

Sygn. akt: KIO 254/19

WYROK
z dnia 27 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Anna Wojciechowska
Członkowie:	Anna Chudzik
	Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 lutego 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2019 r. przez **wykonawcę SII spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy Transition Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących: podpisu na dokumencie JEDZ podwykonawcy Transition Technologies Managed Services Sp. z o.o., podpisu na zobowiązaniu do udostępnienia zasobów podmiotu Transition Technologies PSC Sp. z o.o. oraz w zakresie usługi nr 1 z wykazu wykonanych usług z dnia 18 stycznia 2019 r.**
- 2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SII spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i**
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SII spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**
 - 3.2. Zasądza od wykonawcy SII spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Komendy Głównej Policji z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *pn. Zakup usługi polegającej na wyznaczeniu i udostępnianiu przez Wykonawcę wykwalifikowanych Specjalistów do wykonywania zadań w ramach projektów i prac realizowanych przez Zamawiającego (Sprawa nr 329/BŁil/18/MP)*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 listopada 2018 r., za numerem 2018/S 230-525957. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm., zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 11 lutego 2019 r. odwołanie wniósł wykonawca SII spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Transition Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Transition Technologies S.A. mimo, iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w SIWZ;
2. § 5 ust 1-2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 roku w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych w związku z treścią Rozdziału VII pkt 7.3-7.6 oraz 7.9 SIWZ poprzez uznanie, że wykonawca Transition Technologies S.A. poprawnie potwierdził za zgodność z oryginałem elektroniczną kopię dokumentów i oświadczeń sporządzonych w innej formie niż forma elektroniczna oraz że załączone pełnomocnictwo podmiotu udostępniającego potencjał zostało udzielone we właściwej formie;
3. § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 roku w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych w związku z treścią Rozdziału VII pkt 7.2 SIWZ przez uznanie, że prawidłowym jest złożenie przez wykonawcę Transition Technologies S.A. zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 22a

ustawy pzp w formie elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Wykonawcę;

4. art. 10a ust. 5 w związku z art. 25a ust. 5 pkt 1 ustawy pzp oraz § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 roku w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych i w związku z postanowieniami Rozdziału VII pkt 1.2 SIWZ przez uznanie za skuteczne złożenie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia deklarowanego podwykonawcy Transition Technologies S.A., mimo, że przepis nakazuje sporządzać dokumenty o których mowa w art. 25a ustawy pzp, w tym dokument JEDZ, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie ponownej oceny i badania oferty Transition Technologies S.A. z uwzględnieniem podniesionych zarzutów w niniejszym odwołaniu, a w konsekwencji wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty;
- 3) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, iż wykonawca Transition Technologies planował realizację umowy zawartej w postępowaniu z udziałem podwykonawcy Transition Technologies Managed Services Sp. z o.o. (dalej TTMS) w zakresie usługi specjalistów z pozycji 6 oferty (Starszy inżynier ds. zarządzania usługą katalogową) oraz Transition Technologies PSC Sp. z o.o. (dalej TT PSC) w zakresie usługi specjalistów z pozycji 25 oferty (Tester). Dodatkowo, wykonawca Transition Technologies polegał na zasobach Transition Technologies PSC Sp. z o.o. udostępnionych w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia konsultantów oraz potencjału technicznego w tym doświadczenia zawodowego zdobytego w ramach realizacji usług dla „firmy PTC”, a także osób zdolnych do wykonania zamówienia obejmującą część usług, w zakresie zapewnienia zasobów ludzkich. Udostępnienie to miało nastąpić w ramach umowy powykonawczej. Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału zostało złożone w dniu 17 grudnia 2018 r. i podpisane przez Prezesa Zarządu podmiotu składającego oświadczenie w formie pisemnej. TTSA złożył wraz z ofertą JEDZ zarówno dla podmiotu udostępniającego potencjał (TT PSC), jak

i podmiotu, którego wskazał jako podwykonawcę przy realizacji przedmiotu zamówienia w postępowaniu (TTMS).

Odwołujący podniósł, że część wyżej wskazanych dokumentów zostało złożonych w formie niezgodnej z obowiązującymi przepisami i wymogami SIWZ. W szczególności zaś dokument JEDZ podmiotu wskazanego jako podwykonawca (TTMS) został złożony w formie elektronicznej kopii dokumentu sporządzonego w formie pisemnej. JEDZ składany przez TTMS został bowiem sporządzony w formie pisemnej i podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentacji tego podmiotu, a następnie zeskanowany i podpisany elektronicznie przez TTSA - wykonawcę składającego ofertę. Jednocześnie TTSA nie wykazało się w żaden sposób upoważnieniem do potwierdzania za zgodność w jakiegokolwiek formie oświadczeń pochodzących od podwykonawcy TTMS.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że zgodnie z postanowieniami art. 10a ust. 5 ustawy pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ustawy pzp, w tym JEDZ, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący wskazał, że dokument ten został złożony niezgodnie z przepisami zarówno ustawy pzp (art. 10a ust. 5 ustawy pzp w związku z art. 25a ustawy pzp) jak i zapisami SIWZ Rozdziału VII pkt 7.4. Dokument JEDZ jest bowiem oświadczeniem podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 25a ustawy pzp, a nie dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp. Tylko względem oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp Zamawiający dopuścił możliwość składania elektronicznej kopii posiadanego dokumentu lub oświadczenia, jeżeli oryginał tego dokumentu lub oświadczenia nie został sporządzony w postaci dokumentu elektronicznego. Dokument przedstawiony przez TTSA, pochodzący od podwykonawcy TTMS został sporządzony w nieprawidłowej formie - w zwykłej formie pisemnej, a następnie dopiero przy składaniu go wraz z ofertą został cyfrowo potwierdzony za zgodność z oryginałem, co jednak nie odpowiada formie zastrzeżonej przez ustawę dla ważności tego dokumentu. Uznać zatem należy, że TTSA nie będzie posługiwał się podwykonawcą w toku ewentualnej realizacji zamówienia, a w zakresie prac powierzanych Starszemu inżynierowi ds. zarządzania usługą katalogową prace te będzie wykonywał bezpośrednio TTSA. Chociaż Zamawiający nie stawiał wymogu wykazania się przez wykonawcę odpowiednim potencjałem kadrowym, w ofercie należało zapewnić realizację umowy przez wskazane przez Zamawiającego osoby na określonych funkcjach. Jeżeli wykonawca TTSA wskazał, że w zakresie jednego wymaganego zasobu osobowego korzystać będzie z podwykonawcy, uznać należy, że sam takim, potencjałem nie dysponuje. A zatem,

Zamawiający winien zbadać w takiej sytuacji, czy TTSA jest zdolny bez udziału tego podwykonawcy, samodzielnie zapewnić realizację umowy w zakresie prac Starszego inżyniera ds. zarządzania usługą katalogową. Pamiętać bowiem należy, że zgodnie z zapisami Rozdziału IV pkt 8 SIWZ, brak wskazania przez wykonawcę części jaką zamierzy powierzyć podwykonawcy uznać należy za brak korzystania z podwykonawcy i realizację tego przedmiotu we własnym zakresie. Uznać należy, że taki skutek odnosi nie tylko nie wskazanie podwykonawcy w treści oferty, ale również złożenie nieważnego z mocy ustawy JEDZ tego podmiotu.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymogiem SIWZ, ale także obowiązującymi przepisami, jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp, lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, Wykonawca mógłby sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia, a opatrzenie dokumentu lub oświadczenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot na którego zdolnościach lub sytuacji polega, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem. Złożony wraz z ofertą JEDZ TTMS został potwierdzony za zgodność jako elektroniczna kopia dokumentu przez przedstawiciela TTSA, który nie załączył do oferty pełnomocnictwa do reprezentowania w dacie potwierdzania JEDZ TTMS za zgodność z oryginałem. Co więcej, z treści JEDZ wynika, że jedyną upoważnioną do reprezentacji TTMS osobą jest pan T. T., zatem trudno nawet z treści samego JEDZ wnioskować upoważnienie dla osoby podpisującej kopię tego dokumentu elektronicznie za zgodność z oryginałem. Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający w SIWZ wymagał, by do oferty załączyć stosowne pełnomocnictwa w formie oryginału dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jeżeli nawet zatem możliwe byłoby - czemu Odwołujący przeczy z uwagi na brzmienie art. 10a ust. 5 ustawy pzp - potwierdzenie za zgodność z oryginałem kopii JEDZ niesporządzonego w formie elektronicznej, to wymagane byłoby przedłożenie przez TTSA pełnomocnictwa w formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawionego w dacie nie późniejszej niż elektroniczne potwierdzenie tego dokumentu przez TTSA.

Odwołujący podniósł również, że TTSA wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu wskazał w JEDZ, iż polega na zdolnościach innych podmiotów, na dowód czego przedstawił zobowiązanie TT PSC w zakresie opisanym już powyżej. Oświadczenie to

zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji TT PSC w dniu 17 grudnia 2018 roku i zostało sporządzone w zwykłej formie pisemnej. Następnie TTSA na wezwanie Zamawiającego złożył to oświadczenie w formie kopii tego dokument potwierdzonego elektronicznie za zgodność z oryginałem. W treści zobowiązania do udostępnienia potencjału znajduje się co prawda upoważnienie TT PSC dla TTSA do potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów przedstawionych przez TT PSC, a nawet składania JEDZ i innych oświadczeń i wniosków w imieniu TT PSC, jednak pełnomocnictwo takie nie zostało sporządzone w formie jakiej wymagał Zamawiający. W Rozdziale VII pkt 7.9 SIWZ, Zamawiający zapisał bowiem, że w przypadku dokonywania czynności związanych ze złożeniem wymaganych dokumentów przez osobę nie wymienioną w dokumencie rejestracyjnym, Wykonawca do oferty ma dołączyć stosowne pełnomocnictwo w formie oryginału dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Upoważnienie będące treścią zobowiązania nie spełnia tego wymogu, bo samo zobowiązanie nie zostało sporządzone w wymaganej formie. Podobnie, w Rozdziale VII pkt. 7.2 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia dotyczącego podmiotów na zdolnościach których Wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a ustawy pzp w oryginale w postaci elektronicznej podpisanym kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Gdyby nawet uznać, że dokument ten mógł być złożony nie w oryginale ,a w formie poświadczonej za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii oświadczenia, to zgodnie z SIWZ (Rozdział VII pkt 7.6 SIWZ), a także z § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 roku w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych, poświadczenia takiego może dokonać podmiot, którego składane dokumenty dotyczą (w tym przypadku - podmiot trzeci), o czym świadczą użyte, w odniesieniu do wymienionych w nim podmiotów, sformułowanie „odpowiednio” oraz alternatywa rozłączna. Dokument ten został zatem złożony w postępowaniu nieprawidłowo i nie powinien być przez Zamawiającego brany pod uwagę, co w konsekwencji oznacza, że na dzień składania ofert nie sporządzono w prawidłowej formie oświadczenia o udostępnieniu potencjału, a zatem TTSA nie mógł się nim legitymować. W tym miejscu należy wskazać na normę ogólną wynikającą z art. 61 § 2 kodeksu cywilnego regulującej moment złożenia oświadczenia woli w przypadku oświadczeń składanych w drodze elektronicznej, która stanowi, że oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Sporządzone nowe zobowiązanie w formie dokumentu z kwalifikowanym podpisem elektronicznym - zgodnie z wymogiem Zamawiającego wynikającym z SIWZ - oznaczać będzie złożenie

oświadczenia w dacie złożenia podpisu elektronicznego i wprowadzeniu do platformy, na której składane są dokumenty w postępowaniu, a zatem po terminie składania ofert, co powoduje w konsekwencji, że na dzień składania ofert, TTSA nie wykazał się spełnianiem warunków udziału w zakresie wymaganego doświadczenia. TTSA powinien zatem zostać wykluczony na mocy art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że nawet gdyby uznać, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów zostało złożone w terminie i we właściwej formie, wymagającej jedynie uzupełnienia, a takie uzupełnienie będzie skuteczne, to Odwołujący podniósł, że TTSA nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu na zasadach i w zakresie określonym przez Zamawiającego w SIWZ. TTSA w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył dwa wykazy wykonanych zamówień - wykaz podstawowy zawierający dwie pozycje oraz wykaz „fakultatywny” zawierający jedna pozycję. W wykazie podstawowym TTSA wskazał na realizację usługi na rzecz Ministerstwa Finansów, o wartości ponad 4.000.000 zł brutto i która trwała ponad 12 miesięcy oraz na realizację udostępnionej przez TT PSC usługi dla PTC CORPORATION z siedzibą w Stanach Zjednoczonych o wartości ponad 4.000.000 zł brutto trwającej ponad 12 miesięcy. W wykazie, niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, TTSA nie wskazał dat wykonania usług. Informacja taka jest o tyle istotna, że wpływa na ocenę referencyjnej usługi jako spełniającej warunki lub nie. Usługi miały być bowiem realizowane nie tylko przez okres 12 miesięcy, ale również w terminie nie dłuższym niż trzy lata przed wszczęciem postępowania, a tego w żaden sposób TTSA nie wykazał. Informacja taka również nie wynika z załączonych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. List referencyjny Ministerstwa Finansów lakonicznie wskazuje na realizację usługi od ponad 12 miesięcy (wskazując na jej ciągłość), dalej jednak w treści zaznaczając, że usługi te zostały zrealizowane należycie, a ich wartość przekroczyła kwotę 4.000.000 zł (tak, jak gdyby świadczenie tych usług zostało już zakończone). Podobnie w zakresie usługi udostępnionej przez TT PSC, świadczonej na rzecz PTC Corporation, TTSA nie wskazał w wykazie zamówień dat realizacji tych usług. Z treści listu referencyjnego wynika natomiast, że pomiędzy podmiotami jest zawarta umowa ramowa, na podstawie której TT PSC realizuje umowy. W pierwszej kolejności Odwołujący poddał w wątpliwość kwestię co jest objęte w rzeczywistości wykazem zamówień - umowa ramowa realizowana w nieznanym okresie, być może w sposób ciągły przez 12 miesięcy o łącznej wartości usług w 2017 roku przekraczających 15.000.000 zł netto, czy też jakaś konkretna umowa realizowana na podstawie umowy ramowej przez 12 miesięcy w okresie trzech lat przed terminem składania ofert o łącznej wartości przekraczającej 4.000.000 zł brutto. Kwestia ta jest o tyle istotna, że TTSA przedstawiła referencję wystawioną w dniu 28 maja 2018 roku, a jeżeli dotyczy ona

usługi ciągłej, to referencja nie powinna być wydana wcześniej niż na 3 miesiące przed terminem składania ofert. Jeżeli natomiast referencja ta miałaby potwierdzać realizację konkretnej usługi na podstawie umowy realizowanej na podstawie umowy ramowej, to brak w jej treści takiego odwołania i konkretnego wykazania, o jaką umowę chodzi, czy była ona realizowana przez okres 12 miesięcy i jaka jest jej wartość. Wobec takich wątpliwości, nie wyjaśnionych w toku postępowania przez Zamawiającego, trudno jednoznacznie uznać, że wykonawca TTSA wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo złożony „fakultatywny” wykaz zamówień, również nie może być uznany przez Zamawiającego za prawidłowy. Nie dość, że obarczony jest on tym samym błędem niewykazania, że usługi były realizowane w ciągu trzech lat przed terminem składania ofert, to dodatkowo dotyczy niesprecyzowanej, zatem niemożliwej do potwierdzenia przez Zamawiającego usługi. TTSA wpisał bowiem w wykazie, że usługa jest realizowana na rzecz instytucji podległej pod jedno z polskich Ministerstw, nie wskazując, zgodnie z wymogami SIWZ, nazwy tego podmiotu. Dodatkowo, złożone na potwierdzenie należytej realizacji usługi oświadczenie własne TTSA, również nie wskazuje na nazwę odbiorcy usługi. Działanie takie ze strony TTSA nie zasługuje na uznanie za prawidłowe. Zrozumiałym jest chęć ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w tym zakresie, jednak ochrona ta musi odbywać się w sposób zgodny z prawem. Ustawodawca przewidział w ustawie pzp mechanizm wyłączenia przez wykonawców jawności w konkretnych sytuacjach w art. 8 ust. 3 ustawy pzp, z którego to mechanizmu TTSA mógł skorzystać, pozwalając jednak, by Zamawiający miał możliwość weryfikacji prawdziwości złożonego oświadczenia. Tym bardziej, że realizacja usług na rzecz podmiotu podległego, jednemu z Ministerstw powinna być objęta ustawą o dostępie do informacji jawnych, natomiast w przypadku, gdyby umowa na podstawie której usługa jest realizowana była objęta odpowiednimi klauzulami bezpieczeństwa, taka informacja mogłaby zostać Zamawiającemu podana z wyłączeniem dostępu do niej wykonawcom. TTSA składając ofertę nie dokonał zastrzeżenia informacji w trybie art. 8 ust. 3 ustawy pzp, a zatem wszelkie informacje składane przez niego w postępowaniu są jawne i jeżeli Zamawiający oceniając spełnianie przez TTSA warunków udziału brał pod uwagę tą usługę, winien był dokonać szczegółowego badania i wezwać TTSA do złożenia informacji wynikających z SIWZ, albo wyraźnie zastrzec, że ta pozycja wykazu zamówień „fakultatywnych” wraz z oświadczeniem o należytej realizacji nie będzie przez niego brana pod uwagę, gdyż nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, że wobec braku oświadczenia o ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do jakiegokolwiek informacji udzielanej przez TTSA w postępowaniu w terminie składania ofert, ewentualne wyjaśnienia na tym etapie nie

powinny prowadzić do składania odpowiednich zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, a złożone winny być uznane za spóźnione.

Reasumując Odwołujący wskazał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca TTSA powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, gdyż nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, a złożone przez niego dokumenty obarczone są niezgodnościami nie dającymi się usunąć, nie jest bowiem możliwe ponowne złożenie przez TTSA oświadczeń, których ważność i skuteczność winna być oceniana na moment składania oferty. Należy bowiem mieć na uwadze przepisy kodeksu cywilnego określające reguły w zakresie momentu złożenia oświadczenia woli, w tym w szczególności reguły dla oświadczeń składanych w formie elektronicznej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Transition Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie. W dniu 25 lutego 2019 r. na rozprawie złożył pismo procesowe i wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym jak i na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Transition Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. W związku z powyższym wykonawca Transition Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie stał się uczestnikiem postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego oraz dowody złożone przez Odwołującego i Zamawiającego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odnosząc się do zarzutów dotyczących podpisu na dokumencie JEDZ podwykonawcy Transition Technologies Managed Services Sp. z o.o., podpisu na zobowiązaniu do udostępnienia zasobów podmiotu Transition Technologies PSC Sp. z o.o. oraz w zakresie usługi nr 1 z wykazu wykonanych usług z dnia 18 stycznia 2019 r., wskazać należy, że w związku z wycofaniem przedmiotowych zarzutów przez Odwołującego na rozprawie Izba była zobowiązana w tym zakresie postępowanie odwoławcze umorzyć. Niewątpliwie rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Ponadto wskazania wymaga, że zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy pzp *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze*. Jeśli zatem wykonawca jest uprawniony cofnąć wniesione odwołanie, to tym bardziej może wycofać część zarzutów. W przypadku wycofania zarzutów – zarówno na posiedzeniu jak i na rozprawie – Izba jest zobligowana postępowanie odwoławcze umorzyć. Logicznym jest, że Ustawodawca tym samym zobowiązuje Izbę również do umorzenia postępowania odwoławczego, w przypadku wycofania części zarzutów wniesionego odwołania. Ustawodawca dopuszcza więc sytuacje, w których może dojść do wydania postanowienia umarzającego postępowanie odwoławcze w części zarzutów wycofanych przez wykonawcę w toku postępowania. Orzeczenie o umorzeniu postępowania odwoławczego w odniesieniu do części zarzutów odwołania powinno znaleźć więc swoje odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, jako postanowienie o charakterze formalnym, podobnie jak postanowienie co do kosztów postępowania odwoławczego, bowiem *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie* (art. 192 ust. 1 ustawy pzp).

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Na wstępie Izba wskazuje, że za nieuzasadnione należało uznać twierdzenia Zamawiającego prezentowane na rozprawie, że zarzuty sformułowane w odniesieniu do oferty i dokumentu JEDZ podwykonawcy Przystępującego są spóźnione, gdyż Odwołujący zapoznał się z ofertą Przystępującego w dniu 11 stycznia 2019 r. (w tym z treścią zobowiązania do udostępnienia

zasobów), a dokumentem JEDZ w dniu 22 stycznia 2019 r. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy pzp: *Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.* W niniejszym postępowaniu czynnością taką był niewątpliwie wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej z dnia 31 stycznia 2019 r. Odwołanie wniesione zostało zatem z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Zarzut dotyczący złożenia dokumentu JEDZ TTMS sporządzonego w nieprawidłowej formie był zasadny, jednak nie mogło to prowadzić do uwzględnienia odwołania.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt VII. 1.2. SIWZ: *Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu: składa Jednolity Europejski Dokument Zamówienia dotyczący podwykonawców.*

W pkt VII. 7.1.1. SIWZ określono, że: *W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu Platformy (<http://platformazakupowa.pl/>).*

Przystępujący wskazał w formularzu ofertowym, że część zamówienia dotyczącą specjalistów z pozycji 6 oferty zamierza powierzyć podwykonawcy Transition Technologies Managed Services Sp. z o.o. JEDZ wskazanego podwykonawcy nie został dołączony do oferty. Na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp Przystępujący złożył dokument JEDZ podwykonawcy TTMS w formacie PDF sporządzony w formie skanu podpisanego własnoręcznie oraz podpisem elektronicznym XADES przez Prezesa Zarządu TTMS.

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.*

Stosownie do § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych z dnia 27 czerwca 2017 r. (Dz.

U. z 2017 r. poz. 1320 z późn. zm.): 1. Jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. 2. 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, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 i 2 ustawy pzp: W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

2. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane [...].

W myśl art. 25a. ust. 1 i 5 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 [...].

5. Na żądanie zamawiającego, wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu: 1) składa jednolite dokumenty dotyczące podwykonawców, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 [...].

W pierwszej kolejności wskazać należy, że z uwagi na wycofanie zarzutu odnoszącego się do podpisu złożonego na dokumencie JEDZ podwykonawcy TTMS spór w pozostałym zakresie dotyczył formy tego dokumentu złożonego przez Przystępującego. Wbrew twierdzeniom Przystępującego odwołanie zawierało uzasadnienie faktyczne i prawne podniesionego zarzutu. Odwołujący podnosił, że dokument JEDZ podwykonawcy został złożony w formie elektronicznej kopii dokumentu sporządzonego w formie pisemnej, bowiem został sporządzony w formie pisemnej i podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentacji podwykonawcy, a następnie zeskanowany i podpisany elektronicznie. Przystępujący wskazywał, że dokument JEDZ podwykonawcy nie został sporządzony jako kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem, ponieważ został podpisany elektronicznie przez osobę upoważnioną do reprezentacji podwykonawcy.

Ustalenia zatem wymagało, czy dokument JEDZ podwykonawcy TTMS został sporządzony w formie wymaganej przepisami prawa. W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć negatywnie.

Po pierwsze właściwą formę sporządzenia dokumentu JEDZ określa ustawa pzp w art. 10a ust. 5: *jednolity dokument sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem.*

W przekonaniu Izby, nie ulega wątpliwości, że dokument JEDZ podwykonawcy TTMS został sporządzony w formie pisemnej opatrzonej własnoręcznym podpisem, a nie w postaci elektronicznej. Okoliczność, że dokument ten został następnie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie jest wystarczająca dla spełnienia wymogu sporządzenia JEDZ w postaci elektronicznej. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN określenie *sporządzić* oznacza: *wykonać, przygotować*. Istotnym jest zatem w jakiej formie pierwotnie został przygotowany dokument JEDZ. Podkreślić również należy, że co prawda art. 78¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 z późn. zm.) stanowi, że *do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym*, niemniej jednak ustawa pzp precyzuje w art. 10a ust. 5 czynność pierwotną, a więc *sporządzenia*, a nie *złożenia*. W konsekwencji wykonawca ma obowiązek sporządzenia oświadczenia woli w postaci elektronicznej, opatrzenia go kwalifikowanym podpisem elektronicznym i w takiej formie złożenia go zamawiającemu. Artykuł 10a ust. 5 ustawy pzp, jako przepis szczególny ma w myśl reguły *lex specialis derogat legi generali* zastosowanie nadrzędne. Kwestia formy sporządzenia ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczeń, w tym jednolitego dokumentu została w sposób

wyczerpująco określona w ustawie pzp, niewymagający odesłania na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym przepisy kodeksu cywilnego stosuje się, jeżeli ustawa (prawo zamówień publicznych) nie stanowi inaczej.

Co więcej, w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych z dnia 27 czerwca 2017 r. w § 5 Ustawodawca dopuścił możliwość sporządzenia i przekazania elektronicznej kopii dokumentu jeśli nie został on sporządzony w postaci elektronicznej. Elektroniczna kopia dokumentu powstanie przez opatrzenie dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co będzie równoznaczne z poświadczeniem za zgodność z oryginałem. Powyższe dotyczy jednak dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 składanych na potwierdzenie m.in. braku podstaw wykluczenia i określonych rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016 poz. 1126). Istotnym jest, że Rozporządzenie to nie stanowi o dokumencie JEDZ, tym samym forma o której mowa w § 5 ww. Rozporządzenia nie znajdzie zastosowania w odniesieniu do JEDZ.

Izba podziela w całości argumentację opierającą się na uzasadnieniu do projektu rozporządzenia o zmianie rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej oraz uzasadnieniu do projektu rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii zmieniającego rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2611/18, które jednoznacznie wskazuje jaki przyświecał cel projektowanych zmian, a mianowicie umożliwienia w odniesieniu do określonych rodzajów dokumentów i oświadczeń odejścia od rygoru formy sporządzenia przewidzianej w art. 10a ust. 5 ustawy pzp. Jak wyjaśniono w uzasadnieniu *pod pojęciem „elektronicznej kopii takiego oświadczenia lub dokumentu” będzie rozumiane wykonanie elektronicznego odwzorowania oryginalnego oświadczenia lub dokumentu sporządzonego pierwotnie w postaci papierowej, czyli skan oświadczenia lub dokumentu papierowego, a poświadczeniem będzie potwierdzenie za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.*

Analiza powyższych przepisów prowadzi do wniosku, że dokumenty i oświadczenie wymienione w art. 10a ust. 5 ustawy pzp, a więc również dokument JEDZ nie może zostać sporządzony w formie elektronicznej kopii poświadczony za zgodność z oryginałem,

niezależnie od tego, jaki podmiot dokonał elektronicznego potwierdzenia, bowiem oryginał tego dokumentu pozostaje w wersji papierowej (pisemnej).

Argumentacja Odwołującego jest zatem zasadna, jednak co istotne, zarzut został podniesiony w stosunku do dokumentu JEDZ podwykonawcy Przystępującego. Zaznaczenia wymaga, że ustawa pzp nie przewiduje dla wykonawcy negatywnych konsekwencji wystąpienia podstaw do wykluczenia podwykonawcy, nie określa również czynności wykluczenia podwykonawcy. Przystępujący został wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia tego dokumentu, a zatem procedura wezwania została wyczerpana. Złożenie dokumentu JEDZ podwykonawcy sporządzonego w nieprawidłowej formie skutkować zatem będzie wyłącznie niemożliwością realizacji zamówienia przez Przystępującego przy udziale podwykonawcy TT MS. Co więcej, Odwołujący nie sprecyzował podstawy prawnej żądania w przypadku uznania zarzutu za zasadny. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie kwalifikowanego naruszenia ustawy pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wyrzucić istotny wpływ na wynik postępowania, co ze wskazanych wcześniej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Zarzut dotyczący złożenia zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu TT PSC sporządzonego w nieprawidłowej formie nie potwierdził się.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt VII 4.2. SIWZ Zamawiający określił: *Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia*.

Ponadto w treści SIWZ wskazano: *Wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego musi złożyć wraz z ofertą na Platformie zobowiązanie podmiotu trzeciego (w formie oryginału dokumentu elektronicznego) podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym) do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia oraz dowody, że osoba podpisująca takie zobowiązanie, była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego. Pełnomocnictwo należy składać*

w formie oryginału podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Ustalono również, że Przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego firmy TT PSC w formacie PDF sporządzone w formie skanu podpisanego własnoręcznie oraz podpisem elektronicznym XADES przez Prezesa Zarządu TT PSC.

Podtrzymując wcześniej poczynione rozważania prawne, dodać należy, że zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia: *Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.*

W § 9 ww. Rozporządzenia wskazano, że: *1. W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.*

W niniejszej sprawie Przystępujący złożył elektroniczną kopię zobowiązania poświadczoną za zgodność z oryginałem, bowiem sporządził skan zobowiązania własnoręcznie podpisanego przez prezesa zarządu TT PSC i opatrzył go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący podniósł, że zobowiązanie zostało sporządzone w nieprawidłowej formie, niezgodnej zarówno z treścią SIWZ, jak i przepisami prawa.

W świetle przytoczonych przepisów, nie ulega wątpliwości, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów, jako dokument określający *zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego, czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca*

polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą stanowi dokument wymieniony w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Mając na względzie, że ww. Rozporządzenie przewiduje możliwość złożenia elektronicznej kopii dokumentu poświadczonego za zgodność z oryginałem dla dokumentów w nim wymienionych, forma taka jest prawidłowa również w odniesieniu do zobowiązania podmiotu trzeciego. Zobowiązanie stanowi inny dokument składany w postępowaniu, o którym mowa w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych z dnia 27 czerwca 2017 r., który może zostać złożony w formie elektronicznej kopii dokumentu sporządzonej zgodnie z ust. 2 § 5 ww. Rozporządzenia.

Odnosząc się do postanowień SIWZ wskazać należy, że nie znajdują one zastosowania, w zakresie w jakim pozostają w sprzeczności z ustawą pzp i aktami wykonawczymi do ustawy.

W konsekwencji Izba uznała, że zobowiązanie wbrew twierdzeniom Odwołującego zostało sporządzone i złożone w prawidłowej formie dopuszczonej przepisami prawa.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp - niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenia wykonawcy nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt VI 1.2. SIWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: *O zamówienie może się ubiegać Wykonawca, który spełnia następujące warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, w tym wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej (dwóch usług polegających na zapewnieniu specjalistów z zakresu IT do wykonania zadań określonych przez podmiot na rzecz którego usługa była realizowana, trwających nie krócej niż 12 miesięcy, których wartość była nie mniejsza niż 4 000 000,00 zł (cztery miliony złotych) brutto każda.*

Na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp Przystępujący

złożył wykaz wykonanych zamówień z dnia 18 stycznia 2019 r. W pozycji 2 wykazu podał: *Zakres przedmiotu zamówienia: zapewnienie specjalistów z zakresu IT do wykonania zadań określonych przez Zamawiającego, Nazwa, adres i telefon zamawiającego (odbiorca): PTC CORPORATION 140 Kendrick St, Needham, MA 02494, Stany Zjednoczone (Referencja Podwykonawcy), Wartość zamówienia: Ponad 4 000 000 zł brutto, Długość trwania zamówienia: ponad 12 miesięcy (realizacja nadal trwa).*

Do wyżej wskazanej usługi Przystępujący dołączył referencje wraz z tłumaczeniem na język polski wystawione przez firmę PTC o następującej treści: *Tym listem referencyjnym potwierdzamy współpracę pomiędzy PTC a Transition Technologies PSC Sp. z o.o. prowadzonej na podstawie umowy ramowej, polegającej na dostarczeniu wysokiej klasy ekspertów z branży IT o specjalnościach między innymi: kierownik projektu, programista, architekt, analityk biznesowy, analityk systemowy, tester. Informujemy iż usługi dostarczone przez Transition Technologies PSC Sp. z o.o. są realizowane zgodnie z umowami oraz studium realizowalności. Wartość usług w 2017 r. przekroczyła 15 000 0000 zł netto. Polecamy Transition Technologies PSC Sp. z o.o. jako niezawodnego partnera w branży IT.*

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu [...].*

Podkreślić należy, że Izba poddała ocenie czynności Zamawiającego w postępowaniu, a więc uznanie spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI 1.2. SIWZ w oparciu o przedstawiony wykaz wykonanych zamówień z dnia 18 stycznia 2019 r. Zamawiający podkreślił na rozprawie, że wykaz wykonanych zamówień - fakultatywny, złożony samodzielnie przez Wykonawcę, nie był badany przez Zamawiającego i nie stanowił podstawy uznania, że Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji twierdzenia i dowody złożone przez Odwołującego, w odniesieniu do usługi wskazanej w wykazie z dnia 25 stycznia 2019 r., Izba uznała za bezzasadne.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego usługi wykazanej w pozycji nr 2 wykazu wykonanych zamówień wskazać należy, że w ocenie Izby informacje podane w wykazie wraz z referencjami potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący kwestionował niemożliwość ustalenia na podstawie przedłożonych dokumentów daty wykonania usługi. Data ta wynika jednak z treści referencji - *wartość usług w 2017 r. przekroczyła 15 000 000,00 zł netto*. Stwierdzenie to potwierdza wartość usług wykonanych i zakończonych w 2017 r. W samym wykazie Zamawiający wymagał podania długości trwania zamówienia. Co jednak

istotne, informacje zawarte w wykazie i referencjach mają łącznie potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie sposób zgodzić się również z twierdzeniem, że mowa jest tutaj o usłudze ciągłej, co powoduje, że wystawiona referencja nie spełnia wymogu wystawienia nie wcześniej niż na trzy miesiące przed terminem składania ofert. Z treści referencji wynika, że w 2017 r. usługi na wymaganą warunkiem kwotę zostały zakończone. Nie można zatem mówić w tym przypadku o usłudze ciągłej, jak np. usługa sprzątnia, kiedy to treść referencji wskazuje wprost na fakt że usługa jest nadal wykonywana oraz zawiera dotychczasową wartość zrealizowanej usługi. Nie zasługuje też na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że Przystępujący w sposób nieuprawniony próbował wykazać spełnianie warunku powołując się na umowę ramową. Abstrahując od kwestii definicji umowy ramowej w prawie amerykańskim, zauważyć należy, że treść dokumentu referencji nie pozostawia wątpliwości, że dotyczy on potwierdzenia faktycznego wykonania usług, nie zaś zawarcia samej umowy ramowej, będącej jedynie podstawą ewentualnego zawarcia umów wykonawczych, w ramach których realizowane są usługi.

Ponadto, Odwołujący podważając oświadczenie Przystępującego złożone w wykazie wykonanych zamówień nie przedstawił żadnych dowodów, na poparcie własnych twierdzeń. W ocenie Izby oświadczenie zawarte w wykazie wykonanych zamówień wraz z przedstawioną referencją potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu i nie wymagają kierowania dalszych wyjaśnień. Z uwagi na wycofanie zarzutu dotyczącego usługi zawartej w pkt nr 1 wykazu wykonanych zamówień, uznać należało, że Przystępujący wykazał się wykonaniem w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej (dwóch usług polegających na zapewnieniu specjalistów z zakresu IT do wykonania zadań określonych przez podmiot na rzecz którego usługa była realizowana, trwających nie krócej niż 12 miesięcy, których wartość była nie mniejsza niż 4 000 000,00 zł (cztery miliony złotych) brutto każda.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego na podstawie rachunku przedłożonego przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....