

Sygn. akt: KIO 115/23

WYROK z dnia 30 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2023 r. przez wykonawcę Proexe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 115/23

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

Zamawiający – Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o zawarcie umowy ramowej na zakup specjalistycznych usług programistycznych, analitycznych, zarządzania projektami oraz administrowania systemami, niezbędnych do realizacji projektów informatycznych i produkcyjnych prowadzonych przez Ośrodek – TVP Technologie (znak postępowania: ZP/TITT/66/2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 sierpnia 2022 r. pod numerem nr 2022/S 164-465698.

W dniu 13 stycznia 2023 r. wykonawca Proexe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 6 ustawy Pzp w związku z § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy („Rozporządzenie ws. dokumentów”);
2. art. 70 ustawy Pzp w związku z § 6 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie („Rozporządzenie”);
3. a w konsekwencji art. 226 ust. 1c) ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezłożenie w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w Postępowaniu;
4. a w dalszej konsekwencji naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru ofert wykonawców, które nie są najkorzystniejszymi ofertami w Postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący przywołał brzmienie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia ws. Dokumentów

i uzasadniał, że wykonawca powinien w pierwszej kolejności przedłożyć wraz z wykazem dowody w postaci referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były/są wykonywane. Przy czym wykonawca jest uprawniony do przedłożenia (zamiast referencji czy innych dokumentów) własnego oświadczenia o należywym wykonaniu zamówienia „jeżeli z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów”. Do złożenia oświadczenia niezbędne jest zatem zaistnienie dwóch przesłanek: 1/ wykonawca nie jest w stanie uzyskać stosownych dokumentów, 2/ brak ich uzyskania wynika z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Przy czym ww. przepis nie reguluje, jaki charakter powinny mieć te przyczyny, w szczególności, czy mają to być przyczyny o charakterze obiektywnym, o nadzwyczajnym charakterze itd. Wynika z niego tylko, że mają być one niezależne od wykonawcy, tzn. takie, na które nie ma on wpływu.

W ocenie Odwołującego taka sytuacja miała miejsce w niniejszym Postępowaniu i zostały spełnione przesłanki umożliwiające złożenie oświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie usług określonych w wykazie. Tj. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 listopada 2022 roku Odwołujący przedłożył oświadczenie Primaris Services sp. z o.o. („Primaris”) o należywym wykonaniu usług objętych wykazem w zakresie usług realizowanych przez udostępniony personel. Z oświadczenia tego wyraźnie wynikało, że został złożony wniosek o wydanie referencji, ale odbiorca usług nie wydał Primaris referencji. Zostały zatem spełnione obie ww. przesłanki, tj. 1/ niemożność uzyskania dokumentów, pomimo złożonego wniosku oraz 2/ że niemożność ich uzyskania wynikała z przyczyn niezależnych od Odwołującego (tj. z braku reakcji kontrahenta Primaris).

Tym samym Odwołujący już w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego złożył dowód na okoliczność niemożności uzyskania referencji. Odwołujący podkreślał, że podmiot udostępniający mu zasoby, tj. Primaris, podejmował próby pozyskania referencji w ramach bezpośrednich kontaktów z pracownikami kontrahenta już od momentu wystawienia przez Primaris oświadczenia o udostępnieniu zasobów, jednak próby te nie przyniosły skutku. Wobec tego Primaris wystąpił do TUIR Warta S.A. („Warta”) z formalnym wnioskiem o wydanie referencji w dniu 17 listopada 2022 roku (poprzednie starania o wydanie referencji nie miały charakteru formalnych wystąpień), a wniosek ten został załączony do odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2022 roku (w którym Odwołujący poinformował Zamawiającego, iż wniosek ten nie został uwzględniony).

W konsekwencji Zamawiający niesłusznie przyjął, iż Odwołujący nie wykazał, że z przyczyn od siebie niezależnych nie mógł przedstawić referencji, gdyż: 1/ Odwołujący nie mógł wystąpić do Warty o referencję, gdyż Warta nie była kontrahentem Odwołującego; 2/ oświadczenie Primaris z dnia 14 listopada 2022 roku wskazuje, iż Warta do powołanej daty nie wydała referencji, tj. nie odpowiedziała na wniosek i referencji nie wydała. 3/ wykazano, iż referencja nie została wydana przez okres 5 tygodni od dnia złożenia

formalnego wniosku z dnia 17 listopada 2022 roku. Jednocześnie, w świetle powyższego, nie można również zarzucić braku staranności w ubieganiu się o referencje.

Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądu powołane przez Zamawiającego na uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego (tj. KIO 2671/17 oraz KIO 1233/21, a także uzasadnienie wyroku VI Ca 904/19) zostały wydane w innym stanie prawnym, tj. na gruncie poprzednio obowiązującego rozporządzenia dotyczącego dokumentów. Wskazał, że obecnie obowiązujący przepis (§ 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia ws. Dokumentów) wymaga jedynie zaistnienia „przyczyn niezależnych od wykonawcy” (w przeciwieństwie do poprzednio obowiązującego przepisu Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu oddzielenie zamówienia w sprawie rodzajów dokumentów, który był bardziej rygorystyczny i wymagał w tym celu „uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze”). Brak reakcji ze strony innego zamawiającego niewątpliwie stanowi przyczynę niezależną od wykonawcy, tj. coś, na co nie ma on wpływu. Wobec tego orzeczenia wydane na gruncie nieaktualnego już przepisu nie powinny być co do zasady podstawą oceny z uwagi na jego inne, bardziej rygorystyczne brzmienie niż obecnego przepisu. W szczególności w obecnie obowiązującym przepisie brak jest wymogu obiektywnego charakteru przyczyny niemożności uzyskania referencji.

Podkreślał, że brak możliwości pozyskania referencji w niniejszym przypadku nie wynikał z odmowy ich wydania przez Warta spowodowanej polityką Warta polegającą na niewydawaniu referencji, czy też z nienależytego wykonania usługi przez Primaris, lecz ze zwykłego pozostawienia wniosku Primaris bez rozpoznania i bez podania przyczyny. Odróżnić należy bowiem poniższe sytuacje: a/ Sytuacja 1: na wniosek wykonawcy jego kontrahent dokonuje czynności odmowy wydania referencji powołując się na określone przyczyny, b/ Sytuacja 2: wykonawca wnioskujący o wydanie referencji nie otrzymuje negatywnej odpowiedzi na wniosek, a jednocześnie nie otrzymuje referencji, czyli dochodzi do faktycznego zignorowania wniosku wykonawcy przez jego kontrahenta. Sytuacja 2, tj. zignorowanie wniosku Primaris miała miejsce w niniejszej sprawie. Jednocześnie takiej okoliczności jak faktyczne zaniechanie wydania referencji nie sposób udowodnić inaczej niż przedkładając wniosek o wydanie referencji oraz wykazując, iż wniosek ten nie został uwzględniony, pomimo upływu adekwatnego okresu na jego rozpatrzenie. Natomiast Zamawiający potraktował przypadek niewydania referencji na rzecz Primaris odpowiednio do Sytuacji 1, która jednak nie miała miejsca, co było działaniem wadliwym. Arbitralna decyzja Warta o zignorowaniu wniosku o wydanie decyzji niewątpliwie stanowi okoliczność niezależną od Primaris. Przyczyną niezależną od Primaris potencjalnie mogłaby być też formalna odmowa wydania referencji nie zawierająca uzasadnienia. Należy wskazać, że żadnemu z wykonawców uczestniczących w realizacji zamówień publicznych

i niepublicznych nie przysługuje wynikające z przepisów prawa roszczenie od wydania referencji. Niezależnie od powyższego, potwierdzeniem należytego wykonania usług mogą być nie tylko referencje, ale także inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. Takim dokumentem może być w szczególności protokół odbioru. W przypadku przedmiotowej usługi zrealizowanej dla Warta doszło do zatwierdzenia przez kontrahenta Rozliczeń czasu pracy (zestawień wykonanych

czynności). Tym samym Warta jako odbiorca usługi potwierdził zestawienia dotyczące zadań realizowanych sporządzone przez Norberta Jarzębowskiego, co oznacza, że odebrał je bez zastrzeżeń. W konsekwencji usługa dla Warta została należycie wykonana.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. petitum odwołania Odwołujący podniósł, że jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający uznał również, iż korespondencja Primaris i Warta jako będąca przedmiotem regulacji § 6 ust.1 Rozporządzenia (tj. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie) powinna zostać złożona Zamawiającemu w formie wiadomości elektronicznych (w stosownym formacie wiadomości elektronicznych). Odwołujący zwraca jednak uwagę, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2022 r. skierował do niego dokumenty stanowiące pewną kompilację wytworzoną przez Primaris jako podmiot udostępniający Odwołującemu własne zasoby. Tym samym dokumenty kompilacji nie zostały wystawione przez podmiot upoważniony w rozumieniu § 6 ust. 1 Rozporządzenia. Wystawienie kompilacji przez Primaris oznacza natomiast, iż do wystawionych dokumentów należy stosować § 7 ust. 1 Rozporządzenia.

W szczególności w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przekazał Zamawiającemu: a/ dokument w formacie .pdf zawierający e-mail N. J. z dnia 31 sierpnia 2021 roku (wskazujący, iż do e-mail dołączono załącznik w Excel) pod nazwą J. N. 2021-08 Warta.xlsx) oraz odpowiedź na tenże mail udzieloną przez P. C. z 2 września 2021 roku. b/ dokument w formacie .pdf zawierający e-mail N. J. z dnia 27 września 2021 roku (wskazujący, iż do e-mail dołączono załącznik w Excel) pod nazwą J. N. 2021-09 Warta.xlsx) oraz odpowiedź na tenże mail udzieloną przez P. C. z 27 września 2021 roku.

Oba dokumenty zostały wytworzone przez p. J. L. (j.l.@primaris.eu) odpowiednio w dniu 2 i 27 września 2021 (na co wskazują noty na pierwszej stronie obu dokumentów), a do ich wytworzenia użyto plików Excel zapisanych na p. J. L. (nota: C:\Users\jlenart\Desktop\Downloads\J.\_N.\_2021-09 Primaris, wydrukowany: 28.09.2021

13:33 oraz plik: C:\Users\jlenart\Desktop\Downloads\J.\_N.\_2021- 08 Primaris wydrukowany: 02.09.2021 08:54).

W świetle powyższych okoliczności, oba przedłożone dokumenty stanowią kompilację dwóch wiadomości elektronicznych oraz załącznika do jednej z nich, opracowaną przez członka personelu Primaris. W takim stanie rzeczy każdy z dwóch dokumenty stanowi kompilację trzech innych dokumentów, gdzie każda z kompilacji została wytworzona w swojej pierwotnej postaci w formacie pliku .pdf.

Odwołujący zauważył, że § 7 Rozporządzenia nie określa podmiotu, który opatruje taki dokument podpisem elektronicznym. Przepisy Rozporządzenia wskazują na podmiot, który opatruje uwierzytelniany dokument tylko w § 6 ust.3 i § 7 ust. 3 Rozporządzenia jedynie w kontekście cyfrowych odwzorowań dokumentów w postaci papierowej. Analogicznie stanowią przepisy pkt 9.4.4. SWZ. Wobec tego w przypadku, o którym mowa w § 7 ust.1 Rozporządzenia, nie należy poświadczać przekazywanego dokumentu, lecz tylko opatrzeć go podpisem bez określenia roli tego rodzaju podpisu. Skoro p. M. B. jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem wykonawcy, a Rozporządzenie nie określa jaki podmiot tego rodzaju podpis składa, to oczywistym jest, iż podpis składa przedstawiciel wykonawcy.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 3. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że w związku z powyższym oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu z uwagi na niezłożenie w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. W tej sytuacji odrzucenie oferty Odwołującego w przedmiotowym Postępowaniu stanowiło oczywiste naruszenie art. 226 ust. 1c) ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 4. petitum odwołania wskazał, że w konsekwencji powyższych naruszeń nieuzasadnione było również dokonanie przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszych ofert złożonych w Postępowaniu z pominięciem oferty Odwołującego.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. W toku rozprawy wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz z uzupełnieniami, wezwania kierowane do Odwołującego oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Skład orzekający Izby wzięły pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 stycznia 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 3 stycznia 2023 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że w myśl art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie „podmiotowego środka dowodowego”. Zgodnie z pkt 7.3 SWZ, w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub wykonują usługę lub usługi polegające na łącznym zapewnieniu co najmniej 20 specjalistów, o których mowa w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do Wzoru umowy ramowej, w tym m.in. minimum jednego specjalistę w roli Junior .NET Developer – Młodszy Programista .NET lub Middle .NET Developer – Programista.NET lub Senior .NET Developer – Starszy Programista .NET; minimum jednego specjalistę w roli Młodszy tester oprogramowania lub Tester oprogramowania lub Starszy tester oprogramowania lub Tester automatyczny oprogramowania; minimum jednego specjalistę w roli Analityk biznesowo – systemowy lub Starszy Analityk biznesowo – systemowy oraz minimum jednego specjalistę w roli Project Manager (Software Development Project) – Kierownik projektu programistycznego lub Project Manager – Kierownik Projektu lub Senior Project Manager – Starszy Kierownik Projektu. Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że każdy ze specjalistów wskazany, w wykazie usług, o którym mowa w pkt 10.5 SWZ, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu świadczył lub świadczył przedmiotowe usługi w danej roli w sposób ciągły przez okres co najmniej 2 miesięcy na rzecz podmiotu lub podmiotów dla którego/których usługa jest lub była świadczona.

W myśl § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych – w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Za dowody w tym przypadku uznano referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli jednak wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

Postanowienia o analogicznej treści znalazły się w pkt 10.5 SWZ, zgodnie z którym, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu Wykonawca powinien złożyć wykaz usług, o których mowa w pkt 7.3 SWZ, wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania lub wykonywania, okresów świadczenia usług przez specjalistów, o których mowa w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do Wzoru umowy ramowej i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

W związku z powyższym, Zamawiający w dniu 14 listopada 2022 r. wezwał Wykonawcę na podstawie art. 126 ust. 1 oraz art. 139 ust. 2 ustawy Pzp – do złożenia wykazu usług, o których mowa w pkt 7.3 SWZ wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania lub wykonywania, okresów świadczenia usług przez specjalistów, o których mowa w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do Wzoru umowy ramowej i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zgodnie z treścią złożonej oferty, Wykonawca oświadczył, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu będzie polegał na zdolnościach innego podmiotu, tj. Primaris Services Sp. z o.o. Z treści złożonego przez Primaris Services Sp. z o.o. oświadczenia wynika, że oddaje on do dyspozycji Wykonawcy m.in. zdolność zawodową i techniczną w postaci Pana N. J., jako Analityka biznesowo-systemowego. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający dokonał analizy złożonych dokumentów i stwierdził, że Wykonawca w wykazie usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie specjalisty w roli analityka biznesowo-systemowego (pozycja 3 w wykazie usług) wskazała, że usługa była świadczona przez Pana N. J., na potwierdzenie, że usługa została wykonana należycie Wykonawca złożył pt. „Oświadczenie Primaris Services sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełnienia wymagań postępowania ZP/TITT/66/2022”. Dodatkowo Wykonawca przełożył zamówienie wystawione przez odbiorcę usługi. Zamawiający w treści wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych zaznaczył, że zarówno z treści zapisów SWZ, jak i rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych wynika, że co do zasady Wykonawca powinien złożyć dowody potwierdzające należyte wykonanie lub wykonywanie usług ujętych w wykazie. Natomiast złożenie oświadczenia jest traktowane jako wyjątek od tej zasady i może następować tylko w przypadku niemożności uzyskania dowodów "z przyczyn niezależnych" od Wykonawcy. W ocenie Zamawiającego Wykonawca w treści ww. oświadczenia nie wskazał żadnych „przyczyn niezależnych od niego”, które zadecydowały o niemożności uzyskania dowodów sporządzonych przez podmiot na rzecz, którego wykonywał usługi. Dodatkowo, Zamawiający zaznaczył, że z treści przedłożonego zamówienia wystawionego przez odbiorcę usługi nie wynika fakt należytego wykonania usług przez specjalistę wskazanego w poz. 3 wykazu usług. Dokument ten jest zamówieniem na realizację, a nie dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie usług.

W związku z powyżej opisanymi wnioskami Zamawiający w dniu 15 grudnia 2022 r. działając na podstawie art. 128 ust. 1

ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług, w zakresie pozycji 3, albo złożenia nowego wykazu usług wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykonawca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego złożył rozliczenie między Primaris Services Sp. z o.o. a odbiorcą usług dla Pana N. J.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r, poz. 2452), w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, podmiot

udostępniający zasoby, jako dokument elektroniczny – to taki dokument należy skutecznie złożyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym, że przedstawione przez Wykonawcę raporty dotyczące rozliczenia pomiędzy podmiotem udostępniającym swoje zasoby, tj. Primaris Services Sp. z o.o. a odbiorcą usługi jako dokument elektroniczny – komunikacja e-mailowa, Wykonawca powinien przekazać te dokumenty w takiej formie, natomiast Wykonawca złożył cyfrowe odzwierciedlenie dokumentu i dodatkowo opatrzył go kwalifikowanym podpisem elektronicznym Pana M. B. – przedstawiciela Wykonawcy. Na dodatek Zamawiający zaznacza, że z treści oferty, oświadczeń oraz dokumentów złożonych przez Wykonawcę, nie wynika, aby Pan M. B. był uprawniony do reprezentowania Primaris Services sp. z o.o. Jednocześnie, Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przedłożył treść wiadomości e-mail wysłanej w dniu 17 listopada 2022 r., godzina wysłania 08:48 do Pana P. C. z prośbą o wystawienie referencji, potwierdzających że usługi zrealizowane przez Pana N. J. zostały wykonane należycie.

Z przepisów wynikających z rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych wynika, że co do zasady Wykonawca powinien złożyć dowody potwierdzające należyte wykonanie lub wykonywanie usług ujętych w wykazie usług. Natomiast złożenie oświadczenia jest traktowane jako wyjątek od tej zasady i może następować tylko w przypadku niemożności uzyskania dowodów "z przyczyn niezależnych" od Wykonawcy. Taka konstrukcja przepisu oznacza jednak, że Wykonawca w oświadczeniu powinien wskazać jakie przyczyny niezależne od niego zadecydowały o niemożności uzyskania dowodów sporządzonych przez podmiot na rzecz, którego wykonywał lub wykonuje usługi. Można przyjąć, że stwierdzenie „przyczyny niezależne od niego” należy traktować jako odpowiednik "uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze", o której była mowa w poprzednio obowiązującym Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu oddzielenie zamówienia w sprawie rodzajów dokumentów.

Zamawiający przywołał teżę wynikającą z wyroku KIO z dnia 4.01. 2018 r. sygn. akt: KIO 2671/17.

Zamawiający podał, że w złożonym przez Wykonawcę oświadczeniu Primaris Services Sp. z o.o. nie zostały wskazane żadne „przyczyny niezależne od niego”, które zadecydowały o niemożności uzyskania dowodu sporządzonego przez podmiot na rzecz, którego zostały wykonane usługi. Zgodnie z obowiązującymi przepisami to Wykonawca składając oświadczenie powinien wskazać Zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nieuzyskania takich dokumentów. Aby oświadczenie mogło zastąpić referencje Wykonawca musi wskazać dowód na to, że np.

Zamawiający odmawia wydania referencji lub zwleka z tym. Może to być pismo z odmową wydania referencji lub informacją, że nie praktykowane jest wystawianie referencji lub długa zwłoka w samej odpowiedzi. Proces wystawienia referencji przeważnie trwa kilka dni, a nawet tygodni, wszystko zależy od polityki wewnętrznej danego podmiotu. Samo wystawienie próby o wystawienie referencji bez podania uzasadnienia choćby np. informacji od usługobiorcy, iż nie wystawia referencji albo informacji usługobiorcy, iż jest w toku ich opracowywania, który to proces nie zakończy się przed upływem terminu na złożenie dokumentów, nie pozwala na uznanie wykazania przez Wykonawcę, iż z uzasadnionej niezależnej od niego przyczyny nie jest on w stanie uzyskać dokumentów potwierdzających należyte wykonanie ww. usług.

Z tego też względu naturalnym zachowaniem Wykonawcy powinno być przygotowanie prawidłowych oświadczeń i dokumentów w odpowiednim czasie. Niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 23 sierpnia 2022 r., a termin otwarcia i składania ofert został wyznaczony na dzień 12 października 2022 r., a więc Wykonawca już wtedy powinien poczynić odpowiednie kroki, mające na celu uzyskanie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, tymczasem Wykonawca dopiero 17 listopada 2022 r. zwrócił się z prośbą do odbiorcy usługi o wystawienie referencji dla pana N. J., czyli dopiero po otrzymaniu wezwania Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca jednak, jak zostało już wielokrotnie wspomniane, nie udowodnił w żaden sposób, że oświadczenie Primaris Services Sp. z o.o. powinno zostać uznane, jako dokument potwierdzający należyte wykonanie usług.

Bezspornym bowiem jest, co potwierdza orzecznictwo KIO, iż zwrot "z uzasadnionej przyczyny" warunkujący złożenie oświadczenia własnego wykonawcy zamiast referencji bądź innych dokumentów. Tym samym, w ocenie Izby, aby móc złożyć oświadczenie zamiast referencji lub innych dokumentów, wykonawcy obowiązani byli uzasadnić przyczyny, dla których nie byli w stanie zdobyć określonych dokumentów czyli wykazać spełnienie warunku umożliwiającego posłużenie się oświadczeniem zamiast referencjami" (por. wyrok KIO 1234/21 z 6 sierpnia 2021 r.). Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Zielonej Górze (zob. VI Ca 904/19), „złożenie zamiast referencji oświadczenia własnego wymaga wykazania, że wystąpiły okoliczności od Wykonawcy niezależne, uzasadniające brak możliwości uzyskania referencji lub dokumenty potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający natomiast otrzymując takie oświadczenie zobowiązany jest ocenić, czy na pewno wystąpiły okoliczności uprawniające do odstąpienia od wymogu złożenia referencji. Jako przykład takich okoliczności w

orzecznictwie wskazuje się przede wszystkim likwidację podmiotu, na rzecz którego był świadczono usługi/dostaw i jego wykreślenie z rejestru handlowego, fakt że dany podmiot nie jest przedsiębiorcą czynnym w swojej siedzibie i nie odbiera

korrespondencji w jakiegokolwiek formie. Nie można bowiem wymagać od Wykonawcy, że uzyska referencje od podmiotu, który w świetle prawa już nie funkcjonuje. Jak już wcześniej wskazano, do przyczyn takich nie należy jednak sytuacja, gdy zamawiający nie chce wydać referencji, gdyż to ma charakter subiektywny”.

Biorąc pod uwagę powyższe, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, należy uznać za konieczne i zasadne.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 128 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie dokumentów, art. 70 ustawy Pzp w zw. z § 6 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezłożenie w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Izba odniesienie się do ww. zarzutów łącznie, jako że oparte zostały na wspólnych i powiązanych okolicznościach faktycznych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli

wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów -oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Z analizy powyższego przepisu wynika, że wykonawca celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej winien w pierwszej kolejności złożyć wraz z wykazem dowody określające, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi wykonano, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane. W sytuacji jednak, gdy z przyczyn niezależnych od wykonawcy nie jest on w stanie uzyskać ww. dokumentów, tj. referencji bądź innych dokumentów, wykonawca uprawniony jest złożyć oświadczenie własne. Innymi słowy, złożenie oświadczenia własnego w miejsce referencji jest wyjątkiem od zasady legitymowania się przez wykonawcę referencjami bądź innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego usługi wykonano. Ponadto złożeniem oświadczenia własnego jest istnienie niezależnego od wykonawcy powodu, uniemożliwiającego przedstawienie referencji lub innych dokumentów. Wyjaśnienie tego powodu obciąża wykonawcę, który powinien należycie uzasadnić brak możliwości pozyskania referencji, w tym podać przyczynę ich nieuzyskania, przy czym winna to być przyczyna od niego niezależna. Z kolei ocena oświadczenia wykonawcy będzie należała do zamawiającego, którego zadaniem będzie rozważenie, czy wystąpiły okoliczności uprawniające do odstąpienia od wymogu złożenia referencji.

Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, który uznał, że Odwołujący w wyznaczonym terminie nie przedstawił dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia przez podmiot trzeci, na zasoby którego powołał się Wykonawca. W szczególności zdaniem Zamawiającego w oświadczeniu podmiotu trzeciego - Primaris Services Sp. z o.o. [dalej „Primaris”] nie zostały wskazane żadne „przyczyny niezależne od niego”, które zdecydowały o niemożności uzyskania dowodu sporządzonego przez podmiot na rzecz, którego usługi wykonano. Ponadto zdaniem Zamawiającego należytego wykonania usług przez specjalistę wskazanego w poz. 3 wykazu usług nie potwierdzało złożone przez Odwołującego zlecenie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że raporty dotyczące rozliczenia pomiędzy podmiotem udostępniającym swoje zasoby, tj. Primaris Services Sp. z o.o. a odbiorcą usługi jako dokument elektroniczny – komunikacja e-mailowa, Wykonawca powinien przekazać w formie dokumentu elektronicznego, natomiast Wykonawca złożył cyfrowe odzwierciedlenie dokumentu i dodatkowo opatrzył go kwalifikowanym podpisem

elektronicznym Pana M. B. – przedstawiciela Wykonawcy. Z powyższym stanowiskiem nie zgadzał się Odwołujący.

W ocenie Izby analiza okoliczności faktycznych niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego nie naruszała przepisów ustawy Pzp.

Uwzględniając przedstawione powyżej okoliczności faktyczne podkreślenia wymaga, iż rację miał Zamawiający, że w treści złożonego przez Primaris oświadczenia z dnia 18 listopada 2022 r. nie wskazano żadnych przyczyn od niego niezależnych, które uzasadniały brak możliwości złożenia Zamawiającemu referencji przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. Złożone przez Odwołującego oświadczenie podmiotu trzeciego ma charakter ogólny, szczerkowy i nie zawiera żadnych konkretnych informacji potwierdzających, że podmiot udostępniający zasoby dołożył należytej staranności i podjął niezbędne działania celem uzyskania dokumentu referencyjnego, ale z przyczyn od niego niezależnych nie przyniosły one oczekiwanego rezultatu. W szczególności z omawianego oświadczenia nie wynika, kiedy Primaris wystąpił do odbiorcy usługi o przedstawienie referencji oraz czy wykonawca podejmował dalsze starania, aby przedmiotowy dokument realnie uzyskać, np. czy monitował odbiorcę usługi do wystawienia referencji. Tym samym dokonana przez Zamawiającego ocena oświadczenia Primaris była prawidłowa, skoro przedmiotowe oświadczenie nie zawierało przyczyn, dla których referencje zostały zastąpione oświadczeniem wykonawcy.

Za głosowne Izba uznała stanowisko Odwołującego, który na s. 4 odwołania podniósł, że „podmiot udostępniający mu zasoby, tj. Primaris, podejmował próby pozyskania referencji w ramach bezpośrednich kontaktów z pracownikami kontrahenta już od momentu wystawienia przez Primaris oświadczenia o udostępnieniu zasobów, jednak próby te nie przyniosły skutku”. Wskazać należy, iż wykonawca, który zamierza uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia zapoznaje się z warunkami zamówienia i powinien dokładać należytej staranności na wszystkich jego etapach oraz adekwatnie reagować na okoliczności, które mogą stanąć na przeszkodzie w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący przystępując do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, zapoznał się z dokumentami zamówienia i miał świadomość wymogu Zamawiającego dotyczącego złożenia referencji bądź innych dokumentów celem potwierdzenia należytej realizacji usługi. W postanowieniach SWZ – analogicznie jak w § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów zamówienia – wskazano, że w sytuacji gdy wykonawca nie jest w stanie uzyskać ww. dowodów z przyczyn od niego niezależnych, może złożyć oświadczenie własne. Tym samym z postanowień SWZ jednoznacznie wynikała konieczność dokumentów składanych przez wykonawcę celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto zacytowanej powyżej stanowisko Odwołującego nie znalazło odzwierciedlenia w treści oświadczenia Primaris z 18 listopada 2022 r.

W rozpoznawanej sprawie, jak słusznie zauważył Zamawiający, oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów datowane jest na dzień 23 września 2022 r., a zatem co najmniej od tej daty Primaris mógł podjąć niezbędne działania celem uzyskania dokumentu potwierdzającego prawidłowe wykonanie zamówienia wystawionego przez odbiorcę usługi. Tymczasem, jak wynika z dokumentacji postępowania, Primaris podjął niezbędne kroki dopiero w dniu 17 listopada 2022 r. zwracając się do odbiorcy usługi o wystawienie referencji, a zatem dopiero po otrzymaniu wezwania Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Zasadności zarzutu nie wykazuje zdaniem Izby podnoszony przez Odwołującego brak odpowiedzi ze strony odbiorcy usługi na skierowaną prośbę o wystawienie referencji w okresie od 17 listopada 2022 r. do 18 grudnia 2022 r. Zauważyć należy, iż Odwołujący nie wykazał, że w tym okresie podejmował działania realnie zmierzające do uzyskania referencji, w tym np. monitował odbiorcę usługi, czy też skierował prośbę o wystawienie referencji do innej komórki odbiorcy usługi czy innej osoby. Brak aktywności w powyższym zakresie obciąża Wykonawcę.

Zgodzić należy się z Zamawiającym, iż należytego wykonania usługi nie potwierdzają także pozostałe dokumenty złożone przez Odwołującego, tj. zlecenie zamówienia, które już ze swojej natury nie może potwierdzać prawidłowego wykonania usługi, jak również zaakceptowane rozliczenia czasu pracy, które wskazują jedynie na godzinowe zaangażowanie danej osoby w zleczone jej czynności, a nie ich należyte wykonanie. Wobec Irrelevantna dla rozpoznania istoty sprawy pozostaje zatem kwestia formy złożonych przez Odwołującego zestawień czasu pracy, skoro rzeczne dokumenty nie potwierdzały należytego wykonania usługi.

Podsumowując powyższe Izba doszła do przekonania, iż w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie wykazał, że dołożono należytej staranności i podjęto niezbędne środki do uzyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia przez podmiot trzeci, na zasoby którego powołał się Wykonawca. Konsekwencją ich niezłożenia było zatem odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....