Sygn. akt: KIO 1184/19

WYROK

z dnia 10 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2019 r. przez wykonawcę P. B. w postępowaniu prowadzonym przez Kopalnię Soli „Wieliczka" Spółka Akcyjna w Wieliczce

przy udziale wykonawcy P. D., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów zaniechania wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy P. D. z uwagi na brak wykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i nakazuje zamawiającemu - Kopalni Soli „Wieliczka" Spółka Akcyjna w Wieliczce - wykluczenie z postępowania wykonawcy P. D. i odrzucenie jego oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

2. Oddala zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy P. D. z uwagi na brak wykazania braku podstaw do wykluczenia.

3. Odrzuca zarzut dotyczący ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zmianami).

4. Kosztami postępowania obciąża Kopalnię Soli „Wieliczka" Spółka Akcyjna w Wieliczce i

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę P. B. tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Kopalni Soli „Wieliczka" Spółka Akcyjna w Wieliczce na rzecz P. Bi. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Sygn. akt: KIO 1184/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Kopalnia Soli „Wieliczka" SA w Wieliczce - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wyposażenie systemu bezprzewodowej transmisji głosu w słuchawki jednorazowego użytku.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 24 czerwca 2019 roku wykonawca P. B. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

1) czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Pana P. D. dokonanego dnia 13.06.2019r.

2) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy P. D. i zaniechaniu odrzucenia jego oferty;

3) zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu następujące naruszenia przepisów prawa:

1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 wzw. z art. 22 ust. 1b pkt 3, art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., a także art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P. D., pomimo, że nie uzupełnił w dodatkowym terminie wyznaczonym przez zamawiającego, oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz wprowadził w błąd zamawiającego;

2) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 13,14, 21 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1, 5, 6, 7, 8 ustawy P.z.p. oraz art. 26 ust. 3 w zw. z § 7 ust. 1 pkt. 2 lit. a w zw. z art. § 5 pkt. 2 i 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016, poz. 1126 z późn. zm.), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów, polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy P. D., pomimo, iż nie przedłożył on dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia podmiotu MNH Products.

3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

4) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1. - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt.

12 ustawy P.z.p. w zw. z § 2 ust. 4 pkt. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P. D., pomimo że nie załączył dowodów należytego wykonania dostawy.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności oceny i badania ofert oraz unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13 czerwca 2019 r.;

2. wykluczenie z postępowania wykonawcy P. D.;

3. wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że jego interes prawny został naruszony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ złożona przez odwołującego prawidłowa oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą według określonych w s.i.w.z. kryteriów oceny ofert, a tylko wskutek naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów odwołujący nie może uzyskać zamówienia. Szkoda, którą poniesie odwołujący polega na utraceniu korzyści, jakie mógłby osiągnąć z realizacji zamówienia.

Odwołujący poinformował, że w dniu 23.06.2019 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez P. D. .

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy P.z.p., tj. zaniechania wykluczenia wykonawców, odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt IV. 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.

udokumentowania należytego wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej dostawy słuchawek w jednorazowej ilości minimum 500 000 sztuk.

W załączonym do oferty P. D. dokumencie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (zwanego dalej JEDZ), stanowiącego w myśl art. 25a ust. 1 ustawy P.z.p. wstępne potwierdzenie, zawarte jest oświadczenie ww. wykonawcy, że nie podlega on wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto wykonawca P. D. wskazał w złożonej ofercie, iż powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego tj. podmiotu MNH Products w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności techniczne lub zawodowe w postaci potwierdzenia należytej realizacji zamówienia na dostawę min. 500 000 szt. słuchawek jednorazowych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający pismem z dnia 26.04.2019r. wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. w terminie do dnia 08.05.2019 roku. Wykonawca P. D. nie złożył wymaganych dokumentów w ww. terminie. Wobec powyższego w dniu 09.05.2019 r. zamawiający w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. wezwał do ich dostarczenia w terminie do dnia 22.05.2019 roku. Wykonawca w dniu 05.06.2019r. przedłożył dokumenty, które w opinii odwołującego nie potwierdziły spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, odwołujący stwierdził, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych w postaci potwierdzenia należytej realizacji zamówienia na dostawę min. 500 000 szt. słuchawek jednorazowych .w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert MEXPO P. D. przekazał:

1) oświadczenie MNH Products, że z powodzeniem przeprowadził transakcje dostawy przekraczające 500 000 sztuk w pojedynczej dostawie do jednego lub więcej naszych klientów z sektora aviation (lotnictwa komercyjnego) i sektora turystycznego;

2) następujące dokumenty przewozowe:

- Numer identyfikacyjny koperty DocuSign: CEBAA768-F2D0-4C99-B24C-

793F66264C1B zawierający w części „Lista pakowania" informację o dacie 18.04.2019r., szacowanym terminie wysyłki 31.03.2019r.;

- Numer identyfikacyjny koperty DocuSign: CEBAA768-F2D0-4C99-B24C-793F66264C1B zawierający informację o odbiorze 12 palet w dniu 09.05.2019r.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny, należy stwierdzić, że zamawiający bezpodstawnie, w sposób sprzeczny z postanowieniami s.i.w.z. oraz przepisami ustawy P.z.p. uznał, że wykonawca P. D. spełnił przewidziane w pkt IV. 1.2 s.i.w.z. warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z ww. postanowieniem s.i.w.z., w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca powinien posiadać udokumentowane doświadczenie w należytym wykonaniu dostaw zdobyte w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Również § 2 ust. 4 pkt. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 łat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Tym samym, zgodnie z powyższymi postanowieniami s.i.w.z. i rozporządzenia w sprawie dokumentów, zamawiający powinien uznać za wykonawcę spełniającego warunek udziału w postępowaniu tylko taki podmiot, który powołuje się na doświadczenie zdobyte do dnia upływu terminu składania ofert. Wykonawca nie może powoływać się na doświadczenie zdobyte po dniu składania ofert, albowiem byłoby to niezgodne z literalnym brzmieniem postanowień s.i.w.z. oraz ustawy P.z.p.

Powyższe zachowanie naruszałoby także zasadę uczciwej konkurencji. W praktyce, takie działanie oznaczałoby możliwość składania ofert przez wykonawców, którzy nie mają wymaganego doświadczenia, a następnie wykorzystując instytucje przewidziane w art. 26 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. uzyskałyby dodatkowy czas na znalezienie odpowiedniego doświadczenia.

Odwołujący wskazał również, że oświadczenie podmiotu MNH Products, które miałoby być złożone w celu ominięcia obowiązku przedstawienia dowodów należytego wykonania dostaw, również nie zawierają informacji o wartości, dacie wykonania dostaw oraz podmiocie, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane.

Wykonawca P. D. przedłożył jedynie przygotowane przez MNH Products dokumenty przewozowe, które zawierają informacje o dostawie w dniu 09.05.2019r. nieokreślonych dokładnie w ww. dokumencie 12 palet. Z powyższego dokumentu wynika, że przywołana powyżej dostawa niezidentyfikowanego towaru została dokonana w dniu 09.05.2019r. tj. po terminie składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Wobec powyższego, w ocenie odwołującego, należy uznać, że wykonawca P. D. nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy P.z.p., albowiem nie udokumentował należytego wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej dostawy słuchawek w jednorazowej ilości minimum 500 000 sztuk.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., odwołujący podkreślił, że zamawiający pomimo wcześniejszego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. wykonawcy P. D. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, ponownie pismem z dnia 07.06.2019r.

wezwał wykonawcę P. D. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 ustawy P.z.p. dokumentów dotyczących podmiotu MNH Products, na zasoby którego powołuje się P. D. celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. zaświadczeń na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z powodu naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

W ocenie odwołującego, powyższe działanie zamawiającego jest niezgodne z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Odwołujący wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku o sygn. akt KIO 1418/12, iż w wykładni art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych została przyjęta zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, należy jednak pamiętać, że odnosi się ona do sytuacji, gdy zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwania kompleksowego wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 03.01.2019r. sygn. akt KIO 2559/18 wskazuje, że przepis art. 26 ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zobowiązuje zamawiającego do skierowania wezwania w sytuacji wystąpienia braków lub błędów w złożonych dokumentach. Obowiązkowi temu odpowiada uprawnienie wykonawcy do naprawienia popełnionych błędów polegających na niezłożeniu lub złożeniu nieprawidłowych dokumentów. Wykonawca ma wiec prawo jeden raz otrzymać od zamawiającego wezwanie na podstawie wskazanego przepisu i móc się do niego ustosunkować.

Odwołujący zaznaczył, że zamawiający w wezwaniu z dnia 09.05.2019r. zażądał w trybie art. 26 ust 3 ustawy P.z.p. uzupełnienia wszystkich wymaganych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, a których P. D. nie złożył w terminie wyznaczonym przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 26.04.2019 roku.

Tym samym, w ocenie odwołującego, wykonawca P. D. nie złożył w wyznaczonym ostatecznym terminie do 05.06.2019r., wszystkich wymaganych dokumentów i oświadczeń.

W ocenie odwołującego ponowne wezwanie P. D. z dnia 07.06.2019r. do złożenia oświadczeń dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. było niedopuszczalne, albowiem stanowiło drugie wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia. Wobec powyższego należy uznać, że wykonawca P. D. nie wykazał braku podstaw do wykluczenia i powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieuzupełnienia dokumentów potwierdzających

brak podstaw do wykluczenia, odwołujący podniósł, że wykonawca P. D. nie uzupełnił zaświadczeń na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z powodu naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Zamiast ww. zaświadczeń wykonawca P. D. załączył oświadczenie podmiotu MNH Products. Uzasadniając powyższe, P. D. oświadczył, że nie ma w Wielkiej Brytanii odpowiednika instytucji zaświadczenia z ZUS i US. Odwołujący nie zgodził się z tym stanowiskiem stwierdzając, że istnieje możliwość uzyskania Certyfikatu Zgodności od Służb Skarbowych i Celnych JKM (HM Revenue and Customs) potwierdzającego, że firma jako pracodawca należycie wywiązuje się ze swojego obowiązku płacenia podatków i składek na państwowe ubezpieczenie obowiązkowe (National Insurance), które w Wielkiej Brytanii obejmują zarówno składki na ubezpieczenie społeczne, jak i zdrowotne. Wobec powyższego istnieje w Wielkiej Brytanii odpowiednik zaświadczenia ZUS i US i jest nim Świadectwo Zgodności wydawane przez Urząd Skarbowy i Celny Jej Królewskiej Mości (Certificate of Compliance HM Revenue & Customs). Zamawiający zaniechał zweryfikowania informacji przekazanych przez P. D. i błędnie przyjął oświadczenia MNH Products jako wystarczające do stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia. Tym samym zamawiający swoim zaniechaniem naruszył dyspozycję § 7 ust. 1 pkt. 2 lit. a w zw. z art. § 5 pkt. 2 i 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Odnosząc się do zarzutu związanego z brakiem dowodu należytego wykonania dostawy, odwołujący podniósł, iż na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zarzutu nr 1 i uznałaby, że wykonawca P. D. powołał się na doświadczenie odpowiadające wymaganiom s.i.w.z., to należy wskazać, że zamiast dowodów należytego wykonania tychże dostaw, przedłożył jedynie oświadczenie podmiotu MNH Products, że z powodzeniem przeprowadził transakcje dostawy przekraczające 500 000 sztuk w pojedynczej dostawie do jednego lub więcej naszych klientów z sektora aviation (lotnictwa komercyjnego) i sektora turystycznego. Złożenie powyższego oświadczenia jest niezgodne z postanowieniem § 2 ust. 4 pkt. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. W myśl ww. przepisu wykonawca może złożyć własne oświadczenie o należytym wykonaniu dostaw jedynie, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów. Złożenie zamiast referencji oświadczenia własnego wymaga jednak wykazania przez wykonawcę, że wystąpiły okoliczności od niego niezależne, uzasadniające brak możliwości uzyskania referencji. Odwołujący zaznaczył, że ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na wykonawcy.

W niniejszym postępowaniu podmiot MNH Products nie wykazał, aby starał się o uzyskanie wymaganych referencji, a także nie wykazał wystąpienia okoliczności od niego niezależnych, uzasadniających brak możliwości uzyskania referencji. Tym samym załączone przez P. D. oświadczenie podmiotu MNH Products nie może zostać uznane za dowód należytego wykonania dostaw.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących przedstawienia przez wykonawców informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu przetargowym, odwołujący podniósł, że wykonawca P. D. wskazał nieprawdziwą informację polegającą na poinformowaniu zamawiającego, iż podmiot MNH Products na którego doświadczenie powołuje się on w niniejszym postępowaniu wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej dostawy słuchawek w jednorazowej ilości minimum 500 000 sztuk, podczas gdy z literalnego brzmienia dokumentów przewozowym przygotowanych przez MNH Products jedynie wynika, że dostawa 12 palet nieokreślonego towaru została zrealizowana w dniu 09.05.2019r, tj. ponad dwa miesiące po terminie otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu. Tym samym składając w ]EDZ oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wykonawca P. D. przedstawił nieprawdziwą informację, ponieważ w dniu złożenia tego oświadczenia, a także w dniu upływu terminu składania ofert, podmiot trzeci - MNH Products nie posiadał wymaganego doświadczenia pozwalającego na spełnienie udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że wykonawca P. D. jako profesjonalista działający w branży, w której ubiega się o zamówienie powinien przed złożeniem stosownego oświadczenia w JEDZ upewnić się, czy swoim zachowaniem w sposób ewidentny, tak jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, nie podaje informacji sprzecznych z rzeczywistością, które wprowadzają w błąd zamawiającego, i które mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania, gdyż dotyczyły spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Informacje te podano nie tylko w treści JEDZ.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 lipca 2019 roku zamawiający wniósł o:

1) oddalenie odwołania w całości ze względu na bezzasadność przedstawianych zarzutów,

2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania;

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zawartych w treści odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający oświadczył, że uznaje za prawidłowe i podtrzymuje wskazane w treści uzasadnienia czynności podjęte w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wyposażenie systemu bezprzewodowej transmisji głosu w słuchawki jednorazowego użytku".

Odnosząc się do zarzutu przedstawionego w pkt. 1 odwołania, to jest naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art, 22b ust. lb pkt 3, art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., zamawiający podniósł,

że jak wynika z dokumentacji przedstawionej przez Pana P. D., podmiot, na którego zasoby się on powołuje, MNH Products Ltd., realizuje rocznie dostawy w liczbie około dwudziestu milionów słuchawek. Okoliczność ta wynika przede wszystkim z oświadczenia złożonego przez ten podmiot, w którym stwierdza on, że z powodzeniem przeprowadził transakcje dostawy przekraczające 500 000 sztuk w pojedynczej dostawie do jednego lub więcej klientów z sektora aviation (lotnictwa komercyjnego) i sektora turystycznego, lecz ze względu na obowiązujące go umowy o poufności nie jest w stanie udostępniać dokładnych danych ilościowych i/lub wartości finansowych, Tym samym zachodzi przyczyna o obiektywnym charakterze uniemożlwiająca wykonawcy uzyskanie innych dokumentów wskazanych w rozporządzeniu, ponieważ uniemożliwiają to warunki wiążących go umów, ponieważ każdy podmiot, który podpisałby podobną umowę, byłby związany takimi postanowieniami. Przekazując te informacje, MNH Products naruszyłby postanowienia umów wiążących go z jego kontrahentami i naraził się na odpowiedzialność z tego tytułu lub nawet utratę rynków zbytu. W ocenie zamawiającego nie można żądać od wykonawcy, aby w celu wzięcia udziału w postępowaniu naraził się na tego rodzaju odpowiedzialność a jednocześnie zamawiający nie może ograniczyć konkurencji i jego obowiązkiem jest zapewnienie możliwości ubiegania się o realizację zamówienia szerokiemu kręgowi podmiotów.

MNH Products przedstawił (z przytoczonych powyżej powodów zanonimizowaną) fakturę i dowód odbioru dostawy partii słuchawek na potwierdzenie, że usługi te są wykonywane należycie. Zamawiający nie zgodził się z tezą odwołującego, jakoby dokumenty dostawy miały dotyczyć niezidentyfikowanego towaru. Z przedłożonego kompletu dokumentów wynika jednoznacznie, że przedmiotem dostawy były słuchawki (earbuds) - faktura nr 681 opiewająca na 1 000 kartonów po 500 sztuk słuchawek PE-95 każdy.

Zamawiający przywołał wyrok KIO (497/18), że co do zasady referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie, że usługi zostały prawidłowo zrealizowane a dokument referencji służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania warunku udziału w tym postępowaniu. Nie można tym samym wymagać, aby w potwierdzającym należyte wykonanie dostawy dokumencie zawierało się dosłowne powtórzenie zapisów s.i.w.z. w szczególności jeżeli wykonawca nie jest w stanie uzyskać takiego potwierdzenia.

Zamawiający podkreślił, że wbrew stanowisku odwołującego, nie ma w tym miejscu mowy o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawca P. D. nie jest w żaden sposób uprzywilejowany. Powołując się na oświadczenie MNH Products, nie powołuje się na nowo nabyte oświadczenie a na doświadczenie wynikające z obowiązujących i realizowanych umów. Nie ma podstaw do tego, aby kwestionować to doświadczenie jako „doświadczenie potencjalne" nieistniejące jeszcze w chwili składania oferty.

Zamawiający uznał, że skoro na potwierdzenie warunku doświadczenia MNH Products powołuje się na swoje oświadczenie, w myśl poglądu wyrażonego w glosie do wyroku KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r., (Wójcik Paweł, Aktualność oświadczeń i dokumentów w świetle art, 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Glosa do wyroku KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO 707/17 Opublikowano: Temidium 2017/4/44-49), w przypadku zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. jako podstawy do kolejnego wezwania po uprzednim dokonanym w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. wykonawca może złożyć dokumenty potwierdzające stan aktualny, a nie na dzień wynikający z wcześniejszego wezwania, tym bardziej nie na dzień w którym upłynął termin składania ofert. W chwili składania oświadczenia, MNH Products dysponował już przecież wymaganym doświadczeniem, a w chwili składania oświadczenia w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 jedynie ten fakt potwierdzał, odwołując się przy tym dodatkowo do aktualnego stanu rzeczy w zakresie realizacji dostaw. Nie budzi wątpliwości, że dokumenty uzupełniane na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. mogą być wystawiane z datą bieżącą, jeżeli potwierdzają spełnianie warunku na dzień składania oferty.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt oraz art. 24 ust. 5 pkt II 5-8 ustawy P.z.p. oraz art. 26 ust. 3 w zw. z § 7 ust. 1 pkt. 2 lit. a w zw. z § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, zamawiający podniósł, że jak wynika z wyroku KIO/KU 10/19 z dnia 15 lutego 2019 r, ponowne wezwanie w trybie art, 26 ust. 3 jest wykluczone, ale tylko w sytuacji, gdy poprzednie było jasne i precyzyjne. W niniejszej sprawie pierwotne wezwanie z dnia 9 maja 2019 r. nie spełniało tego warunku, ponieważ nie wskazywało ono wyraźnie, że uzupełnienie dokumentów odnosi się także do dokumentów podmiotu, na którego zasoby wykonawca się powołuje. Dlatego też zamawiający wezwał ponownie do uzupełnienia dokumentów, w celu niedopuszczenia do sytuacji, gdy na skutek nieprecyzyjnego wezwania nazbyt formalistyczne podejście pozbawiłoby Wykonawcę możliwości przedstawienia kompletu wymaganych dokumentów. Tym bardziej, że procedura z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. dokonywana jest pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania i ewentualnego zatrzymania wadium (KIO 2018/18). Działanie zamawiającego znajduje oparcie - przykładowo - w wyroku KIO 2578/18 z dnia 2 stycznia 2019 r., zgodnie z którym „Zamawiający nie może obciążać negatywnym konsekwencjami wykonawcy, w sytuacji, gdy wystosowane przez niego wezwanie do złożenia/uzupełnienia dokumentów nie zawiera w swej treści wymogu, który wprawdzie był intencją zamawiającego, jednak nie była ona wyrażona w wezwaniu" oraz KIO 1418/12, na który powołuje się sam odwołujący - jeżeli czynność Zamawiającego jest wadliwa niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować" co też miało miejsce w niniejszej sprawie i nastąpiło pismem z dnia 7 czerwca 2019 r.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy P.z.p., zamawiający podniósł, że nie doszło do naruszenia wskazanych przepisów i zwraca uwagę, że zarzut ten nie jest w odwołaniu uzasadniony. Odwołujący wskazuje, że czynności zamawiającego godzą w zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nie wskazuje jednak na czym to naruszenie miałoby polegać. Zasada uczciwej konkurencji oznacza przede wszystkim zakaz ograniczania konkurencji w postępowaniu przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego należytej realizacji i w taki też sposób działał zamawiający, starając się dopuścić szeroki krąg wykonawców do udziału w postępowaniu. Zamawiający podkreślił, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do zawężenia kręgu wykonawców, co więcej nie podnosi tego także odwołujący.

Odwołujący nie wykazał także przypadków naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska; 2018; Wydawnictwo: C.H. Beck Wydanie: 1, komentarz do art. 7).

W odniesieniu do zarzutu nieuzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie odnoszącym się do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z powodu naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, zamawiający stwierdził, że oparł się na oświadczeniach MNH Products, po uprzednim sprawdzeniu w systemie eCertis jakie dokumenty w tym zakresie są stosowane w Zjednoczonym Królestwie. Zamawiający zaznaczył, że - jak podaje UZP - informacje zawarte w bazie danych zostały przekazane przez władze krajowe i podlegają regularnej aktualizacji.

Według informacji eCertis. w zakresie podatków w Zjednoczonym Królestwie obowiązuje oświadczenie . Podobnie
w przypadku opłacania składek i takie
też dokumenty wykonawca dostarczył, co zamawiający uznał za wystarczające.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane w pkt I-IV powyżej, w ocenie zamawiającego zarzut dotyczący przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, nie jest uzasadniony i nie ma podstaw do stosowania przepisów art. 24 ust.

1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. Trudno bowiem znaleźć w postępowaniu wykonawcy P. D. przykłady zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa ani też lekkomyślności i niedbalstwa, którymi miałby wprowadzić zamawiającego w błąd. W świetle dokumentów zebranych w postępowaniu nie ma podstaw do stwierdzenia, że wykonawca ten „w sposób ewidentny" przedstawił .informacje sprzeczne z rzeczywistością" a w szczególności do tego kwestionowania co było przedmiotem dostawy - przeczy temu powołana powyżej treść faktury a także, że nie posiadał on wymaganego doświadczenia -przeczy temu treść oświadczenia MNH Products.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca P. D. poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Odnośnie zarzutu niewykazania doświadczenia oświadczeniem podmiotu trzeciego przystępujący, powołując się na normę § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskazał iż w niniejszym stanie faktycznym wystąpiły uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze powodujące, iż wykonawca - przystępujący nie był w stanie uzyskać dokumentów innych niż te które przedstawił zamawiającemu, w szczególności uprawniony był do złożenia własnego oświadczenia.

Przystępujący wskazał, na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-01-04, KIO 2671/17, zgodnie z którym, cyt.: „treść ww. przepisu wskazuje na to, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia."

W ocenie przystępującego, za obiektywną przesłankę można uznać nie tylko tej rangi zdarzenie jak likwidacja podmiotu, dla którego realizowano zamówienie. Podnosi się w orzecznictwie, co wskazano wyżej, iż chodzi też np. o podjęcie starań i niemożność uzyskania danego dokumentu, czy danych, np. mających stanowić część wykazu dostaw, jak np. odbiorca, wartość czy daty konkretnych dostaw. W niniejszej sprawie nie doszło też do nieuzasadnionej odmowy wydania referencji. Brak dostarczenia innych dokumentów niż oświadczenie podmiotu trzeciego i referencje umieszczone na stronie internetowej, wynikają z przyczyn obiektywnych, dotyczących polityki prywatności, klauzul poufności, reguł biznesowych i zwyczajów, które dotyczą w szczególności wielkich przedsiębiorstw stanowiących kontrahentów podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołał się przystępujący, tj. firmę brytyjską MNH, a także potentatów w dziedzinie dostaw asortymentu, będącego przedmiotem niniejszego zamówienia. Olbrzymie wielkości dostaw, a także wartość tego biznesu w wydaniu tak dużych podmiotów jak MNH i jego kontrahenci, powoduje, iż zastrzega się informacje o treści kontraktów, a nawet o samym fakcie ich zawarcia, co uniemożliwia powołanie się na konkretne daty, kwoty, ilości czy firmy odbiorców dla konkretnych dostaw, po to, aby chronić swój rynek i unikać obejścia danego podmiotu przez konkurencję. Przystępujący nie jest w stanie uzyskać żadnych innych dokumentów niż te, które przedstawił i nie ze względu na brak czasu czy współpracy z podmiotem trzecim, tylko ze względu na obiektywne okoliczności, które powodują, że MNH, niewątpliwie spełniając warunek udziału w postępowaniu, nie może dostarczyć innych dowodów.

Przystępujący powołał się na treść korespondencji, którą załączył do pisma procesowego i stwierdził, że wystąpiły obiektywne przesłanki, które uniemożliwiły udostępnienie niektórych wymaganych danych przez podmiot trzeci, lecz oświadczenie wraz z treścią strony www i załączonymi tam referencjami dowodzą, iż podmiot posiada wymagane doświadczenie, tj. wykonuje wymagane dostawy w ilościach dużo wyższych niż opisane w s.i.w.z. i to przynajmniej kilka razy każdego roku, a nie tylko raz w okresie 3 lat, jak wymagał zamawiający, i że zamówienia te wykonuje w sposób nie tylko prawidłowy, lecz wręcz na bardzo wysokim i profesjonalnym poziomie. Przeciwne traktowanie tego dokumentu byłoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Przystępujący wskazał, że dowód dostawy wykonanej w terminie późniejszym niż termin składania ofert, który został zamawiającemu dodatkowo doręczony, był jedynym tego typu dokumentem, który mógł zostać wskazany przez MNH, ze względu na wiążące go klauzule poufności. Dokument ten, wbrew twierdzeniom odwołującego, potwierdza iż dotyczy on asortymentu identycznego z tym, wymaganym w niniejszym postępowaniu, i miał on jedynie na celu uzupełnić twierdzenia wskazane w oświadczeniu. MNH nie został upoważniony, mocą wiążących go klauzul poufności, do wskazania innych, podobnych dokumentów, pomimo że analogicznych dostaw dokonuje kilka razy każdego roku. Załączony dokument również musiał zostać znacząco i przymusowo zanonimizowany. Wbrew twierdzeniom odwołującego, nie jest to zatem dokument, który miałby potwierdzać jedynie potencjalne doświadczenie, ponieważ te doświadczenie, którego wymagał zamawiający, zostało wykazane oświadczeniem z dnia 31 maja 2019 r. i wskazaniem strony www z kontrahentami i referencjami.

Przystępujący stwierdził, że odwołujący dezawuuje rangę oświadczenia podmiotu trzeciego, które w istocie jednak zastępuje swoją treścią zarówno wykaz dostaw jak i dowodów potwierdzających prawidłowość ich wykonania, a w sensu largo, dowodzi wykazania wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia jako warunku udziału w postępowaniu. Oświadczenie wraz z treścią strony internetowej i zamieszczonymi tam referencjami, stanowią komplet informacji jakich potrzebował i wymagał zamawiający, pokazując iż przystępujący i podmiot trzeci spełnia warunek doświadczenia.

W ocenie przystępującego, treść ww. dowodu wskazuje na ilość i wielkość klientów MNH, a także część referencji dotyczących przedmiotu odpowiadającemu przedmiotowi niniejszego zamówienia, gdzie tacy potentaci jak TUI, VIRGIN ATLANTIC AIRWAYS, OUANTAS, EMIRATES, chwalą profesjonalizm podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołał się przystępujący.

Wskazuje się tutaj, iż ważne jest umieszczenie linka w ww. oświadczeniu. Są tam wskazani kontrahenci MNH i referencje klientów. Wynika z tego ranga tego podmiotu, jak ogromnym, będącym w światowej czołówce, jest dostawcą, i że prawidłowo wykonuje dostawy.

W ocenie przystępującego, odwołujący źle interpretuje treść oświadczenia z dnia 31 maja 2019 r., i być może nie zapoznał się z treścią strony www MNH.

Przystępujący wskazał na korespondencję załączoną do pisma procesowego, z której wynika, że MNH dostarczył ponad 500 tys. w jednej dostawie wiele (więcej niż raz w roku) razy w roku między 2016 a 2019 r. dla wielu różnych klientów.

Odnośnie zarzutu niewłaściwego wezwania do uzupełnienia dokumentów, przystępujący podniósł, że zarzut powyższy jest oczywiście bezzasadny i trudno ustalić powód, dla którego został przywołany, albowiem jak ukazują akta zamawiającego, przystępujący dostarczył w wyznaczonym terminie wszystkie wymagane dokumenty. Przystępujący w pełni popiera argumentację zamawiającego wskazaną w odpowiedzi na odwołanie.

Odnośnie zarzutu związanego z wykazaniem braku zaległości podatkowych i w składkach na ubezpieczenia społeczne przystępujący poparł w całości argumentację zamawiającego wskazaną w odpowiedzi na odwołanie.

Przystępujący wskazał na przepis art. 26 ust. 7 ustawy P.z.p., z którego wynika, że zamawiający korzysta z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis oraz wymaga przede wszystkim takich rodzajów zaświadczeń lub dowodów w formie dokumentów, które są objęte tym repozytorium.

Zgodnie z informacją Komisji Europejskiej umieszczoną na stronie internetowej, „e-CERTIS to system informacyjny, za pośrednictwem którego użytkownicy mogą sprawdzić, jakie zaświadczenia są wymagane w ramach procedur udzielania zamówień publicznych w UE. Z systemu mogą korzystać europejskie firmy, które planują wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz nabywcy publiczni, którzy muszą ocenić oferty złożone przez oferentów z różnych państw członkowskich. e-CERTIS pomaga im zrozumieć jakiego rodzaju dokumentacja jest wymagana lub została przedstawiona przez drugą stronę.

Dodatkowo przystępujący wskazał na dostarczone zamawiającemu oświadczenie MNH wskazujące na przyczynę złożenia oświadczenia, podnosząc, iż podmiot angielski orientuje się w procedurach istniejących w jego kraju, a pozyskanie oświadczenia potwierdzonego notarialnie wymagało dużego zaangażowania, którego z pewnością nie dokonywano by, gdyby nie było takiej konieczności.

Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy P.z.p., przystępujący stwierdził, że poza cytatami z orzeczeń zaprezentowanymi przez odwołującego, z którymi nie ma potrzeby polemiki, odwołanie nie zawiera ani jednej okoliczności faktycznej, która przemawiałaby za koniecznością zastosowania którejś z powyższych norm. Próżno bowiem szukać dowodu na okoliczność nieprawdziwego, czy wprowadzającego w błąd twierdzenia MNH czy przystępującego. Nawet gdyby uznać, iż nie podołano, z przyczyn formalnych, w wykazaniu pewnej okoliczności, wskazuje się na inne dowody, które wskazują, iż podmiot ten w istocie wykonywał wymagane dostawy, i oświadczenie złożone w JEDZ jest prawdziwe.

Okoliczność, iż być może nie ma satysfakcjonujących odwołującego dokumentów, które standardowo wykonawcy wskazują, nie oznacza iż nie istnieją przesłanki dla wykazania doświadczenia środkami, jakie zaprezentowano w niniejszym postępowaniu. Ewidentną okolicznością jest, iż podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się przystępujący, znajduje się w ścisłej, światowej czołówce podmiotów handlujących asortymentem wymaganym przez zamawiającego, co każe konstatować, iż nawet ewentualne uznanie za niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie może świadczyć o wprowadzeniu w błąd, bierności czy braku staranności, lecz co najwyżej o zderzeniu zasad biznesowych MNH z innymi procedurami i zwyczajami, niż u niego panujące. W związku z powyższym przystępujący wniósł jak na wstępie.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wyposażenie systemu bezprzewodowej transmisji głosu w słuchawki jednorazowego użytku.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Zgodnie z pkt IV. 1.2 s.i.w.z., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. udokumentowania należytego wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej dostawy słuchawek w jednorazowej ilości minimum 500 000 sztuk.

Zgodnie z pkt VII s.i.w.z. „Podstawy wykluczenia":

1. Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Wykonawców, wobec których zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy,

z zastrzeżeniem postanowień art. 24 ust. 7-11 ustawy.

2. Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1 - 8 ustawy, z zastrzeżeniem postanowień art. 24 ust. 8 - 9 ustawy.

Zgodnie z rozdz. VIII s.i.w.z. „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia",

5. Działając na podstawie art. 24 aa ustawy, Zamawiający dokona oceny złożonych ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia wymagania określone przez Zamawiającego i warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, poniżej wymienionych oświadczeń lub dokumentów (aktualnych na dzień złożenia) potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Zgodnie z rozdz. VIII ust. 5 pkt 3 wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć m.in.:

b) zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

c) zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Zgodnie z rozdz. VIII:

6. Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 5 ppkt 4:

1) lit. a - składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy;

2) lit. b - d - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

a) nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

b) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

Dokumenty, o których mowa powyżej, powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu ich składania, za wyjątkiem dokumentu, o którym mowa w ppkt 2 lit. a, powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem tego terminu.

Jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby, z uwzględnieniem terminów wskazanych powyżej.

7. Wykonawca mający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w odniesieniu do osoby mającej miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, której dotyczy dokument wskazany w pkt 5 ppkt 4 lit. a, składa dokument, o którym mowa powyżej w pkt 6 ppkt 1, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 6 ustawy. Jeżeli w kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie wydaje się takich dokumentów, zastępuje się go dokumentem zawierającym oświadczenie tej osoby złożonym przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na miejsce zamieszkania tej osoby. Dokument powinien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu jego złożenia.

8. W przypadku Wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych (...) Zamawiający zażąda przedstawienia dokumentów wymienionych w pkt 5 również w odniesieniu do tych podmiotów.

Termin składania ofert upłynął w dniu 18.02.2019 r. W postępowaniu złożono 5 ofert, przez następujących wykonawców:

1. P. D.
2. P. B.
3. Preemus sp. z o.o.;
4. T. B.
5. Antenna Audio Italia SRL.

W załączonym do oferty P. D. dokumencie JEDZ zawarte jest oświadczenie wykonawcy, że nie podlega on wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wykonawca P. D. wskazał w złożonej ofercie, iż powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego tj. podmiotu MNH Products w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w postaci potwierdzenia należytej realizacji zamówienia na dostawę min. 500 000 szt. słuchawek jednorazowych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający pismem z dnia 26.04.2019r. wezwał wykonawcę P. D. do złożenia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. w terminie do dnia 08.05.2019 roku. Zamawiający w przedmiotowym piśmie wezwał do złożenia:

„w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy - wykaz wykonanej nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej dostawy słuchawek w ilości jednorazowej minimum 500 000 sztuk, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta dostawa została wykonana należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawa była wykonana, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy. Wzór wykazu stanowi załącznik nr 5 do SIWZ.”

Wykonawca P. D. nie złożył wymaganych dokumentów w ww. terminie. Wobec powyższego w dniu 09.05.2019r. Zamawiający w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. wezwał do ich dostarczenia w terminie do dnia 22.05.2019 roku. Zamawiający wezwał do złożenia:

„w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy - wykaz wykonanej nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej dostawy słuchawek w ilości jednorazowej minimum 500 000 sztuk, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta dostawa została wykonana należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawa była wykonana, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy. Wzór wykazu stanowi załącznik nr 5 do SIWZ.”

Wykonawca w dniu 05.06.2019r. przedłożył następujące dokumenty:

1) oświadczenie MNH Products następującej treści:

„MNH Products potwierdza, że z powodzeniem przeprowadziliśmy transakcje dostawy przekraczające 500 000 sztuk w pojedynczej dostawie do jednego lub więcej naszych klientów z sektora aviation (lotnictwa komercyjnego) i sektora turystycznego;

Listę niektórych naszych klientów można zobaczyć pod adresem:

Ze względu na umowy poufności nie jesteśmy w stanie udostępniać dokładnych danych ilościowych i / lub wartości finansowych, ale możemy potwierdzić, że MNH przetwarza ponad 20 milionów zestawów słuchawkowych rocznie i poświadcza, że jesteśmy w stanie spełnić wymagania dostawy przedstawione w procesie udzielania zamówień.”

2) następujące dokumenty przewozowe:

Numer identyfikacyjny koperty DocuSign: CEBAA768-F2D0-4C99-B24C-793F66264C1B zawierający w części „Packing List" informację o dacie 18.04.2019r., szacowanym terminie wysyłki 31.03.2019r.;

Numer identyfikacyjny koperty DocuSign: CEBAA768-F2D0-4C99-B24C-793F66264C1B zawierający informację o odbiorze 12 palet w dniu 09.05.2019r.

Pismem z dnia 07.06.2019r. zamawiający wezwał wykonawcę P. D. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. dokumentów dotyczących podmiotu MNH Products, na zasoby którego powołuje się P. D. celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. zaświadczeń na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z powodu naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne

lub zdrowotne.

W dniu 23.06.2019r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez P. D.. Zamawiający odrzucił oferty wykonawców: Preemus sp. z o.o., Antenna Audio Italia SRL.

Pozostałe złożone oferty zamawiający ocenił w następujący sposób:

oferta P. D. - 87,78 pkt;

oferta P. B. - 85,00 pkt;

oferta T. B. - 74,57 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy P.z.p. tj. zaniechania

wykluczenia wykonawcy P. D. z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia

zainteresowania.

Jednocześnie, w myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób następujący: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. udokumentowania należytego wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej dostawy słuchawek w jednorazowej ilości minimum 500 000 sztuk (pkt IV.1.2. s.i.w.z.).

Z powyższego wynika, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu winni byli wykazać się zrealizowaniem dostawy wskazanej w pkt. IV.1.2. s.i.w.z. przed upływem terminu składania ofert. Zapis ten koreluje zresztą z art. 25a ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;

2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.

A zatem podkreślić należy, że wykonawca, który brał udział w przedmiotowym postępowaniu, winien był spełniać warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w dniu, który został wyznaczony jako dzień składania ofert, tj. w dniu 18 lutego 2019 roku.

Wykonawca P. D. (zwany dalej również „przystępującym) wraz z ofertą złożył oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przystępujący potwierdził zatem spełnianie warunku na dzień 18 lutego 2019 roku.

Jednocześnie wykonawca P. D. wskazał w złożonej ofercie, iż powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego tj. podmiotu MNH Products w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w postaci potwierdzenia należytej realizacji zamówienia na dostawę min. 500 000 szt. słuchawek jednorazowych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

W związku z tym, że oferta przystępującego została oceniona najwyżej spośród wszystkich nieodrzuconych ofert, wykonawca ten został wezwany do złożenia wykazu wykonanej nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej dostawy słuchawek w ilości jednorazowej minimum 500 000 sztuk, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta dostawa została wykonana należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawa była wykonana, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. Wzór wykazu stanowił załącznik nr 5 do s.i.w.z.

Wskazany powyżej wymóg jest spójny z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie z którym, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Informacje przedstawione przez przystępującego nie potwierdziły, że podmiot MNH Products zrealizował dostawę spełniającą warunki opisane w pkt IV.1.2. s.i.w.z. Złożone dokumenty nie zawierają informacji o wartości, dacie wykonania dostaw oraz podmiocie, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane. Wykonawca złożył jedynie dokumenty przewozowe potwierdzające informacje o dostawie nieokreślonego towaru, która to dostawa została zrealizowana w dniu 9 maja 2019 roku, a zatem już po terminie składania ofert.

Izba podkreśla, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenia zamówienia musi spełniać warunki udziału w postępowaniu w dniu, w którym składa ofertę, jak również w trakcie prowadzonego postępowania oraz w dniu udzielenia zamówienia. Potwierdza to stanowisko wyrażone w glosie do wyroku z dnia 20 kwietnia 2017 roku sygn. akt KIO 707/17 P. W., na którą powołał się zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Tymczasem wykonawca P. D., mimo że wraz z ofertą złożył oświadczenie, że podmiot MNH Products dysponuje wymaganym doświadczeniem na dzień składania ofert (18.02.2019 r.), w dalszej części postępowania jako potwierdzenie złożonego wcześniej oświadczenia, wykazał dostawę zrealizowaną dopiero w dniu 9 maja br.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, iż w dniu składania ofert wykonawca dysponował już stosownym doświadczeniem, a w chwili

składania oświadczenia w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 jedynie ten fakt potwierdzał, odwołując się przy tym dodatkowo do aktualnego stanu rzeczy w zakresie realizacji dostaw. Faktem jest, iż w obecnym stanie prawnym wykonawcy składający oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie muszą składać wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale jedynie oświadczenie, niemniej jednak, w przypadku, kiedy zostają wezwani o złożenie dokumentów, musi z nich wynikać, że wykonawca spełniał warunek na dzień składania ofert.

Argumentacja, iż dokumenty składane w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., mają być aktualne na dzień ich złożenia, dotyczy dokumentów składanych na potwierdzenie tych warunków udziału w postępowaniu, które mogą się zdezaktualizować w trakcie prowadzonego postępowania, np. warunku dotyczącego niezalegania z płaceniem podatków czy opłat z tytułu ubezpieczenia społecznego. Z natury rzeczy nie może ona dotyczyć doświadczenia, którego posiadanie należało wykazać na dzień składania ofert. Odmienna interpretacja jest równoznaczna z obejściem prawa i jako taka nie zasługuje na ochronę prawną.

W ocenie Izby, zaniechanie wykluczenia wykonawcy P. D. wypełnia przesłanki naruszenia art 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p..

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Wykonawca P. D., oświadczając, iż podmiot, na którego zasoby się powoływał, spełnia warunek udziału w postępowaniu, pomimo że nie był w stanie wykazać prawdziwości złożonego oświadczenia, dopuścił się co najmniej rażącego niedbalstwa.

Ustawa nie definiuje pojęcia „rażącego niedbalstwa", natomiast wypełniając te lukę orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej" (wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r„ sygn. akt IV CK 151/03). Jest to zatem naruszenie reguły ostrożności, wymaganej w danych okolicznościach bez wykorzystania w pełni możliwości intelektualnych przez osobę dopuszczającą się rażącego niedbalstwa. W doktrynie i orzecznictwie nie ma wątpliwości co do tego, iż za rażące niedbalstwo należy uznać działanie, odpowiadające kwalifikowanej postaci braku należytej staranności (tak: wyrok SN z dnia 25 września 2002 r. sygn. akt I CKN 969/00).

Izba podziela w pełni i uznaje za własne stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 11 stycznia 2019 roku sygn. akt KIO 2664/18 oraz w wyroku z dnia 8 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 888/17, z którego wynika, że skoro wykonawca nie składa dokumentów innych niż JEDZ na danym etapie postępowania, to tym bardziej w JEDZ muszą być zawarte precyzyjnie wszystkie informacje, które zamawiający dotychczas mógł uzyskać z innych dokumentów składanych przez wykonawców wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem odformalizowanie postępowania, nie polega na tym, że nie podaje się informacji, bądź podaje się jakiekolwiek informacje, lecz na tym polega odformalizowanie procedury, że na etapie składania JEDZ wykonawca zobowiązany jest do jasnego, precyzyjnego przedstawienia informacji, których ocena pozwoli na sprawdzenie zdolności wykonawcy i spełnienia przez niego warunków, a nie musi wykonawca na tym etapie postępowania składać dużej liczby dokumentów. Nie zmienia się bowiem sposób oceny i weryfikacji zdolności wykonawców, wszyscy muszą wykazać się spełnieniem warunków oraz w tym zakresie przedstawić stosowne zobowiązania w JEDZ, czyli JEDZ jest dokumentem kategorycznym jeżeli chodzi o wagę oświadczeń i informacji, jakie wykonawca przedstawia za jego pomocą.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazany wyżej przepis ustanawia obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że zamawiający obowiązany jest wykluczyć wykonawcę w każdym przypadku, gdy spowodował on zdarzenie, o którym mowa w artykule.

Ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. wymaga ustalenia:

1) czy przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,

2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności - niedbalstwem albo lekkomyślnością.

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż przystępujący nie dołożył należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący złożył oświadczenie co do posiadanego przez podmiot MNH Products doświadczenia, pomimo że dostawa, na którą następnie się powoływał w dniu składania oświadczenia nie była zrealizowana.

W ocenie Izby czynnościom przystępującego można przypisać co niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z wymaganiami prawnymi i formalnymi. Podkreślenia wymaga, że przystępującego, z uwagi na profesjonalny charakter jego działalności, obowiązuje podwyższona staranność, o której mowa w art. 355 § 2 K.c. Owa staranność obejmuje również czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które charakteryzuje się wysokim stopniem sformalizowania, niemniej jednak wykonawca przystępujący do takiego postępowania winien znać obowiązujące w tym zakresie przepisy i zasady z nich wynikające i stosować je przy dokonywanych czynnościach.

Nie ulega również wątpliwości, że wskazane przez przystępującego informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te miały bowiem wykazać posiadaną przez wykonawcę zdolność techniczną i zawodową, zatem decydowały o jego uczestnictwie w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia.

Odnosząc się do stanowiska MNH Products wyrażonego w złożonym oświadczeniu, iż ze względu na umowy poufności nie jest w stanie udostępniać dokładnych danych ilościowych i/lub wartości finansowych, Izba podkreśla, że ustawa P.z.p. nie dopuszcza możliwości zwolnienia wykonawcy z obowiązku podania danych, na podstawie których zamawiający ma zweryfikować, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., 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.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w s.i.w.z. określił, że wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, winien złożyć wykaz według wzoru określonego w wykonanej nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej dostawy słuchawek w ilości jednorazowej minimum 500 000 sztuk, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana. Żaden z wykonawców nie zakwestionował wskazanego postanowienia s.i.w.z. ani też nie wniósł zapytania dotyczącego jego treści. Wskazane postanowienie stało się zatem ważne obowiązujące wobec wszystkich uczestników postępowania, zarówno wobec zamawiającego, jak i wykonawców, którzy winni byli się do niego zastosować.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2). O ile wykonawca składa w postępowaniu informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest uprawniony - zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. - do złożenia zastrzeżenia, że informacje te nie mogą być udostępnianie. Muszą one jednak być znane zamawiającemu, ponieważ na ich podstawie dokonuje on oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do stanowiska przystępującego, iż z przyczyn obiektywnych nie mógł on przedłożyć dokumentów ani informacji wymaganych w postępowaniu, w związku z czym przedłożył oświadczenie MNH, Izba wskazuje, że możliwość złożenia oświadczenia zamiast dokumentu - zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów - dotyczy tych

sytuacji, gdy wykonawca z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w

stanie uzyskać dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy. Niezależnie od powyższego, wykonawca w każdym przypadku jest obowiązany złożyć zamawiającemu wykaz

zrealizowanych dostaw wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane.

W związku z uwzględnieniem powyższego zarzutu, Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy P.z.p. w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy P. D., pomimo że nie załączył dowodów należytego wykonania dostawy. Zarzut ten został bowiem podniesiony ewentualnie, wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego wyżej.

Izba pominęła podnoszoną na rozprawie argumentację dotyczącą wykazania, że doświadczenie w dostawach zestawów słuchawkowych ma inny podmiot niż wskazany w ofercie, tj. MNH SCS nie zaś MNH Products, oraz że to MNH SCS zrealizował dostawę z dnia 9 maja 2019 roku. Izba podkreśla, że zarzut dotyczący braku tożsamość podmiotów wskazanych w ofercie oraz faktycznie realizujących dostawę i posiadających doświadczenie nie był podniesiony we wniesionym odwołaniu. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 7 ustawy P.z.p, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący nieuzupełnienia zaświadczeń na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z powodu naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne Zamiast ww. zaświadczeń wykonawca P. D. załączył oświadczenie podmiotu MNH Products zamiast zaświadczeń z odpowiednich organów państwowych.

Odwołujący podniósł, że w Wielkiej Brytanii istnieje możliwość uzyskania Certyfikatu Zgodności od Służb Skarbowych i Celnych JKM (HM Revenue and Customs)

potwierdzającego, że firma jako pracodawca należycie wywiązuje się ze swojego obowiązku płacenia podatków i składek na państwowe ubezpieczenie obowiązkowe (National Insurance), które w Wielkiej Brytanii obejmują zarówno składki na ubezpieczenie społeczne, jak i zdrowotne. Wobec powyższego istnieje w Wielkiej Brytanii odpowiednik zaświadczenia ZUS i US i jest nim Świadectwo Zgodności wydawane przez Urząd Skarbowy i Celny Jej Królewskiej Mości (Certificate of Compliance HM Revenue & Customs). Zamawiający zaniechał zweryfikowania informacji przekazanych przez P. D. i błędnie przyjął oświadczenia MNH Products jako wystarczające do stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia. Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający swoim zaniechaniem naruszył dyspozycję § 7 ust. 1 pkt. 2 lit. a w zw. z art. § 5 pkt. 2 i 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że oparł się na oświadczeniach MNH Products, po uprzednim sprawdzeniu w systemie eCertis, jakie dokumenty w tym zakresie są stosowane w Zjednoczonym Królestwie. Zaznaczył, że - jak podaje UZP - informacje zawarte w bazie danych zostały przekazane przez władze krajowe i podlegają

regularnej aktualizacji. Według informacji eCertis. w zakresie podatków w Zjednoczonym Królestwie obowiązuje oświadczenie ,
podobnie w przypadku opłacania składek

i takie też dokumenty wykonawca
dostarczył, co zamawiający uznał za wystarczające.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

W myśl art. 24 ust. 6 ustawy P.z.p, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p., czemu dał wyraz w rozdz. VII ust.

2 s.i.w.z.

Zgodnie z art. 26 ust. 7 ustawy P.z.p., zamawiający korzysta z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis oraz wymaga przede wszystkim takich rodzajów zaświadczeń lub dowodów w formie dokumentów, które są objęte tym repozytorium.

Źródłem wskazanego wyżej przepisu jest art. 61 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: dyrektywa), zgodnie z którym instytucje zamawiające korzystają z systemu e-Certis i wymagają przede wszystkim takich rodzajów zaświadczeń lub dowodów w formie dokumentów, które są objęte e-Certis. Jednocześnie - w myśl ust. 1, w celu ułatwienia zamówień transgranicznych państwa członkowskie zapewniają stałą aktualizację informacji dotyczących zaświadczeń i innych rodzajów dowodów w formie dokumentów wprowadzanych do systemu e-Certis stworzonego przez Komisję.

Jakkolwiek Izba zgadza się co do zasady ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku z dnia 27 kwietnia 2017 roku sygn. akt KIO 727/17, że system e-Certis nie jest źródłem prawa i nie korzysta z zasady domniemania prawdziwości zamieszczonych w nim informacji, zwrócić należy uwagę, iż zarówno przepis art. 61 ust. 2 dyrektywy, jak i art. 26 ust. 7 ustawy P.z.p. nakładają na instytucje zamawiające obowiązek korzystania z systemu e-Certis. Wynika to z

zawartych we wskazanych przepisach sformułowań: „zamawiający korzysta" i „instytucje zamawiające korzystają". Taka redakcja wskazanych przepisów nie pozwala zamawiającym na odstąpienie od skorzystania z informacji zawartych w systemie. Wzmocnieniem takiego stanowiska jest dalsza treść wskazanych przepisów, z których wynika, że zamawiający wymagają przede wszystkim takich rodzajów zaświadczeń lub dowodów w formie dokumentów, które są objęte e-Certis. Sformułowanie „przede wszystkim" należy odczytywać jako „najpierw", „w pierwszej kolejności", „przed wszystkimi innymi". Oznacza to dla zamawiającego obowiązek uwzględnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich dokumentów, o jakich jest mowa we wskazanym repozytorium.

Jakkolwiek przepis art. 26 ust. 7 ustawy P.z.p. adresowany jest do instytucji zamawiających, jest on także podstawową wskazówką dla wykonawców w zakresie tego, jakie dokumenty będą w postępowaniu respektowane. W tym zakresie należy przypomnieć, że - zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - przepisy ustawowe, stanowiące transpozycję dyrektywy do prawa krajowego, muszą być na tyle jasne i precyzyjne, by zainteresowani byli w stanie poznać w pełni swoje prawa i ewentualnie powołać się na nie przed sądami krajowymi (wyrok z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-474/08 Komisja przeciwko Belgii). W rozpoznawanym przypadku warunek ten będzie spełniony, jedynie wówczas, gdy wskazany przepis będzie interpretowany zgodnie z jego literalnym brzmieniem, które nie pozostawia wątpliwości co do obowiązku jego stosowania przez zamawiającego. Odmienna interpretacja stwarzać będzie sytuację niepewności po stronie wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym naruszy wymóg pewności prawa, o którym mowa w pkt. 2 preambuły dyrektywy.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że stosownie do § 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (Dz. U. poz. 1126 ze zm.) zamawiający może żądać następujących dokumentów:

2) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

3) zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

W myśl § 7 ust 1 rozporządzenia, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 5:

2) pkt 2-4 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

a) nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

b) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

3. Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby.

Z powyższego wynika, iż dokumentem potwierdzającym brak przesłanki wykluczenia w postaci zalegania z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne może być dokument zawierający oświadczenie wykonawcy w sytuacji, gdy w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się stosownych zaświadczeń. Sformułowanie „nie wydaje się dokumentów" nie może być wszakże

interpretowane wyłącznie jako brak możliwości otrzymania dokumentu, ale obejmuje także

przypadki, gdy dokumenty takie są co do zasady wydawane, ale nie obejmują wszystkich okoliczności, które należy udowodnić w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wniosek taki wynika z treści art. 60 ust. 2 zdanie drugie dyrektywy, zgodnie z którym, w przypadku gdy państwo członkowskie lub państwo trzecie nie wydaje takich dokumentów lub zaświadczeń bądź gdy nie obejmują one wszystkich przypadków określonych w art. 57 ust. 1 i 2 oraz w art. 57 ust. 4 lit. b, można je zastąpić oświadczeniem złożonym pod przysięgą lub, w państwach członkowskich lub państwach trzecich nieposiadających przepisów o oświadczeniach pod przysięgą, uroczystym oświadczeniem złożonym przez zainteresowaną osobę przed właściwym organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, albo właściwym organem zawodowym lub branżowym w państwie członkowskim lub w państwie pochodzenia wykonawcy lub w państwie, w którym ma on siedzibę.

Odwołujący w rozpoznawanym przypadku podniósł, że w Wielkiej Brytanii istnieje możliwość uzyskania zaświadczenia dotyczącego braku zaległości we wskazanych wyżej podatkach i opłatach i jest nim Świadectwo Zgodności wydawane przez Urząd Skarbowy i Celny Jej Królewskiej Mości (Certificate of Compliance HM Revenue & Customs). Niemniej jednak odwołujący nie przedstawił żadnej dodatkowej argumentacji ani też dowodów na potwierdzenie, że zakres informacji wskazanych w tego rodzaju świadectwie jest zgodny z informacjami wymaganymi w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać należy, że to na odwołującym spoczywał obowiązek wykazania faktu, z którego wywodził korzystne dla siebie skutki prawne. Wobec braku jakichkolwiek innych danych poza lakoniczną informacją zawartą w odwołaniu Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Izba odrzuciła zarzut dotyczący ponownego wezwania wykonawcy P. D. do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Zamawiający ponownie, drogą elektroniczną, wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów w dniu 7 czerwca 2019 roku. W związku z tym, że wartość przedmiotowego zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p., termin do wniesienia odwołania na tę czynność upływał w dniu 17 czerwca 2019 roku. Zgodnie bowiem z art. 182 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Odwołanie na wskazaną czynność zostało wniesione w dniu 24 czerwca 2019 roku, a zatem z uchybieniem terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., Izba

odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Tym samym wskazany zarzut podlegał odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.