

Sygn. akt: KIO 546/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Maria Kacprzyk

Joanna Gawdzik-Zawalska

Małgorzata Jodłowska

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2024 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Blue Brain Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Sharp Electronics (Europe) GMBH z siedzibą w Hamburgu, Niemcy, działająca za pośrednictwem: Sharp Electronics (Europe) GMBH sp. z o.o. Oddział w Polsce, w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą COPY.NET.PL P. S. z siedzibą w Warszawie, Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych numerem 2.1, 2.3, 2.6

w petitum odwołania,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

odwołującego oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, poniesioną przez

zamawiającego,

- 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 546/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup i dostawa 2 239 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych wraz z gwarancją, usługą serwisu i sukcesywną dostawą materiałów eksploatacyjnych”, nr referencyjny: 993200.271.28.2023, część nr 3 i 4, dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem pod numerem 2023/S 118-370359 z dnia 21 czerwca 2023 r. Wartość

zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 19 lutego 2024 r. Odwołujący – Blue Brain Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Sharp Electronics (Europe) GMBH z siedzibą w Hamburgu, Niemcy, działająca za pośrednictwem: Sharp Electronics (Europe) GMBH sp. z o.o. Oddział w Polsce (dalej: „Odwołujący”) działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum w składzie: Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą COPY.NET.PL P. S. („Konsorcjum 2”), w sytuacji w której oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 2.1. art.16 pkt 1) Pzp poprzez dopuszczenie się przez Zamawiającego działań istotnie odbiegających od respektowania zasady równego traktowania wykonawców w tym zwłaszcza wykonawcy zagranicznego polegające na nieudzieleniu żadnej odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 15 grudnia 2023 r. o wydłużenie terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych w postaci informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny dla Panów Y. T. i S. N., zgodnego z siedzibą Wykonawcy – Sharp Electronics (Europe) GMBH z siedzibą w Hamburgu przy jednoczesnym prowadzeniu w okresie od 15 grudnia 2023 r. do 23 stycznia 2024 r. komunikacji z innymi wykonawcami;
- 2.2. art. 17 pkt 2 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
- 2.3. art. 20 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2) Pzp poprzez nieudzielenie żadnej odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 15 grudnia 2023 r. o wydłużenie terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych w postaci informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny dla Panów Y. T. i S. N., zgodnego z siedzibą Wykonawcy – Sharp Electronics (Europe) GMBH z siedzibą w Hamburgu przy jednoczesnym prowadzeniu w okresie od 15 grudnia 2023 r. do 23 stycznia 2024 r. komunikacji z innymi wykonawcami, wywołując niepewność w zakresie dokumentowania i komunikowania przez Zamawiającego wykonawcom podejmowanych decyzji, co stanowi naruszenie zasady pisemności oraz przejrzystości postępowania;
- 2.4. art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) Pzp w zw. z § 5 Rozporządzenia Ministra w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego2 (RPP) poprzez nie udostępnienie Odwołującemu protokołu z Postępowania i załączników do protokołu niezwłocznie po otrzymaniu od Odwołującego wniosku w tym zakresie i udostępnienie ich dopiero w dniu 16 lutego 2024 r. po godz. 14:00 (tj. w piątek przed ustawowymi dniami wolnymi od pracy, po których w poniedziałek 19 lutego 2024 r. upływał termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie), co wpłynęło na ograniczenie uprawnień Odwołującego do wniesienia odwołania i naruszenie zasady przejrzystości postępowania;
- 2.5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) i art. Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego pomimo iż Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe w postaci informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny dla Panów Y. T. i S. N., zgodnego z siedzibą Wykonawcy - Sharp Electronics (Europe) GMBH z siedzibą w Hamburgu w sytuacji, gdy Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w Postępowaniu, a jego oferta jest najkorzystniejsza w Postępowaniu;
- 2.6. art. 126 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez nieudzielenie żadnej odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 15 grudnia 2023 r. o wydłużenie terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych w postaci informacji z odpowiedniego rejestru karnego, dla Panów Y. T. i S. N., zgodnego z siedzibą Wykonawcy - Sharp Electronics (Europe) GMBH, pomimo faktu, iż: (i) Odwołujący złożył wniosek z dnia 15 grudnia 2023 r. wskazał, że brak możliwości złożenia ww. podmiotowych środków dowodowych w pierwotnie wyznaczonym terminie nie wynika z jego winy co potwierdził dokumentacją przekazaną Zamawiającemu, (ii) ustawodawca na gruncie art. 126 ust.1 Pzp wskazał jedynie minimalny termin (10 dni) na złożenie aktualnych na dzień złożenia

podmiotowych środków dowodowych przez co zamawiający posiada swobodę w wyznaczeniu ww. terminu w tym jego wydłużenia;

- 2.7. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji nie rozpoznania przez Zamawiającego wniosku z dnia 15 grudnia 2023 r. o wydłużenie terminu na uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy: (i) brak możliwości uzyskania ww. środków dowodowych był z przyczyn obiektywnych i niezależnych od Odwołującego nie możliwy do zrealizowania w pierwotnie wyznaczonym terminie, (ii) Odwołujący złożył wniosek o wydłużenie terminu na uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych przed upływem terminu pierwotnie wyznaczonego przez Zamawiającego;
- 2.8. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum 2 która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, w sytuacji gdy w świetle kryteriów oceny ofert, to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w Postępowaniu a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez

co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący skonstruował także zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów: naruszenia § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych (dalej: "Rozporządzenie") poprzez nieuzasadnione przyjęcie, iż Odwołujący zobowiązany był do złożenia na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp, w odniesieniu do Panów Y. T. i S. N. obywateli Japonii, zamieszkujących na stałe w Wielkiej Brytanii, informacji z Krajowego Rejestru Karnego zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia ze względu na miejsce siedziby Wykonawcy, w sytuacji gdy przepis ten nie wprowadza takiej przesłanki, zaś § 4 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w zw. z art. 108 ust. 2 Pzp odniesieniu do członków organów mających miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej dopuszcza złożenie informacji z odpowiedniego rejestru kraju, w którym członek organu ma miejsce zamieszkania.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego;.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ złożył

jedną z trzech ofert złożonych w Postępowaniu, sklasyfikowaną w toku badania i oceny ofert pierwszym miejscem w rankingu. Jego zdaniem nieprawidłowe czynności Zamawiającego narażają tym samym Odwołującego na szkodę.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący przytoczył stan faktyczny oraz wskazał, że Zamawiający nie przedłużył terminu na złożenie oznaczonych podmiotowych środków dowodowych. Podkreślił, że Zamawiający nie odmówił odrębnym pismem Odwołującemu przedłużenia terminu na złożenie zaświadczeń z niemieckiego Rejestru Karnego i finalnie otrzymał te dokumenty przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej czy nawet przed wezwaniem do złożenia dokumentów przez Konsorcjum 2 (co nastąpiło 23 stycznia 2024 r.). Podkreślił, że Zamawiający po dniu 15 grudnia 2023 r. nie dokonał żadnej czynności, w tym nie odrzucił oferty Odwołującego. Dopiero po otrzymaniu wymaganych od Odwołującego zaświadczeń z niemieckiego Rejestru Karnego (18 stycznia 2024 r.), gdy Zamawiający był w posiadaniu już wszystkich dokumentów, jakich oczekiwał od Odwołującego, a Odwołujący de facto wykazał że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Takie działanie Zamawiającego stanowi jaskrawe naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady pisemności postępowania.

W zakresie zarzutu 2.5, Odwołujący wskazał, że po ogłoszeniu przez Zamawiającego w dniu 9 lutego 2024 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, Odwołujący trzykrotnie w dniach 9, 14 oraz 16 lutego 2024 r. wnioskował do Zamawiającego o udostępnienie pełnej dokumentacji Postępowania. Zamawiający dopiero w dniu 16 lutego 2024 r. po godz. 14:00 (tj. w piątek przed ustawowymi dniami wolnymi, po których w poniedziałek 19 lutego 2024 r. upływał termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie), udostępnił Odwołującemu całą dokumentację Postępowania.

W zakresie zarzutu 2.6 Odwołujący zakwestionował czynność odrzucenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp. Wyjaśnił procedurę składania wniosku o wydanie zaświadczenia o niekaralności z niemieckiego rejestru karnego. Podkreślił, że w przedstawionym stanie faktycznym Odwołujący w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie miał fizycznej możliwości uzyskania z Niemieckiego Rejestru Karnego zaświadczeń o niekaralności dla Panów Y. T. i S. N. . Odwołujący (co sam przyznaje Zamawiający w uzasadnieniu do informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej) zwrócił się do Zamawiającego jeszcze w wyznaczonym terminie z wnioskiem o przedłużenie terminu na złożenie dokumentów podmiotowych.

W zakresie zarzutu ewentualnego wyjaśnił, że złożył zaświadczenia o niekaralności wydane przez Disclosure Scotland zgodnie z miejscem zamieszkania ww. członków zarządu Sharp

Electronics (Europe) GMBH z siedziba w Hamburgu tj. Wielka Brytania. Wskazać należy, że Rozporządzenie rozróżnia sytuację wykonawców w zakresie składanych informacji z KRK wyłącznie przez przyznanie miejsca siedziby lub zamieszkania wykonawcy. W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał wykładni contra legem w zakresie, w jakim wskazuje na okoliczność, iż informacja z Krajowego Rejestru Karnego winna być wystawiona przez instytucję właściwą dla miejsca siedziby Wykonawcy. Dodatkowo, przepisy Rozporządzenia nie rozróżniają "wykonawcy" w rozumieniu art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp od "członków organów (...)" o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 23 lutego 2024 r., Konsorcjum P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą COPY.NET.PL P. S. z siedzibą w Warszawie, Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 5 marca 2024 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że nawet gdyby Zamawiający uwzględnił trzeci wniosek Odwołującego o wydłużenie terminu (pismo z dnia 15 grudnia 2023 r.) w całości, zgodnie z żądaniem Odwołującego tj. do dnia 15 stycznia 2024 r., to i tak w tym okresie Odwołujący nie dostarczyłby Zamawiającemu żądanych dokumentów, gdyż uczynił to dopiero w dniu 18 stycznia 2024 r., czyli po ww. terminie, o który sam wnosił. Odwołujący z ogólnej zasady pisemności, której celem jest niewątpliwie przejrzystość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz pewność ustaleń faktycznych, próbuje wyinterpretować normę prawną nakładającą na Zamawiającego obowiązek udzielania odpowiedzi na każdy wniosek uczestnika postępowania o wydłużenie terminu do dokonania czynności, do której uczestnik jest zobowiązany. Tymczasem zdaniem Zamawiającego żaden przepis ustawy Pzp nie zawiera takiego obowiązku.

W zakresie zarzutu 2.4 Zamawiający wyjaśnił, że protokół z niniejszego postępowania, z uwagi na jego podział na cztery

części oraz obszerność korespondencji (w tym dużą liczbę wezwań i dokumentów), a także wniesione w pozostałych częściach licznie środki ochrony prawnej, wymagał zdecydowanie większego nakładu czasu pracy niż standardowy protokół w innych postępowaniach. Zwrócił uwagę, iż wniosek o udostępnienie protokołu wpłynął do Zamawiającego w piątek 9 lutego 2024 r. o godzinie 20:11, a więc po godzinach pracy Zamawiającego. Zamawiający mógł zatem rozpocząć procedurę jego udostępniania dopiero wraz z początkiem dnia 12 lutego 2024 r. (poniedziałek).

W zakresie zarzutu ewentualnego, Zamawiający wskazał, że biorąc pod uwagę wykładnię historyczną związaną z przebiegiem procesu nowelizacji rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, ustawodawca podjął świadomą decyzję, aby w postępowaniach, do których będą miały zastosowanie przepisy Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych z 2019 r. (w brzmieniu sprzed nowelizacji z 2023 r.), wykonawcy składali zaświadczenia potwierdzające niekaralność członków organów wg. miejsca siedziby wykonawcy, a nie według ich miejsca zamieszkania.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska. Odwołujący cofnął zarzut ewentualny 2.9 oraz wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- dowód nr 1 - wezwanie PFRON z 24.03.2022 r. na fakt działań innych zamawiających związanych z wezwaniem do uzupełnienia KRK,
- dowodów nr 2 i 3 - tłumaczenie wyciągu z niemieckiej ustawy regulującej rejestr karny na fakt procedury ubiegania się o zaświadczenie z niemieckiego rejestru karnego wraz z tłumaczeniem wniosku,
- dowód nr 4 - informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty Sieć Badawcza Łukasiewicz na fakt postępowania się zaświadczeniem z brytyjskiego rejestru karnego.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem Postępowania jest zakup i dostawa 2239 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych wraz z gwarancją, usługą serwisową i sukcesywną dostawą materiałów eksploatacyjnych. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wpłynęły trzy oferty, w tym oferta Odwołującego w zakresie części 3 oraz części 4. W ramach oceny i badania ofert, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego pismem z dnia 7 listopada 2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci: „informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny dla Panów Y. T. i S. N. zgodnego z siedzibą Wykonawcy”, w terminie do 15 listopada 2023 r.

Pismem z dnia 9 listopada 2024 r. Odwołujący złożył prośbę o wydłużenie terminu do dnia 20 listopada 2023 r. Zamawiający w dniu 14 listopada 2023 r. wydłużył termin zgodnie z wnioskiem do dnia 20 listopada 2023 r. Odwołujący ponowił wniosek w dniu 20 listopada 2023 r., wyjaśniając, że ma trudności z pozyskaniem zaświadczeń o niekaralności dla Panów Y. T. i S. N., zaś Zamawiający w dniu 19 listopada 2023 r. wydłużył termin do 15 grudnia 2023 r. Odwołujący w dniu 15 grudnia 2023 r. złożył pismo, w którym zawniósł o wydłużenie terminu do dnia 15 stycznia 2024 r., jak również wyjaśnił trudności w uzyskaniu zaświadczeń. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na przedmiotowy wniosek. W dniu 18 stycznia 2024 r., Odwołujący przedłożył zaświadczenia o niekaralności objęte wezwaniem z dnia 7 listopada 2024 r.

W dniu 9 lutego 2024 r. Zamawiający dokonał w zakresie części 3 oraz 4 wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, wskazując, że nie złożył on w terminie wymaganego podmiotowego środka dowodowego tj. informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny, co skutkuje odrzuceniem oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Odwołanie w części dotyczącej zarzutów nr 2.1, 2.3 oraz 2.6 petitum odwołania podlegało odrzuceniu jako spóźnione. Przedmiotem zaskarżenia jest nieudzielenie odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 15 grudnia 2023 r. dotyczący wydłużenia terminu na złożenie dokumentów wyznaczonego pierwotnie na dzień 15 grudnia 2023 r., a de facto – termin wyznaczony na uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt. 1 lit. a Pzp odwołanie wnosi się w terminie – w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne- 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W innych przypadkach, termin ten wynosi 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę

jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 515 ust. 3 pkt. 1 Pzp).

Przedmiotowymi zarzutami Odwołujący kwestionuje wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 7 listopada 2023 r.,

oraz wskazanego terminu na ich złożenie, wydłużonego pismami z dnia 14 listopada 2023 r. oraz 20 listopada 2023 r. Jednocześnie, należy mieć na uwadze, że po pierwsze – termin na złożenie czy uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych nie może być wydłużony po jego upływie, zaś po drugie – Odwołujący mógł złożyć odwołanie zarówno na pierwotną treść wezwania, jak również na późniejsze pisma z modyfikacjami terminu. Zamawiający najpóźniej mógł zmodyfikować termin oznaczony w wezwaniu w dniu jego upływu, stąd też odwołanie wniesione w dniu 19 lutego 2024 r., podlegało w tej części odrzuceniu jako wniesione po terminie. W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone. Izba nie orzekała co do zarzutu ewentualnego, który został przez Odwołującego cofnięty.

Zarzut oznaczony nr 2.4, dotyczący sposobu udostępnienia przez Zamawiającego protokołu wraz z załącznikami Izba uznała za zasadny, stwierdzając w tym zakresie naruszenie przepisów, jednakże nie został on uwzględniony z uwagi na brak wpływu na wynik Postępowania.

Zamawiający ma obowiązek prowadzić protokół na bieżąco, stąd też twierdzenia Zamawiającego o znacznej objętości załączników czy też wielości części zamówienia pozostają indyferentne. Dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający powinien liczyć się z wpływem wniosku o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami i niejako pozostawać w gotowości, a tym samym przygotować zarówno protokół, jak i zasoby osobowe czy też techniczne przeznaczone do jego udostępnienia, a co więcej – przygotować także wewnętrzne procedury w taki sposób, aby nie uchybiać przepisom powszechnie obowiązującym. Skoro wniosek wpłynął do Zamawiającego w piątek, po godzinach jego urzędowania, nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający w poniedziałek przystąpił do jego skutecznego rozpoznania. Na marginesie jedynie Izba wskazuje, że z uwagi na sposób prowadzenia Postępowania za pomocą środków komunikacji elektronicznej, także prowadzenie protokołu stało się ułatwione, ponieważ nie wymaga odrębnego skanowania większości załączników, takich jak oferty czy dokumenty podmiotowe. Podsumowując, zamawiający jest związany terminem oznaczonym w przepisach („niezwłocznie”), co oznacza bez nieuzasadnionej zwłoki, a tym samym termin ten może być wydłużony jedynie w uzasadnionych okolicznościach. Takie w przedmiotowej sprawie nie nastąpiły, a tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów w zakresie zasad udostępniania protokołu wraz z załącznikami.

Naruszenie to jednakże pozostało bez wpływu na wynik Postępowania – Odwołujący, mimo wyraźnego pytania Izby w tym zakresie – nie udzielił odpowiedzi, jakie inne zarzuty mógłby skonstruować, gdyby protokół został mu udostępniony wcześniej. Izba nie dała wiary twierdzeniom o treści ofert, ponieważ treść ofert jest dostępna od ich otwarcia, w przeciwieństwie do pozostałych załączników, stąd też profesjonalny wykonawcy miał dłuższą perspektywę na weryfikację zaoferowanych rozwiązań konkurentów. W konsekwencji, z uwagi na okoliczność, że Odwołujący nie wykazał wpływu na wynik Postępowania, zarzut ten także został oddalony przez Izbę.

W pozostałym zakresie, tj. zarzutów głównych oznaczonych numerami 2.2, 2.5, 2.7 oraz 2.8 w petitum odwołania, odwołanie podlegało oddaleniu, gdyż podniesione zarzuty nie potwierdziły się. Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Istota tych zarzutów – chociaż akcentowana na zaniechanie wydłużenia terminu na złożenie podmiotowych środków dowodowych i brak prawidłowości w zakresie samego wezwania, a także brak winy po stronie Odwołującego w uchybieniu terminowi na ich złożenie – sprowadzała się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego wobec nieuzupełnienia w terminie podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c 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. W okolicznościach niniejszej sprawa taka sytuacja zaistniała – Odwołujący w wyznaczonym terminie przez Zamawiającego nie złożył wymaganych wezwaniem z dnia 7 listopada 2023 r. podmiotowych środków dowodowych.

Indyferentny dla sprawy i podstaw odrzucenia pozostaje stopień zawinienia wykonawcy – Odwołujący miał obowiązek wykonać wezwanie (lub też we właściwym terminie wnieść środek odwoławczy), tj. w określonym terminie uzupełnić dokumenty. Brak ich złożenia oznacza ziszczenie się podstawy do wykluczenia i nie można w tym zakresie uznać za prawidłowej praktyki polegającej na kwestionowaniu zasadności wezwania oraz złożeniu

wniosku o wydłużenie terminu – ponieważ wszystkie tego rodzaju działania Odwołujący, chcąc być skutecznym w tym zakresie – powinien powziąć przed upływem terminu na złożenie dokumentów. Brak odpowiedzi Zamawiającego na wniosek o wydłużenie terminu należało pochylić za odmowę jego wydłużenia – co potwierdza dodatkowo poprzednia praktyka Zamawiającego, w ramach której każdorazowo wydłużał on termin na dzień przed jego upływem. Tak jak wskazał bowiem Zamawiający, z samej zasady pisemności postępowania nie sposób wywieść obowiązku udzielania odpowiedzi na każdy wniosek wykonawcy, a przepisy konkretnie precyzują, jakie czynności zamawiający ma podejmować, w jakich terminach i okolicznościach, jak chociażby wskazany przez Zamawiającego art. 284 ust. 2 Pzp, dotyczący obowiązku udzielania wyjaśnień na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ.

Izba zwraca także uwagę, że przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy liczyć się z tym, że oferta wykonawcy może być sklasyfikowana najwyżej w rankingu ofert, co oznacza konieczność uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych określonych w dokumentach zamówienia. Tym samym – znając praktykę organów publicznych co do terminowości i szybkości wydawania zaświadczeń – każdy wykonawca powinien liczyć się z koniecznością przedłożenia dokumentów w określonym przez Zamawiającego terminie lub alternatywnie – skorzystać

ze środków ochrony prawnej wobec treści wezwania i terminu doń oznaczonego. Odwołujący nie zdecydował się na wniesienie odwołania na treść wezwania, stąd też wszelkie jego inicjatywa dowodowa dotycząca procedury wydawania zaświadczeń oraz praktyki żądania zaświadczeń o niekaralności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia jest także okoliczność, że Odwołujący uzupełnił 18 stycznia 2024 r. zaświadczenia o niekaralności – nie konwaliduje to bowiem poprzedniego uchybienia. Należy bowiem stwierdzić, że składanie uzupełnianych dokumentów po terminie jest nieskuteczne i tożsame z ich niezłożeniem. Zamawiający nie mógłby - bez naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji - przyjąć dokumentu uzupełnionego po wyznaczonym terminie.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, a tym samym odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 1 oraz 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: