

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **IBCOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – 1 Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **IBCOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **IBCOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 989 zł 42 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset osiemdziesiąt dziewięć złotych czterdzieści dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), koszty dojazdu w wysokości 705 zł 42 gr (słownie: siedemset pięć złotych czterdzieści dwa grosze) oraz koszty noclegu w wysokości 684 zł 00 gr (słownie: sześćset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy).

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Skarb Państwa – 1 Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Dostawa odzieży ochronnej lekkiej jednoczęściowej, Nr nadany przez zamawiającego: 39/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2022/S 096-266860 z dnia 18.05.2022 r.

W dniu 8 sierpnia 2022 r. wykonawca IBCOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od następującej czynności zamawiającego polegającej na:

- odrzuceniu wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego pn.: Dostawa odzieży ochronnej lekkiej jednoczęściowej, nr sprawy 39/2022, na skutek uznania, że wniosek został złożony przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

W wyniku powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a w związku z art. 125 ust. 5 Pzp na skutek odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pomimo iż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, bowiem złożył dokument pn. „Criminal record statement” prawidłowo, w postaci elektronicznej,
- 2) art. 16 pkt 1 Pzp, zobowiązującego Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców na skutek faktycznego wykluczenia udziału wykonawców z Francji – a w niniejszej sprawie O. SAS - z powodu nieakceptowania dokumentów w formie elektronicznej dostępnej dla tych wykonawców według zasad obowiązujących we Francji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania, uwzględnienie go w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności odrzucenia wnioski Odwołującego,

b) powtórzenia czynności oceny wniosku Odwołującego i w rezultacie dopuszczenie Odwołującego do udziału w Postępowaniu,

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Ponadto wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1) Wydruk ze strony internetowej https://www.lyon-metropole.cci.fr/jcms/formalites/les-exportations-definitives-legalisation-de-signature-certificat-d-origine-p_17276.html - LES EXPORTATIONS DÉFINITIVES: LÉGALISATION DE SIGNATURE, CERTIFICAT D'ORIGINE na okoliczność procedury uwierzytelniania przez Centrum Formalności Międzynarodowych dokumentów;

2) GIUDES GEFI Guide utilisateur général (pol.: PRZEWODNIK GEFI Ogólny przewodnik użytkownika), str. 62 - na okoliczność procedury uwierzytelniania dokumentów, w tym że uwierzytelnienie to dokonywane jest w odniesieniu do dokumentów w formacie PDF;

3) DETAIL DE LA COMMANDE No 202202023861 (pol.: „Szczegóły zamówienia”) – na okoliczność, iż O. SAS złożyło zamówienie legalizacji przez GEFI oraz że nastąpiło to drogą elektroniczną;

4) Zrzut z ekranu - ze strony internetowej GEFI z zakładką „legalisation de document-GEFI (pol legalizacja dokumentu – GEFI) na okoliczność, iż pobranie uwierzytelnionego dokumentu przez O. SAS nastąpiło drogą elektroniczną.

Odwołujący wskazał, że:

Zamawiający w dniu 28 lipca 2022 r. przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

Zamawiający odrzucił wniosek Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postpowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na dostawę odzieży ochronnej lekkiej jednoczęściowej, nr sprawy 39/2022.

Za podstawę prawną odrzucenia wniosku Odwołującego Zamawiający przyjął art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp. Zamawiający uznał, że Odwołujący, polegając na zdolnościach podmiotu

udostępniającego zasoby - firmy O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja, nie sprostali obowiązkowi przedłożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia firmy O. SAS. Zamawiający uznał bowiem, że dokument pn. „Criminal record statement” (tłumaczenie: oświadczenie dot. rejestru karnego) uzupełniony o stwierdzenie, że wobec O. SAS prawomocnie nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne oraz o informację, że oświadczenie jest ważne na dzień 15 czerwca 2022 rok jak również na dzień składania oświadczenia, złożony w dniu 22 lipca br., sporządzony został w formie papierowej i podpisany podpisem odręcznym przez p. L. O. — Prezesa O. SAS oraz podpisany podpisem odręcznym (parafka) przez D. V. i opieczętowany pieczęcią Izby Handlowej w Metropolii Lyon.

Zdaniem Zamawiającego, skoro dokument ten został sporządzony jako dokument w postaci papierowej i opatrzony własnoręcznymi podpisami, Wykonawca powinien przekazać Zamawiającemu cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (podmiotu udostępniającego zasoby) poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Odrzucenie wniosku odwołującego jest nieuzasadnione a to z następujących przyczyn:

1. Faktem jest, że Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu nr 2022/S 096 - 266860 z dnia 18.05.2022 r., przewidział sytuację, gdy w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się informacji z Krajowego Rejestru Karnego, lub gdy dokument ten nie odnosi się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp; w takim przypadku, zgodnie z Ogłoszeniem, informację z KRK zastępuje się, odpowiednio w całości lub w części, dokumentem zawierającym oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeśli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy.

Równocześnie w punkcie II.4 Ogłoszenia stwierdzone zostało, że w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio Wykonawcy, Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w artykule 118 Pzp , lub podwykonawcy niebędącego podmiotem

udostępniającym zasoby na takich zasadach, 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.

2. W niniejszym przypadku Odwołujący polegać miał na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby - firmy O. SAS, mającej siedzibę we Francji. W związku z faktem, że we Francji brak jest przepisów o składaniu oświadczeń pod przysięgą, konieczne było skorzystanie z zastępczego sposobu potwierdzania wiarygodności oświadczenia i podpisu. Prezes O. SAS p. L. O. skorzystał ze stosownego poświadczenia Izby Handlowej w Metropolii Lyon. W zakresie poświadczania przez Izbę podpisów obowiązują określone zasady proceduralne, które ilustrują:

1) wydruk ze strony internetowej https://www.lyon-metropole.cci.fr/jcms/formalites/les-exportations-definitives-legalisation-de-signature-certificat-d-origine-p_17276.html - LES EXPORTATIONS DÉFINITIVES: LÉGALISATION DE SIGNATURE, CERTIFICAT D'ORIGINE (pol.: Eksport ostateczny: legalizacja podpisu, świadectwo pochodzenia), z którego wynika, że Centrum Formalności Międzynarodowych (CFM) zalegalizuje dokument poprzez poświadczenie podpisu osoby podpisującej w imieniu jego firmy. Aby przeprowadzić tę operację, urzędnik do spraw formalności musi uwierzytelnić podpis osoby upoważnionej przez firmę. W efekcie firmy deponują podpisy osób upoważnionych zgodnie z ustaloną procedurą składania podpisów, w Centrum Formalności Międzynarodowych. Po złożeniu podpisu w CFM należy skorzystać z platformy GEFI, aby zalegalizować swoje dokumenty. Właściwość Izby Handlowej w Lyon ogranicza się do aktów prywatnych, wystawionych we Francji które nie są sprzeczne z porządkiem publicznym i dobrymi obyczajami;

2) GIUDES GEFI Guide utilisateur général (pol.: PRZEWODNIK GEFI Ogólny przewodnik użytkownika), str.62, https://www.formalitesexport.com/files/3/RGEFI_Manuel_General_V3.1septembre%202020_ELE.pdf, z którego wynika w sposób jednoznaczny, że jedynym akceptowalnym formatem dokumentu legalizacji jest PDF.

Dowód:

– wydruk ze strony https://www.lyon-metropole.cci.fr/jcms/formalites/les-exportations-definitives-legalisation-de-signature-certificat-d-origine-p_17276.html - LES EXPORTATIONS DÉFINITIVES: LÉGALISATION DE SIGNATURE, CERTIFICAT D'ORIGINE (wersja oryginalna i tłumaczenie)

– GIUDES GEFI Guide utilisateur général (wyciąg s. 1 i 6) (wersja oryginalna i tłumaczenie).

3. W rezultacie procedura legalizacji oświadczenia Prezesa O. SAS p. L. O. obejmowała następujące kroki:

1) Firma O. stworzyła plik PDF z naniesionym przez Pana O. graficznym symbolem podpisu elektronicznego,

2) postępując zgodnie z instrukcjami na stronie internetowej GEFI na oficjalnym koncie klienta O. utworzono zlecenie legalizacji, obejmujące następujące etapy:

- wskazanie osoby podpisującej,
- podanie informacji o osobie podpisującej (imię, nazwisko, e-mail),
- załączenie wersji PDF opisanego dokumentu w pkt 1,
- pobranie kopii dowodu osobistego pana O. i dokumentu do legalizacji,

3) zamówienie opłaty administracyjnej i opłacenie jej kartą kredytową,

4) oczekiwanie na powiadomienie na dokument legalizacji w profilu klienta na stronie GEFI.

5) pobranie zalegalizowanego pliku PDF ze strony internetowej GEFI.

Dowód:

– DETAIL DE LA COMMANDE No 202202023861 (pol.: „Szczegóły zamówienia”) (wersja oryginalna i tłumaczenie),

– Zrzut ze strony internetowej GEFI dotyczący dostępu (możliwości pobrania) do zalegalizowanego dokumentu (wersja oryginalna i tłumaczenie).

Procedura ta jest procedurą standardową a zarazem jedyną, jaka w tym przypadku mogła być zastosowana.

Na żadnym etapie złożony przez P. O. dokument pn. „Criminal record statement” nie miał charakteru dokumentu sporządzonego w formie papierowej i podpisanego podpisem odręcznym przez p. L. O..

Nie ma zatem racji Zamawiający, że w odniesieniu do ww. dokumentu zastosowanie winno mieć zdanie drugie ppkt 2 w ust. II pkt 4 w sekcji VI.3, zgodnie z którym koniecznym byłoby – gdyby miało miejsce sporządzenie przez p. O. dokumentu w wersji papierowej, a co nie nastąpiło - sporządzenie odwzorowania tego dokumentu w postaci elektronicznej i potwierdzenie go za zgodność z oryginałem.

Tymczasem **w niniejszej sprawie dokument ten od początku do końca (do jego uwierzytelnienia i przekazania O. SA) sporządzony był w postaci elektronicznej, z więc takiej, jaka wymieniona została w ust. II pkt 4 ppkt 1 i w zdaniu pierwszym podpunktu 2 w pkt 4 ust. II w sekcji VI.3.**

4. Tym samym, stosownie do zdania pierwszego in fine podpunktu 2 w pkt 4 ust. II w sekcji VI.3., Odwołujący zobligowany był do przekazania Zamawiającemu dokumentu pn. „Criminal record statement”, wystawionego przez O. SAS (p. L. O.) i potwierdzonego przez Izbę Handlową w Metropolii Lyon, w postaci elektronicznej, bez potwierdzania podpisem kwalifikowanym. Sporządzenie dokumentu oświadczenia w postaci elektronicznej nie może być bowiem utożsamiane z dokumentem w elektronicznej formie (art. 78 k.c.) zrównanej w skutkach prawnych z formą pisemną. Dla zachowania tej formy konieczne jest złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Natomiast oświadczeniem w postaci elektronicznej (art. 60 k.c.) będzie każde oświadczenie utrwalone (a także przesłane) za pomocą elektronicznych technologii komunikowania się (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 5 czerwca 2020 r. I ACa 31/20). Wymóg taki niewątpliwie spełnił dokument oświadczenia sporządzony przez O. SAS i potwierdzony przez Izbę Handlową.

5. Przekazując Zamawiającemu przedmiotowy dokument pn. „Criminal record statement” w postaci elektronicznej Odwołujący wykazał, że O. SAS jako podmiot udostępniający zasoby spełnił wszelkie warunki podmiotowe udziału w przetargu ograniczonym organizowanym przez Zamawiającego.

Czyni to postawiony przez Odwołującego zarzut naruszenia przepisów wymienionych w punkcie 2.1 petitum zasadnym.

6. Odrzucenie przez Zamawiającego wniosku o dopuszczenie do przetargu ograniczonego z powodu nieuwzględnienia prawidłowości sporządzenia dokumentu pn. „Criminal record statement” naruszyło także fundamentalną zasadę Prawa zamówień publicznych wyrażoną w art. 16 pkt 1 tej ustawy – zasadę przygotowywania i przeprowadzania przez Zamawiającego

postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Oznacza to, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania – wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji (A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022, art. 16.; wyrok WSA w Warszawie z 25.08.2017 r., VIII SA/Wa 13/17, LEX nr 2364540.).

7. Faktem jest, że tryb legalizacji dokumentów i podpisów przedsiębiorców we Francji następuje w formach niestosowanych w Polsce. Nie może to jednak powodować wykluczenia z przetargów krajowych przedsiębiorców francuskich li tylko z tego powodu, że składana przez nich dokumentacja nie przystaje do standardów krajowych.

Zdaniem Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że pomimo pewnej odmienności proceduralnej tworzenia dokumentu, to dokument ten otrzymał postać oczekiwaną przez Zamawiającego – postać elektroniczną. W związku z tym odrzucenie wniosku Odwołującego na skutek niez zaakceptowania przedmiotowego dokumentu przez Zamawiającego prowadzi do dyskryminacji Odwołującego, a zarazem do nieuzasadnionego okolicznościami uprzywilejowania pozostałych oferentów dopuszczonych do przetargu.

Odrzucając wniosek Odwołującego o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Zamawiający naruszył powołany przepis art. 16 pkt 1 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 sierpnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 125 ust. 5 Pzp na skutek odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pomimo iż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, bowiem złożył dokument pn. „Criminal record statement” prawidłowo, w postaci elektronicznej.

Wyjaśniam, iż Zamawiający w Sekcji III.1.4) ust. II Ogłoszenia o zamówieniu nr 2022/S 096 - 266860 z dnia 18.05.2022 r. wskazał, iż Wykonawca może w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać m.in. na zdolnościach technicznych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

W celu spełniania warunku udziału w postępowaniu Odwołujący polegał na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, tj. na zdolnościach technicznych firmy O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja. W związku z powyższym Odwołujący zobowiązany był do przedłożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia firmy O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja, m.in. w zakresie art. 405 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z zapisami Ogłoszenia o zamówieniu nr 2022/S 096 - 266860 z dnia 18.05.2022 r., jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się informacji z Krajowego Rejestru Karnego, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy.

Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył m.in. dokument pn. „Criminal record statement” (*tłumaczenie: oświadczenie dot. rejestru karnego*) w ocenie Zamawiającego sporządzony w formie papierowej i podpisany podpisem odręcznym przez L. O. oraz podpisany podpisem odręcznym (parafka) wraz z pieczęcią Prezesa Izby Handlowej w metropolii Lyon. Dokument został opatrzony także kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana L. O..

Z uwagi na to, iż powyższe oświadczenie nie zawierało oświadczenia, iż wobec O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja prawomocnie nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, Odwołujący został wezwany do uzupełnienia powyższego oświadczenia.

W uzupełnieniu Odwołujący przedłożył dokument pn. „Criminal record statement” (*oświadczenie dot. rejestru karnego*) w ocenie Zamawiającego sporządzony w formie papierowej i podpisany podpisem odręcznym przez L. O. oraz podpisany podpisem odręcznym (parafka) przez D. V. i opieczetowany pieczęcią Izby Handlowej w metropolii Lyon. Dokument zawierał treść wymaganą przez Zamawiającego.

Z uwagi na fakt, iż w ocenie Zamawiającego przedmiotowy dokument został sporządzony jako dokument w postaci papierowej i opatrzony własnoręcznymi podpisami Odwołujący powinien przekazać Zamawiającemu cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (podmiotu udostępniającego zasoby) poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Tymczasem cyfrowe odwzorowanie dokumentu pn. „Criminal record statement” nie zostało opatrzone takim podpisem.

Dowód:

1. Ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/S 096 - 266860 z dnia 18.05.2022 r. (w aktach sprawy),
2. Oświadczenie O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja z dnia 24 maja 2022 r. (w aktach sprawy),
3. Wezwanie do uzupełnienia z dnia 11 lipca 2022 r. (w aktach sprawy),
4. Oświadczenie O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja z dnia 12 lipca 2022 r. (w aktach sprawy),
5. Odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 28 lipca 2022 r. (w aktach sprawy).

W odwołaniu Odwołujący podnosi, iż przedłożony przez niego dokument pn. „Criminal record statement” nie miał postaci papierowej, lecz od początku był sporządzony w postaci elektronicznej (plik pdf) z naniesionym przez Pana O. graficznym symbolem podpisu elektronicznego i w takiej postaci został załączony do zlecenia legalizacji przez Izbę Handlową w Lyon (na stronie internetowej GEFI).

Na marginesie wskazuję, iż Odwołujący w toku postępowania nie zaprzeczył, iż przedłożony dokument jest cyfrowym odwzorowaniem treści dokumentu w formie papierowej, pomimo iż w wezwaniu do uzupełnienia treści oświadczenia Zamawiający wskazywał wprost, iż jest to dokument w formie papierowej i podpisany podpisami odręcznymi.

Odwołujący w uzasadnieniu powołuje się na treść zapisu Ogłoszenia, w którym stwierdzone zostało, że w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio Wykonawcy, Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w artykule 118 Pzp, lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej „dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania”, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca (zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”), jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument. Treść powyższego zapisu z Ogłoszenia stanowi tak naprawdę powtórzenie treści § 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. z 2020 r., poz. 2452, zwanego dalej „Rozporządzeniem”).

Należy zauważyć, iż przedłożony przez Odwołującego dokument pn. „Criminal record statement” jest oświadczeniem wystawionym przez O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja, a zatem przez podmiot udostępniający zasoby. Nie jest to dokument wystawiony przez upoważniony podmiot w rozumieniu ww. przepisu i treści Ogłoszenia. Przedstawiciel Izby Handlowej w Lyon w obu przypadkach jedynie poświadczył autentyczność podpisu Pana L. O.. Nie ma więc do tego dokumentu zastosowania § 6 ust. 1 Rozporządzenia.

W ocenie Zamawiającego do dokumentów przedłożonych przez Odwołującego pn. „Criminal record statement” ma zastosowanie § 7 ust. 2 Rozporządzenia. Zgodnie z tym przepisem w przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe (...) niewystawione przez upoważnione podmioty lub pełnomocnictwo, zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów, o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Niniejsze postępowanie jest postępowaniem o wartości większej niż progi unijne, a zatem wymagany jest kwalifikowany podpis elektroniczny.

Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej dokonuje w przypadku podmiotowych środków dowodowych odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą.

Podkreślić należy, iż Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył dokument pn. „Criminal record statement” opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana L. O.. Po wezwaniu do uzupełnienia dokumentu, został on przedłożony w takiej samej postaci, jednak już bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego Pana L. O., reprezentującego podmiot udostępniający zasoby.

Dowód:

1. Oświadczenie O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja z dnia 24 maja 2022 r. (w aktach sprawy),
2. Oświadczenie O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja z dnia 12 lipca 2022 r. (w aktach sprawy).

Pan L. O. niewątpliwie dysponuje kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co wynika z wielu dokumentów przedłożonych w postępowaniu przez Odwołującego, a podpisanych kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana L. O., w tym np. dokument w języku francuskim pn. „EXTRAIT DIMMATICULATION PRINCIPALE AU REGISTRE DU COMMERCE ET DES SOCIETES” (*tłumaczenie: wyciąg z rejestracji głównej w rejestrze handlowym i przedsiębiorstw*), dokument w języku francuskim pn. „ATTESTATION DE REGULARITE FISCALE” (*tłumaczenie: zaświadczenie o prawidłowościach podatkowych*), dokument w języku francuskim pn. „REPUBLIQUE FRANCAISE MINISTERE DE LA JUSTICE Direction des affaires criminelles et des graces Casier judiciaire national 44317 NANTES CEDEX 3 BULLETIN NUMERO 3” (*tłumaczenie: republika.francuska ministerstwo sprawiedliwości Dyrekcja ds. Karnych i Ułaskawienia Krajowy rejestr karny 44317 NANTES CEDEKS 3 Biuletyn nr 3*).

Dowód:

1. Dokument w języku francuskim pn. „EXTRAIT DIMMATICULATION PRINCIPALE AU REGISTRE DU COMMERCE ET DES SOCIETES” (*tłumaczenie: wyciąg z rejestracji głównej w rejestrze handlowym i przedsiębiorstw*) (w aktach sprawy),

2. Dokument w języku francuskim pn. „ATTESTATION DE REGULARITE FISCALE" (*tłumaczenie: zaświadczenie o prawidłowościach podatkowych*) (w aktach sprawy),
3. Dokument w języku francuskim pn. „REPUBLIQUE FRANCAISE MINISTERE DE LA JUSTICE Direction des affaires criminelles et des graces Casier judiciaire national 44317 NANTES CEDEX 3 BULLETIN NUMERO 3" (*tłumaczenie: republika francuska ministerstwo sprawiedliwości Dyrekcja ds. Karnych i Ułaskawienia Krajowy rejestr karny 44317 NANTES CEDEKS 3 Biuletyn nr 3*) (w aktach sprawy).

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, iż przedłożony przez niego dokument pn. „Criminal record statement" nie został sporządzony w postaci papierowej i w rezultacie, iż nie stanowi cyfrowego odwzorowania tego dokumentu, które wymagałoby opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez podmiot udostępniający zasoby.

Jeżeli nawet by uznać, iż przedłożony przez Odwołującego dokument pn. „Criminal record statement" był przekazany w postaci elektronicznej, to i tak powinien być opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, albowiem zgodnie z § 7 ust. 1 Rozporządzenia podmiotowe środki dowodowe (...), niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Drugi zarzut podniesiony przez Odwołującego również nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 16 pkt 1 Pzp zobowiązującego Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców na skutek faktycznego wykluczenia udziału wykonawców z Francji - a w niniejszej sprawie O. SAS - z powodu nieakceptowania dokumentów w formie elektronicznej dostępnej dla tych wykonawców według zasad obowiązujących we Francji.

Podkreślenia wymaga fakt, iż postępowanie o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawę odzieży ochronnej lekkiej jednoczęściowej prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego według przepisów prawa polskiego i wykonawca przystępujący do postępowania musi postępować zgodnie z nimi.

Przepisy te regulują jednak sposób postępowania w przypadku odmienności występujących w innym kraju, np. w zakresie właściwych instytucji.

I tak zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415) oraz odpowiednim zapisem Ogłoszenia, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się informacji z Krajowego Rejestru Karnego, lub gdy dokument ten nie odnosi się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1. ustawy, zastępuje się go odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy.

Przepis ten zgodnie z § 5 ust. 3 ww. Rozporządzenia stosuje się odpowiednio do podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy oraz podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na tych zasadach, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Błędny jest wniosek Odwołującego, iż powodem nieuwzględnienia w postępowaniu dokumentów przedłożonych przez przedsiębiorcę z Francji jest to, iż tryb legalizacji dokumentów i podpisów przedsiębiorców we Francji następuje w formach niestosowanych w Polsce. Należy podkreślić, iż Zamawiający nie kwestionował tego, iż podmiot udostępniający zasoby przedłożył dokument w formie oświadczenia złożonego przed organem samorządu gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę tego podmiotu. Zamawiający nie kwestionował też trybu legalizacji dokumentów i podpisów.

Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący przedłożył dokument pn. „Criminal record statement” w prawidłowej formie, tj. opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę reprezentującą podmiot udostępniający zasoby. Jedynie treść tego dokumentu nie odpowiadała w pełni wymogom postawionym przez Zamawiającego, stąd Odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentu. W wyniku wezwania Odwołujący przedłożył taki sam dokument pn. „Criminal

record statement", uzupełniony o brakującą treść, jednak bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego osoby reprezentującej podmiot udostępniający zasoby. Nie może zatem zarzucać Odwołujący, iż podpisywanie dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest formą nieobowiązującą i niestosowaną we Francji. Jak już wyżej zaznaczono wiele innych dokumentów pochodzących od podmiotu udostępniającego zasoby, tj. O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana L.

O..

Dowód:

1. Oświadczenie O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja z dnia 24 maja 2022 r. (w aktach sprawy),
2. Oświadczenie O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja z dnia 12 lipca 2022 r. (w aktach sprawy),
3. Dokument w języku francuskim pn. „EXTRA IT DIMMATRICULATION PRINCIPALE AU REGISTRE DU COMMERCE ET DES SOCIETES" (*tłumaczenie: wyciąg z rejestracji głównej w rejestrze handlowym i przedsiębiorstw*) (w aktach sprawy),
4. Dokument w języku francuskim pn. „ATTESTATION DE REGULARITE FISCALE" (*tłumaczenie: zaświadczenie o prawidłowościach podatkowych*) (w aktach sprawy),
5. Dokument w języku francuskim pn. „REPUBLIQUE FRANCAISE MINISTERE DE LA JUSTICE Direction des affaires criminelles et des graces Casier judiciaire national 44317 NANTES CEDEX 3 BULLETIN NUMERO 3" (*tłumaczenie: republika francuska ministerstwo sprawiedliwości Dyrekcja ds. Karnych i Ułaskawienia Krajowy rejestr karny 44317 NANTES CEDEKS 3 Biuletyn nr 3*) (w aktach sprawy).

Z pewnością wymóg opatrzenia dokumentu, który jest dokumentem w postaci elektronicznej czy też cyfrowym odwzorowaniem postaci papierowej i który nie pochodzi od podmiotu uprawnionego, kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie prowadzi do dyskryminacji Odwołującego i uprzywilejowania pozostałych oferentów. Wręcz przeciwnie, uwzględnienie przedłożonego dokumentu bez wymaganego kwalifikowanego podpisu elektronicznego prowadziłyby do nieuzasadnionego uprzywilejowania Odwołującego.

Stan faktyczny:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2022/S 096-266860 z dnia 18.05.2022 r.

W dniu 8 sierpnia 2022 r. wykonawca IBCOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od następującej czynności zamawiającego polegającej na:

- odrzuceniu wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego pn.: Dostawa odzieży ochronnej lekkiej jednoczęściowej, nr sprawy 39/2022, na skutek uznania, że wniosek został złożony przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

W wyniku powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a w związku z art. 125 ust. 5 Pzp na skutek odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pomimo iż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, bowiem złożył dokument pn. „Criminal record statement” prawidłowo, w postaci elektronicznej,

2) art. 16 pkt 1 Pzp, zobowiązującego Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców na skutek faktycznego wykluczenia udziału wykonawców z Francji – a w niniejszej sprawie O. SAS - z powodu nieakceptowania dokumentów w formie elektronicznej dostępnej dla tych wykonawców według zasad obowiązujących we Francji.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę IBCOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny:

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy PZP, zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 125 ust. 5 ustawy PZP, wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a w związku z art. 125 ust. 5 Pzp na skutek odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pomimo iż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, bowiem złożył dokument pn. „Criminal record statement” prawidłowo, w postaci elektronicznej, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba wskazuje, że spór między stronami dotyczył tego, czy podmiotowy środek dowodowy w postaci dokumentu pn. „Criminal record statement” złożony w wyniku wezwania do uzupełnienia oświadczenia, iż wobec O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja prawomocnie nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, został przekazany Zamawiającemu w postaci elektronicznej czy został pierwotnie sporządzony jako dokument w postaci papierowej i opatrzony własnoręcznym podpisem, a następnie przekazany jako cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu i czy ww. dokument powinien być opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Izba zwraca uwagę, że w ogłoszeniu o zamówieniu nr 2022/S 096 - 266860 z dnia 18.05.2022 r. Zamawiający w Sekcji III.1.4) Inne szczególne warunki, którym podlega realizacja zamówienia, zwłaszcza w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji - ust. II wskazał, że Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów, udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

W związku z powyższym, Odwołujący w celu spełniania warunku udziału w postępowaniu polegał na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, tj. zdolnościach technicznych firmy O. SAS 24 Avenue, Joannes Masset 69009 Lyon, Francja (dalej: O. SAS) i tym samym był zobowiązany do przedłożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia firmy O. SAS m. in. w zakresie wskazany w art. 405 ust. 1 ustawy PZP.

Izba wskazuje, że zgodnie z pkt III. 1.3) ust. IV Ogłoszenia o zamówieniu: „Jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. II niniejszej Części ogłoszenia, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeśli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy. Przepis ust. III niniejszej Części ogłoszenia stosuje się”, przy czym ust. II tej części ogłoszenia dotyczy informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

Izba zwraca uwagę, że Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył m.in. dokument pn. „Criminal record statement” (tłumaczenie: oświadczenie dot. rejestru karnego) z dnia 24 maja 2022 r., opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana L. O. z dnia 1 czerwca 2022 r. wraz z tłumaczeniem na język polski, które także zostało podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Panią M. H. - Prezesa IBCOL Sp. z o.o.

Ww. dokument nie zawierał jednak oświadczenia, które miało potwierdzać brak podstaw wykluczenia wobec O. SAS w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4) ustawy PZP, tj. „ Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne”.

Z dokumentacji postępowania wynika, że na podstawie wezwania Zamawiającego z dnia 11 lipca 2022 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia powyższego oświadczenia, Odwołujący pismem z dnia 22 lipca 2022 r. przedłożył Zamawiającemu dokument pn. „Criminal record statement” (oświadczenie dot. rejestru karnego z dnia 12 lipca 2022 r.), który to w ocenie Zamawiającego sporządzony został w formie papierowej i podpisany podpisem odręcznym przez L. O. oraz podpisany podpisem odręcznym (parafka) przez D. V. i opieczętowny pieczęcią Izby Handlowej w metropolii Lyon.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, jak i na rozprawie, że „na żadnym etapie złożony przez Pana O. dokument pn. „Criminal record statement” nie miał charakteru dokumentu sporządzonego w formie papierowej i podpisanego podpisem odręcznym przez p. L. O.”, a także, że „firma O. stworzyła plik PDF z naniesionym przez Pana O. graficznym symbolem podpisu elektronicznego” i w takiej postaci został załączony do zlecenia legalizacji przez Izbę Handlową w Lyon.

Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania oraz dowody załączone przez Odwołującego do odwołania oraz na rozprawie, tj. wydruk ze strony internetowej https://www.lyon-metropole.cci.fr/jcms/formalites/les-exportations-definitives-legalisation-de-signature-certificat-d-origine-p_17276.html - LES EXPORTATIONS DÉFINITIVES: LÉGALISATION DE SIGNATURE, CERTIFICAT D'ORIGINE; GIUDES GEFI Guide utilisateur général (pol.: PRZEWODNIK GEFI Ogólny przewodnik użytkownika); DETAIL DE LA COMMANDE No 202202023861 (pol.: „Szczegóły zamówienia”); Zrzut z ekranu - ze strony internetowej GEFI z zakładką „legalisation de document-GEFI (pol. legalizacja dokumentu – GEFI); korespondencja mailowa w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski, Odwołujący nie wykazał poprzez stosowne dowody, że dokument pn. „Criminal record statement” nie został sporządzony w postaci papierowej i nie stanowi tym samym cyfrowego odwzorowania tego dokumentu, który zgodnie z § 7 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452), powinien być opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Nadto Izba nie popiera argumentacji Odwołującego, który podnosił na rozprawie, że „dokument jest weryfikowalny ze względu na datę i numer zawarty w górnej części dokumentu. Mamy znacznik czasu i numer i możemy dokument zweryfikować w Izbie Handlowej”.

Zdaniem Izby, powyższe twierdzenia Odwołującego nie wskazują jednak, w jaki sposób ta weryfikacja ma się odbywać i co możemy w wyniku tej weryfikacji otrzymać. Tym samym należy zgodzić się z Zamawiającym, że „nie jest w stanie zweryfikować podpisu”.

Z dowodów załączonych do odwołania wynika jedynie, jak wygląda legalizacja dokumentu i w jakim może być ona dokonana formie. I tak z dowodu w postaci przewodnika GEFI wynika, że „jedynym formatem dokumentu akceptowalnym legalizacji jest PDF”. W ocenie Izby, nie

oznacza to, że pierwotnie dokument pn. „Criminal record statement” nie mógł zostać sporządzony na papierze z własnoręcznym podpisem L. O..

Nadto Odwołujący nie wykazał, że „podpis przedstawiciela Izby Handlowej został naniesiony w postaci graficznej na dokumencie w postaci elektronicznej”, na co zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie, a powyższemu Odwołujący nie zaprzeczył.

Izba nie zgadza się również z Odwołującym, że stosownie do zdania pierwszego in fine podpunktu 2 w pkt 4 ust. II w sekcji VI.3. Ogłoszenia o zamówieniu, Odwołujący zobligowany był do przekazania Zamawiającemu dokumentu pn. „Criminal record statement”, wystawionego przez O. SAS (p. L. O.) i potwierdzonego przez Izbę Handlową w Metropolii Lyon, w postaci elektronicznej, bez potwierdzania podpisem kwalifikowanym.

Izba wskazuje, że zgodnie z powyższym zapisem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu: „W przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio Wykonawcy, Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp lub Podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej „dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania”, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż Wykonawca, Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub Podwykonawca (zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”), jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument”.

Izba zważa, że przedłożony przez Odwołującego dokument pn. „Criminal record statement” jest oświadczeniem wystawionym przez O. SAS, a zatem przez podmiot udostępniający zasoby, a co Odwołujący sam potwierdził w odwołaniu: „dokument oświadczenia sporządzony przez O. SAS”. Nie jest to zatem dokument wystawiony przez upoważniony podmiot w rozumieniu § 6 ust. 1 Rozporządzenia i treścią zapisu ogłoszenia o zamówieniu, o którym mowa powyżej.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że przedstawiciel Izby Handlowej w Lyon zarówno w przypadku pierwszego dokumentu pn. „Criminal record statement” dołączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i uzupełniony ww. dokument o wymagane dodatkowe oświadczenie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, jedynie poświadczył autentyczność podpisu Pana L. O.: „widziany wyłącznie do poświadczenia powyższego podpisu” a nie treść oświadczenia. Tym samym, Izba nie przychyliła się do

stanowiska Odwołującego, że ww. oświadczenie zostało potwierdzone przez Izbę Handlową.

Izba stoi na stanowisku, że do dokumentów przedłożonych przez Odwołującego pn. „Criminal record statement” powinien mieć zastosowanie § 7 ust. 2 Rozporządzenia oraz zapis w podpunkcie 3 w pkt 4 ust. II w sekcji VI.3. Ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z powyższą normą prawną i zapisem w ogłoszeniu o zamówieniu w przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty lub pełnomocnictwo, zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów, o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Ponadto Izba wskazuje, że zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia, poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej dokonuje w przypadku podmiotowych środków dowodowych odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą.

Izba stoi na stanowisku, że z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, gdzie podmiot udostępniający zasoby, tj. O. SAS dokonał poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej (Odwołujący nie udowodnił, że O. SAS tego nie dokonał).

Izba dodatkowo podkreśla, że Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył dokument pn. „Criminal record statement” opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana L. O., natomiast po wezwaniu do uzupełnienia ww. dokumentu, został on przedłożony Zamawiającemu w takiej samej postaci zawierającym dodatkowe oświadczenie, jednak bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego Pana L. O., na co zwrócił również uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Reasumując, zdaniem Izby, Odwołujący powinien był przekazać Zamawiającemu cyfrowe odwzorowanie dokumentu pn. „Criminal record statement” (tj. w formacie pdf – zgodnie z

wymaganiami legalizacji wynikającymi z dowodów dołączonych do odwołania i co Odwołujący zrobił) i który to dokument powinien być również opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym podmiotu udostępniającego zasoby, tj. O. SAS. Jednakże w realiach niniejszej sprawy cyfrowe odwzorowanie dokumentu pn. „Criminal record statement” nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Nadto Izba zgadza się z Zamawiającym, że nawet gdyby uznać, iż przedłożony przez Odwołującego dokument pn. „Criminal record statement” był przekazany Zamawiającemu w postaci elektronicznej (z czym Izba się nie zgadza), to i tak powinien być opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, na co wskazuje § 7 ust. 1 Rozporządzenia, zgodnie z którym podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, niewystawione przez upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Odnosnie drugiego zarzutu w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy PZP, zobowiązującego Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców na skutek faktycznego wykluczenia udziału wykonawców z Francji z powodu nieakceptowania dokumentów w formie elektronicznej dostępnej dla tych wykonawców według zasad obowiązujących we Francji, jest również zdaniem Izby niezasadny.

Izba podkreśla, że uzasadnienie Odwołującego co do naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy PZP jest lakoniczne i nie biorące pod uwagę tego, iż Zamawiający zastosował normę § 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415) oraz pkt III. 1.3) ust. IV Ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się informacji z Krajowego Rejestru Karnego, lub gdy dokument ten nie odnosi się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, zastępuje się go odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał

dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy.

Nadto Izba zwraca uwagę, że powyższy przepis, zgodnie z § 5 ust. 3 ww. Rozporządzenia, stosuje się odpowiednio do podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy oraz podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na tych zasadach, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

W ocenie Izby błędny jest wniosek Odwołującego, iż powodem nieuwzględnienia w postępowaniu dokumentów przedłożonych przez przedsiębiorcę z Francji jest to, iż tryb legalizacji dokumentów i podpisów przedsiębiorców we Francji następuje w formach niestosowanych w Polsce. Należy bowiem podkreślić, że Zamawiający nie kwestionował tego, iż podmiot udostępniający zasoby, tj. O. SAS przedłożył dokument w formie oświadczenia złożonego przed organem samorządu gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę tego podmiotu, na co zwrócił również uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Nadto Izba zważa, że Zamawiający nie negocjował ani procedury trybu legalizacji dokumentów ani podpisów. W wyniku wezwania do uzupełnienia oświadczenia, Odwołujący przedłożył dokument pn. „Criminal record statement” uzupełniony o brakującą treść, jednak bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego osoby reprezentującej podmiot udostępniający zasoby.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że również inne dokumenty pochodzące od podmiotu udostępniającego zasoby, tj. O. SAS zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana L. O. i złożone przez Odwołującego:

- 1) dokument w języku francuskim pn. „EXTRAIT DIMMATICULATION PRINCIPALE AU REGISTRE DU COMMERCE ET DES SOCIETES” (tłumaczenie: wyciąg z rejestracji głównej w rejestrze handlowym i przedsiębiorstw) podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana L. O. wraz z tłumaczeniem na język polski, które zostało podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Panią M. H. Prezesa IBCOL Sp. z o.o.,
- 2) dokument w języku francuskim pn. „ATTESTATION DE REGULARITE FISCALE”

(tłumaczenie: zaświadczenie o prawidłowościach podatkowych) podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana L. O. wraz z tłumaczeniem na język polski, które zostało podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Panią M. H. Prezesa IBCOL Sp. z o.o.,

- 3) dokument w języku francuskim pn. „REPUBLIQUE FRANCAISE MINISTERE DE LA JUSTICE Direction des affaires criminelles et des graces Casier judiciaire national 44317 NANTES CEDEX 3 BULLETINNUMERO 3" (tłumaczenie: republikafrancuska ministerstwo sprawiedliwości Dyrekcja ds. Karnych i Ułaskawienia Krajowy rejestr karny 44317 NANTES CEDEKS 3 Biuletyn nr 3) podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana L. O. wraz z tłumaczeniem na język polski, które zostało podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Panią M. H. Prezesa IBCOL Sp. z o.o.,
- 4) oświadczenie O. SAS z dnia 24 maja 2022 r. (podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana L. O. w dniu 1 czerwca 2022 r. wraz z tłumaczeniem na język polski, które zostało podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Panią M. H. Prezesa IBCOL Sp. z o.o.

Tym samym, zdaniem Izby, Odwołujący nie może zarzucać Zamawiającemu, że podpisywanie dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest formą nieobowiązującą i niestosowaną we Francji.

Konkludując, Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający na obecnym etapie postępowania przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, nie prowadząc do uprzywilejowania wykonawców zarówno biorących udział w Polsce, jaki i za granicą.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a, b i d oraz § 8 ust. 2

pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....