

Sygn. akt: KIO 2270/19

WYROK
z dnia 26 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2019 r. przez wykonawcę **PLATON Zarządzanie i Finanse Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **PLATON Zarządzanie i Finanse Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **PLATON Zarządzanie i Finanse Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zapewnienie noclegów w Warszawie dla pracowników UKNF – DIB oraz DBS i DSI z Wydziałów w lokalizacjach zamiejscowych z uwzględnieniem „prawa opcji”* (znak postępowania: DZA.2610.14.2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 125-305968.

W dniu 8 listopada 2019 r. wykonawca PLATON Zarządzanie i Finanse Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Odwołujący” lub „PLATON”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania, w którym oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą;
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, jako oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania;
4. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez niewskazanie faktycznej podstawy odrzucenia, tj. odrębnych przepisów, z których wynikałby obowiązek odrzucenia oferty Odwołującego;
5. art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictw p. P. K. oraz p. A. Ch. do podpisania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w imieniu podmiotu trzeciego;
6. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec ww. zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wezwania wykonawcy PLATON Zarządzanie i Finanse Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictw p. P. K. oraz p. A. Ch. do podpisania

Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w imieniu podmiotu trzeciego;

4. po skutecznym uzupełnieniu dokumentów, o których mowa w ust. 3, nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm określonych w stosownych przepisach.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy, w szczególności powoływał się na treść wezwania Zamawiającego z dnia 23 sierpnia 2019 r., udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia z dnia 26 sierpnia 2019 r., wezwania Zamawiającego z dnia 10 września 2019 r., wyjaśnienia wykonawcy z 18 września 2019 r., wezwania Zamawiającego z dnia 7 października 2019 r. oraz wyjaśnienia wykonawcy z 11 października 2019 r. wraz z załącznikami.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający błędnie uznał, iż złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 października 2019 r. dokumenty JEDZ podmiotów trzecich zostały złożone w sposób uchybiający postanowieniom rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016, poz. 1126, z późn. zm.) oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1320, z późn. zm.). Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 78¹ § 1 KC do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z perspektywy „*technicznej*”, zeskanowanie dokumentów JEDZ pierwotnie wytworzonych w postaci papierowej, tj. przekształcenie ich w postać elektroniczną tworzy dokument elektroniczny. Należy więc uznać, iż tak przygotowane dokumenty elektroniczne poświadczane notarialnie i w takiej formie przedłożone zamawiającemu spełniają wymagania określone w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, jak i art. 96 do 98 ustawy Prawo o notariacie. Uwzględniając zatem wymóg, aby dokumenty JEDZ podmiotów trzecich zostały złożone w formie elektronicznej w postaci oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza, zamawiający zobowiązany był przyjąć elektroniczną kopię tych dokumentów potwierdzoną za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez notariusza, jako prawidłową. Ad vocem należy dodać, iż w przypadku załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający uznał taką formę złożenia dokumentów jako wystarczającą. Dla potwierdzenia stanowiska Odwołujący przytoczył tezę zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 25 marca 2019 r. dotyczącą co prawda

pełnomocnictwa, niemniej jednak odnoszącą się do kluczowej z punktu widzenia przedmiotowego odwołania kwestii poświadczenia dokumentu przez notariusza. Izba uznała bowiem, iż „pełnomocnictwo, którego udzielono wyłącznie w formie pisemnej, będzie mogło być przedstawione zamawiającemu w formie elektronicznego poświadczenia zgodności kopii z okazanym dokumentem pełnomocnictwa sporządzonego stosownie do przepisów art. 97 §2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 Prawo o notariacie; które to poświadczenie notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Skoro sądy powszechne dopuściły możliwość złożenia kopii pełnomocnictwa w formie pisemnej poświadczonej przez notariusza własnoręcznym podpisem, zaś ustawodawca krajowy i europejski uznaje kwalifikowany podpis elektroniczny za równoważny podpisowi własnoręcznemu, to nie ma podstaw, aby odmówić skuteczności poświadczenia notariusza opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym” (sygn. akt: KIO 412/19).

Wobec powyższego wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania, gdyż „wykonawca zobowiązany był złożyć JEDZ-e podmiotów trzecich podpisane przez osoby umocowane kwalifikowalnym podpisem elektronicznym, ponieważ dla zachowania formy pisemnej czynności prawnej konieczne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (art. 78 §1 KC). Złożenie oświadczenia bez podpisu elektronicznego jest uchybieniem nieusuwalnym i stanowi o niezachowaniu formy pisemnej” nie zasługuje na uwzględnienie i nie znajduje uzasadnienia zarówno w treści art. 78¹ KC, jak i w doktrynie prawa zamówień publicznych. Zamawiający wskazując przepis art. 78 §1 KC mówiący, iż do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, zupełnie pomija istnienie dyspozycji art. 78¹ KC, zgodnie z którym do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Co więcej §2 cytowanego przepisu zrównuje co do skutków prawnych oświadczenie woli złożone w formie pisemnej i elektronicznej.

Nadto Odwołujący wskazał, iż polski system prawny traktuje notariusza, jako zawód zaufania publicznego. Ustawodawca, mając na uwadze powyższe wyposażył notariuszy w szereg uprawnień, w szczególności to wynikające z art. 96 i następnych ustawy z 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (Dz. U. z 2019, poz. 540, z późn. zm.) prawo do poświadczania dokumentów. Należy przy tym podkreślić, iż ustawodawca nadał owym poświadczeniom tę samą rangę co oryginałowi dokumentu.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał, iż Zamawiający błędnie przyjął, iż przedłożone dokumenty JEDZ podmiotów trzecich nie potwierdzają braku istnienia podstaw do wykluczenia podmiotów trzecich i błędnie zastosował dyspozycje art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5, a także pkt 8 ustawy Pzp.

Zatem skoro w przedmiotowym postępowaniu nie zmaterializowała się przesłanka wykluczenia Odwołującego a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, nie znajduje zastosowania również przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Ponadto z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, iż Zamawiający błędnie odczytuje rolę samego dokumentu JEDZ złożonego przez Hotel Jan III Sobieski. Zamawiający zakwestionował treść części II, lit. A dokumentu JEDZ. Z ww. zapisów Zamawiający wyciągnął wniosek iż ww. dokument został złożony na rzecz innego podmiotu, a nie Odwołującego. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż dokument JEDZ stanowi dokument własny jego wystawcy i odgrywa określoną rolę w postępowaniu. Zgodnie z przywoływanym przez Zamawiającego przepisem art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, na podstawie przedłożonego dokumentu JEDZ, zamawiający ocenia czy udostępnione przez podmiot trzeci zdolności techniczne i zawodowe, pozwalają na wykazanie przez Odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także bada czy nie zachodzą wobec tego podmiotu przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 ustawy Pzp. Wobec powyższego informacja zawarta w części II, lit. A dokumentu JEDZ, nie ma znaczenia z punktu widzenia kompetencji zamawiającego określonych w art. 22a ust. 3 ustawy Pzp. W ostateczności Zamawiający dysponuje narzędziami określonymi w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, aby wyjaśnić nurtujące go wątpliwości.

W zakresie podnoszonego przez Zamawiającego zarzutu braku pełnomocnictw osób składających oświadczenia w formie JEDZ w imieniu podmiotów trzecich, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, w sytuacji gdy wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw, po stronie zamawiającego materializuje się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia w wyznaczonym przez siebie terminie. Zamawiający uchybił ciążącemu na nim obowiązkowi.

Uzasadniając z kolei zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, koniecznym jest wskazanie, iż do obowiązków Zamawiającego należy przestrzeganie ww. zasad, a podejmowane przez Zamawiającego czynności jednoznacznie wskazują świadczą o ich naruszeniu. Powyższe działania Zamawiającego świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców, a także o naruszeniu przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 listopada 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego „iż w przypadku gdyby Zamawiający dokonał badania i oceny ofert w sposób zgodny z ustawą Pzp oraz zgodnie

z obowiązującymi przepisami i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wówczas oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza”, ponieważ Zamawiający dochowując należytej staranności w dniu 31.10.2019 r. i działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zobowiązany był do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy po jego przeprowadzeniu okazało się, iż brak jest jakichkolwiek ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. gdy nie została złożona żadna oferta lub zostały złożone oferty, ale wszystkie z nich podlegają odrzuceniu. Zamawiający wskazał, że zgodnie z pismem z dnia 23.08.2019 r. działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1), 2) oraz 8) w związku z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp odrzucił ofertę wykonawcy ORBIS S.A. w związku z faktem, iż oferta nie została opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Dodatkowo w dniu 31.10.2019 r. Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp wykluczył z postępowania wykonawcę Konsorcjum: Bankowe Biuro Podróży TravelBank Sp. z o.o. oraz eTravel S.A., który nie wykazał braku podstaw wykluczenia i w związku z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 (w związku z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp) 5) i 8) odrzucił jego ofertę. Jednocześnie Zamawiający dochowując należytej staranności i kierując się zasadą wskazaną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców również w dniu 31.10.2019 r. działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp wykluczył z postępowania Odwołującego, który również nie wykazał braku podstaw wykluczenia i w związku z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 (w związku z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp i 8) odrzucił jego ofertę.

Zamawiający podkreślał, że unieważnienie postępowania jest czynnością Zamawiającego i żaden inny podmiot nie może zamiast Zamawiającego unieważnić postępowania (Krajowa Izba Odwoławcza może nakazać Zamawiającemu unieważnienie, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej może zlecić Zamawiającemu unieważnienie). Nie mniej jednak, Zamawiający nie posiada swobody uznania w zakresie unieważnienia postępowania, które co do zasady winno prowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienia dokonuje się tylko na podstawie przesłanek wskazanych w art. 93 ustawy Pzp, które należy interpretować ściśle. Katalog przesłanek ma charakter zamknięty, a przesłanki z art. 93 ustawy Pzp (z nielicznymi wyjątkami) mają charakter obligatoryjny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 5 i 8 ustawy Pzp Zamawiający przedstawił stan faktyczny sprawy.

Wskazał, iż w jego ocenie mimo, iż JEDZ-e podmiotów trzecich zostały przekazane za pośrednictwem środka komunikacji elektronicznej nie zostały one złożone prawidłowo, gdyż dokumenty te stanowią kopię oryginalnych JEDZ w formie pisemnej, poświadczone za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej przez notariusza na podstawie art. 96 i 98

ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (Dz.U. z 2019 r. poz. 540 i 730). Wyżej wymienione przepisy potwierdzają jednoznacznie, że mamy do czynienia z poświadczeniem kopii za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej, natomiast nie można przyjąć spełnienia w tym przypadku wymagań określonych w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Jednocześnie mając na uwadze treść art. 78 KC oraz art. 78 [1] KC wskazał, iż ustawodawca dokonał wyraźnego rozróżnienia czynności prawnej w zależności od formy jej dokonania. Wobec powyższego, w przypadku formy pisemnej wymagane jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść, zaś dla zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wymagane jest złożenie go w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 888/17.

Zamawiający wskazał, iż Kodeks cywilny wyraźnie rozróżnia wymogi formalne w formie tradycyjnej - pisemnej od formy elektronicznej czynności prawnej. Wskazał przy tym należy, iż ustawodawca nie przewidział dodatkowej możliwości scalania tych dwóch, odrębnych form w kolejny był prawny, uznając go tym samym za niedopuszczalny.

Jednocześnie zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. poz. 1320 ze zm.), które reguluje zasady poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów przesłanych w formie elektronicznej, w przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem (vide § 5 ust. 2 rozporządzenia). Elektroniczną kopią dokumentu jest zatem dokument, którego oryginał istnieje w formie papierowej, zaś jego kopia została zapisana na informatycznym nośniku danych, tj. w formie skanu. Mając na uwadze powyższe, przekazane na wezwanie Zamawiającego JEDZ-e podmiotów trzecich, podpisane w formie „tradycyjnej” w świetle ww. przepisu, nie może zostać uznane przez Zamawiającego za złożenie JEDZ w formie przewidzianej w art. 78 [1] KC, tj. w zgodzie z przepisami ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych. Ponadto Zamawiający przywołał fragment wyroku KIO z dnia 23 stycznia 2019 r. sygn. akt: KIO 2611/18.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3a ustawy Pzp Zamawiający podniósł, że nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że Zamawiający zobowiązany był do wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa p. P. K. oraz p. A. Ch. Jak samo brzmienie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp wskazuje, że Zamawiający zobowiązany jest do wezwania: „Jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe

pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”. W związku z faktem, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, Zamawiający odstąpił od zastosowania ww. przepisu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba, po wysłuchaniu stanowisk Stron, oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Powyższy wniosek Zamawiający uzasadniał tym, że Odwołujący w dniu 8 listopada 2019 r. przekazał Zamawiającemu wersję pisemną (papierową) odwołania poprzez złożenie jej w Kancelarii Zamawiającego. Jednakże zdaniem Zamawiającego Odwołujący zaniechał przesłania jego kopii przy użyciu środków komunikacji elektronicznej do upływu terminu na jego wniesienie, jak również po upływie przedmiotowego terminu.

Jak wynika z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5. Zgodnie natomiast z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy bezspornie Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie, poprzez jej złożenie w Kancelarii Zamawiającego. Zamawiający nie podnosił, iż nie miał możliwości zapoznania się z treścią odwołania przed upływem ww. terminu, a jedynie fakt, iż nie otrzymał kopii odwołania również za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Izba wskazuje, iż celem ww. przepisu jest zapewnienie Zamawiającemu możliwości uwzględnienia zarzutów odwołania w całości lub części, wniesienia odpowiedzi na odwołanie, jak również przekazania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopii odwołania wraz z wezwaniem wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Niewątpliwie w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie został pozbawiony możliwości realizacji powyższych

uprawnień oraz obowiązków wynikających z ustawy Pzp. Wskazać należy, iż ww. przepis nie konkretyzuje w jaki sposób kopia odwołania winna zostać przesłana zamawiającemu. Powyższy przepis w ocenie Izby nie nakłada na wykonawców obowiązku przekazania kopii odwołania za pomocą środków komunikacji elektronicznej, a jedynie wskazuje, iż w przypadku przekazania kopii odwołania ww. sposób przed upływem terminu do wniesienia odwołania, domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu do jego wniesienia.

Z uwagi na powyższe wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp Izba oddaliła.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 12 listopada 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie przystąpił żaden wykonawca.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności, ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, wezwanie Zamawiającego z dnia 23 sierpnia 2019 r. skierowane do Odwołującego, wyjaśnienia Odwołującego z dnia 26 sierpnia 2019 r., wezwanie Zamawiającego z dnia 10 września 2019 r. skierowane do Odwołującego, wyjaśnienia Odwołującego z 18 września 2019 r., wezwanie Zamawiającego z dnia 7 października 2019 r. skierowane do Odwołującego, wyjaśnienia Odwołującego z 11 października 2019 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty, a także unieważnieniu postępowania z dnia 31 października 2019 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 listopada 2019 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, iż stan faktyczny sprawy nie był sporny między Stronami postępowania odwoławczego.

Zgodnie z punktem 5.1.3 SIWZ, JEDZ stanowił załącznik nr 3 do specyfikacji. Stosownie do treści punktu 5.1.4 SIWZ, w przypadku wykonawcy, który polega na

zdolnościach innych podmiotów, wykonawca składa także jednolity dokument dotyczący każdego z tych podmiotów potwierdzający brak istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby. W świetle punktu 5.1.8 SIWZ, oświadczenie JEDZ po stworzeniu lub wygenerowaniu go przez wykonawcę musiało być podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, wystawionym przed dostawcą kwalifikowanej usługi zaufania, będącego podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne – podpis elektroniczny, spełniające wymogi bezpieczeństwa określone w ustawie z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2019 r. poz. 162 ze zm.). Zamawiający zastrzegł, że obowiązek złożenia JEDZ w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, w sposób opisany powyżej dotyczył również JEDZ składanego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (pkt 5.1.10 SIWZ).

Pismem z dnia 31 października 2019 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie braku podstaw wykluczenia i w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5, art. 89 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp odrzucił jego ofertę. W uzasadnieniu ww. czynności Zamawiający podał, że pismem z dnia 7 października 2019 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do poprawnie złożonego JEDZ wykonawcy oraz złożenia brakujących oświadczeń JEDZ dwóch podmiotów trzecich.

Odpowiadając na wezwanie wykonawca Platon Zarządzanie i Finanse Sp. z o.o. złożył następujące dokumenty:

- oświadczenie JEDZ z datą 30.07.2019 r. - wykonawcy PLATON Zarządzanie i Finanse Sp. z o.o., w którym w lit „C” „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów” wykonawca wskazał „TAK”. Dokument ten, został podpisany elektronicznie, przez osobę do tego upoważnioną, tj. Pana A. U. - Prezesa Zarządu;
- oświadczenie JEDZ z datą 30.07.2019 r., - Podmiotu trzeciego - LEONARDO HOTELS WARSAW Sp. z o.o., który stanowi skan dokumentu podpisanego na ostatniej stronie przez Panią P. K. - General Menager, ponadto dokument ten został opatrzony podpisem elektronicznym przez Panią M. F. - Notariusza (brak pełnomocnictw do podpisania JEDZ przez Panią P. K.);
- oświadczenie JEDZ z datą 08.10.2019 r. - Podmiotu trzeciego - HOTEL JAN III SOBIESKI Sp. z o.o., który stanowi skan dokumentu na ostatniej stronie podpisanego ręcznie przez Panią A. Ch. (brak pełnomocnictw do podpisania JEDZ przez Panią A. Ch.); ponadto dokument ten został opatrzony podpisem elektronicznym przez Panią M. F. Notariusza; dodatkowo w treści oświadczenia w lit. A „Informacje na temat wykonawcy” w punkcie „Czy wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami ?” wskazano

„TAK” natomiast w lit. a) „Proszę wskazać rolę wykonawcy w grupie (lider, odpowiedzialny za określone zadania itd.):” wskazano „PODWYKONAWCA”, a w lit. b) „Proszę wskazać pozostałych wykonawców biorących wspólnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia:” wskazano Wykonawcę również ubiegającego się o niniejsze zamówienie oraz drugi wskazany przez niego podmiot trzeci, tj. „Bankowe Biuro Podróży TravelBank Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); eTravel S.A. (Partner Konsorcjum); GE, Prestige Warszawa Sp. z o.o. - Właściciel Hotelu Golden Tulip Warsaw Centre. Z treści JEDZ wynika, że oświadczenie zostało złożone na rzecz innego podmiotu, a nie na rzecz wykonawcy Platon Zarządzanie i Finanse Sp. z o.o.

Zamawiający przywołał brzmienie art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp i stwierdził, że wykonawca zobowiązany był złożyć JEDZ-e podmiotów trzecich podpisane przez osoby umocowane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ponieważ dla zachowania formy pisemnej czynności prawnej konieczne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (art. 78 § 1 KC) złożenie oświadczenia bez podpisu elektronicznego jest uchybieniem nieusuwalnym i stanowi o niezachowaniu formy wymaganej przepisami.

W ocenie Zamawiającego oświadczenia JEDZ podmiotów trzecich (gdzie jak wskazano wyżej, jedno z nich w ogóle nie dotyczyło wykonawcy Platon Zarządzanie i Finanse Sp. z o.o.) zostały złożone z naruszeniem przepisów o formie, która jest sprzeczna z przepisami ustawy Pzp i jednocześnie nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. przepisów Kodeksu cywilnego, określających skutki niezachowania formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności. Niezachowanie formy pisemnej oświadczeń JEDZ nie może być w żaden sposób konwalidowane, bowiem skutki braku wymaganej formy określone są bezwzględnie obowiązującymi przepisami, niezależnie od przyczyn niezachowania formy pisemnej, a więc również w sytuacji, gdy jest to wynikiem przeoczenia (wyrok z dnia 7 kwietnia 2014 r., KIO 537/14, KIO 599/14).

Z uwagi na powyższe wykonawca Platon Zarządzanie i Finanse Sp. z o.o. nie wykazał braku podstaw wykluczenia dla podmiotów trzecich co zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp skutkuje jego wykluczeniem. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ponadto, wskazał, iż oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 jako niezgodna z ustawą Pzp, w związku z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ustawy Pzp, w tym jednolity dokument (JEDZ), sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby do tego upoważnione.

Następnie oferta wykonawcy Platon Zarządzenie i Finanse Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 78¹ ust. 2 KC, oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. W przypadku ww. oświadczeń JEDZ brak jest bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu przez osoby do tego uprawnione.

Ponadto Zamawiający przywołał fragment wyroku KIO z dnia 8 czerwca 2017 r. sygn. akt. KIO 888/17.

Jednocześnie ww. pismem, Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazując, iż ww. przepis zobowiązuje Zamawiającego do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy po jego przeprowadzaniu okaże się, iż brak jest jakichkolwiek ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. gdy nie została złożona żadna oferta lub zostały złożone oferty, ale wszystkie z nich podlegają odrzuceniu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem rozpoznania przez Izbę była ocena prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia i w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp odrzucenia oferty wykonawcy PLATON. Z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu Zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp unieważnił przedmiotowe postępowanie.

Na wstępie Izba wskazuje, iż jakkolwiek w petitum odwołania brak jest zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, to jednak z treści odwołania jednoznacznie wynika, iż Odwołujący kwestionował czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu wykonawcy z postępowania, mimo iż wykonawca skutecznie wykazał brak podstaw do wykluczenia.

Izba wskazuje, iż ww. zarzut nie potwierdził się, tym samym czynność wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji uznania zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oferty wykonawcy PLATON za odrzuconą, była prawidłowa.

Istota niniejszej sprawy sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii, czy złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez wykonawcę PLATON, oświadczenia JEDZ podmiotów trzecich, pierwotnie wytworzone w postaci papierowej i własnoręcznie podpisane, a następnie przekształcone w postać elektroniczną (skan), stanowiącą poświadczenie zgodności kopii z okazanym dokumentem JEDZ sporządzonym stosownie do przepisów art. 97 § 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (Dz.U. z 2019 r. poz. 540), które to poświadczenie notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zostały złożone w formie przewidzianej przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W okolicznościach niniejszej sprawy nie było sporne, iż JEDZ-e podmiotów trzecich zostały przekazane Zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3. Zgodnie natomiast z art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Nie ma zatem sporu co do tego, że dokumenty JEDZ podmiotów, na których zasoby powołuje się wykonawca, winny zostać podpisane przez uprawnione osoby działające w imieniu podmiotów trzecich.

Z kolei stosownie do treści art. 10a ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE,

zwanego dalej „jednolitym dokumentem” odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Nadto zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie natomiast z regulacją art. 78¹ § 1 KC, do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jednocześnie stosownie do § 2 ww. przepisu, oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. W przypadku jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia ww. przepis należy czytać łącznie z art. 65¹ KC, który stanowi, iż przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń, a to z uwagi na okoliczność, iż JEDZ stanowi oświadczenie wiedzy w zakresie sytuacji podmiotowej danego wykonawcy.

Nie budzi więc wątpliwości, iż w świetle art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, jednolity europejski dokument zamówienia podmiotów trzecich powinien być sporządzony w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zaś niedochowanie ww. wymogów skutkuje jego nieważnością. Podkreślić należy, iż to w przepisach rangi ustawowej ustawodawca określił w jakiej formie winien zostać złożony jednolity dokument, jak również wskazał rygor w przypadku jej uchybienia.

W tym miejscu Izba wskazuje, że ani przepis art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, ani przepisy innych ustaw czy aktów wykonawczych nie wprowadzają ograniczeń w zakresie sposobu nadania dokumentowi postaci elektronicznej. W ocenie Izby w tym kontekście należy mieć na uwadze to, czym według prawa jest dokument elektroniczny. Zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 570 ze zm.) dokumentem elektronicznym jest stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Pojęcie dokumentu elektronicznego definiuje także Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. 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 2014 Nr 257 str. 73, „eIDAS”), gdzie w art. 3 pkt 35 wskazano, że dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Dodatkowo jak wynika z art. 77³ KC dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie miała wątpliwości, iż jednolite europejskie dokumenty zamówienia podmiotów trzecich, na których potencjał powoływał się wykonawca PLATON, zostały sporządzone w postaci elektronicznej, poprzez zeskanowanie dokumentów w wersji pisemnej i ich przekształcenie do postaci cyfrowej. Istotne natomiast było to, iż zdigitalizowane w ww. sposób dokumenty JEDZ zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, tyle że nie był to podpis wystawcy ww. dokumentów, a notariusza, który poświadczył za zgodność dokumenty wtórne z okazanym mu oświadczeniem JEDZ. Tym samym w przedmiotowej sprawie zasadnicze znaczenie miało ustalenie, jakie skutki wywołuje poświadczenie przez notariusza zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem, tj. na kanwie niniejszej sprawy JEDZ podmiotów trzecich, opatrzonej przez notariusza kwalifikowanym podpisem elektronicznym, w kontekście zastrzeżonej dla jednolitego dokumentu formy.

Zgodnie z art. 97 § 2 ustawy Prawo o notariacie, elektroniczne poświadczenie zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż w przypadku elektronicznego poświadczenia zgodności dokumentu pochodnego z oryginałem, notariusz ma obowiązek posłużyć się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z kolei stosownie do treści art. 98 ustawy Prawo o notariacie, notariusz stwierdza zgodność odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem, a jeżeli okazany dokument zawiera cechy szczególne (dopiski, poprawki, uszkodzenia), notariusz stwierdza to w poświadczeniu. Jak wynika z doktryny, przepis art. 98 ustawy Prawo o notariacie określa sposób poświadczania przez notariusza wtórnych wersji dokumentu jako zgodnych z oryginałem. Z perspektywy formy oświadczeń w prawie prywatnym (...), ma on znaczenie pomocnicze, odgrywa jednak istotną rolę w sytuacjach, w których wywołanie określonego skutku prawnego uzależnione jest od przedstawienia samej informacji o treści złożonego oświadczenia nie zaś jego oryginału (tak dr hab. K. Osajda w Komentarzu Prawo o notariacie wyd. 1. Grochowski). Nadto, notariusz wykonując czynności wskazane w ww. przepisach, poświadcza zgodność wtórnych (pochodnych) wersji dokumentów (kopii, odpisów i wyciągów) z oryginałem.

Rozważając ww. spór między Stronami postępowania odwoławczego Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, który wskazywał, iż notarialne poświadczenie oświadczenia JEDZ podmiotów trzecich opatrzone przez notariusza kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnie z art. 97 § 2 ustawy Prawo o notariacie nie konwaliduje nieprawidłowej formy JEDZ podmiotów trzecich, bowiem brak jest elektronicznego podpisu wystawcy dokumentu JEDZ. Jak wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2017 r. sygn. akt: II CSK 318/16, notariusz nie ma obowiązku oceny, czy okazywany mu w celu poświadczania dokument jest oryginałem, czy jego kopią (lub komputerowym skanem),

jeśli jasno nie wynika to z treści czy formy dokumentu okazywanego. Nie ocenia też, czy spełnia on wymagania środka dowodowego w rozumieniu przepisów KPC jako dokument urzędowy lub prywatny (art. 244 i 245 KPC). Notariusz nie kontroluje prawdziwości dokumentu poświadczanego, lecz bez względu na jego charakter stwierdza jego zgodność z dokumentem okazanym. Poświadczając zgodność kopii notariusz nie nadaje okazanemu dokumentowi przymiotu autentyczności, jak i nie weryfikuje prawidłowości jego wydania, ani zgodności z prawem. Czynność notariusza, o której mowa w art. 96 pkt 2 i w art. 98 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1796), polega na urzędowym zaświadczeniu o identyczności treści i formy tego, co mu okazano, z tym, co jest poświadczane.

Z powyższego wynika zatem, iż czynność notariusza polegająca na poświadczeniu za zgodność z okazanym dokumentem nie naprawia wad co do formy pierwotnego dokumentu, w tym w zakresie podpisu. Tym samym w ocenie składu orzekającego za niezasadne należało uznać stanowisko Odwołującego, jakoby uzyskanie przez wykonawcę elektronicznego poświadczania zgodności złożonego Zamawiającemu, jak można zakładać odpisu lub kopii, z okazanym notariuszowi JEDZ podmiotów trzecich (z treści elektronicznych poświadczeń jednolitych dokumentów podmiotów trzecich nie wynika, czy stanowiły one poświadczenie zgodności odpisu, wyciągu, czy też kopii z okazanym dokumentem), nadawało tym odpisom lub kopiom walor oryginału.

W ocenie Izby, gdyby przyjęć stanowisko Odwołującego za słuszne, to takie działanie prowadziłoby do niedopuszczalnego obejścia przepisów dotyczących formy JEDZ. Ponownie podkreślić należy, iż forma elektroniczna dokumentu zgodnie z art. 10a ust. 5 w zw. z art. 78¹ § 1 KC wymaga sporządzenia go w postaci elektronicznej i opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. W takim przypadku nie mamy w dalszym ciągu podpisu elektronicznego wystawcy jednolitego dokumentu, a fakt opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez notariusza sporządzonego poświadczania, nie przesądza o prawidłowości formy oświadczeń JEDZ podmiotów trzecich, dla których ustawodawca przewidział, pod rygorem nieważności, postać elektroniczną, opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Dla spełnienia wymogu z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w z art. 78¹ § 1 KC, jednolity dokument musi spełniać jednocześnie dwa kryteria, tj. posiadać postać elektroniczną oraz być podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W kontekście przywołanego wyżej wyroku Sądu Najwyższego Izba zauważa również, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy nawet nie wiadomo, czy okazany notariuszowi dokument był kopią, oryginałem, czy też skanem oświadczenia JEDZ. Informacja w rzeczonym zakresie nie została zawarta w treści notarialnego poświadczania, w którym notariusz ograniczył się jedynie do stwierdzenia „poświadczam”.

Co więcej, przyjęcie za słuszny poglądu Odwołującego oznaczałoby w praktyce możliwość poświadczania przez notariuszy za zgodność z okazanym dokumentem również ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dla których została zastrzeżona tożsama forma, jak w przypadku jednolitego dokumentu. Takie działanie w ocenie składu orzekającego Izby czyniłoby elektronizację zamówień publicznych iluzoryczną, skoro to nie wykonawcy opatrywaliby ofertę, czy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a notariusze. Ponadto zważyć należy, iż notariusz nie kreuje oświadczenia woli stanowiącego ofertę, czy też oświadczenia wiedzy, co się tyczy jednolitego dokumentu, a jedynie poświadcza zgodność sporządzonej wtórnie kopii czy też odpisu z okazanym mu dokumentem. Słuszny cel, który przyświecał ustawodawcy w związku z wprowadzeniem elektronizacji zamówień publicznych sprowadzający się od odformalizowania procedury, nie może uzasadniać odstąpienia od dokonania najważniejszych czynności w postępowaniu (złożenia oferty, wniosku czy JEDZ) bez zachowania formy zastrzeżonej przez ustawę Pzp pod rygorem nieważności.

W tym miejscu warto również zauważyć, iż w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, brak jest analogicznych regulacji, jak zawartych choćby w art. 76a § 2 i 2a ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 ze zm.) [dalej „KPA”], w których dopuszczono możliwość posługiwania się przez stronę w miejsce oryginału dokumentu, jego kopią, o ile została ona poświadczona za zgodność z oryginałem przez notariusza albo przez występującego w sprawie pełnomocnika strony będącego adwokatem, radcą prawnym, rzecznikiem patentowym lub doradcą podatkowym. Powyższe zasady znajdują również zastosowanie w przypadku posługiwania się przez stronę elektronicznym odpisem dokumentu. Podkreślić należy, iż ww. przepisy zostały uregulowane w rozdziale 4 KPA zatytułowanym „Dowody”, a uwierzytelnianie kopii dokumentu przez właściwy podmiot ma moc dowodową przysługującą oryginałowi tego dokumentu. Powyższe zasady nie dotyczą jednak wszystkich dokumentów składanych przez stronę w postępowaniu administracyjnym, w tym np. wniesienia podania do organu administracji publicznej (art. 63 KPA).

Izba nie podzieliła natomiast argumentacji Zamawiającego prezentowanej w toku rozprawy, jakoby JEDZ podmiotu trzeciego winien być od początku do końca sporządzony w postaci elektronicznej, a zatem, że za kluczowy należało uznać proces tworzenia jednolitego dokumentu. W ocenie Izby bez znaczenia jest to, że podpisem elektronicznym został podpisany istniejący wcześniej dokument JEDZ podmiotu trzeciego sporządzony w formie pisemnej. Podkreślić należy, iż zasadnicze znaczenie ma ocena uprawnień osoby składającej elektroniczny podpis. W ocenie Izby dopuszczalnym w świetle art. 10a ust. 5 ustawy Pzp byłoby uprzednie wydrukowanie, wypełnienie, własnoręczne podpisanie jednolitego dokumentu, a następnie jego zeskanowanie i opatrzenie kwalifikowanym podpisem

elektronicznym osoby uprawnionej do składania oświadczeń w imieniu podmiotu trzeciego. Innymi słowy, okoliczność, iż dokument JEDZ powstałby poprzez zeskanowanie do formatu pdf wydrukowanego formularza i podpisanie takiego pliku kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu, nie przesądzałaby, że JEDZ nie zostałby złożony w postaci elektronicznej (por. na zasadzie analogii wyrok KIO z dnia 29 marca 2019 r. sygn. akt: KIO 428/19 i orzeczenia tam wskazane).

Odnosząc się do przywoływanego przez Odwołującego stanowiska Izby wyrażonego w wyroku KIO z dnia 25 marca 2019 r. sygn. akt: KIO 412/19 dotyczącego dopuszczalności przedstawienia zamawiającemu pełnomocnictwa w formie elektronicznego poświadczenia zgodności kopii z okazanym dokumentem pełnomocnictwa sporządzonego stosownie do przepisów art. 97 § 2 ustawy Prawo o notariacie, udzielonego wyłącznie w formie pisemnej, Izba wskazuje, iż pogląd tam zaprezentowany nie może znaleźć wprost przełożenia na okoliczności niniejszej sprawy. W szczególności Izba wskazuje, iż w przypadku pełnomocnictw ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera żadnych regulacji co do formy pełnomocnictwa do złożenia oferty, w przeciwieństwie do jednoznacznie określonej w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp formy JEDZ. Ponadto o słuszności zaprezentowanego przez Izbę stanowiska w ww. wyroku kluczowe znaczenie miała okoliczność, iż na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów, z których wynikał obowiązek złożenia oferty, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów dopuściło możliwość złożenia kopii pełnomocnictwa poświadczanego notarialnie (przykładowo w wyroku KIO o sygn. akt KIO/UZP 417/08, wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 816/08, KIO/UZP 817/08, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 85/07 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 12 kwietnia 2007 r., sygn. akt II Ca 137/07). Jak wskazała w ww. wyroku Izba: „Warto przywołać przy tym wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 85/07), w którym orzeczono, że kopia pełnomocnictwa nie wystarczy, a wykonawcy startujący w postępowaniach o udzielenie zamówienia powinni dołączać do oferty swego mocodawcy oryginał pełnomocnictwa lub kopię poświadczoną notarialnie. Ta druga forma wynika z faktu, że odpis poświadczony przez notariusza, któremu ustawowo zagwarantowano możliwość dokonania takiej czynności z określonym skutkiem prawnym ma charakter dokumentu urzędowego. Stanowi o tym art. 2 § 2 Prawa o notariacie, wskazując, że „czynności notarialne, dokonane przez notariusza zgodnie z prawem, mają charakter dokumentu urzędowego”. Stąd też zaprezentowano w ww. wyroku pogląd, iż „(...)pełnomocnictwo, którego udzielono wyłącznie w formie pisemnej, będzie mogło być przedstawione zamawiającemu w formie elektronicznego poświadczenia zgodności kopii z okazanym dokumentem pełnomocnictwa sporządzonego stosownie do przepisów art. 97 § 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie, które to poświadczenie notariusz opatruje

kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Skoro sądy powszechne dopuściły możliwość złożenia kopii pełnomocnictwa w formie pisemnej poświadczonej przez notariusza własnoręcznym podpisem, zaś ustawodawca krajowy i europejski uznaje kwalifikowany podpis elektroniczny za równoważny podpisowi własnoręcznemu, to nie ma podstaw, aby odmówić skuteczności poświadczenia notariusza opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.”

W końcu Izba wskazuje, iż podnoszona przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy PLATON oraz odrzuceniu jego oferty okoliczność, iż oświadczenie JEDZ podmiotu trzeciego – Hotel Jan III Sobieski Sp. z o.o. zostało złożone na rzecz innego podmiotu niż Odwołujący miała, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, wtórne znaczenie wobec braku zachowania formy przewidzianej przepisami prawa dla oświadczenia JEDZ. Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż rację miał Odwołujący, który wskazywał, iż na podstawie oświadczeń wstępnych podmiotów trzecich, Zamawiający ocenia, czy udostępnione przez podmiot trzeci zdolności techniczne i zawodowe, pozwalają na wykazanie spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, a także bada, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego zasoby przesłanki wykluczenia. Ponadto zauważyć należy, iż w decyzji z dnia 31 października 2019 r. Zamawiający nie kwestionował treści załącznika nr 6 do SIWZ stanowiącego zobowiązanie Hotelu Jan III Sobieski Sp. z o.o., z którego wynikało jakie zasoby i na rzecz jakiego podmiotu zostają udostępnione. Ewentualne nieścisłości w ww. zakresie winny być przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykluczając Odwołującego z postępowania, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, powołując się w tym zakresie na potencjał podmiotów trzecich, jak również nie wykazał braku podstaw wykluczenia podmiotów trzecich. W konsekwencji prawidłową w świetle art. 24 ust. 4 ustawy Pzp była czynność Zamawiającego polegająca na uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, iż oferta Odwołującego jest niezgodną z ustawą, jak również poprzez niewskazanie faktycznej podstawy odrzucenia, tj. odrębnych przepisów, z których wynikałby obowiązek odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, odpowiednio jeżeli jest niezgodna z ustawą, czy też jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na wskazanych powyżej podstawach prawnych z uwagi na okoliczność, iż złożone na wezwanie

Zamawiającego przez wykonawcę PLATON oświadczenia JEDZ podmiotów trzecich nie zostały złożone w formie wynikającej z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. W tym miejscu wskazać należy, iż JEDZ nie stanowi treści oferty będącej zobowiązaniem wykonawcy w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia publicznego zgodnie z żądaniami zamawiającego wyrażonymi w SIWZ. Jednolity europejski dokument zamówienia stanowi wstępne oświadczenie wiedzy wykonawcy, podwykonawcy, czy też podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca w zakresie jego sytuacji podmiotowej.

Skoro zatem JEDZ nie stanowi treści oferty, to brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy PLATON na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Izba stwierdza jednakże, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Odwołujący podlegał bowiem wykluczeniu z postępowania, zatem nawet uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie może przynieść zmiany wyniku postępowania.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, jako oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Izba wskazuje, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, nie znajduje zastosowania w jednoetapowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ww. regulacja prawna określa bowiem skutki prawne złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert (tak KIO w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 705/17). W trybie jednoetapowym, jakim jest przetarg nieograniczony, w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania, właściwym jest przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Tym samym w ocenie Izby Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Izba stwierdza jednakże, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Odwołujący podlegał bowiem wykluczeniu

z postępowania, zatem nawet uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie może przynieść zmiany wyniku postępowania.

Za zasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3a ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictw p. P. K. oraz p. A. Ch. do podpisania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w imieniu podmiotów trzecich.

Nie ma wątpliwości, iż JEDZ winien zostać podpisany przez osobę/osoby uprawnione do złożenia podpisu w imieniu wykonawcy, podmiotu udostępniającego swoje zasoby czy też przez podwykonawcę, w zależności od tego, którego z podmiotów JEDZ jest uzupełniany.

Stosownie do treści art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania

W okolicznościach niniejszej sprawy bezsporne było to, iż wykonawca PLATON, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożył jednolite europejskie dokumenty zamówienia dwóch podmiotów udostępniających wykonawcy swoje zasoby podpisane przez osoby, których uprawnienie do składania oświadczeń nie wynikało z informacji zawartych w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.

W świetle powyższego Zamawiający obowiązany był wezwać odwołującego się wykonawcę do uzupełnienia pełnomocnictw dla ww. osób do podpisania dokumentów JEDZ w imieniu podmiotów trzecich na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp. Zważywszy jednak, iż Zamawiający w niniejszej sprawie w sposób prawidłowy wykluczył wykonawcę PLATON z postępowania, uznając w konsekwencji ofertę wykonawcy za odrzuconą, brak było podstaw do zastosowania ww. przepisu.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp unieważniając przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Brak było bowiem w niniejszym postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu.

Izba stwierdziła również, iż Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia nie naruszył określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp naczelných zasad udzielania zamówień.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący: