

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 kwietnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 marca 2017 r.** przez wykonawcę: **Neckerit Sp. z o.o., ul. Rejowiecka 10, 04-891 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy:

A. Egida IT Solutions Sp. z o.o., ul. Władysława Niegołęwskiego 17, 01-570 Warszawa

- po stronie zamawiającego,

B. R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAGIC SERVICE, ul.

Ołtaszyńska 44, 53-010 Wrocław - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Komendzie Głównej Policji**, w zakresie części 1-ej zamówienia:

- 1.1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
- 1.2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
- 1.3. dokonanie ponownie czynności oceny i badania ofert poprzedzonej wezwaniem odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do: 1) złożenia dokumentów wymienionych w punkcie 5.2.4 rozdziału VII SIWZ dla wskazanego podmiotu trzeciego Tech Data Polska Sp. z o. o. - w odniesieniu do członka zarządu p. B. J. E. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14, ustawy Pzp oraz odnośnie skazania za wykroczenie, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp, albo 2) aby odwołujący zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami; lub też 3) zobowiązał się do osobistego wykonania części 1-ej zamówienia, jeżeli wykaże

1

zdolności techniczne lub zawodowe, dla których posiłkował się potencjałem podmiotu trzeciego.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa**,

- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego: tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa**, na rzecz odwołującego: **Neckerit Sp. z o.o., ul. Rejowiecka 10, 04-891 Warszawa** kwotę **18 61700,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa przez pełnomocnika oraz uiszczonej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na: „sukcesywną dostawę urządzeń wielofunkcyjnych oraz materiałów eksploatacyjnych na potrzeby komórek organizacyjnych Komendy Głównej Policji oraz jednostek organizacyjnych Policji w latach 2016/2017” (Dz. Urz. UE z 18.10.2016 r. pod numerem 2016/S 201-362584), w dniu 24 marca 2017 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: Neckerit Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem telefaksu w dniu 16 marca 2017 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania w części 1-ej i o odrzuceniu jego oferty w zakresie części 1-ej zamówienia.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 18.10.2016 r. i mają do niego zastosowanie przepisy, obowiązujące od daty wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Ustalona wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia wniesionego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 27 marca 2017 r. przesłane drogą elektroniczną, przystąpienia do postępowania odwoławczego złożyli w dniach 29 marca 2017 r. i 30 marca 2017 r. - po stronie zamawiającego wykonawcy:

- A. Egida IT Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który powołał się na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego,
- B. R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAGIC SERVICE, z siedzibą we Wrocławiu, który wnosił o oddalenie odwołania.

Zamawiający na zadanie 1 nie odrzucił ofert wykonawców:

- 1) Egida IT Solutions Sp. z o.o.
- 2) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAGIC SERVICE,

Ponadto zamawiający, oświadczył, że ww. wykonawcy przedłużyli okres związania ofertą i nadal uczestniczą w postępowaniu.

3

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie - R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAGIC SERVICE, z siedzibą we Wrocławiu, oraz Egida IT Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,, gdyż przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane. Ww. wykonawcy mają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia sprawy na korzyść zamawiającego, gdyż daje im to potencjalną możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołujący przedmiotem odwołania uczynił następujące czynności zamawiającego niezgodne z przepisami ustawy Pzp, tj. czynności oceny i badania oferty odwołującego, w tym wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Komendzie Głównej Policji naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265), dalej „ustawy Pzp”, tj.:

- 1. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i § 7 ust. 3 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. poz. 1126) dalej „rozporządzenie o dokumentach”) poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, mimo iż wykonawca wykazał brak podstaw do wykluczenia w zakresie dotyczącym Tech Data Polska Sp. z o.o. (podmiot trzeci udostępniający odwołującemu swoje zasoby) składając wymagane dokumenty, w tym oświadczenie złożone przed notariuszem potwierdzające brak karalności członka zarządu B. J.a E.a - ze złożonych dokumentów wynika, iż wskazana osoba nie była prawomocnie skazana za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt. 13 ustawy Pzp, jak również za wykroczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp.
- 2. z ostrożności procesowej - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, mimo braku wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie dotyczącym dokumentu

mającego potwierdzać, iż członek zarządu Tech Data Polska Sp. z o.o. B. J. E. nie był prawomocnie skazany za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt. 13 ustawy Pzp, jak również za wykroczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp.

3. z ostrożności procesowej - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 6 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp i zaniechanie wezwania odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia w sytuacji, gdy wobec Tech Data Polska Sp. z o.o. zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp i art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

4

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
- 3) dokonania ponownie czynności oceny i badania ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań Neckerit Sp. z o.o. podał, że poprzez dokonanie niezgodnych z ustawą Pzp czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem został on pozbawiony możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W ten sposób zamawiający pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Dowodzi to naruszenia interesu odwołującego w postępowaniu oraz szkody i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a w szczególności do wniesienia odwołania.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający w rozdziale VII pkt 5.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) wymagał, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, aby wykonawcy, a także tzw. podmioty trzecie złożyły informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 13,14,21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

W rozdziale VII pkt 6 SIWZ zostały opisane wymagania dotyczące wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Oferta odwołującego została najwyżej oceniona i zamawiający pismem z 27 stycznia 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego m.in. do złożenia dokumentów wymienionych w punktach 5.2.2 - 5.2.9 rozdziału VII SIWZ dla podmiotu trzeciego, wśród których wymienił informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14,21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący w odpowiedzi nie złożył dokumentów dotyczących członka zarządu Tech Data Polska Sp. z o.o. pana B. J.a E.a.

Pismem z 10 lutego 2017 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp dla członka zarządu B. J.a E.a.

5

Dnia 20 lutego 2017 r. odwołujący złożył zamawiającemu zgodnie z żądaniem wyartykułowanym przez zamawiającego w wezwaniach z 27 stycznia 2017 r. i 10 lutego 2017r. informację z KRK z 16 lutego 2017 r. dla B. J.a E.a potwierdzającą, że nie figuruje on w kartotece karnej. Ponadto z ostrożności, mimo braku wezwania zamawiającego w tym zakresie, odwołujący złożył datowane na 16 lutego 2017 r. oświadczenie złożone przez B. J.a E.a przed notariuszem potwierdzające jego niekaralność w zakresie określonym w SIWZ.

Pismem z 2 marca 2017 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie, dlaczego mimo, iż w Hiszpanii (miejsce zamieszkania B. J.a E.a) wydawane są zaświadczenia o niekaralności, taki dokument nie został złożony.

Odwołujący złożył żądane wyjaśnienia pismem z 7 marca 2017 r. i wskazał, iż

zamawiający nigdy go nie wzywał odnośnie B. J.a E.a do złożenia innych dokumentów niż zaświadczenie z KRK i z tego obowiązku odwołujący się wywiązał. Niezależnie od powyższego z wyjaśnień tych według odwołującego wynika, że był on uprawniony do złożenia zamawiającemu oświadczenia złożonego przed notariuszem.

Dnia 16 marca 2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający w uzasadnieniu podał, że wezwania skierowane do odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 i art. 26 ust 3 ustawy Pzp są prawidłowe, gdyż zamawiający na etapie wzywania odwołującego do uzupełnienia dokumentów nie miał wiedzy o miejscu zamieszkania B. J.a E.a. Zamawiający wskazał również, powołując doktrynę i orzecznictwo, iż nie był uprawniony, aby ponownie wzywać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił także, że „art. 22a ust 6 ustawy nie ma być stosowany jako dodatkowa forma uzupełniania dokumentów, tym samym Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia dla podmiotu trzeciego, a co za tym idzie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe odwołujący wniósł odwołanie zarzucając czynnościom zamawiającego, co następuje:

Zarzut I - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i § 7 ust. 3 rozporządzenia o dokumentach poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, mimo iż wykonawca wykazał brak podstaw do wykluczenia w zakresie dotyczącym Tech Data Polska Sp. z o.o., składając wymagane dokumenty, w tym oświadczenie złożone przed notariuszem potwierdzające brak karalności członka zarządu B. J.a E.a - ze złożonych dokumentów wynika, iż wskazana osoba nie była prawomocnie skazana za przestępstwa określone w art.

6

24 ust. 1 pkt. 13 ustawy Pzp, jak również za wykroczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający w rozdziale VII pkt 5.2.4 SIWZ wymagał, aby w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, aby wykonawcy, a także tzw. podmioty trzecie złożyły informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14, 21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z SIWZ (rozdział VII pkt 6 SIWZ), w ślad za § 7 ust. 3 rozporządzenia o dokumentach, zamawiający wskazał, iż zamiast dokumentów, w o których mowa w rozdziale VII pkt 5.2.4 SIWZ, wykonawca składa inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym osoba, której dotyczy informacja, ma miejsce zamieszkania, w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 13,14, 21 oraz ust, 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Jeśli w kraju, w którym ma miejsce zamieszkania osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się ww. dokumentów, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone m.in. przed notariuszem.

Odwołujący na wezwanie zamawiającego z 10 lutego 2017 r. uzupełnił datowane na 16 lutego 2017 roku oświadczenie B. J.a E.a złożone przed notariuszem, co zostało przez zamawiającego dopuszczone w rozdziale VII pkt 6 SIWZ.

Wykonawca Neckerit Sp. z o.o. zaznaczał, że o ile w Królestwie Hiszpanii wydaje się zaświadczenie Centralnego Rejestru Skazanych, to zakres przestępstw nie pokrywa się z tym, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 i art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z Dekretem 95/2009 w Centralnym Rejestrze Skazanych (art. 17) zaświadczenie wydawane na wniosek osoby zainteresowanej nie zawiera danych dotyczących popełnienia przez niego czynów zagrożonych tzw. karą lekką. Obowiązujący w Królestwie Hiszpanii Kodeks Kamy (CP) wprowadzony Ustawą Organiczną 10/1995 z 23 listopada 1995 roku przewiduje podział kar na kary ciężkie, mniej ciężkie i lekkie (art. 33 CP). Podstawą natomiast do nałożenia określonego rodzaju kary jest zakwalifikowanie danego czynu zabronionego, jako przestępstwa ciężkiego (zbrodnia), mniej ciężkiego (występek) bądź wykroczenia. Kary lekkie obejmują m.in. grzywnę od 10 dni do 3 miesięcy (przy stawce dziennej od 2 do 400 euro), czy pozbawienie prawa do kierowania pojazdami silnikowymi lub motorowerem od 3 miesięcy do 1 roku. Niektóre czyny stanowiące wykroczenia wedle prawa hiszpańskiego, zgodnie z prawem polskim uznawane są za przestępstwa. Zgodnie z polskim kodeksem wykroczeń, wykroczenie stanowi czyn zagrożony karą aresztu w wymiarze od 5 do 30 dni, ograniczenia

wolności w wymiarze 1 miesiąca, grzywny w wymiarze od 20 do 5 000 zł (chyba że ustawa stanowi inaczej), a wykroczeniem skarbowym jest czyn zagrożony karą grzywny określoną

7

kwotowo, jeżeli kwota uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej albo wartość przedmiotu czynu zabronionego nie przekracza pięciokrotnej wysokości minimalnego wynagrodzenia w czasie jego popełnienia, a także inny czyn zabroniony, jeżeli kodeks tak stanowi. Przykładowo więc czyn polegający na wyłudzeniu pieniędzy z funduszy unijnych o wartości nie przekraczającej 50 000 euro zagrożony jest karą grzywny od 1 miesiąca do 2 miesięcy, na mocy art. 628 w zw. z art. 309 CP, stanowi zgodnie z prawem hiszpańskim wykroczenie i jako czyn zagrożony karą lekką nie jest uwidaczniany w zaświadczeniu wydawanym z Centralnego Rejestru Skazanych wydawanym na wniosek osoby zainteresowanej, zgodnie natomiast z polskim kodeksem karnym skarbowym powyższy czyn traktowany jest jako przestępstwo skarbowe. Zatem czyn traktowany przez prawo hiszpańskie jako wykroczenie, w prawie polskim może być uznawany za przestępstwo, co skutkuje nieobjęciem zakresem zaświadczenia wydawanego z hiszpańskiego Centralnego Rejestru Skazanych wszystkich informacji o przestępstwach w rozumieniu prawa polskiego, w szczególności w zakresie czynów zabronionych wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Zaświadczenia wydawane z hiszpańskiego Centralnego Rejestru Skazanych na wniosek osoby zainteresowanej nie obejmują informacji dotyczących popełnienia czynów zagrożonych karą lekką, mimo że widnieją w tym rejestrze. W opinii odwołującego istotną kwestią stanowiącą o braku tożsamości pomiędzy treścią przedmiotowych zaświadczeń jest termin zatarcia skazania, bowiem art. 136 CP przewiduje, iż zatarcie skazania następuje z upływem: 6 miesięcy w przypadku kar lekkich, 2 lat w przypadku kar nieprzekraczających 12 miesięcy i orzeczonych w związku z przestępstwami popełnionymi nieumyślnie, 3 lat w przypadku pozostałych kar mniej ciężkich, 5 lat w przypadku kar ciężkich. Za początek biegu terminu zatarcia skazania uznaje się dzień następujący po dniu wygaśnięcia kary, a w przypadku jej warunkowego zawieszenia od dnia, który nastąpiłby po dniu wygaśnięcia kary, gdyby została ona wykonana. Natomiast art. 107 polskiego kodeksu karnego przewiduje znacznie dłuższe terminy ustawowe: 10 lat w razie skazania na karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, 5 lat w razie skazania na karę grzywny albo karę ograniczenia wolności i 5 lat na wniosek skazanego, jeżeli skazany w tym okresie przestrzegał porządku prawnego, a wymierzona kara pozbawienia wolności nie przekracza 3 lat. Zatrucie skazania za czyn ujawniony w Centralnym Rejestrze Skazanych oznacza, zgodnie z art. 19 Dekretu 95/2009, iż dane dotyczące czynu, za którego odpowiedzialność karna wygasła, nie będą już ujawniane w zaświadczeniu wydawanym na wniosek osoby zainteresowanej, dostęp do tych informacji mają jedynie hiszpańskie sądy i trybunały. Zatem zakres informacji umieszczanych w Centralnym Rejestrze Skazanych nie odpowiada zakresowi informacji uzyskiwanemu z polskiego Krajowego Rejestru Karnego i zakresowi wskazanemu w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, wobec czego przedstawienie

8

zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych nie można uznać za spełnienie warunku wynikającego z art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Powyższe dywagacje na temat różnic w porządkach prawnych RP i Królestwa Hiszpanii doprowadziły odwołującego do wniosku, że skoro zakres hiszpańskiego zaświadczenia o niekaralności nie jest równoważny z informacją z Krajowego Rejestru Karnego Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie przestępstw wymienionych enumeratywnie w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, wystarczającym i koniecznym było złożenie przez odwołującego stosownego oświadczenia członka zarządu podmiotu trzeciego. Na potwierdzenie stawianej tezy odwołujący przywołał wyrok z 23 listopada 2010 roku (sygn. akt KIO 2448/10).

Podtrzymał, że zważywszy powyższe zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut II - z ostrożności procesowej - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, mimo braku wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie dotyczącym

dokumentu mającego potwierdzać, iż członek zarządu Tech Data Polska sp. z o.o. B. J. E. nie był prawomocnie skazany za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt. 13 ustawy Pzp, jak również za wykroczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, że nie jest sporne w doktrynie i orzecznictwie, iż wezwanie do uzupełnienia oświadczeń czy dokumentów musi być jednoznaczne, precyzyjne i konkretne. Nie jest także kwestionowane, iż tylko w odniesieniu do tak sformułowanego, prawidłowego wezwania do uzupełnienia oświadczeń czy dokumentów obowiązuje tzw. zasada jednokrotności wezwania.

Tym samym za nieuprawnione uznał obciążanie odwołującego skutkami nieprecyzyjnego wezwania. Brak uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy wezwanie nie odnosiło się do dokumentów, które mają być złożone zamiast informacji z KRK w sytuacjach określonych w rozdziale VII pkt 6 SIWZ, nie może wywoływać jakichkolwiek negatywnych skutków prawnych dla odwołującego.

Odwołujący powołał się na okoliczność, że zamawiający tłumaczy w informacji o wykluczeniu odwołującego z 16 marca 2017 r., iż z dokumentów złożonych wraz z ofertą nie wynika obywatelstwo ani miejsce zamieszkania członków zarządu. Argument ten tym bardziej przemawia za koniecznością formułowania wezwań w sposób pełny i precyzyjny, obejmujący także przypadki opisane w rozdziale VII pkt 6 SIWZ. Skoro zamawiający nie znał obywatelstwa, ani miejsc zamieszkania członków zarządu zobowiązany był w wezwaniu

9

dokładnie określić, jakie dokumenty czy oświadczenia mają być złożone w sytuacji, gdy członek organu zarządzającego ma miejsce zamieszkania poza Polską. Wezwanie w takiej sytuacji powinno zakładać możliwość, iż członek zarządu danego wykonawcy nie ma miejsca zamieszkania w Polsce. Zamawiający jednak wadliwie sformułował wezwanie, co w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego wykluczenia odwołującego z postępowania.

W ocenie odwołującego przedstawiona argumentacja dowodzi, iż zamawiający w okolicznościach faktycznych i prawnych sprawy naruszył przepis art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zarzut III - z ostrożności procesowej - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 6 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ustawy Pzp poprzez niezastosowanie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp i zaniechanie wezwania odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia w sytuacji, gdy wobec Tech Data Polska Sp. z o.o. zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp i art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący przekonywał, że zamawiający, zanim wykluczy wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a spełnianie owych warunków wykazuje posiłkując się potencjałem podmiotu trzeciego (w przedmiotowym przypadku Tech Data Polska Sp. z o.o.), zobowiązany jest wezwać wykonawcę do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami, jeśli ów podmiot trzeci wskazany przez wykonawcę nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub podlega wykluczeniu.

W przedmiotowym przypadku, jeśli w ocenie zamawiającego, wobec podmiotu trzeciego Tech Data Polska Sp. z o.o. zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp i art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na nie przedstawienie w terminie odpowiedniego dokumentu na potwierdzenie niekaralności członka zarządu B. J. a E. za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt. 13 ustawy Pzp, jak również za wykroczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany był wezwać odwołującego zgodnie z art. 22a ust 6 ustawy Pzp, czego bezzasadnie zaniechał.

Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przywołał wyrok z 29 grudnia 2016 roku (sygn. akt: KIO 2370/16), wyrok z 10 stycznia 2016 roku (sygn. akt: KIO 2417/16) zapadły w innej sprawie pomiędzy odwołującym a zamawiającym, wyrok z 9 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 189/17) oraz wyrok z 7 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 191/17).

Następnie odwołujący wskazał, iż nawet gdyby przyjąć, iż przepis art. 22a ust.6 ustawy Pzp nie opisuje dodatkowego, odrębnego od opisanego w art. 26 ust 3 ustawy Pzp, trybu wzywania wykonawców do uzupełniania dokumentów i oświadczeń, jak wskazuje

10

zamawiający w piśmie z 16 marca 2017 r. informującym odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, to nie oznacza, iż zamawiający nie ma w ogóle obowiązku zastosowania powołanego przepisu.

Odwołujący podnosił, że przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp kategorycznie nakłada na zamawiającego obowiązek zażądania („zamawiający żąda”), aby wykonawca w sytuacji, gdy wobec podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołuje, zachodzą podstawy wykluczenia, zastąpił ten podmiot innym podmiotem/podmiotami albo zobowiązał się do samodzielnego wykonania zamówienia.

Odwołujący argumentował, że zamawiający niewątpliwie nie wywiązał się z tego obowiązku. Jak wskazano w opinii zamieszczonej na stronie UZP: „W sytuacji zatem, gdy na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust 1-2 ustawy Pzp, wykonawca nie przedłożył dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, lub przedłożył dokumenty, które nie potwierdzają dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi zasobami lub dokumenty nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia, lub wykonawca nie przedłożył wszystkich lub niektórych z tych dokumentów, aktualizuje się obligatoryjny wymóg wezwania wykonawcy o uzupełnienie tych dokumentów, zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych w treści takiego wezwania zamawiający - uwzględniając na treści wezwania do dotychczasowe orzecznictwo wskazujące

jednoznaczność

uzupełnienia dokumentów-winien powołać się na dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp wykonawca przedkładał wymagane dokumenty niezawierające błędów, dotyczące zgłoszonego podmiotu trzeciego lub wszystkie dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego (łącznie ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobu) lub wykonawca osobiście potwierdza spełnienie warunku, którego dotyczył zasób podmiotu trzeciego. Na tym etapie procedura uzupełniania dokumentów kończy się i zamawiający wybiera ofertę wykonawcy jako najkorzystniejszą lub wyklucza wykonawcę z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunków lub nie wykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

W niniejszej sprawie zamawiający - wzywając odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp - nie zrealizował obowiązku wynikającego z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, co wskazuje także na bezpodstawność wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący w przypadku, gdyby Izba nie podzieliłaby zapatrywania odwołującego w zakresie zarzutu II lub III - wnioskował o nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów odpowiednio do rozstrzygnięcia, tj. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp albo art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

11

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z postanowień ogłoszenia i SIWZ, oferty odwołującego, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z odwołującym - w sprawie wyjaśnienia i uzupełniania dokumentów, z protokołu postępowania i z zawiadomienia o wyniku przetargu.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynika następujący stan faktyczny.

Ogłoszenie o zamówieniu Sekcja II: Przedmiot

II.1)Wielkość lub zakres zamówienia

II.1.1) Nazwa: Sukcesywna dostawa urządzeń wielofunkcyjnych oraz materiałów eksploatacyjnych na potrzeby komórek organizacyjnych KGP oraz jednostek organizacyjnych Policji.

II.1.3) Rodzaj zamówienia: Dostawy

II.1.4) Krótki opis: Przedmiotem zamówienia jest Sukcesywna dostawa urządzeń wielofunkcyjnych oraz materiałów eksploatacyjnych na potrzeby komórek organizacyjnych KGP oraz jednostek organizacyjnych Policji w latach 2016/2017.

Przedmiot zamówienia został podzielony na zadania. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w załączniku nr 1 do projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do

SIWZ.

II.1.6) Informacje o częściach: To zamówienie podzielone jest na części: tak

Oferty można składać w odniesieniu do wszystkich części

II.2) Opis

II.2.1) Nazwa Zadanie nr 1 obejmuje: zakup urządzeń wielofunkcyjnych kolorowych laserowych lub ledowych oraz materiałów eksploatacyjnych do nich;

II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia

Kryteria określone poniżej (...)

II.2.7) Okres obowiązywania zamówienia. Początek: 23/11/2016. Koniec: 20/12/2016

II.2.14) Informacje dodatkowe

12

Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia wymogów określonych w art. 24 ust. 1 i 5 ustawy Pzp. Wykaz oświadczeń i dokumentów zawiera rozdz. VII SIWZ.

Sekcja III: Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym

III.1) Warunki udziału

III.1.1) Zdolność do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego

Wykaz i krótki opis warunków:

O zamówienie może się ubiegać Wykonawca, który:

1. spełnia następujące warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:

1) zdolności technicznej lub zawodowej, w tym wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej 3 (trzech) dostaw urządzeń drukujących o łącznej wartości minimum 250 000 PLN brutto (dla zadania nr 1) oraz 300 000 PLN (dla zadania nr 2).

W przypadku składania ofert na kilka zadań wykonawca musi przedstawić posiadanie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez sumowanie kwot określonych w pkt. 1 dla poszczególnych zadań, na które złoży ofertę.

2. nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i 5 ustawy Pzp.

III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe

Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

1) zdolności technicznej lub zawodowej, w tym wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej 3 (trzech) dostaw urządzeń drukujących o łącznej wartości minimum 250 000 PLN brutto (dla zadania nr 1) oraz 300 000 PLN (dla zadania nr 2).

Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów:

Zamawiający wymagał dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Dowodami, o których mowa powyżej, są:

a) referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane,

13

b) oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w pkt a).

W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego dostawy wskazane w wykazie, o którym mowa powyżej, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania powyższych dowodów.

III.2.2) Warunki realizacji umowy: Warunki realizacji umowy określa załącznik nr 2 do SIWZ projekt umowy.

IV.2.2) Termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału: Data: 23/11/2016

W rozdziale VII pkt 5.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, aby wykonawcy, a także tzw. podmioty trzecie złożyły informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 13,14,21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

W rozdziale VII pkt 6 SIWZ zostały opisane wymagania dotyczące wykonawców mających

siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej- zamiast dokumentów wymienionych w pkt. 5.2.4 SIWZ, 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.

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 pkt 6.1 SIWZ, 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. Przepis § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów stosuje się.

Na zadanie nr 1 zostało złożonych 6 ofert:

- 1) RISET POLSKA - cena 1 691 582,10
- 2) MAGIC SERVICE R. S. - cena 2 248 833,60

14

-
- 3) SHARP ELECTONICS - cena 1120 978,95
 - 4) EGIDA IT SOLUTIONS - cena 1 880 060,00
 - 5) PARTNER XXI - cena 4 061 300,00
 - 6) NECKERIT Sp. z o.o. - cena 1 625 383,50.

Zamawiający w (części 1) zadaniu nr 1 wykluczył lub odrzucił oferty następujących wykonawców:

1. SHARP ELECTONICS
2. PARTNER XXI
3. NECKERIT Sp. z o.o.
4. RISET POLSKA

Zamawiający w zadaniu 1 nie odrzucił ofert wykonawców:

- 3) MAGIC SERVICE R. S.
- 4) EGIDA IT SOLUTIONS Sp. z o.o.

Zamawiający nie dokonał wyboru oferty na część 1 zamówienia.

Odwołujący Neckerit Sp. z o.o. w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. wykazania zdolności technicznej lub zawodowej, w tym wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej 3 (trzech) dostaw urządzeń drukujących o łącznej wartości minimum 250 000,00 zł brutto (dla zadania nr 1) polegał na zasobach podmiotu trzeciego tj. firmy: TECH DATA POLSKA Sp. z o. o. ul Aleje Jerozolimskie 212, Warszawa.

W skład zarządu wymienionej spółki wchodzi B. J. E.. Okoliczność bezsporną stanowiło, że p. B. J. E. posiada obywatelstwo szwedzkie, a jego miejscem zamieszkania jest Hiszpania.

Oferta odwołującego została wstępnie najwyżej oceniona w kryteriach.

Zamawiający pismem z 27 stycznia 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego m.in. do złożenia dokumentów wymienionych w punktach 5.2.2 - 5.2.9 rozdziału VII SIWZ dla podmiotu trzeciego, wśród których wymienił:

- informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14,21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 m-cy przed upływem terminu składania ofert
- oświadczenia wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp.

15

Potwierdzających, że podmiot na którego zasoby powołuje się Wykonawca nie podlega

wykluczeniu, zgodnie z art. 22a ust. 3 Pzp, pkt 13-22.

Odwolujący w odpowiedzi z dnia 6 lutego 2017 r. uzupełnił dokumenty -nie złożył jednak informacji o niekaralności członka zarządu Tech Data Polska Sp. z o.o. p. B. J.a E.a.

Pismem z 10 lutego 2017 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wymaganych dokumentów - złożenia informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp m.in. dla członka zarządu B. J.a E.a.

Jednocześnie odwołujący zwrócił się do zamawiającego pismem z dnia 14 lutego 2017 r. o wydłużenie terminu złożenia wyjaśnień do 27.02.2017 r., gdyż dokument o niekaralności dot. B. J.a E.a - musi być dostarczony z zagranicy - zamawiający wyraził zgodę.

Przy piśmie datowanym 13 lutego 2017 r., złożonym 27 lutego 2017 r. odwołujący załączył zgodnie z żądaniem zamawiającego w wezwaniach z 27 stycznia 2017 r. i 10 lutego 2017r. informację z Krajowego Rejestru Karnego na terenie Polski z 16 lutego 2017 r. dla B. J.a E.a potwierdzające, że nie figuruje on w kartotece karnej. Z informacji z KRK wynikało, że ww. jest obywatelem Szwecji, a jego miejscem zamieszkania jest Hiszpania.

Ponadto, mimo braku wezwania zamawiającego w tym zakresie, odwołujący złożył datowane na 16 lutego 2017 r. oświadczenie złożone przez B. J.a E.a przed notariuszem w Hiszpanii, potwierdzające jego niekaralność w zakresie określonym w SIWZ, że: „*nigdy nie był karany za żadne przestępstwo ani na terenie Hiszpanii, ani na terenie Polski, ani w żadnym innym kraju.*”

Pismem z 2 marca 2017 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, dlaczego mimo, iż w Hiszpanii (miejsce zamieszkania B. J.a E.a) wydawane są zaświadczenia o niekaralności, taki dokument nie został złożony.

Pismo ma następującą treść:

„Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 r. poz. 831 i 1020 - ustawa Pzp) wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego w trybie art. 26 ust. 3 pzp dokumentu, dotyczącego podmiotu trzeciego tj. oświadczenia o niekaralności, złożonego przed notariuszem przez Pana B. J.a E..

Zgodnie z treścią SIWZ oraz Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2016, poz. 1126) Wykonawca

16

mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej: zamiast dokumentów wymienionych w pkt. 5.2.4 SIWZ, 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.

Ponadto 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 pkt 6.1 oraz pkt 6.2 SIWZ, 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. Przepis § 7 ust 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów stosuje się.

Z informacji uzyskanych przez Zamawiającego ze strony internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości Hiszpanii oraz z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis wynika, że w kraju, w którym miejsce zamieszkania ma Pan B. J.a E., tj. Hiszpania, wystawiane są zaświadczenia o niekaralności, a zgodnie ze wskazanymi powyżej przepisami prawa zamawiający może przyjąć uzupełnione przez Państwa oświadczenie złożone przez ww. osobę przed notariuszem, tylko w przypadku, gdy w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się ww. dokumentów. W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie przedstawionych rozbieżności oraz powodów nie złożenia wymaganego zgodnie z przepisami

pzp zaświadczenia.”

Odwolujący Neckerit Sp. z o.o. w odpowiedzi na powyższe pismo z dnia 7 marca 2017 r. podał:

„Pismem z 27.01.2017 Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Neckerit sp. z o.o. do złożenia dokumentów, w tym informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym wykonawcy i podmiotu trzeciego.

Wykonawca nie złożył zaświadczenia o niekaralności dla Pana B.J. E., stąd Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pismem z 10 lutego 2017 roku wezwał wykonawcę do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członka zarządu Pana B.J. E..

W odpowiedzi na powyższe wykonawca złożył wymagane dokumenty zgodnie z żądaniem. W szczególności złożył dla Pana B.J. E. zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 16 lutego 2017 roku potwierdzające, iż Pan B.J. E. nie figuruje w Krajowym Rejestrze Karnym.

17

Jedynie dodatkowo - mimo braku wezwania Zamawiającego w tym zakresie - wykonawca przedstawił Zamawiającemu oświadczenie Pana B.J. E. datowane na 16 lutego 2017 roku, z którego wynika, iż Pan B.J. E. nie jest karany w zakresie wskazanym w wezwaniu z 10 lutego 2017 roku.

Zważywszy powyższe:

po pierwsze, wykonawca zgodnie z wezwaniem z 10 lutego 2017 roku złożył zaświadczenie o niekaralności dotyczące Pana B.J. E. z Krajowego, Rejestru Karnego, Zamawiający zobowiązany jest precyzyjnie formułować wezwania adresowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - wykonawca zrealizował wezwanie Zamawiającego, zatem niedopuszczalne jest wyciąganie jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy;

po drugie, jeśli w ocenie Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest złożyć inne dokumenty, niż zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego, do którego był wezwany 10 lutego 2017 roku albo oświadczenie złożone przed notariuszem, zobowiązany jest wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w wymaganym zakresie precyzując, dlaczego uważa pierwotnie złożone dokumenty za niewłaściwe oraz jakiego dokumentu od wykonawcy wymaga; z uwagi na ekonomikę postępowania wykonawca składa potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię wystawionego przez Centralny Rejestr Skazanych w Hiszpanii zaświadczenia o niekaralności Pana B.J. E. datowanego na 24 lutego 2017 roku (wraz z tłumaczeniem na język polski) - w załączeniu.”

Dnia 16 marca 2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

„1. W postępowaniu w zadaniu nr 1 odrzucono ofertę Wykonawcy; 7-NECKERITSp.z o.o.

ul.1. Rejowiecka 10 04-891 Warszawa. Podstawa prawna: Art. 24 ust. 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. wykazania zdolności technicznej lub zawodowej, w tym wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej 3 (trzech) dostaw urządzeń drukujących o łącznej wartości minimum 250 000,00 zł brutto (dla zadania nr 1) polegał na zasobach podmiotu trzeciego tj. TECH DATA POLSKA Sp. z o. o. ul Aleje Jerozolimskie 212, Warszawa.

18

Zamawiający w piśmie z dnia 27 stycznia 2017 roku wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów między innymi potwierdzających, że podmiot na którego zasoby powołuje się Wykonawca nie podlega wykluczeniu, zgodnie z art. 22a ust. 3 Pzp. W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca nie złożył wszystkich wymaganych zaświadczeń między innymi dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 12 ustawy dotyczących członka zarządu Pana B. J. E..

W związku z powyższym Zamawiający w konsekwencji zaistniałej sytuacji wezwał Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia wymaganych dokumentów.

Jednocześnie Zamawiający przychylając się do prośby Wykonawcy przedłużył termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 27 lutego 2017 r. W wyznaczonym terminie Wykonawca przedstawił informacje, że Pan B. J. E. nie figuruje w Krajowym Rejestrze Karnym na terenie Polski oraz oświadczenie o niekaralności złożone przez ww. osobę przed notariuszem w Hiszpanii. Ze złożonej informacji z KRK wynikało, że Pan B. J. E. posiada obywatelstwo szwedzkie, a jego miejscem zamieszkania jest Hiszpania.

Zgodnie z § 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. -w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2016, poz. 1126) Wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej- zamiast dokumentów wymienionych w pkt. 5.2.4 SIWZ, 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.

Ponadto, 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 pkt 6.1 SIWZ, 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. Przepis § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów stosuje się. Powyższe informacje zostały również przywołane w SIWZ.

Z informacji uzyskanych przez Zamawiającego ze strony internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości Hiszpanii oraz z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis wynikało,

19

że w Hiszpanii, wystawiane są zaświadczenia o niekaralności, a zgodnie ze wskazanymi powyżej przepisami prawa, Zamawiający może przyjąć uzupełnione przez Wykonawcę oświadczenie złożone przez ww. osobę przed notariuszem, tylko w przypadku, gdy w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się ww. dokumentów.

W związku z powyższym Zamawiający poprosił o wyjaśnienie przedstawionych rozbieżności oraz powodów nie złożenia wymaganego zgodnie z przepisami Pzp. zaświadczenia.

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach podnosił, że złożył dokumenty odpowiadające wprost wezwaniu Zamawiającego.

Ponadto Wykonawca zasugerował, że Zamawiający powinien był precyzyjnie sformułować wezwanie. Dodatkowo Wykonawca złożył zaświadczenie z Centralnego Rejestru Skazanych Dyrektora Delegatury Okręgowej w Barcelonie, że Pan B. J. E. nie figuruje także w tym rejestrze.

W odniesieniu do wyjaśnień Wykonawcy należy przede wszystkim stwierdzić, że Zamawiający na etapie wezwania do uzupełnienia dokumentów (posiadając wyłącznie informacje zawarte w KRS) nie miał wiedzy, czy osoby zasiadające w zarządzie spółki są obywatelami Polski, a tym bardziej, jakie jest ich miejsce zamieszkania.

Wykonawca jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych ma obowiązek znać przepisy obowiązującego w tym zakresie prawa oraz zapisy SIWZ w przetargu, w którym składa ofertę. W świetle wyżej opisanych okoliczności należy uznać, że Wykonawca zobowiązany był złożyć na wezwanie Zamawiającego zaświadczenie o niekaralności, a nie oświadczenie złożone przed notariuszem lub polskie KRK,

Zgodnie z przyjętą doktryną i orzecznictwem Zamawiający ma prawo do jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Jak wynika z opinii Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 marca 2017 roku skorzystanie z artykułu 22a ust. 6 Pzp, jest możliwe wyłącznie w ramach art. 26 ust. 3 ustawy. Art 22a ust. 6 nie ma być stosowany, jako dodatkowa forma uzupełniania dokumentów, tym samym Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia dla podmiotu trzeciego, a co za tym idzie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

2. W postępowaniu w zadaniu nr 1 odrzucono ofertę Wykonawcy; 7-NECKERITSp.z o.o.

ul.1. Rejowiecka 10 04-891 Warszawa. Podstawa prawna art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Uzasadnienie faktyczne; została złożona przez Wykonawcę; wykluczonego z udziału w postępowaniu."

Izba zważyła, co następuje.

20

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro uznawał, że został bezprawnie wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny złożonej oferty - które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że oferta odwołującego została wstępnie najwyżej oceniona w wyznaczonych w SIWZ kryteriach oceny ofert w zadaniu 1, przy uwzględnieniu ostatecznego odrzucenia ofert innych wykonawców.

Z tych względów zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z kolei art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawcy wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym potwierdzających:

3) brak podstaw do wykluczenia - wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 22a ust 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych,

W art. 22a ust. 2 Pzp ustawodawca nakazał zamawiającemu dokonanie oceny, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbadanie, czy nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy Pzp.

W rozdziale VII pkt 5.2.4 SIWZ wymaga, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, aby wykonawcy, a także tzw. podmioty trzecie złożyły informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 13,14,21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

W rozdziale VII pkt 6 SIWZ zostały opisane wymagania dotyczące wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej

21

Polskiej- zamiast dokumentów wymienionych w pkt. 5.2.4 SIWZ - 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. 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 pkt 6.1 SIWZ, 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.

Powyższe postanowienia SIWZ odpowiadają wskazaniom przepisu § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. -w sprawie rodzajów dokumentów,

jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2016, poz. 1126). Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - zamiast dokumentów o których mowa w § 5, 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.

Zgodnie z § 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów - 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. Powyższe postanowienia zostały podane w SIWZ.

W § 8 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów ustawodawca postanowił, że wykonawca mający siedzibę na terytorium RP, w odniesieniu do osoby mającej miejsce zamieszkania poza terytorium RP, której dotyczy dokument wskazany w § 5 pkt 1, składa dokument, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 1, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 22

14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 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.

Z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis wnika, że w Hiszpanii, wystawiane są zaświadczenia o niekaralności. Okoliczność tę potwierdza złożenie przez odwołującego wraz z pismem z dnia 7 marca 2017 r. - zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych Dyrektora Delegatury Okręgowej w Barcelonie, że p. B. J. E. nie figuruje w tym rejestrze. Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 7 ustawy Pzp zobowiązany jest korzystać z internetowego repozytorium e-Certis oraz wymagać przede wszystkim takich rodzajów zaświadczeń lub dowodów w formie dokumentów, które są objęte tym repozytorium. Ponadto, w oparciu o rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 kwietnia 2012 r. w sprawie wzoru formularza zapytania o udzielenie informacji pochodzących z rejestru karnego i odpowiedzi na zapytanie, wykorzystywanego między organami centralnymi państw członkowskich UE z dnia 8 maja 2012 r. (Dz. U., poz. 487), wydanego na podstawie art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o krajowym Rejestrze Karnym, wynika, że za pośrednictwem KRK możliwe jest uzyskanie informacji o niekaralności w innym państwie członkowskim UE.

Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że skoro zakres hiszpańskiego zaświadczenia o niekaralności nie jest równoważny z informacją z Krajowego Rejestru Karnego Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie czynów karalnych wymienionych enumeratywnie w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, wystarczającym i koniecznym było złożenie przez odwołującego stosownego oświadczenia przez członka zarządu podmiotu trzeciego - Tech Data Polska Sp. z o.o. p. B. J. E..

Przesądzającym jest sam fakt, że w Hiszpanii istnieje rejestr osób skazanych Registro Central de Penados (według przedstawionego tłumaczenia: Centralny Rejestr Skazanych) i wystawiane są zaświadczenia o niekaralności, aby wykonawca uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu był zobowiązany taki dokument złożyć w odniesieniu do członka zarządu podmiotu trzeciego, którym się posługuje, tj.: firmy Tech Data Polska Sp. z o.o. nawet, gdy nie odpowiadają one swoim zakresem informacjom z Krajowego Rejestru Karnego.

W odniesieniu do przestępstw i wykroczeń nim nie objętych, a wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 13 oraz ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp - odwołujący mógł złożyć oświadczenie własne pana B. J. E. - przed notariuszem.

Faktem jest, że zamawiający kilkakrotnie wzywał odwołującego do złożenia dokumentów w tym zakresie.

Przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp mówiący o wzywaniu wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp nie odnosi się do uzupełniania brakujących lub wadliwych dokumentów - określa standardową aktualnie procedurę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w której dla zmniejszenia obowiązków administracyjnych zarówno wykonawcy, jak i zamawiającego - dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia - składa wyłącznie wykonawca, którego oferta została najwyżej sklasyfikowana w kryteriach oceny ofert.

Z powyższego wynika, że pismo zamawiający z 27 stycznia 2017 r., w którym na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego m.in. do złożenia dokumentów wymienionych w punktach 5.2.2 - 5.2.9 rozdziału VII SIWZ dla podmiotu trzeciego, nie stanowiło o uzupełnieniu „braków” oferty odwołującego.

Kolejnym pismem z 10 lutego 2017 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wymaganych dokumentów - złożenia informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp m.in. dla członka zarządu B. J.a E.a, z przytoczeniem jedynie wymienionych podstaw prawnych.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że odwołujący w odpowiedzi, przy piśmie złożonym dnia 27 lutego 2017 r. załączył zgodnie z żądaniem zamawiającego w wezwaniach z 27 stycznia 2017 r. i 10 lutego 2017r. informację z Krajowego Rejestru Karnego na terenie Polski z 16 lutego 2017 r. dla B. J.a E.a potwierdzającą, że nie figuruje on w kartotece karnej tego Rejestru. Z informacji z KRK wynikało, że ww. jest obywatelem Szwecji, a jego miejscem zamieszkania jest Hiszpania. Ponadto, mimo braku wezwania zamawiającego w tym zakresie, odwołujący załączył datowane na 16 lutego 2017 r. oświadczenie złożone przez p. B. J.a E.a przed notariuszem w Hiszpanii, że: *„nigdy nie był karany za żadne przestępstwo ani na terenie Hiszpanii, ani na terenie Polski, ani w żadnym innym kraju.”*

Kolejnym pismem z 2 marca 2017 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, dlaczego mimo, iż w Hiszpanii (miejsce zamieszkania B. J.a E.a) wydawane są zaświadczenia o niekaralności, taki dokument nie został złożony. Na co odwołujący udzielił odpowiedzi, że dostosował się do treści otrzymanego wezwania.

24

Następną czynnością zamawiającego było powiadomienie z dnia 16 marca 2017 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Do uzupełniania dokumentów niezłożonych, lub wadliwych zastosowanie znajdują przepisy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiące, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Ponadto, ustawodawca przewidział w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp podstawę szczególną do sanowania oferty wykonawcy, posługującego się potencjałem podmiotu trzeciego. Przepis ten stanowi, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia jeżeli

wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp posługuje się określeniem „zamawiający żąda”, co nie jest równoznaczne z wezwaniem.

Byłoby przejawem nierównego traktowania wykonawców, gdyby wykonawca opierający się na potencjale podmiotów trzecich mógł uzupełniać swoją ofertę będąc wzywany kolejno, z obydwu podstaw prawnych do uzupełnienia braków oferty.

W ocenie Izby, wezwanie o uzupełnienie dokumentów winno nastąpić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z dokładnym określeniem w jaki sposób zamawiający oczekuje uzupełnienia dokumentów oferty, a przytoczenie w tym zakresie jedynie odnośnych podstaw prawnych jest niewystarczające. W treści wezwania, jeżeli dotyczy dokumentów podmiotów trzecich powinno być zawarte, że o ile wykonawca nie jest zdolny uzupełnić braków, to zamawiający żąda, aby: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia.

25

Powyższe potwierdza przywoływana przez zamawiającego opinia UZP pod tytułem „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”, w konkluzji której stwierdzono: *„W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych w treści takiego wezwania zamawiający - uwzględniając dotychczasowe orzecznictwo wskazujące na jednoznaczność treści wezwania do uzupełnienia dokumentów - winien powołać się na dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca przedkłada wymagane dokumenty niezawierające błędów, dotyczące zgłoszonego podmiotu trzeciego, lub wszystkie dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego (...) lub wykonawca osobiście potwierdza spełnienie warunku, którego dotyczył zasób podmiotu trzeciego. Na tym etapie procedura uzupełniania dokumentów kończy się (...).”*

Wezwania zamawiającego były zatem w ocenie Izby wadliwe i nie wywołały skutków wyczerpania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zamawiający zobowiązany jest precyzyjnie formułować wezwania adresowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zgodnie z dosłownym wezwaniem z 10 lutego 2017 roku złożył zaświadczenie o niekaralności dotyczące pana B. J. E. z Krajowego Rejestru Karnego. Skoro okazało się, że wymieniona osoba ma miejsce zamieszkania poza terytorium RP - zamawiający winien ponownie wezwać odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia informacji z odpowiedniego hiszpańskiego rejestru osób skazanych Registro Central de Penados (Centralnego Rejestru Skazanych), precyzując, dlaczego uważa pierwotnie złożone dokumenty za niewłaściwe oraz jakiego dokumentu od wykonawcy oczekuje. Skoro zamawiający nie znał obywatelstwa, ani miejsc zamieszkania członków zarządu podmiotu trzeciego zobowiązany był w wezwaniu dokładnie określić, jakie dokumenty czy oświadczenia mają być złożone w sytuacji, gdy członek organu zarządzającego ma miejsce zamieszkania poza Polską. Wezwanie w takiej sytuacji powinno zakładać możliwość, iż członek zarządu danego wykonawcy nie ma miejsca zamieszkania w Polsce. Zamawiający nie może zwolnić się z obowiązku nałożonego ustawą Pzp - do wyczerpującego wezwania wykonawcy o uzupełnienie ujawnionych braków oferty - zastępując się twierdzeniem, że wykonawca jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych ma obowiązek znać przepisy obowiązującego w tym zakresie prawa oraz zapisy SIWZ w przetargu, w którym składa ofertę.

Odwołujący złożył żądane dokumenty - informację z KRK, a zamawiający nie wzywał odnośnie pana B. J. E. a do złożenia innych dokumentów niż zaświadczenie z KRK i z tego obowiązku odwołujący się wywiązał.

26

Nie ma znaczenia, że odwołujący do złożonych wyjaśnień samodzielnie załączył zaświadczenie z dnia 24 lutego 2017 r. z Centralnego Rejestru Skazanych Dyrektora Delegatury Okręgowej w Barcelonie, że Pan B. J. E. nie figuruje w tym rejestrze.

Za skutecznie uzupełnione dokumenty - zgodnie z procedurą określoną w ustawie Pzp, uważa się przekazane na wezwanie zamawiającego. W wykonaniu ponownego wezwania nakazanego niniejszym wyrokiem, odwołujący będzie mógł złożyć oświadczenie,

że wnosi o zaliczenie uprzednio złożonego dokumentu Centralnego Rejestru Skazanych, że p. B. J. E. nie figuruje w tym rejestrze, jako żądanego uzupełnienia, lub skorzystać z dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

Izba za chybione uznała twierdzenia zamawiającego, że zarzuty w odniesieniu do niepełnej czy niewłaściwej treści wezwań o uzupełnienie dokumentów są spóźnione. Dopiero po wykluczeniu odwołującego z postępowania mógł on stwierdzić, że zamawiający nie będzie prowadził dalszej procedury wzywania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, i z momentem podjęcia kwestionowanych czynności wobec jego oferty - zdolny był formułować zarzuty wobec treści otrzymanych wezwań - w kontekście udzielanych odpowiedzi.

Czynności zamawiającego, w okolicznościach tej sprawy należało uznać za wadliwe i co najmniej przedwczesne. Jedyne w odniesieniu do sformułowanego, prawidłowego wezwania do uzupełnienia oświadczeń czy dokumentów obowiązuje tzw. zasada jednokrotności wezwania. Możliwość uzupełnienia braków oferty w trybie art. 22a ust. 6 Pzp powinna być wykonawcy zakomunikowana w formie imperatywnego żądania. Zatem nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający, pozostając w zgodzie z zasadą jednokrotności wzywania wykonawcy do uzupełnienia tych samych dokumentów zastosował przepis art. 22a ust. 6 i w ramach poprawnie stosowanego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp - wezwał odwołującego do uzupełnienia stosownych dokumentów. Zupełne pominięcie tej normy, świadczy tym samym, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp.

Postępowanie dowodowe wykazało zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów, naruszenia przepisów ustawy Pzp, tj.:

1. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, mimo braku skutecznego wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie dotyczącym dokumentu mającego potwierdzać, iż członek zarządu Tech Data Polska Sp. z o.o. B. J. E. nie był prawomocnie skazany za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt. 14 ustawy Pzp, jak również za wykroczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp.

27

2. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 6 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ustawy Pzp poprzez niezastosowanie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp i zaniechanie w wezwaniu odwołującego wskazania możliwości - ewentualnego zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.)

Przewodniczący:

.....

28