marca 2024 r.,
 - informacja o rozstrzygnięciu z 10 kwietnia 2024 r.;
 - Protokół postępowania;
- 2) Dowody dołączone do odwołania oraz do pisma Odwołującego z dnia 29 kwietnia 2024 r., a także przedstawione przez niego na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2024 r., tj.:
 - Korespondencja mailowa z 21-22 marca 2024 r.,
 - Odpis z KRS Tears of Joy Sp. z o.o.,
 - Oświadczenie z 29 kwietnia 2024 r. i zrzut ekranu;

3) Dowody dołączone do odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, tj.:

- Zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa z dnia 28 marca 2024 r.,
- Zrzut ekranu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Przedstawiony przez Odwołującego elektroniczny plik datowany na 20 marca 2024 r. pn. „Referencje” nie spełnia podstawowych wymogów uznania go za dokument obejmujący jakiegokolwiek oświadczenie, czy to oświadczenie wiedzy, czy też oświadczenie woli, jest niewiarygodny i jako taki nie może stanowić dowodu – potwierdzenia opracowanych strategii kampanii marketingowych w Internecie, istotnego w zakresie oceny oferty Odwołującego. Dokument ten nie potwierdza, że Odwołujący należycie opracował wskazane tam strategie. Obiektywnie nie sposób stwierdzić, kto wystawił te referencje. Tym samym nie sposób stwierdzić, czy osoba ta miała wiedzę na temat opracowania przez osobę, którą Odwołujący zamierza skierować do realizacji zamówienia, wskazanych tam strategii kampanii marketingowych. Nie wiadomo również, w jakim charakterze działała ta osoba wystawiając referencje – czy był to Członek Zarządu, czy osoba upoważniona w oparciu o pełnomocnictwo i jednocześnie, czy była do tego należycie umocowana. Tym samym, Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie dołączył do oferty potwierdzenia, o którym mowa w pkt 13.2 ppkt 2 SWZ i zasadnie nie przyznał ofercie Odwołującego punktacji w ramach kryterium doświadczenia.

Jakkolwiek, rację ma Odwołujący twierdząc, iż przedmiotowego rodzaju dokument, jak referencje (poświadczenie należytego wykonania usług), zawiera co do zasady oświadczenie wiedzy, a nie oświadczenie woli, toteż nie znajdują do niego zastosowania przepisy KC dot. formy czynności prawnych (wymagających złożenia oświadczeń woli), tj. art. 74 i nast., to jednak, Odwołujący pominął, iż tego rodzaju dokument powinien spełniać inne – choćby wskazane przez Zamawiającego w piśmie pt. Rozstrzygnięcie z dnia 10 kwietnia 2024 r. – wymagania związane ze składaniem dokumentów w ramach oferty i potwierdzaniem wymagań wskazanych w SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w pkt 13.2 ppkt 2 SWZ wymagał bowiem złożenia dowodów na potwierdzenie, że wykonawca opracował strategię, na które powołuje się w ofercie, lecz nie zastrzegł, że muszą to być referencje. Skoro jednak, Odwołujący wybrał tę formę potwierdzenia, to oczywistym jest, iż powinien złożyć dokument pochodzący od upoważnionej osoby, reprezentującej wystawcę referencji. Odwołujący złożył zaś dokument „referencji” z dnia 20 marca 2024 r., który nie potwierdza doświadczenia Odwołującego. Odwołujący w celu potwierdzenia doświadczenia załączył do oferty plik – z którego nie wynika, że pochodzi on od wskazanego tam wystawcy, tj. od Tears of Joy Sp. z o.o., w szczególności – nie wiadomo, kto wystawił referencje, skoro odwzorowanie podpisu na dokumencie jest nieczytelne. Rację ma Zamawiający twierdząc, że dokument w ogóle nie został podpisany przez wystawcę, skoro obejmuje on jedynie wklejone odzwierciedlenie podpisu (faksymile w postaci elektronicznej – jak to nazywa Odwołujący). Z treści referencji ani z właściwości dokumentu również nie wynika, kto wystawił go w imieniu Tears of Joy Sp. z o.o. Nie ma racji Odwołujący twierdząc, iż wskazanie, że referencje wystawione są „w imieniu Tears of Joy” wystarczy do uznania, że podpisał je Prezes Zarządu Spółki Ł.K., skoro Zarząd Spółki, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym na rozprawie, jest wieloosobowy. Tym samym, nie sposób zbadać, czy wystawiła go osoba upoważniona lub osoba, która mogła mieć wiedzę w przedmiocie wykonania przedmiotowych strategii kampanii przez Fabrykę Marketingu Sp. z o.o. Odwołujący sam przyznał, iż podpis na dokumencie to tzw. faksymile (odwzorowanie podpisu) – nie jest to zatem podpis elektroniczny ani podpis własnoręczny wystawcy. Skoro tak, to tym bardziej brak jest jakichkolwiek możliwości ustalenia, kto wystawił ten dokument i dowodów na fakt, że wystawił go ktoś działający w imieniu Tears of Joy Sp. z o.o., jak wskazano na wstępie dokumentu. Skoro dokument ten nie potwierdza jednoznacznie, że skierowana do realizacji zamówienia osoba posiada wskazane w formularzu ofertowym doświadczenie – nie ma podstaw do przyznania ofercie Odwołującemu punktacji w ramach kryterium, o którym mowa w pkt 13.2 ppkt 2 SWZ. Izba uznała zatem, iż Zamawiający prawidłowo uzasadnił swoją decyzję wskazując w piśmie pt. „Rozstrzygnięcie postępowania” z dnia 10 kwietnia 2024 r., że: „Po dokonaniu analizy tego dokumentu stwierdzono, że dokument referencji nie jest prawidłowo podpisany przez ich wystawcę. (...) Podpis jest to swoisty dla danej osoby, charakterystyczny, powtarzalny znak graficzny, wywodzący się od jej imienia i nazwiska, niebędący koniecznym pełnym imieniem i nazwiskiem, pozwalający na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła. (...) Zamawiający argumentuje, że podpis wystawcy referencji uniemożliwia identyfikację osoby go składającej, przy jednoczesnym braku wskazania w treści dokumentu jakichkolwiek danych identyfikujących autora oświadczenia, takich jak np. imię i nazwisko, czy funkcja. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie czytelności podpisu jest jednolite i wynika z niego, że podpis powinien być na tyle czytelny, by pozwolić zidentyfikować osobę, która się nim posługuje.” Przy czym, Izba orzekając, nie wzięła pod uwagę podnoszonych przez Zamawiającego okoliczności, iż we właściwościach dokumentu wskazano, iż „stempel” w postaci rzeczonoego podpisu (faksymile) został zmieniony 22 marca 2024 r. o godz. 9:50 (lub 10:50), w każdym razie już po jego podpisaniu przez reprezentantów

Fabryka Marketingu Sp. z o.o. i złożonego w związku z tym przez Zamawiającego zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa, bowiem kwestia ta nie była przedmiotem odwołania, w tym nie została zidentyfikowana przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Co istotne, Odwołujący, jako okoliczność uzasadniająca sposób wystawienia przedmiotowych referencji, wskazał na stałe kontakty utrzymywane przez Członków Zarządu Odwołującego – M.S. i P.C. oraz Łukasza K., skoro wszystkie te osoby są jednocześnie Członkami Zarządu Tears of Joy. W ocenie Izby, w takim przypadku, utrzymywanie stałych kontaktów zasadniczo skutkuje wzmocnieniem wzajemnego zaufania i jednocześnie zmniejszeniem formalizmu w podejściu do wystawiania dokumentów, które nie podlega wówczas tak ścisłej i bieżącej kontroli, jak w przypadku przedsiębiorców, którzy nie utrzymują relacji – niemniej, okoliczność ta nie ma wpływu na rozstrzygnięcie postępowania, w tym ocenę oferty Odwołującego w oparciu o ww. referencje. Jakkolwiek bowiem, Odwołujący miał pełną wiedzę i świadomość okoliczności wystawienia dokumentu, to jednak takiej wiedzy nie miał i nie mógł pozyskać Zamawiający w oparciu o treść oferty Odwołującego i dołączone do niej dokumenty.

Zgodnie z mającym zastosowanie w niniejszej sprawie § 6 ust. 1 Rozporządzenia, w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument. Dokument elektroniczny w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 307 ze zm.) to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Z kolei, wg przywołanej przez Odwołującą spółkę regulacji art. 3 pkt 35 Rozporządzenia eIDAS, dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Jakkolwiek, można uznać dokument z dnia 20 marca 2024 r. za dokument elektroniczny oraz w świetle twierdzeń Odwołującego został on „przekazany” (zgodnie z § 6 Rozporządzenia), to jednak nie potwierdza on, że spółka Tears of Joy Sp. z o.o., ani osoba go wystawiająca (nota bene – nieznana) stwierdziła należyte wykonanie przez Odwołującego wskazanych tam strategii kampanii. Jednak, uznanie ww. referencji za dokument elektroniczny oraz uznanie, że dochowano ww. wymogów Rozporządzenia – jak tego pragnie Odwołujący, nic do sprawy nie wnosi. Dokument – z racji braku jego podpisania, w kontekście jego treści i sposobu przekazania Zamawiającemu – nie stanowi wiarygodnego dowodu na potrzeby potwierdzenia kwestii wskazanych w pkt 13.2 ppkt 2 SWZ. Na marginesie jedynie należy wskazać, na co nie powołały się strony, iż istotnym wymogiem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do dokumentów elektronicznych jest, by zawierały one dane w układzie niepozostawiającym wątpliwości co do treści i kontekstu zapisanych informacji (§ 10 pkt 4 Rozporządzenia). Rzeczony dokument pozostawia wiele wątpliwości, nie spełnia zatem ww. wymagania.

Co jednak kluczowe, jak już wspomniano, to fakt, że tego rodzaju oświadczenia jak potwierdzenie należytego wykonania usług (referencje) nie stanowią oświadczeń woli, lecz oświadczenia wiedzy. Toteż żadnego znaczenia nie mają rozważania i spór stron w zakresie dopuszczalnej na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego form czynności prawnych, o których mowa w art. 73 KC i nast.

Biorąc to pod uwagę, niezasadny okazał się zarzut nr 1 odwołania dot. m.in. niezastosowania art. 77² KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP i w zw. z § 1 pkt 2, § 6 ust. 1 Rozporządzenia w zw. z art. 3 pkt 35 Rozporządzenia eIDAS i pominięcia, że przepisy te dopuszczają złożenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumentu sporządzonego w postaci elektronicznej, który nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym (ani tym bardziej podpisem własnoręcznym), czyli dokumentu sporządzonego w formie dokumentowej. Pominięcie to było zasadne, skoro w przypadku przedmiotowego dokumentu nie mają zastosowania przepisy dotyczące formy dokumentowej w rozumieniu KC. Referencje nie stanowią czynności prawnych, do których znajduje zastosowanie ww. regulacja art. 77² KC. Odwołujący sam sobie zaprzecza podnosząc, iż referencje są oświadczeniem wiedzy i jednocześnie zastosowanie znajduje do nich ww. regulacja KC dotycząca oświadczeń woli. Formułując ten zarzut – Odwołujący skoncentrował się wyłącznie na odniesieniu wskazanych tam regulacji do formy dokumentowej, o której mowa w 77² KC, toteż Izba oddaliła ten zarzut w całości. Niemniej rację ma Odwołujący twierdząc, że przepisy prawa dopuszczają złożenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego referencji w postaci dokumentu sporządzonego w postaci elektronicznej, który nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co jednak nie miało wpływu na możliwość uwzględnienia odwołania, gdyż jak już wskazano, dokument nie stanowił przekonywującego dowodu.

W tym kontekście, rację miał Odwołujący twierdząc, że Zamawiający naruszył art. 78 i art. 78¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez uznanie, że sporne oświadczenie z 20 marca 2024 r. mogło być przedstawione wyłącznie w formie pisemnej lub elektronicznej w rozumieniu przywołanych przepisów KC. Jak już wskazano, do tego rodzaju oświadczeń nie znajdują zastosowania przepisy zawarte w Dziale III Kodeksu cywilnego – pt. Forma czynności prawnych. Powyższe

nie było jednak wystarczające do uwzględnienia odwołania choćby w części, z racji braku wpływu na wynik postępowania (o czym w dalszej części uzasadnienia).

Izba badając charakter przedmiotowego dokumentu uznała, że nie ma racji Zamawiający twierdząc, iż stanowił on treść oferty sensu stricto. Jakkolwiek, generalnie przyjmuje się, że dokumenty składane w związku z oceną oferty w ramach kryteriów oceny ofert stanowią treść oferty, to jednak rozróżnić należy dokumenty obejmujące oświadczenia wykonawcy w tym zakresie, takie jak zaferowanie ceny i określenie innych parametrów oferty punktowanych w ramach kryterium, w tym pożądanego doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, a tym samym dokumentów kształtujących zaferowane usługi (dostawy, roboty budowlane) od dowodów potwierdzających pewne okoliczności przedstawione przez wykonawcę w ofercie, które same w sobie nie kształtują treści oferty. Takim dokumentem, na gruncie przedmiotowej sprawy są referencje, składane nie – klasycznie – jako podmiotowy środek dowodowy, lecz jako dowód na potwierdzenie doświadczenia osoby skierowanej przez Odwołującego do realizacji zamówienia celem uzyskania punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Dowód ten sam w sobie nie kształtuje treści oferty – osoba skierowana do realizacji zamówienia, jak też jej doświadczenie zostały wskazane w formularzu ofertowym, zgodnie z wymogami SWZ. Przedmiotowe referencje nie stanowią również przedmiotowego środka dowodowego – skoro w SWZ Zamawiający wskazał, że nie wymaga złożenia tego rodzaju dokumentów, a nadto referencje takie, odmiennie niż przedmiotowe środki dowodowe, nie kształtują treści przyszłego zobowiązania wykonawcy. Z kolei, z racji tego, że Zamawiający nie wymagał jako warunku udziału w postępowaniu skierowania do realizacji zamówienia osoby z doświadczeniem w opracowywaniu strategii kampanii marketingowych w Internecie w zakresie 8 strategii – przedmiotowe referencje nie stanowią podmiotowego środka dowodowego – co było w niniejszym postępowaniu bezsporne. Jakkolwiek, na gruncie niniejszej sprawy przydatne jest wypracowane orzecznictwo dotyczące wymogów koniecznych do zachowania, by możliwe było uznanie referencji za dowód należytego wykonania wskazanych tam usług (dostaw, robót budowlanych). Jak m.in. wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 sierpnia 2022 r. (sygn. KIO 1846/22): „Referencje, stanowią dowód, że określone usługi zostały wykonane należyście i składane są przez wykonawców na tę właśnie okoliczność. Referencje nie muszą zawierać szczegółowych informacji co do zakresu zadania, którego dotyczą. Istotne jest, aby na ich podstawie można było ustalić, że dotyczą zadania wskazanego przez wykonawcę w wykazie usług i potwierdzają jego należyłą realizację.” Referencje nie są szczególnie sformalizowanym środkiem dowodowym. Mimo to konieczne jest przy ich wystawianiu zachowanie minimum wymogów pozwalających następnie na właściwe ustalenie ich treści i wiarygodności na potrzeby potwierdzenia należytego wykonania zamówienia, w tym stwierdzenia, że podpisała go upoważniona osoba – która ma stosowną wiedzę co do treści referencji. Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, iż przedmiotowe referencje stanowiły tzw. „inny dokument”. Skoro tak, to nie miały tutaj zastosowania wymogi formalne dotyczące podpisywania ofert.

Izba nie podzieliła również zarzutu nr 3 odwołania. Zdaniem składu orzekającego, Zamawiający nie miał podstaw do wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści dokumentu z 20 marca 2024 r. w zakresie wystawcy tego dokumentu, a więc nie doszło do naruszenia art. 223 ust. 1 PZP w zw. z art. 77² KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, § 1 pkt 2 i § 6 ust. 1 Rozporządzenia w zw. z art. 3 pkt 35 Rozporządzenia eIDAS. Jak podnosi się w orzecznictwie, wyjaśnieniu podlega wyłącznie treść oferty, a nie jej braki. Wszak, jak stanowi art. 223 ust. 1 PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Przepis ten upoważnia do wyjaśniania treści dokumentów, a nie uzupełniania ich braków. Wbrew argumentacji Odwołującego, w przedmiotowych referencjach brak jest wskazania wystawcy. Poza tym, w tym wypadku, nie jest to kwestia wyjaśnienia treści tego dokumentu, lecz kwestia formalna ustalenia wystawcy, która jako taka nie podlega wyjaśnieniu, skoro jest elementem immamentnie związanym ze złożeniem oświadczenia woli lub wiedzy. Wystawca albo jest ujawniony, albo nie jest znany. W tym drugim wypadku, referencje pochodzące od nieznanego wystawcy nie mogą być brane pod uwagę. Poza tym, nie wiadomo, w jaki sposób Odwołujący chciałby tę kwestię wyjaśnić – skoro mamy do czynienia z dokumentem nie pochodzącym od Odwołującego. W tej sytuacji, jedynym rozwiązaniem byłoby przedstawienie nowego, prawidłowo sporządzonego dokumentu referencji lub innego dowodu. Nie byłoby to jednak dopuszczalne na gruncie przedmiotowego postępowania, skoro dowód ten dotyczy kryterium oceny ofert. Poza tym, w ocenie Izby, wezwanie w tym zakresie stanowiłoby obejście postanowień SWZ pkt 13.2 ppkt 2, w świetle którego „Nie dołączenie potwierdzeń spowoduje nieprzyznanie punktów w tym kryterium.” Zamawiający w SWZ nie przewidział możliwości wezwania do uzupełnienia lub złożenia przedmiotowego dowodu, podstawy do tego brak również w przepisach PZP. Nie znajduje tutaj zastosowania art. 107 ust. 2 PZP, ani art. 128 ust. 1 PZP.

Rację miał bowiem Zamawiający podnosząc, iż zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 PZP (zarzut nr 4) został postawiony błędnie skoro obejmuje to, co sam Zamawiający przyznał w treści uzasadnienia rozstrzygnięcia z dnia 10 kwietnia 2024 r., a tym samym nie doszło do naruszenia tej regulacji. Według Odwołującego, Zamawiający niewłaściwie uznał, że przepis ten dotyczy również dokumentu, jakim jest sporne oświadczenie, mimo że jest ono oświadczeniem

innym niż JEDZ, podmiotowe środki dowodowe i inne oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w jego treści, co skutkowało nieuprawnionym przyjęciem, że znajduje on zastosowanie w sprawie. Podczas gdy, Zamawiający podkreślił, iż nie mógł wezwać wykonawcy do uzupełnienia brakujących potwierdzeń opracowanych strategii, gdyż dokument ten jako składany celem uzyskania punktacji w ramach kryterium oceny ofert, nie mieści się w dyspozycji art. 128 ust. 1 PZP. Tym samym, Zamawiający również uznał, iż regulacja ta nie znajduje zastosowania w sprawie. Z tych względów, jako zupełnie nieuzasadniony – zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji, skoro Zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert i zasadnie zaniechał przyznania ofercie Odwołującego punktacji w ramach kryterium doświadczenia, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 PZP, poprzez wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy eMedia Sp. z o.o. w sytuacji, w której przy prawidłowej ocenie oferty Odwołującego oferta tego wykonawcy powinna zostać sklasyfikowana na niższej pozycji od oferty Odwołującego, ergo nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą (zarzut nr 5). W efekcie, skoro oferta eMedia Sp. z o.o. uzyskała najwięcej, bo aż 88,44 pkt, zaś oferta Odwołującego, najmniej, bo 59,08 pkt to zasadnie Zamawiający rozstrzygnął postępowanie uznając ofertę eMedia Sp. z o.o. za najkorzystniejszą. Zaznaczyć należy, iż odwołanie nie obejmuje zarzutów skierowanych do błędnej oceny oferty eMedia Sp. z o.o.

Na marginesie warto wyjaśnić, iż przywołany przez Odwołującego § 15 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych dotyczy podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w rozporządzeniu – zaś nie dotyczy dowodów dot. spełnienia kryteriów oceny ofert, o których nie ma mowy w Rozporządzeniu. Co więcej, przepis ten odsyła nie do KC (i uregulowanej tam formy dokumentowej), lecz do 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).

Podsumowując, jakkolwiek jeden z zarzutów odwołania ma uzasadnienie, to jednak zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, Izba może uwzględnić odwołanie w całości lub w części, wyłącznie wówczas, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie, nawet uznając część argumentów Odwołującego odnoszących się do braku wymogu przedstawienia referencji w formie pisemnej za zasadną, zgodnie z rozważaniami zawartymi w uzasadnieniu niniejszego wyroku, Zamawiający i tak nie miał podstaw do uznania, że załączone do oferty „referencje” potwierdzają doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia i do przyznania ofercie Odwołującego jakiegokolwiek punktacji w ramach kryterium doświadczenia. Wobec tego, Izba nie miała podstaw do uwzględnienia odwołania, bowiem wskazane w odwołaniu naruszenia nie miały żadnego wpływu na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) 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 pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).