Sygn. akt: KIO 3066/20

WYROK

z dnia 14 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2020 r. przez wykonawcę
e-Instytucja.pl Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Olszewo-Borki**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **e-Instytucja.pl Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **e-Instytucja.pl Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Ostrołęce.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 3066/20

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

Gmina Olszewo-Borki, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja, dostawa i wdrożenie systemów informatycznych oraz uruchomienie e-usług publicznych z dostawą niezbędnego sprzętu w ramach realizacji projektu „Elektroniczne usługi publiczne dla mieszkańców gminy Olszewo-Borki"*w podziale na części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 kwietnia 2020 r. pod numerem 529341-N-2020.

W dniu 23 listopada 2020 r. wykonawca e-Instytucja.pl Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie części 1 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie względem Odwołującego, pomimo że Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, ani też nie przedstawił jakichkolwiek informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd; wyłącznie z ostrożności procesowej, gdyby KIO uznała brak naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp, Odwołujący podnosił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie bowiem nawet, jeśli Zamawiający podtrzymuje swe błędne twierdzenie, jakoby Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, to powinien był umożliwić Odwołującemu przedstawienie podjętych środków eliminujących takie działania w przyszłości a następnie rozważyć wyjaśnienia i dowody przedłożone przez Odwołującego; art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zakresie części 1 zamówienia: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą; dalszego badania oferty Odwołującego z uwzględnieniem wyjaśnień i dowodów przedstawionych dotychczas w postępowaniu, jak również ewentualnie ujawnionych w ramach postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazywał, że w celu wykazania zdolności finansowej w wysokości 500.000 zł posłużył się zdolnością podmiotu trzeciego przedkładając opinię bankową z dnia 18 marca 2020 r., dalej jako „marcowa opinia bankowa", z której wynika, że podmiot ten posiada zdolność kredytową do wymaganej wysokości. Podobnie wynika z treści drugiej opinii bankowej z 15 lipca 2020 r., dalej jako „lipcowa opinia bankowa". Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia oryginału marcowej opinii bankowej, bowiem wystawił ją bank BGŻ BNP Paribas Oddział Centrum Biznesowe MSP w Katowicach, a nie BNP Paribas (jako właściwy po wcześniejszych przekształceniach tego banku).

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie wyjaśnił, że nie jest właścicielem oryginału marcowej opinii bankowej, dokument dotyczy podmiotu trzeciego na zasobach którego Odwołujący polega. Odwołujący w dacie wezwania dokonanego przez Zamawiającego nie był w posiadaniu oryginału marcowej opinii bankowej, ale poczynił wszelkie starania, aby przekazać Zamawiającemu właściwy dokument, tj. dokument umożliwiający potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z uwagi na stan pandemii, podmiot trzeci na zasobach którego Odwołujący polega, pomimo podjętych starań, nie był w stanie odebrać oryginału dokumentu z banku, niemniej w odpowiedzi na prośbę tego podmiotu, bank wystawił i przekazał nowy dokument - lipcową opinią bankową, z poprawną pieczęcią banku.

Pomimo że Odwołujący udzielił wyjaśnień Zamawiającemu i przekazał mu lipcową opinię bankową z której wynika, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu, a tym samym zarzucił Odwołującemu, że ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że 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. Zamawiający nie określił, jaka informacja dotycząca spełnienia warunku w zakresie zdolności finansowej była nieprawdziwą, wprowadzającą Zamawiającego w błąd, mogącą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zamawiający nie skonkretyzował, co do których podstaw wykluczenia Odwołujący rzekomo wprowadził Zamawiającego w błąd (co do warunków udziału wydaje się klarowne, że chodzi o zdolność finansową).

Istotą sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym jest rozumienie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego nie jest możliwym zastosowanie tych norm w stosunku do wykonawcy, który wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił jakiejkolwiek informacji, która mogłaby wprowadzić w błąd Zamawiającego co do istniejących faktów. Co więcej, za pomocą lipcowej opinii bankowej Odwołujący jednoznacznie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej, co Zamawiający pomija. To, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu jest faktem, a tym samym bez znaczenia jest ustalenie, dlaczego marcowa opinia bankowa została wystawiona na nieaktualnym papierze firmowym, czy ze wskazaniem w jej treści poprzedniej nazwy banku, skoro ten sam bank wydał w lipcu zaświadczenie, że w ówczesnej dacie podmiot trzeci, na którego zasoby Odwołujący się powołuje, posiadał wymaganą zdolność kredytową.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, wątpliwym jest, aby podstawą wezwania do złożenia oryginału dokumentu mogła być jego treść tj. wskazanie uprzedniej nazwy banku. Zamawiający w takiej sytuacji mógł wezwać Odwołującego do złożenia - na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - wyjaśnień, względnie do przedłożenia nowego dokumentu. §15 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 roku Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie dawał w tych okolicznościach sprawy możliwości na dokonanie wezwania do złożenia oryginału dokumentu.

Odwołujący wskazywał również, że w prowadzenie postępowania zaangażowany jest Inżynier Kontraktu, który realizuje obecnie wiele bliźniaczych projektów w regionie warmińsko-mazurskim. Co istotne, w sprawie to fakt, że inny Zamawiający - Powiat Działdowski, którego wspiera ten sam Inżynier Kontraktu, również wystosował zapytanie w analogicznej sprawie (wyjaśnienia nazwy banku), przy czym podmiot, na którego zasobach finansowych polega Odwołujący przekazał do tego zamawiającego (Powiatu Działdowskiego) oryginał lipcowej opinii bankowej. Wydaje się mało prawdopodobnym, aby Inżynier Kontraktu nie posiadał tejże wiedzy, na temat miejsca, w którym znajduje się oryginał lipcowej opinii bankowej i że nie ma wątpliwości, że jako wykonawca spełniamy warunki udziału, w szczególności w zakresie zdolności finansowej. Na marginesie Odwołujący wskazywał, że Zamawiający próbował już odrzucić jego ofertę, w lipcu br., z powodu rzekomo rażąco niskiej ceny, co po złożeniu odwołania zostało uznane za pozbawione podstaw faktycznych i prawnych (wyrok Izby z dnia 27 sierpnia 2020 r., KIO 1704/20).

Pismem z dnia 10 listopada 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości i wskazując, że Odwołujący na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej złożył dokument wystawiony przez Bank BGŻ BNP Paribas SA Oddział Centrum Biznesowe MSP w Katowicach, który w dniu wystawienia przedmiotowego dokumentu nie istniał. BNP Paribas Bank Polska Spółka Akcyjna po dokonaniu weryfikacji kopii dokumentu potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Odwołującego, złożonego przez Odwołującego w postępowaniu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, datowanego na dzień 18.03.2020 r. nie potwierdził jego autentyczności. W związku z tym, nie można uznać za prawdziwe informacje, które zostały przedstawione w dokumencie, jakim jest informacja banku, któremu autentyczności zaprzecza Bank. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący nie złożył oryginału informacji banku z dnia 18.03.2020 r. Natomiast na wezwanie Zamawiającego dotyczące złożenia oryginału informacji banku z dnia 18.03.2020 r. w związku z wątpliwością co do prawdziwości tegoż dokumentu, Odwołujący przedstawił inny (nowy) dokument, jakim jest nowa informacja banku wystawiona przez BNP Paribas Bank Polska Spółka Akcyjna. W kontekście złożenia nieprawdziwych informacji nie ma znaczenia, czy Odwołujący, posługując się następnie prawdziwymi informacjami, obiektywnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, ponieważ w takim przypadku nie ma możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,
w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego wraz z dokumentami przedstawionymi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, pisma z BNP Paribas Bank Polska S.A. z dnia 8 listopada 2020 r. adresowanego do Zamawiającego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 grudnia 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest modernizacja, dostawa i wdrożenie systemów informatycznych oraz uruchomienie e-usług publicznych z dostawą niezbędnego sprzętu w ramach realizacji projektu „Elektroniczne usługi publiczne dla mieszkańców gminy Olszewo-Borki". Zamówienie jest podzielone na części: Część 1. Modernizacja, dostawa i wdrożenie systemów informatycznych oraz uruchomienie e-usług publicznych z dostawą niezbędnego sprzętu, Część 2. Dostawa sprzętu komputerowego.

Zgodnie z pkt 5.2.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ" w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej dla części 1 Zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 500 000 zł. Na potwierdzenie powyższego należało złożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość

posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert w zakresie określonym przez Zamawiającego dla poszczególnych części zamówienia, na które wykonawca składa ofertę (pkt 6.7.3 SIWZ).

Zgodnie z pkt 5.8 SIWZ wykonawca mógł w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych, na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do 20 kwietnia 2020 r., ofertę w zakresie części 1 złożył m.in. Odwołujący, który w pkt 22 formularza ofertowego oświadczył, że wszystkie informacje podane w ofercie oraz w oświadczeniach i dokumentach złożonych wraz z ofertą są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji. Odwołujący do oferty załączył m.in. zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia w zakresie zdolności finansowej.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący przedstawił m.in. potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię opinii bankowej z dnia 18 marca 2020 r., wystawioną przez Bank BGŻ BNP Paribas Oddział Centrum Biznesowe MSP w Katowicach, z której wynika, że podmiot trzeci posiada zdolność kredytową do wymaganej wysokości.

Pismem z dnia 13 października 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia oryginału marcowej opinii bankowej. Zamawiający wskazał, że złożona przez wykonawcę kopia dokumentu – informacja banku budzi wątpliwości co do jej prawdziwości, bowiem zgodnie z wiedzą Zamawiającego w dniu wydania przez bank informacji potwierdzającej zdolność kredytową nie istniał bank o nazwie Bank BGŻ BNP Paribas S.A.

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący nie złożył oryginału dokumentu, tylko przedłożył poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię opinii bankowej z 15 lipca 2020 r. Dodatkowo wyjaśnił Zamawiającemu, że *na umieszczenie poprzedniej nazwy banku na dokumencie nie mieliśmy jako wykonawca jakiegokolwiek wpływu. (…) Z ostrożności wyjaśniamy jednocześnie, że po pierwsze nie jesteśmy autorem dokumentu pierwotnie złożonego na wezwanie Zamawiającego, stąd nie mamy możliwości wiążącego udzielenia wyjaśnienia okoliczności wystawienia przez Bank tego dokumentu. Wg naszego przypuszczenia opartego o doświadczenie życiowe, pierwotnie złożony Zamawiającemu dokument obarczony był najpewniej oczywistą omyłką będącą najprawdopodobniej wynikiem błędu ludzkiego. Po wtóre wyjaśniamy, że nie jesteśmy w stanie przedłożyć oryginału tego dokumentu w postaci papierowej, albowiem posiadamy wyłącznie postać elektroniczną (PDF) dokumentu, bowiem o dokument w takiej postaci wystąpiliśmy. Oryginał dokumentu został nam wyłącznie okazany w Banku wydającym.*

Pismem z dnia 22 października 2020 r. Zamawiający zwrócił się do BNP Paribas Bank Polska S.A. z prośbą o weryfikację opinii bankowej z dnia 18 marca 2020 r. złożonej przez Odwołującego i *udzielenie odpowiedzi, czy przedmiotowe zaświadczenie zostało wystawione przez Państwa Bank i czy osoby podpisujące przedmiotowy dokument były do tego uprawnione.*

W odpowiedzi na powyższe BNP Paribas Bank Polska S.A. pismem z dnia 8 listopada 2020 r. poinformował Zamawiającego, że *po dokonaniu weryfikacji przedstawionego dokumentu datowanego na dzień 18.03.2020 r. nie potwierdza jego autentyczności.*

W dniu 16 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp podnosząc, że *w toku badania oferty, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomiczno-finansowej Wykonawca e-Instytucja.pl przedstawił opinię bankową z dnia 18 marca 2020 r. poświadczoną za zgodność z oryginałem przez osobą uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy. Z treści złożonego dokumentu wynika, że przedmiotowa opinia została wystawiona przez bank BGŻ BNP Paribas Oddział Centrum Biznesowe MSP w Katowicach. W dniu 18 marca 2020 r. bank taki nie istniał, gdyż wcześniej doszło do przekształceń i jego nazwa brzmi: BNP Paribas Bank Polska S.A. Po skierowaniu przez Zamawiającego wezwania do przesłania oryginalnego przedmiotowego dokumentu Wykonawca e-Instytucja.pl Sp. z o.o. wyjaśnił, że Wykonawca nie jest autorem złożonego dokumentu, a więc nie ma możliwości wiążącego udzielenia wyjaśnienia okoliczności wystawienia przez bank tego dokumentu. W złożonych wyjaśnieniach, Wykonawca przedstawił swoje przypuszczenie oparte na doświadczeniu życiowym, że złożony Zamawiającemu dokument obarczony był najpewniej oczywistą omyłką będącą najprawdopodobniej wynikiem błędu ludzkiego. Dodatkowo, Wykonawca nie przedstawił oryginału opinii bankowej z dnia 18 marca 2020 r., którą złożył Zamawiającemu w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem i wyjaśnił, że „nie jesteśmy w stanie przedłożyć oryginału tego dokumentu w postaci papierowej, albowiem posiadamy wyłącznie postać elektroniczną (PDF) dokumentu, bowiem o dokument w takiej postaci wystąpiliśmy. Oryginał dokumentu został nam wyłącznie okazany w Banku wydającym." Mając na uwadze powyższe, w związku z tym, że Wykonawca e-Instytucja.pl Sp. z o.o. nie przedstawił wymaganych przez Zamawiającego dokumentów i nie jest w stanie przedstawić wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, co potwierdził w swoich wyjaśnieniach, Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, przedstawiona przez Wykonawcę kopia dokumentu opinii bankowej z dnia 18 marca 2020 r. potwierdzona za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy wydana przez nieistniejący bank oraz brak możliwości przedstawienia przez Wykonawcę oryginału dokumentu opinii bankowej uzasadnia przyjęcie za wiarygodne, że Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że 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.*

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej

w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. wykonawcę Sputnik Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu. Izba wskazuje, że przystąpienie zostało podpisane przez p. M. G., a do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego ww. wykonawcy został załączony wydruk z Krajowego Rejestru Sądowego, z którego wynika, że p. M. G. nie jest osobą uprawnioną do jednoosobowej reprezentacji podmiotu. Izba ustaliła, że do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego nie zostało załączone pełnomocnictwo dla p. M. G., choć zostało wymienione jako załącznik do pisma.

W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r/ w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1296), w przypadku braku dokumentu pełnomocnictwa podlegają one uzupełnieniu jedynie w zakresie odwołania (§ 9). W odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu, co wielokrotnie już znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 14.05.2015 sygn. akt KIO 822/15). Zarówno ustawa jak ww. rozporządzenie wskazują bezpośrednio na wniesienie odwołania, zgłoszenie przystąpienia oraz na pisma przesyłane w sprawie (§5, §8) podkreślając inny reżim w zakresie skutecznego sposobu ich wniesienia. Brak możliwości uzupełnienia pełnomocnictwa w przypadku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego na podstawie obowiązujących przepisów nie uprawnia wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego do skutecznego uzupełnienia dokumentów na posiedzeniu z udziałem stron (bądź rozprawie). Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w rozpoznawanej sprawie zostało złożone w postaci elektronicznej zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, niemniej do dokumentu nie zostało załączone pełnomocnictwo do działania w imieniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego. W związku z powyższym Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. wykonawcę Sputnik Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na oddalenie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, zgodnie z którymi 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 (pkt 16); – 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 (pkt 17).

Odnosząc się do przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp Izba wskazuje, że należy wykazać, iż wykonawca miał wprowadzić zamawiającego w błąd; wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Ustawodawca wymaga więc wykazania, iż działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślą lub rażące niedbalstwo i choć nie definiuje pojęcia ,,rażącego niedbalstwa", to zasadne wydaje się posiłkowanie się orzecznictwem Sądu Najwyższego. Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03 *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*. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2002 r., sygn. akt I CKN 969/00, wskazał, że wykładnia pojęcia rażącego niedbalstwa powinna uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej staranności w przewidywaniu skutków. W opinii Sądu można art. 355 KC stosować porównawczo przy ocenie, czy określone zachowanie odpowiada cechom rażącego niedbalstwa. Porównanie bowiem przepisu art. 355 KC z przepisami KC, w których występuje pojęcie ,,rażącego niedbalstwa" wskazuje na to, „że rażące niedbalstwo to coś więcej niż brak zachowania zwykłej staranności w działaniu. Wykładnia tego pojęcia powinna zatem uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej lub podwyższonej staranności w przewidywaniu skutków działania. Chodzi tu o takie zachowanie, które graniczy z umyślnością.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania Izba uznała, że działaniu Odwołującego można przypisać co najmniej rażące niedbalstwo przejawiające się w naruszeniu podstawowych reguł postępowania przetargowego, do których zobowiązani są wykonawcy decydujący się na udział w przetargu publicznym. Działanie Odwołującego w postaci złożenia dokumentu – opinii bankowej, której autentyczność nie została przez bank potwierdzona należy ocenić negatywnie. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości i czy przedłożone dokumenty są prawdziwe (wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17). To na podstawie przedstawionych przez wykonawców w postępowaniu o zamówienie dokumentów następuje bowiem decyzja zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej (wyrok z dnia 4 maja 2017 r. sygn. akt KIO 734/17).

Ponadto, Izba wielokrotnie podkreślała brak możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej, mającej wpływ na wynik postępowania, informacją prawdziwą (wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r. sygn. akt 2003/17). Nie ulega wątpliwości, że omówione przesłanki wykluczenia mają na celu ochronę uczciwej konkurencji podczas ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz sprzyjają wykonawcom zachowującym należytą staranność w toku postępowania o udzielenie zamówienia i chronią ich przed konsekwencjami nieprofesjonalnego lub nierzetelnego zachowania konkurencji, zatem na szczególną uwagę zasługuje zalecenie Izby wskazane w wyroku z 14 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1085/17, że okres przeznaczony na opracowanie oferty, czyli od opublikowania lub zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu do upływu terminu na składanie ofert powinien być wykorzystany przez wykonawcę nie tylko do sporządzenia i złożenia oferty, ale także do sprawdzenia czy podawane informacje są rzetelne.

Tym samym, Izba uznała, że Odwołujący wprowadził w błąd Zamawiającego, przedkładając poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię opinii bankowej, której oryginał, jak sam twierdzi widział w placówce banku, oświadczając w piśmie z dnia 16.10.2020 r., że *Oryginał dokumentu został nam wyłącznie okazany w Banku wydającym*, co pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem wystawcy dokumentu BNP Paribas Bank Polska Spółka Akcyjna, który po dokonaniu jego weryfikacji nie potwierdził jego autentyczności.

Zachowanie Odwołującego wyczerpuje również przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Powyższe bowiem działanie wykonawcy stanowi niewątpliwe przekazanie Zamawiającemu informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w toku postępowania przetargowego. Spełniony również został element zawinienia, gdyż Izba, jak zostało wskazane powyżej, uznała, że działaniu wykonawcy można przypisać co najmniej rażące niedbalstwo.

Odnosząc się zaś do postawionego z ostrożności procesowej zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, Izba uznała, że nie w każdym przypadku należy umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów potwierdzających podjęcie środków naprawczych, pamiętając, że czynności naprawcze powinny być podjęte jeszcze przed terminem weryfikacji wiarygodności. Ustawodawca nie wprowadził bezwzględnego obowiązku zamawiającego wezwania wykonawcy do przedstawienia dowodów. W niniejszej sprawie szczególną okolicznością uzasadniającą zwolnienie Zamawiającego z tej powinności było posłużenie się przez Odwołującego opinią bankową, której autentyczności bank nie potwierdził.

Izba uznała dalej, że Zamawiający miał prawo skierować do Odwołującego wezwanie do złożenia oryginału lub potwierdzonej notarialnie kopii opinii bankowej w trybie §15 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282). Zgodnie z ww. przepisem, Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w rozporządzeniu, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. Zatem, aby skierować wezwanie wystarczającym jest ustalenie, że określona kopia jedynie „budzi wątpliwości" co do prawdziwości.

Zdaniem Izby, wobec wiedzy Zamawiającego, którą Zamawiający posiadł z ogólnie dostępnych informacji, a także w związku z informacją wniesioną do Zamawiającego od innego wykonawcy, że w dniu wydania opinii bankowej nie istniał bank o nazwie Bank BGŻ BNP Paribas S.A., Zamawiający był uprawiony do skierowania takiego wezwania do Odwołującego. W sytuacji, gdy z kopii dokumentu złożonego przez Odwołującego wynikało, że dokument został wystawiony przez nieistniejący podmiot, nie sposób twierdzić, że Zamawiający nie miał prawa do powzięcia wątpliwości co do prawdziwości złożonej mu kopii. Izba doszła więc do przekonania, że w analizowanej sprawie odpadł obowiązek wezwania Odwołującego w trybie art. 24 ust. 8 do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Jak wskazano powyżej, podanie informacji nieprawdziwej, mającej wpływ na wynik postępowania, nie podlega konwalidacji poprzez umożliwienie złożenia informacji prawdziwej.

Równocześnie Izba wskazuje na bezpodstawne powoływanie się przez Odwołującego na wiedzę podmiotu świadczącego usługę inżyniera kontraktu, jako strony mogącej potwierdzić lub zaprzeczyć spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Podmiotem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy też brak podstaw do wykluczenia jest wykonawca i to na nim ciąży obowiązek udowodnienia Zamawiającemu, że jest podmiotem wiarygodnym i zdolnym do zrealizowania przedmiotu zamówienia poprzez spełnienie warunków udziału w postępowaniu, czy też brak podstaw do wykluczenia. To Odwołujący, jako podmiot profesjonalny, winien posiadać tę wiedzę, a nie inżynier kontraktu.

Irrelewantne dla niniejszego postępowania odwoławczego jest również twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający próbował już odrzucić jego ofertę, skoro Izba w wyroku z dnia 27 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1704/20, nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 zamówienia i odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w ramach części 1 zamówienia, co też Zamawiający uczynił.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, należy wskazać, że jest to zarzut niezasadny już przez sam fakt, że przywołany przepis można naruszyć poprzez udzielenie zamówienia (zawarcie umowy), co w rozpatrywanej sprawie na dzień orzekania nie miało miejsca. W konsekwencji, w ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazywanych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 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).

Przewodniczący: ……..……..