

WYROK

z 13 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 13 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 lipca 2020 r. przez E. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F. U. E. E. W. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz której postępowanie prowadzi Poczta Polska S.A. Biuro Zamówień Dział Zamówień Terenowych Zachód z siedzibą w Poznaniu,

orzeka:

1. Uwzględnić zarzut nr 1 odwołania oraz uwzględnić zarzut nr 3 odwołania w zakresie dotyczącym naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843).
2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.
3. Nakazuje Zamawiającemu:
 - 3.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach części 5 postępowania,
 - 3.2 unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą w ramach części 5 tego postępowania,
 - 3.3 przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert w ramach części 5 postępowania, w tym z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz której postępowanie prowadzi Poczta Polska S.A. Biuro Zamówień Dział Zamówień Terenowych Zachód z siedzibą w Poznaniu i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - E. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F. U. E. E. W. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2 zasądza od Zamawiającego - Poczty Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie w imieniu

i na rzecz której postępowanie prowadzi Poczta Polska S.A. Biuro Zamówień Dział Zamówień Terenowych Zachód z siedzibą w Poznaniu na rzecz Odwołującego - E. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą F. U. E. E. W. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

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

Sygn. akt KIO 1653/20

Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz której postępowanie prowadzi Poczta Polska S.A. Biuro Zamówień Dział Zamówień Terenowych Zachód z siedzibą w Poznaniu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Doręczenie i odbiór paczek pocztowych i przesyłek kurierskich na terenie województwa łódzkiego (podział na 12 części)”, numer: BZA.DTZ.2600.81.2020, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 062-149568. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

20 lipca 2020 r. Odwołujący E. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą F. U. E. E. W. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (Dalej: Odwołujący), wniosła odwołanie, w którym zaskarżyła niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia przez złożenie dokumentu z Krajowego Rejestru Karnego (dalej: KRK), który w sposób jednoznaczny nie potwierdzał braku podstaw do wykluczenia;
2. § 15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282, dalej: Rozporządzenie), przez nieuznanie za prawidłową złożonej przez Odwołującego potwierdzonej notarialnie za zgodność z oryginałem kopii zaświadczenia o niekaralności z KRK;
3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez podjęcie względem Odwołującego działań przeczących zasadzie równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z 10 lipca 2020 r. polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania;
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

Odwołujący wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Odwołanie dotyczy postępowania w zakresie części 5 przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Oferta złożona przez Odwołującego w zakresie części 5 (Łódź rejon 14) i 12 (Andrespol) została oceniona najwyżej, a w konsekwencji została wybrana jako najkorzystniejsza. Pismem z 26 maja 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia w terminie do 5 czerwca 2020 r. aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zakresie braku podstaw wykluczenia:

- a) informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert,
- b) oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie tych należności,
- c) oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

W odpowiedzi Odwołujący złożył oświadczenia, których mowa w pkt b i c. W zakresie informacji z KRK Odwołujący wniósł o przedłużenie terminu, do złożenia ww. dokumentu z uwagi na niemożność jego uzyskania w wyznaczonym terminie z przyczyn niezależnych od Odwołującego, a związanych z ograniczonym funkcjonowaniem Punktu Informacyjnego Krajowego Rejestru Karnego przy Sądzie Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim z powodu wprowadzonego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii COVID-19.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego wskazał, że w wyznaczonym terminie nie złożył on wymaganych oświadczeń oraz dokumentów. Odwołujący podkreślił przy tym, że w terminie do 5 czerwca 2020 r. przekazał wymagane oświadczenia, natomiast wniósł o przedłużenie terminu do złożenia informacji z KRK.

W konsekwencji Zamawiający wydłużył termin do złożenia dokumentu w postaci zaświadczenia z KRK do 15 czerwca 2020 roku.

15 czerwca 2020 r. Odwołujący złożył w postaci elektronicznej przez Platformę SmartPZP (dalej: Platforma) wymaganą przez Zamawiającego informację z KRK. Dokument w postaci zaświadczenia o niekaralności miał postać jednostronicowego dokumentu, natomiast przy przesyłaniu ww. dokumentu przez Platformę został utworzony dwustronicowy dokument. Odwołujący nie miał możliwości wykonania podglądu dokumentu przesłanego przez Platformę.

Przesłany przez Odwołującego dokument wzbudził wątpliwość Zamawiającego, co do jego prawdziwości. Stąd też Zamawiający pismem z 19 czerwca 2020 r. wezwał Odwołującego na podstawie § 15 Rozporządzenia, do złożenia notarialnie poświadczonej kopii informacji z KRK. Zamawiający wskazał, że dokument musi być złożony w terminie do 24 czerwca 2020 roku w postaci elektronicznej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

W odpowiedzi Odwołujący 23 czerwca 2020 r. złożył za pośrednictwem Platformy dokument z KRK z 15 czerwca 2020 r. potwierdzający brak podstaw do wykluczenia. Przedmiotowy dokument został poświadczony za zgodność z oryginałem przez notariusza oraz został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Odwołującego. Ponadto 23 czerwca 2020 r. Odwołujący przesłał za pośrednictwem Platformy drugi dokument z KRK z 22 czerwca 2020 r. potwierdzający brak podstaw do wykluczenia. Dokument ten został również poświadczony za zgodność z oryginałem przez notariusza oraz został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Odwołującego.

Następnie, w celu dołożenia należytej staranności, Odwołujący 1 lipca 2020 r. udał

się na spotkanie z Dyrektorem Biura Zamówień Panem M.K. w siedzibie Zamawiającego w Warszawie. Na tym spotkaniu Odwołujący okazał Dyrektorowi Biura Zamówień oryginały zaświadczeń z KRK potwierdzające brak podstaw do wykluczenia. Dyrektor Biura Zamówień wykonał kserokopie ww. dokumentów oraz przekazał Odwołującemu, że sporządzi notatkę urzędową z tego spotkania.

Do 10 lipca 2020 r. Zamawiający nie wzywał Odwołującego do dostarczenia dodatkowych informacji lub wyjaśnień. Tego dnia Odwołujący otrzymał informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 5 i części 12.

W części 5 postępowania Odwołujący został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na niewykazanie braku postaw wykluczenia. W konsekwencji, zgodnie z art. 24 ust 4 Pzp, jego oferta została odrzucona.

Jednocześnie w oparciu o te same dokumenty, w części 12 postępowania, oferta Odwołującego otrzymała maksymalną liczbę punktów, spełniła wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego w SIWZ i została oceniona najwyżej, a w konsekwencji została wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym Zamawiający uznał, że w zakresie części 12 Odwołujący wykazał brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 5, Zamawiający stwierdził, że przeprowadzona analiza dokumentu KRK potwierdzającego brak podstaw wykluczenia na 15 czerwca 2020 roku, wskazywała, że Odwołujący nie podjął się nielegalnych działań w celu osiągnięcia korzyści majątkowych przez przerobienie lub podrobienie informacji z KRK w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający ponadto wskazał, że dokument ten nie został przez Odwołującego podrobiony lub przerobiony, na co wskazywały chociażby takie same daty na obu dokumentach oraz fakt, iż dokument został potwierdzony przez notariusza. Mimo to Zamawiający uznał, że dokument złożony przez Odwołującego w postaci kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza oraz opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Odwołującego, nie potwierdzał braku podstaw wykluczenia.

W wezwaniu z 19 czerwca 2020 r. Zamawiający powołał się na § 15 Rozporządzenia z którego wynika, że: „Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu (...)”. Ponadto zgodnie z pkt 8 rozdział VI SIWZ w zakresie nią nieuregulowanym zastosowanie mają przepisy ww. rozporządzenia. Odwołujący był przekonany, że został wezwany do przesłania notarialnie poświadczonej kopii informacji z KRK, który to dokument musiał być opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Odwołującego. Zarówno z Rozporządzenia, jak również z SIWZ, w zakresie oświadczeń i dokumentów nie wynika, iż Zamawiający może wymagać od wykonawcy złożenia dokumentu potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Odwołujący w sposób prawidłowy złożył dokument w postaci informacji z KRK, tj. notarialnie poświadczoną kopię dokumentu, która została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Odwołującego. Dokument potwierdzał, że Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania.

10 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniosł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał ponadto m. in.:

Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, pismem z 26 maja 2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zakresie braku podstaw wykluczenia, w tym informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Nieprawdą było że Odwołujący 5 czerwca 2020 r. złożył oświadczenia, do których został wezwany w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający złożył w charakterze dowodu wydruk odpowiedniego zrzutu ekranowego ze strony platformy zakupowej SmartPZP. Zamawiający zaprzeczył, jakoby Odwołujący wniosł o przedłużenie terminu do złożenia informacji z KRK. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie były całkowicie gołosłowne, Odwołujący nie przedstawił na tą okoliczność żadnych dowodów. Zamawiający, pismem z 9 czerwca 2020 r. wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do ponownego złożenia aktualnych na dzień złożenia, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zakresie braku podstaw wykluczenia o których mowa powyżej, wyznaczając termin na ich złożenie do 15 czerwca 2020 r.

Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył:

1. oświadczenie w zakresie braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
2. oświadczenie w zakresie braku orzeczenia wobec niego z tytułu środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne,
3. dokument z KRK z 15 czerwca 2020 r.

W opinii Zamawiającego złożony dokument z KRK budził wątpliwości, co do jego prawdziwości - treść dokumentu mogła wskazywać na to, że nałożone zostały na siebie dwa dokumenty, a przedmiotowy dokument został przez Odwołującego podrobiony lub przerobiony w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia. Co więcej, na złożonym dokumencie widniało tylko stwierdzenie „IE FIGURUJE W KARTOTECE KARNEJ KRAJOWEGO REJESTRU SĄDOWEGO”, Wątpliwości Zamawiającego budził szereg nieprawidłowości i nieścisłości w złożonym dokumencie chociażby takie jak: zastosowanie różnych czcionek, co wskazywać mogło na nałożenie na siebie dwa dokumenty, brak nazw odnoszących się do zakresu danych Odwołującego lub ich niepełne brzmienie, a nawet poucinane wyrazy, pozostawienie niewypełnionych pól we wniosku.

Tym samym, Odwołujący 15 czerwca 2020 r. nie potwierdził braku podstaw wykluczenia, co w konsekwencji zobowiązywało Zamawiającego do podjęcia decyzji o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp.

W związku z uzasadnionymi wątpliwościami Zamawiającego, co do prawdziwości złożonego dokumentu, 19 czerwca 2020 r. wezwano Odwołującego do złożenia notarialnie poświadczonej kopii dokumentu tj. informacji z KRK zgodnie z § 15 Rozporządzenia. Wezwanie miało na celu ustalenie w zakresie prawdziwości i wiarygodności złożonego 15 czerwca 2020 r. dokumentu z KRK, mając na względzie prawny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie ściganym z oskarżenia publicznego, sformułowanym w art. 304 § 2 Kodeksu postępowania karnego (dalej: Kpk).

23 czerwca 2020 r. Odwołujący złożył:

1. dokument z KRK z 22 czerwca 2020 r. potwierdzający brak podstaw wykluczenia na dzień 22 czerwca 2020 r. Dokument ten nie podlegał badaniu i ocenie przez Zamawiającego w zakresie części nr 5, z uwagi na to, że Zamawiający przy użyciu Odwołującego do złożenia zupełnie nowego dokumentu, tylko kopii dokumentu złożonego 15 czerwca 2020 r., poświadczonego za zgodność z oryginałem przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego;
2. dokument z KRK z 15 czerwca 2020 r. mający potwierdzić brak podstaw wykluczenia na dzień 15 czerwca 2020 r. - dokument został poddany badaniu i ocenie przez Zamawiającego, w związku z zaistnieniem okoliczności opisanych powyżej, dotyczących tylko i wyłącznie podejrzenia Zamawiającego co do prawdziwości dokumentu złożonego 15 czerwca 2020 r.

Zamawiający po badaniu i ocenie tego dokumentu stwierdził, że nie został on poświadczony za zgodność z oryginałem przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Dokument został poświadczony notarialnie, jednak forma poświadczenia była niezgodna z wezwaniem. Dokument został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym wyłącznie przez Odwołującego.

Przeprowadzona analiza w zakresie złożonych dokumentów KRK i podjęta przez Zamawiającego próba ustalenia prawdziwości i wiarygodności złożonego 15 czerwca 2020 r. potwierdziła, że Odwołujący nie podjął się nielegalnych działań w celu osiągnięcia korzyści majątkowych przez przerobienie lub podrobienie informacji z KRK w celu wykazania braku podstaw wykluczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dokument z KRK mający potwierdzić brak podstaw do wykluczenia na 15 czerwca 2020 r. nie potwierdzał braku podstaw wykluczenia wobec Odwołującego.

To na Odwołującym spoczywał obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia czy też spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie obowiązek złożenia dokumentów i oświadczeń z zachowaniem należytej staranności. Obowiązkiem Wykonawcy, przed przekazaniem Zamawiającemu dokumentu, było sprawdzenie i zweryfikowanie prawidłowości tego dokumentu, tzn. czy dokument został prawidłowo zeskanowany czy skonwertowany i czy w swej treści był on zgodny z oryginałem dokumentu.

Odwołujący po wysłaniu i umieszczeniu na platformie dokumentu każdorazowo może

go pobrać i tym samym sprawdzić czy wysłany został prawidłowy dokument. Platforma SmartPZP posiada taką funkcjonalność. Odwołujący nie złożył żadnych dowodów na przeciwną okoliczność. Odwołujący złożył dokument 15 czerwca 2020 r. o godz. 9:42, a więc miał wystarczająco dużo czasu aby zweryfikować, czy wysłany dokument był prawidłowy.

Zgodnie z art. 26 ust. 6 Pzp Zamawiający odstąpił od wezwania Odwołującego do złożenia dokumentu z KRK na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, w zakresie części 12, gdyż Zamawiający był w posiadaniu złożonego przez Odwołującego 23 czerwca 2020 r. dokumentu z KRK z 22 czerwca 2020 r., który potwierdzał brak podstaw wykluczenia. Biorąc pod uwagę fakt, iż ww. dokument został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Odwołującego, co było zgodne z wymaganą formą składania dokumentów określoną w Rozporządzeniu, Zamawiający uznał dokument za prawidłowy w zakresie części nr 12. W efekcie w zakresie części nr 12 oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Zamawiający zaznaczył przy tym, że rozstrzygnięcie nastąpiło w związku z wykluczeniem w zakresie części 12 wykonawcy AR Glob, którego oferta na początkowym etapie postępowania została najwyższej oceniona.

Zamawiający wskazał ponadto, że oferta Odwołującego nr 5515/BZA.DTZ.2600.81.2020 przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w związku z czym Sekretarz Komisji Zamawiającego 16 czerwca 2020 r. poinformował właściwą Jednostkę Kompetencyjną Zamawiającego o konieczności potwierdzenia posiadania dodatkowych środków finansowych na realizację zamówienia, które to potwierdzenie nastąpiło 26 czerwca 2020 r.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w zakresie rozstrzygnięcia postępowania w części nr 5 i części nr 12 istniały zasadnicze różnice w sferze czasu dokonywania poszczególnych czynności oraz rozstrzygnięć przez Zamawiającego, a w konsekwencji zastosowania określonych przepisów prawa w toku oceny ofert w zakresie części nr 5 i nr 12 omawianego postępowania.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego w zakresie okazania oryginału zaświadczeń z KRK na spotkaniu 10 lipca 2020 r. Zamawiający wskazał, że okoliczność ta nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy z uwagi na to, że postępowanie prowadzone było z wykorzystaniem komunikacji elektronicznej, zatem nie można było uznać za skuteczne w jakimkolwiek względzie zarówno złożenie, jak okazania jakiegokolwiek dokumentu mającego znaczenie dla ważności złożonej oferty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na częściowe uwzględnienie.

W części V SIWZ określone zostały następujące warunki udziału w postępowaniu:

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp;
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu: Zamawiający nie precyzuje warunków w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.

2. W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego Wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d) ustawy Pzp, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d) ustawy Pzp.

3. Zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu (art. 24aa Pzp)”.

W części VI pkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał:

„3. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta

została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie:

1) braku podstaw wykluczenia:

a) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13) a) - c), art. 24 ust. 1 pkt 14) w zw. z ust. 1 pkt 13) a) - c) i art. 24 ust. 1 pkt 21) ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,

b) odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1) ustawy Pzp,

c) oświadczenia Wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności,

d) oświadczenia Wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne”.

Zgodnie z częścią III SIWZ, pkt 1: „Przedmiotem zamówienia jest Doręczanie i odbiór paczek pocztowych i przesyłek kurierskich na terenie województwa łódzkiego (podział na 12 części) - usługa B”. Podział przedmiotu zamówienia na części został wskazany w punkcie 3 części III SIWZ:

1. Łódź rejon 9,
2. Łódź rejon 10,
3. Łódź rejon 11,
4. Łódź rejon 12,
5. Łódź rejon 14,
6. Łódź rejon 15,
7. Łódź rejon 17,
8. Łódź rejon 19,
9. Łódź rejon 20,
10. Łódź rejon 21,
11. Łódź rejon 22,
12. Andrespol.

Przytoczone wyżej postanowienia SIWZ dotyczące warunków udziału w postępowaniu dotyczą całego postępowania. Zamawiający nie przewidział odrębnych warunków udziału dla każdej z części postępowania, nie przewidział również odrębnej procedury oceny spełnienia tych warunków w ramach poszczególnych części przedmiotu zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę w ramach części 3, 5, 6 i 12.

Izba ustaliła następującą kolejność czynności i zdarzeń prowadzących do wykluczenia Odwołującego z postępowania w ramach części 5 postępowania:

1. 26 maja 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do „złożenia aktualnych na dzień złożenia, następujących oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie braku podstaw wykluczenia:

a) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13) ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (...).

Dokument i oświadczenia muszą być złożone w oryginale w postaci dokumentów elektronicznych lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem. Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu, następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego (...).

Przedmiotowy dokument i oświadczenia należy złożyć w postaci elektronicznej poprzez Platformę pod adresem w nieprzekraczalnym terminie do dnia 05.06.2020 r.”

Złożona przez Zamawiającego dokumentacja postępowania nie potwierdza twierdzenia Odwołującego o piśmie, jakie Odwołujący miał skierować do Zamawiającego, tj. o prośbie w przedmiocie wydłużenia terminu na złożenie dokumentu z KRK. Dokumentacja nie potwierdza też, by Odwołujący w jakikolwiek sposób zareagował na wezwanie z 26 maja 2020 r.

2. 9 czerwca 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do „złożenia aktualnych na dzień złożenia, następujących oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie braku podstaw wykluczenia:

a) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13) ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (...).

Dokument i oświadczenia muszą być złożone w oryginale w postaci dokumentów elektronicznych lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem. Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu, następuje przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego (...).

Przedmiotowy dokument i oświadczenia należy złożyć w postaci elektronicznej poprzez Platformę pod adresem w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15.06.2020 r.

Niezłożenie dokumentu i oświadczeń w wyznaczonym terminie spowoduje wykluczenie Pani firmy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp”.

3. W odpowiedzi na wezwanie z 9 czerwca 2020 r. Odwołujący złożył m. in. dokument z KRK. Dokument ten miał wady techniczne, które uniemożliwiały uznanie go za potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Wątpliwości Zamawiającego, co do prawdziwości tego dokumentu były w pełni uzasadnione. Zaświadczenie z KRK Odwołującego dawało podstawy do uznania, że mogło ono się z składać z kilku różnych dokumentów bądź zostało zmodyfikowane w programie do edycji plików graficznych. W uzasadnieniu (z 10 lipca 2020 r.) czynności wykluczenia Odwołującego z części 5 postępowania Zamawiający zawarł następujący komentarz do ww. dokumentu z KRK: „W związku z powyższym Wykonawca na dzień 15.06.2020 r. nie potwierdził braku podstaw wykluczenia i tym samym podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp”.

4. Zamawiający wbrew wyraźnej informacji o sankcji za niezłożenie prawidłowego dokumentu z KRK zawartej w wezwaniu z 9 czerwca 2020 r. zaniechał wykluczenia Odwołującego z postępowania.

5. 19 czerwca 2020 r. Zamawiający skierował do Odwołującego kolejne wezwanie: „Zamawiający, działając zgodnie z regulacją zawartą w § 15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wzywa Panią

do złożenia notarialnie poświadczonej kopii dokumentu tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazuje, iż złożona przez Panią w dniu 15.06.2020 r. informacja z Krajowego Rejestru Karnego budzi wątpliwości Zamawiającego co do prawdziwości tego dokumentu.

Dokument musi być złożony w postaci elektronicznej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Przedmiotowy dokument należy złożyć w postaci elektronicznej poprzez Platformę pod adresem w nieprzekraczalnym terminie do dnia 24.06.2020 r.”

6. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył dwa dokumenty z KRK. Pierwszy, z 15 czerwca 2020 r. potwierdzał, że Odwołujący na dzień 15 maja 2020 r. nie figurował w Kartotece Karnej KRK. Drugi, z 23 czerwca 2020 r. potwierdzał, że Odwołujący nie figurował w Kartotece Karnej KRK na dzień 22 czerwca 2020 r. Oba dokumenty zostały sporządzone w ten sam sposób tj. papierowa kopia dokumentu została potwierdzona za zgodność z oryginałem przez notariusza, następnie zeskanowana (tym samym zdigitalizowana) i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Odwołującego.

7. 10 lipca 2020 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze jako najkorzystniejszej w ramach części 5 postępowania oferty wykonawcy P.W. MARZENA M. S. z siedzibą w Łodzi. Zamawiający poinformował również:

- a) o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w ramach części 5,
- b) wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ramach części 12 przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że działania Zamawiającego były w znaczącej części nieprawidłowe i pozbawione podstaw - tak prawnych jak faktycznych.

Nie budzi wątpliwości, że Zamawiający ustalili warunki udziału w postępowaniu dla całego postępowania. Złożenie oferty na jedną, kilka bądź wszystkie z dwunastu części przedmiotu zamówienia nie powodowało żadnych różnic w zakresie obowiązku wykonawców do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający potwierdził w toku rozprawy ustalenie Izby poczynione w oparciu o dokumentację postępowania, że nie przewidywał prowadzenia odrębnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla każdej z części przedmiotu zamówienia z osobna. Tym samym decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania jedynie w ramach części piątej przedmiotu zamówienia była pozbawiona podstaw. Zamawiający nie mógł uznać, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu dla części 12, a nie spełnia dla części 5. Wobec treści SIWZ Zamawiający uprawniony był jedynie do uznania, że Odwołujący podlega albo nie podlega wykluczeniu z postępowania.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 9 czerwca 2020 r. (na podst. art. 26 ust. 3 Pzp) Odwołujący złożył wadliwy dokument z KRK. W efekcie Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z przytoczonym wyżej stanowiskiem Zamawiającego zawartym w uzasadnieniu wykluczenia z 10 lipca 2020 r. oraz w odpowiedzi na odwołanie Odwołujący na dzień 15 czerwca 2020 r. nie potwierdził braku podstaw wykluczenia i tym samym podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Wobec tego stanowiska Zamawiającego całkowicie niezrozumiała jest jego decyzja o ponownym wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentu z KRK. Wskazać przy tym należy, że § 15 Rozporządzenia nie stanowi podstawy do jakiegokolwiek wezwania. Przepis ten stanowi, że zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu, innych niż oświadczenia, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi

wątpliwości co do jej prawdziwości. Przepis ten stanowi jednak wyjątek od ogólnych reguł określonych w § 14 Rozporządzenia. Nie stanowi on jednak odstępstwa od reguły jednokrotnego wzywania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełniania dokumentów przez wykonawcę. W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, że możliwość ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp może mieć wyłącznie wyjątkowy charakter. W przedmiotowej sprawie do takiej wyjątkowej sytuacji nie doszło. Odwołujący po wezwaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podlegał od wykluczeniu z tego postępowania - przy czym podkreślić należy, że wykluczenie to powinno dotyczyć całego postępowania, a nie jedynie jego części piątej.

Mimo powyższego, Izba uznała, że odwołanie jest zasadne w zakresie określonym w sentencji.

Izba wydając rozstrzygnięcie wzięła pod uwagę fakt, że celem żądania informacji z KRK było uzyskanie przez Zamawiającego potwierdzenia, że wykonawca nie popełnił określonego rodzaju przestępstw. Treść uzasadnienia decyzji o wykluczeniu wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający na podstawie dokumentów złożonych mu przez Odwołującego doszedł do przekonania, że Odwołujący nie jest podmiotem karanym za takie przestępstwa. Mimo braku podstaw w Pzp i SIWZ, Zamawiający, w oparciu o dokument z KRK z 23 czerwca 2020 r. (którego złożenia Zamawiający nie żądał i - słusznie nie wzięł pod uwagę w zakresie części piątej postępowania) uznał, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie części 12 postępowania.

W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego w części piątej Zamawiający wskazał odnosząc się do uzupełnionego przez Odwołującego dokumentu z KRK z 15 czerwca 2020 r.: „Forma potwierdzenia jest wprawdzie niewłaściwa, ale nie zmienia to faktu, że notariusz poświadczył ten dokument”. Zamawiający uzasadniając wykluczenie potwierdził jednocześnie, że nie budzi jego wątpliwości fakt, że Odwołujący nie był karany za przestępstwa umyślne, a dokument został potwierdzony za zgodność z oryginałem przez notariusza. Stwierdzenie to zostało zawarte w ww. uzasadnieniu, mimo, że w wezwaniu z 19 czerwca 2020 r. Zamawiający wprost wskazał, że żąda, by dokument z KRK został złożony w postaci elektronicznej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, a Odwołujący nie zastosował się do tego wymogu.

Wobec opisanej wyżej skali nieprawidłowości w działaniach Zamawiającego Izba doszła do przekonania, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp potwierdził się. Nie mając do tego żadnych podstaw prawnych i faktycznych Zamawiający stwierdził, że Odwołujący jednocześnie spełnia i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W świetle przytoczonych wyżej postanowień SIWZ decyzja taka była irracjonalna. Izba wzięła jednak pod uwagę, że wniesienie odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu nie służy pogorszeniu sytuacji odwołującego. W ocenie Izby niewątpliwym było, że Odwołujący powinien zostać wykluczony z postępowania od razu po złożeniu w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wadliwego dokumentu z KRK. Mimo to nie budzi również wątpliwości fakt, że Zamawiający uznał Odwołującego za podmiot niekarany w zakresie określonym w SIWZ. Z tego względu, przy zastosowaniu zasady rozstrzygania wątpliwości na korzyść wykonawcy, jedyną możliwością było nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego.

Potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Izba wskazuje, że wbrew wyrażonemu w toku rozprawy stanowisku Zamawiającego, obowiązek równego traktowania wykonawców w postępowaniu należy rozumieć szeroko - nie tylko jako nakaz stosowania takich samych reguł wobec wszystkich wykonawców, ale również jako zakaz odstępstw od przepisów prawa i reguł określonych w SIWZ wobec każdego z wykonawców. Zamawiający bezpodstawnie, po upływie terminu składania ofert, zmienił wobec Odwołującego obowiązujące w SIWZ reguły i w efekcie w części piątej postępowania wykluczył go z postępowania uznając jednocześnie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w części 12. Powyższe, w ocenie Izby, stanowiło przejaw złamania przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy

Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).