Sygn. akt KIO 3263/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Joanna Gawdzik-Zawalska

Aleksandra Kot

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2024 r. przez wykonawcę Rednt S.A. z siedzibą w Katowicach

w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. 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 tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego z tytułu reprezentacji w kwocie 3600 zł,

3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

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: ……

Członkowie: ……

UZASADNIENIE

Zamawiający - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa do kopalń JSW S.A. olejów hydraulicznych oraz silnikowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 231644-2024 w dniu 18 kwietnia 2024 r.

W dniu 9 września 2024 r. wykonawca REDNT S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadań numer 8, 14 i 15 pomimo, że Odwołujący przedłożył wszystkie dokumenty wymagane zgodnie z pkt 10.1.7. SWZ i tym samym wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 16 i 17 ust. 2 Pzp w zw. 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 (Dz. U. poz. 2415 ze zm.; dalej: „rozporządzenie") poprzez błędne uznanie, że przedłożony przez odwołującego wykaz dostaw, oświadczenie o należytym ich wykonaniu i przyczynach nieprzedłożenia referencji oraz faktury dokumentujące dostawy nie były wystarczające do wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu;

3) art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do przedłożenia dodatkowych dokumentów w sytuacji, gdy w ocenie Zamawiającego wykaz dostaw, oświadczenie Wykonawcy oraz faktury przedłożone przez Wykonawcę nie były wystarczające do wykazania faktu należytego wykonania dostaw i tym samym, spełnienia warunków udziału w postepowaniu;

4) art. 128 ust. 5 Pzp w zw. z art. 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do podmiotu Prager sp. z o.o.,

będącego odbiorcą wykazanych dostaw, o potwierdzenie faktu należytego wykonania na jego rzecz dostaw wskazanych w wykazie przedłożonym przez odwołującego;

5) art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp poprzez niezasadne zatrzymanie wadium wniesionego przez odwołującego w zakresie zadań nr 8, 14 i 15, podczas gdy odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 Pzp przedłożył wszystkie wymagane podmiotowe środki dowodowe i tym samym, nie zostały spełnione przesłanki zatrzymania wadium;

6) art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji, błędną ocenę oferty odwołującego i jej odrzucenie.

Odwołujący w oparciu o tak sformułowane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zadań nr 8, 14 i 15;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium odwołującego w zakresie zadań nr 8, 14 i 15. IV.

W zakresie postępowania dowodowego Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z:

1) dokumentacji postępowania na okoliczność ustalenia treści warunków udziału w postępowaniu i dokumentów przedłożonych przez odwołującego;

2) pisma Zamawiającego z 12 sierpnia 2024 r. na okoliczność wezwania odwołującego do przedłożenia dokumentów wykazujących umocowanie przedstawiciela EUROL B.V. oraz wyjaśnienia charakteru udziału EUROL B.V. w postępowaniu;

3) pisma Zamawiającego z 28 sierpnia 2024 r. dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego i zatrzymania wadium;

4) pisma Zamawiającego z 10 lipca 2024 r. na okoliczność uprzedniego odrzuceniu oferty odwołującego z powołaniem na inne okoliczności oraz pisma Zamawiającego z 30 lipca 2024 r. dotyczącego unieważnienia ww. czynności odrzucenia oferty;

5) wydruku ze strony internetowej Prager sp. z o.o. na okoliczność przedmiotu prowadzonej przez tę spółkę działalności.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że niniejsze zamówienie zostało podzielone na 16 części. Odwołujący złożył ofertę w zakresie zadań numer 8, 14 i 15. W toku aukcji elektronicznej zaoferował najniższą cenę za wykonanie ww. zadań. W dniu 28 czerwca 2024 r. Odwołujący otrzymał wezwanie wystosowane na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w tym dokumentów wskazanych w pkt 10.1.5, 10.1.6 i 10.1.7 SWZ, tj.:

„10.1.5. wykazu dostaw olejów hydraulicznych lub silnikowych lub sprężarkowych lub przekładniowych lub maszynowych lub turbinowych o wartości co najmniej:

zadanie 8 – 15 000,00 złotych netto,

zadanie 14 – 70 000,00 złotych netto,

zadanie 15 – 120 000,00 złotych netto,

wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (Załącznik Nr 3 do SWZ),

10.1.6. referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego wskazane w wykazie dostawy były wykonane, potwierdzających, że zostały one wykonane należycie,

10.1.7. oświadczenia wykonawcy, że wskazane w wykazie dostawy zostały wykonane należycie, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie jest on w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w punkcie 10.1.6. SWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że przedłożył w terminie wszystkie dokumenty wskazane w wezwaniu, w tym:

- wykaz dostaw uzupełniony zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ, obejmujący dostawy wykonane w okresie od 19 stycznia 2024 r. do 18 kwietnia 2024 r. na rzecz Prager sp. z o.o. przez spółkę EUROL B.V. tj. podmiot udostępniający Odwołującemu zasoby celem wykazania warunków udziału w postępowaniu;

- faktury wystawione przez spółkę EUROL B.V. potwierdzające dostawę na rzecz PRAGER Sp. z o.o. olejów objętych wykazem dostaw;

- oświadczenie odwołującego, że dostawy zostały wykonane należycie oraz, że z przyczyn niezależnych od odwołującego nie jest on w stanie uzyskać referencji wystawionych przez Prager sp. z o.o. z uwagi na fakt, że dostawcą olejów był niderlandzki producent EUROL B.V., który w toku prowadzonej działalności nie posługuje się referencjami występującymi w polskich postępowaniach przetargowych, stąd nie pozyskuje ich od kontrahentów.

Odwołujący wyjaśnił, że początkowo zamawiający nie zakwestionował przedłożonych przez niego dokumentów wykazujących doświadczenie w zakresie wykonanych dostaw. Zakwestionował jedynie aprobaty techniczne przedłożone przez w ramach zadań nr 14 i 15 i pismem z 10 lipca 2024 r. poinformował, że w zakresie zadań nr 14 i 15 postępowania odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp z uwagi na fakt, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz zatrzymał wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp w wysokości 7500,00 zł. W uzasadnieniu pisma wskazano, że Odwołujący w celu wykazania

spełnienia warunków udziału w postępowaniu zobowiązany był do przedłożenia wszystkich aprobat wymienionych odpowiednio w pkt 3.6. i 3.7. Specyfikacji technicznej.

Dnia 22 lipca 2024 r. odwołujący zaskarżył powyższe czynności zamawiającego odwołaniem (sygn. akt KIO 2555/24). Następnie Zamawiający przed rozpoznaniem odwołania unieważnił zaskarżone czynności. Postanowieniem z 6 sierpnia 2024 r. KIO umorzyła ww. postępowanie na posiedzeniu niejawnym.

Następnie pismem z 12 sierpnia 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 128 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia, czy bierze udział w postępowaniu samodzielnie czy w ramach konsorcjum z Eurol B.V oraz na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do przedłożenia wraz z tłumaczeniem dokumentu potwierdzającego status M. P. jako aktualnego członka organu zarządzającego Eurol B.V.

Odwołujący przedłożył wymagane dokumenty oraz wyjaśnił, że w postępowaniu występuje samodzielnie, spółka Eurol B.V. jest natomiast podmiotem udostępniającym mu zasoby.

W dniu 28 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował odwołującego, że w zakresie zadań nr 8, 14 i 15 postępowania odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp z uwagi na fakt, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz zatrzymał wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp w wysokości 8100,00 zł.

W uzasadnieniu pisma wskazano, że przedłożone wraz wykazem dostaw zestawienie faktur oraz oświadczenie nie przesądzają jednoznacznie o tym, że przedmiotowe dostawy zostały wykonane należycie. Nadto zamawiający wskazał, że z przedłożonych faktur nie wynika jednoznacznie oznaczenie podmiotu, który jest ich wystawcą.

Odnosząc się do powyższego odwołujący wskazał, że oznaczenie pomiotu, który jest wystawcą faktur przez niego przedłożonych jednoznacznie wynika z treści przedłożonych dokumentów. Na fakturach wskazano numer rejestracji wystawcy w rejestrze Netherlands Chamber of Commerce, będącym odpowiednikiem polskiego Krajowego Rejestru Sądowego. Spółka Eurol B.V. została zarejestrowana pod numerem: 06065378, co jednoznacznie wynika z treści odpisu z rejestru przedłożonego przez odwołującego wraz z pismem z 13 sierpnia 2024 r. Numer ten został wskazany w treści każdej przedłożonej faktury. Na fakturach znajduje się również odniesienie do strony internetowej wystawcy , na której 3zawarto ogólne warunki dostaw. Na fakturach nie znajdują się informacje mogące wprowadzić w błąd w zakresie danych wystawcy dokumentu. Twierdzenia zamawiającego w tym przedmiocie są nieuzasadnione. Podniósł, że postanowienia zawarte w pkt 10.1.6 i 10.1.7 SWZ są powtórzeniem uregulowania zawartego 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 (Dz. U. poz. 2415 ze zm.; dalej: „rozporządzenie"). Przepisy te wyraźnie dopuszczają możliwość posłużenia się oświadczeniem wykonawcy celem wykazania, że zamówienie na które się powołuje zostało wykonane należycie.

Odwołujący wyjaśnił, że przedłożył wykaz dostaw oraz dokumenty księgowe w postaci faktur potwierdzających fakt dokonania dostawy, wystawionych przed podmiot udostępniający mu zasoby. Co istotne, w przypadku dostaw nie obowiązują sformalizowane zasady sporządzenia protokołu odbioru, analogicznie jak przy robotach budowlanych. Dostawa jest najmniej sformalizowaną transakcją spośród zamówień objętych ustawą Pzp. Przedmiotem świadczenia jest konkretny produkt, który ma zostać nabyty przez zamawiającego. Częstokroć jedynym dokumentem potwierdzającym dostawę jest właśnie faktura wystawiana przez dostawcę.

Podkreślił, że wykonawca składa oświadczenia i dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem odpowiedzialności karnej z art. 297 kodeksu karnego. Przedłożone faktury stanowią potwierdzenie faktu dostawy określonych w nich olejów przez Eurol B.V. na rzecz Prager sp. z o.o. w ilościach, terminach i za cenę wskazaną w fakturach. Gdyby faktycznie do dostawy olejów nie doszło, zostałyby one zwrócone lub doszłoby do obniżenia ceny z uwagi na zgłoszone roszczenia związane z wadliwością towaru, wystawca faktur zobowiązany byłby do ich skorygowania, tak aby odzwierciedlały rzeczywistą treść transakcji. Dokumenty w postaci faktur dokumentujących dostawę towaru stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostawy. Wykonawca przedkładając je przyjmuje odpowiedzialność za prawdziwość i rzetelność przedłożonych dokumentów.

Według odwołującego nie może zatem ulegać wątpliwości, że przedkładając wykaz dostaw, faktury dokumentujące wykonanie objętych wykazem dostaw oraz oświadczenie o należytym wykonaniu dostaw wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wyjaśnił, że oświadczeniu złożonym wraz z wykazem dostaw uzasadnił brak możliwości przedłożenia referencji. Odwołujący nie był bezpośrednim wykonawcą dostaw, nie miał więc możliwości zwrócenia się do Prager sp. z o.o. o wystawienie referencji. Nie miał także umocowania do działania w tym zakresie w imieniu EUROL

B.V. Nadto, spółka Prager sp. z o.o. prowadzi działalność konkurencyjną wobec niego w zakresie dostaw olejów, w tym zajmuje się sprzedażą olejów tego samego producenta Eurol B.V. (dowód: wydruk ze strony internetowej Prager sp. z o.o.) Wystawienie referencji przez Prager sp. z o.o. na potrzeby odwołującego pozostawałoby w oczywistym konflikcie z interesami Prager sp. z o.o. Natomiast spółka EUROL B.V., będąca producentem olejów, jak wskazano w oświadczeniu odwołującego, nie pozyskuje referencji potwierdzających należyte wykonanie dostaw i nie dysponowała takim dokumentem. Dokumentami, które udostępniła odwołującemu na dowód należytego

wykonania dostaw były faktury dokumentujące dostawy i te dokumenty Odwołujący przedłożył Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał również, że jeżeli w ocenie Zamawiającego przedłożone przez niego dokumenty nie były wystarczające do wykazania faktu należytego wykonania dostaw, to jego obowiązkiem było wezwanie go na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia dokumentów, które w jego ocenie są konieczne do wykazania faktu należytego wykonania dostaw. Przepis art. 128 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiających obowiązek wystosowania wezwania, w przepisie użyto bowiem kategorycznego sformułowania „wzywa". Zamawiający wezwał odwołującego jedynie do przedłożenia odpisu z rejestru potwierdzającego umocowanie reprezentanta Eurol B.V., nie wystosował jednak wezwania do przedłożenia dodatkowych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, w tym potwierdzeń przelewów za faktury, na które powołuje się w piśmie z 28 sierpnia 2024 r. dotyczącym odrzucenia oferty.

Jeżeli zatem w ocenie zamawiającego przedłożone przez odwołującego dowody należytego wykonania dostawy były niewystarczające, był on zobowiązany do wezwania go do ich przedłożenia. Przepisy dopuszczają możliwość przedłożenia przez wykonawcę samego oświadczenia na okoliczność należytego wykonania dostaw. Odwołujący przedłożył oświadczenie oraz dodatkowe dokumenty w postaci faktur. Jeżeli zamawiający uznał je za niewystarczające, zobowiązany był wystosować do odwołującego wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zauważył nadto, że w sytuacji powzięcia przez zamawiającego wątpliwości w zakresie wykazania przez odwołującego należytego wykonania dostaw, powinien był on zastosować art. 128 ust. 5 Pzp i zwrócić się bezpośrednio do Prager sp. z o.o. o przedstawienie informacji w zakresie należytego wykonania na rzecz tego podmiotu dostaw. Zaniechanie zamawiającego w zastosowaniu wezwań z art. 128 ust. 1 i ust. 5 Pzp stanowiło naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, gwarantującej wszystkim wykonawcom udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem praw określonych w ustawie Pzp. Pomimo, że oferta złożona przez odwołującego w zakresie zadań nr 8, 14 i 15 była najkorzystniejsza i jej wybór gwarantował wykonanie zadania w sposób zapewniający najlepszą jakoś dostaw za najkorzystniejszą cenę zgodnie z dyrektywą z art. 17 ust. 1 Pzp, zamawiający konsekwentnie podejmuje nieuprawnione działania w celu wyeliminowania odwołującego z postępowania.

Konsekwencją bezpodstawnego uznania przez zamawiającego, że odwołujący nie przedłożył wszystkich wymaganych podmiotowych środków dowodowych i jego oferta podlega odrzuceniu, było dokonanie przez zamawiającego kolejnej czynności naruszającej przepisy Pzp, polegającej na nieuzasadnionym zastosowaniu art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp i zatrzymaniu

wadium wniesionego przez odwołującego w zakresie zadań nr 8, 14 i 15. Przesłanki

zatrzymania wadium określone w tym przepisie nie zostały spełnione, bowiem Odwołujący przedłożył wszystkie wymagane podmiotowe środki dowodowe. Ad. 6) W konsekwencji powyższych naruszeń, zamawiający nie przeprowadził postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i tym sam naruszył art. 16 pkt 1 Pzp. Odrzucił bowiem ofertę odwołującego pomimo, że nie zaistniały przesłanki do jej odrzucenia, a w konsekwencji uniemożliwił dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej. Powyższe prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu wykonawcy do zamówienia, naruszenia przy tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenia uznając zarzuty za bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

<u>Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.</u>

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba ustaliła:

Zamawiający w pkt 10 SWZ wskazał listę podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w punkcie 7.1. SWZ.

Zgodnie z pkt 10.1.5. SWZ wykonawca winien złożyć wraz z ofertą „wykaz dostaw olejów hydraulicznych lub silnikowych lub sprężarkowych lub przekładniowych lub maszynowych lub turbinowych o wartości co najmniej:

Zadanie 8

Zadanie 14

Zadanie 15

15 000,00zł netto;

70 000,00 zł netto;

120 000,00 zł netto;

wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (Załącznik Nr 3 do SWZ),".

Izba ustaliła także, że Zamawiający w pkt 10.1.6. SWZ wymagał, aby wykonawca złożył „referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego wskazane w wykazie dostawy były wykonane, potwierdzające, że zostały one wykonane należycie". Ponadto zamawiający w pkt 10.1.7. SWZ wymagał: „oświadczenia wykonawcy, że wskazane w wykazie dostawy zostały wykonane należycie, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie jest on w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w punkcie 10.1.6. SWZ".

Izba ustaliła również, że pismem z dnia 28 czerwca 2024 r. zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów wymaganych w pkt 10.1.6. SWZ lub 10.1.7. SWZ.

Odpowiadając na powyższe wezwanie Odwołujący w dniu 3 lipca 2024 r. przedłożył zamawiającemu w miejsce referencji, o których mowa w pkt 10.1.6. SWZ zestawienie faktur obejmujących wcześniej wykonane dostawy wystawione na firmę Prager Sp. z o.o., ul. Ursynowska 72 02605 Warsaw Poland oraz oświadczenie własne wykonawcy o następującej treści: „Oświadczamy, że dostawy wskazane w wykazie dostaw zostały wykonanie należycie. Z przyczyn niezależnych od nas nie jesteśmy w stanie uzyskać dokumentów o których mowa w punkcie 10.1.6 SWZ. W wykazie dostaw przedstawiliśmy faktury za wykonane zamówienia naszego współkonsorcjanta – Producenta oferowanych olejów, jako niderlandzki podmiot gospodarczy w swojej działalności gospodarczej nie posługuje się referencjami wymaganymi w polskich postępowaniach przetargowych, ponadto nadmieniamy, że w polskim prawodawstwie nie ma zdefiniowanych referencji jako dokumentów potwierdzających wykonanie zamówienia.".

Izba ustaliła nadto, że w dniu 28 sierpnia 2024 r. zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp oraz na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp dokonał zatrzymania wadium. W motywach ww. czynności Zamawiający wskazał, że: „na wcześniejsze wezwanie zamawiającego wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 PZP, wykonawca REDNT S.A. przedłożył w miejsce referencji, o których mowa w pkt 10.1.6. SWZ zestawienie faktur obejmujących wcześniej wykonane dostawy wystawione na firmę Prager Sp. z o.o., ul. Ursynowska 72 02605 Warsaw Poland.

Natomiast ze złożonego wraz z ofertą oświadczenia (Załącznik Nr 7 do SWZ) przez ww. wykonawcę wynika, iż podmiotem udostępniającym zasoby tj. zdolności techniczne jest firma Eurol B.V., Energiestraat 12 , 7442 DA, Nijverdal.

Przedłożone wraz z wykazem dostaw zestawienie faktur oraz oświadczenie wykonawcy jednoznacznie nie przesądzają o tym, że wcześniej zrealizowane przez niego dostawy zostały wykonane należycie, a więc w tym zakresie wystarczająco nie uzupełnił on stwierdzonych braków. Skutek potwierdzenia nastąpiłby dla przykładu wówczas, gdyby łącznie z oświadczeniem i tego rodzaju fakturami wykonawca przedstawił także dowody zapłaty na jego rzecz przez kontrahenta za ww. faktury. Ponadto w treści złożonego oświadczenia o należytym wykonaniu wcześniejszych dostaw wykonawca nie zdołał wystarczająco wykazać i udokumentować, że w rzeczywistości starał się on uzyskać wymagane referencje, co jednak później okazało się być niemożliwe z przyczyn obiektywnych. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione, że przywołane przez wykonawcę dostawy były realizowane na rzecz polskiego podmiotu przez podmiot oddający wykonawcy swoje zasoby, który ma siedzibę na terytorium Unii Europejskiej, w związku z czym należy zaznaczyć, że ze względu na jednolite prawodawstwo unijne w państwie jego siedziby także obowiązują zbliżone do polskich stosowne unormowania w zakresie zamówień publicznych, co oznacza iluzoryczność wskazanych przez wykonawcę przyczyn braku przedstawienia referencji. Wymaga również nadmienienia, że z treści przedłożonych przez wykonawcę faktur nie wynika w sposób oczywisty oznaczenie podmiotu, który jest ich faktycznym wystawcą, co jeszcze silniej uzasadnia powyższe konkluzje i skutkuje stwierdzeniem, że wykonawca nie przedłożył wystarczających w tej kwestii podmiotowych środków dowodowych.

W związku z powyższym oferta w zakresie zadań 8, 14 i 15 podlega odrzuceniu na podstawie o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP, ponieważ została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.".

Izba zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę stawianych zarzutów należy wskazać, iż:

- zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3)

proporcjonalny;

- zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;

- zgodnie art. 128 ust. 1 Pzp - jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania,

- zgodnie art. 128 ust. 5 Pzp - jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

- zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

- zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia - 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.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania wskazać należy, że zgodnie z treścią wyżej przywołanego przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia 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 referencję bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi wykonano, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane. Dopiero w sytuacji, 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. Warunkiem złożenia 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 było odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, który w ocenie Zamawiającego nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, tj. referencji.

Izba w składzie orzekającym, uznała, że w sporze rację miał zamawiający.

Odwołujący nie wykazał, że dołożył należytej staranności i nie wykazał, że niezłożenie przez niego referencji w ww. zadaniach zamówienia nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych. Wskazać należy, iż w oświadczeniu z dnia 3 lipca 2024 r. jako przyczynę niezłożenia referencji wskazano jedynie, że „niderlandzki podmiot gospodarczy w swojej działalności gospodarczej nie posługuje się referencjami wymaganymi w polskich postępowaniach przetargowych". Odwołujący jednak tej okoliczności nie wykazał. Z akt sprawy nie wynika, aby odwołujący w ogóle występował o wystawienie referencji do ww. podmiotu lub podmiotu udostępniającego zasoby. Nie wykazano, że podmioty z krajów niderlandzkich w ogóle nie posługują się referencjami lub dokumentami równorzędnymi. W konsekwencji Izba uznała, że odwołujący nie podał żadnych przyczyn od niego niezależnych, które uzasadniały brak możliwości złożenia zamawiającemu referencji przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane. Złożone przez odwołującego oświadczenie ma charakter ogólny, szczątkowy i nie zawiera żadnych konkretnych informacji potwierdzających, że

Wykonawca 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, czy i kiedy odwołujący wystąpił do odbiorcy dostawy lub spółki Eurol B.V. o przedstawienie referencji, nie wyjaśniono szerzej dlaczego „niderlandzki podmiot gospodarczy w swojej działalności gospodarczej nie

posługuje się referencjami wymaganymi w polskich postępowaniach przetargowych", jak również nie przedstawiono żadnych dowodów potwierdzających, że ww. podmiot nie wystawia listów referencyjnych. Niewątpliwie odwołujący składając zamawiającemu oświadczenie własne w miejsce referencji powinien szczegółowo wyjaśnić i udokumentować, dlaczego nie mógł przedstawić referencji. W okolicznościach niniejszej sprawy odwołujący nie sprostał tym obowiązkom. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 listopada 2021 r. sygn. akt: KIO XXIII Zs 118/21, jakkolwiek wydanym na gruncie nieobowiązującego rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 26 lipca 2016 r., to jednak zawierającym aktualne wytyczne co do możliwości posłużenia się przez wykonawcę oświadczeniem własnym w miejsce referencji wskazać należy, iż „Okoliczność, że powody, dla których wykonawca nie jest w stanie przedstawić referencji winny być wyjaśnione wynika także z tej przyczyny, że zamawiający winien mieć możliwość zweryfikowania czy te konkretne okoliczności zaszły i czy usprawiedliwiają one odstąpienie od przedstawienia referencji. Jest to konieczne dla zachowania równość oferentów a zatem zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości. Co najmniej winno być wykazane, że wykonawca dążył do uzyskania referencji ale z przyczyn od niego niezależnych nie osiągnął w tym zakresie sukcesu a zatem podjął on starania ale nie przynosiły one oczekiwanego rezultatu.". Zwrócić zresztą należy uwagę, iż sam zamawiający wskazał, że złożone przez odwołującego oświadczenie oraz faktury są niewystarczające do pozytywnej oceny postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Warto również zauważyć, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 18 kwietnia 2024 r. Tym samym od tego dnia każdy zainteresowany wykonawca wiedział albo mógł się dowiedzieć, że celem wykazania warunku udziału w postępowaniu będzie musiał złożyć zamawiającemu odpowiednie referencje. Ze złożonych przez odwołującego wyjaśnień oraz dokumentów nie wynika, aby na dzień złożenia oświadczenia własnego (3 lipca 2024r.) podjął jakiekolwiek starania celem uzyskania referencji. Izba za gołosłowne uznała twierdzenia pełnomocnika odwołującego, iż zwracał się o wystawienie referencji podczas prowadzonych telekonferencji. Okoliczność ta wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 534 ust. 1 Pzp nie została w jakikolwiek sposób wykazana. Natomiast w ocenie Izby odwołujący mógł przedłożyć chociażby oświadczenie osoby upoważnionej, odnośnie tego że spółka niderlandzka referencji nie wystawia. Takie

oświadczenie mógł pozyskać chociażby od podmiotu udostępniającego zasoby. Podkreślić również należy, iż 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 dostawy. 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.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy odwołujący nie wykazał, że niezłożenie referencji w zakresie złożonego wykazu dostaw nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych.

Kolejno wskazać należy, że okoliczności należytego wykonania dostaw nie potwierdzają w ocenie Izby załączone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28 czerwca 2024r. faktury VAT. Złożone faktury w ocenie składu orzekającego stanowią tylko i wyłącznie dowód na wykonanie dostawy określonej ilości olejów za określoną cenę. Z dokumentów tych w żaden sposób nie wynika, że dostawa została wykonana należycie i w obowiązującym terminie, a także, że jakość olejów była prawidłowa. W tych okolicznościach złożenie faktur VAT nie uprawniało zamawiającego do stwierdzenia, że odwołujący udowodnił należyte wykonanie dostawy. Istotne jest również to, że wraz ze złożonymi fakturami odwołujący nie przedłożył jakichkolwiek dowodów potwierdzających okoliczność ich zapłaty.

Natomiast wskazać należy, że przepis cytowanego powyżej rozporządzenia stawia wymóg załączenia dowodu na okoliczność należytego wykonania usługi. Może być nim każdy dokument, w którym stwierdza się pozytywną okoliczność jaką jest należyte wykonanie w tym wypadku dostawy. Tym samym faktury VAT mógłby stanowić dowód na należyte wykonanie dostawy ale pod warunkiem gdyby w tych dokumentach znajdowało się oświadczenie zamawiającego, że przedmiot zamówienia został wykonany należycie. W związku z tym, że takowego oświadczenia przedmiotowe dokumenty nie zawierają a same ze swej natury nie dowodzą należytego wykonania usługi, to wyklucza się przez nie potwierdzenie należytego wykonania dostawy.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że na podstawie złożonych przez odwołującego dokumentów zamawiający prawidłowo ocenił, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w ww. częściach.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do przedłożenia dodatkowych dokumentów w sytuacji, gdy w ocenie zamawiającego wykaz dostaw, oświadczenie Wykonawcy oraz faktury

przedłożone przez Wykonawcę nie były wystarczające do wykazania faktu należytego wykonania dostaw i tym samym, spełnienia warunków udziału w postepowaniu. Zauważyć należy, że zamawiający w dniu 28 czerwca 2024 r. skierował już do wykonawcy wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp mające na celu wykazanie faktu należytego wykonania dostaw i tym samym, spełnienia warunków udziału w postepowaniu. Skierowanie więc ponownego wezwania do odwołującego o złożenie dokumentów potwierdzających należyte zrealizowanie dostaw wskazanych w wykazie byłoby – mając na uwadze zasadę jednokrotności wezwania – nieuprawnione. Jak bowiem wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku, lub tego samego błędu dotyczącego określonego oświadczenia, lub dokumentu. Ponowienie wezwania o takiej samej treści prowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Izba za nieuzasadniony uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia

się do podmiotu Prager sp. z o.o., będącego odbiorcą wykazanych dostaw, o potwierdzenie faktu należytego wykonania na jego rzecz dostaw wskazanych w wykazie przedłożonym przez odwołującego. Podkreślić należy, że chociaż zamawiający uprawniony jest zweryfikować prawdziwość informacji podanych przez wykonawcę celem wykazania warunku udziału w postępowaniu to jednakże nie jest zadaniem Zamawiającego wyręczanie wykonawcy w wykazaniu warunku udziału w postępowaniu i poszukiwanie brakujących informacji niezbędnych do pozytywnej jego oceny w sytuacji, gdy złożone podmiotowe środki dowodowe są niekompletne czy wadliwe. Oczywistym jest, że wykazanie warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem wykonawcy, a jego realizacja niesie za sobą szereg doniosłych skutków prawnych, w tym związanych z wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty. Odwołujący natomiast jak już wyżej wskazano oprócz oświadczenia, ze nie jest w stanie pozyskać referencji, nie wykazał, aby podejmował jakiekolwiek działania mające na celu ich uzyskanie. Nie jest więc uprawnione, aby to zamawiający dążył do ustalenia przyczyn braku przedłożenia referencji. Okoliczności te winny bowiem zostać wykazane przez odwołującego, a w przypadku pojawienia się dalszych wątpliwości w tym zakresie zamawiający mógłby wystąpić do Prager sp. z o.o., będącego odbiorcą wykazanych dostaw, o potwierdzenie faktu należytego wykonania na jego rzecz dostaw wskazanych w wykazie przedłożonym przez odwołującego. Niemniej jednak jak wyżej wskazano odwołujący najpierw winien wykazać, że w ogóle starał się o ich pozyskanie, czego w niniejszym postępowaniu zabrakło.

W konsekwencji powyższych rozważań na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut dotyczący naruszenia art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp poprzez niezasadne zatrzymanie wadium wniesionego przez odwołującego w zakresie zadań nr 8, 14 i 15.

Wskazać należy, że ww. przepis znajduje zastosowanie nie tylko w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 Pzp lub art. 128 ust. 1 Pzp w ogóle nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych lub oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp lub innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, ale także w sytuacji, gdy podmiotowe środki dowodowe lub przedmiotowe środki dowodowe złożone w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 Pzp lub art. 128 ust. 1 Pzp nie potwierdzają okoliczności, o których mowa w art. 57 Pzp lub art. 106 ust. 1 Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Wobec użycia w art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp wyrażenia „z przyczyn leżących po jego stronie", a nie „z jego winy" czy „z przyczyn przez niego zawinionych" przyjąć należy, że przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy, o których mowa w art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp mogą być zarówno przyczyny zawinione przez wykonawcę jak i przez niego niezawinione.

Podkreślić należy, ze w niniejszym stanie faktycznym zatrzymanie wadium było wynikiem stwierdzenia przez zamawiającego, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, co miało ścisły związek z brakiem przedłożenia w postępowaniu dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie. Wziąć należało także pod uwagę, że odwołujący nie wykazał, że podjął jakiekolwiek czynności, aby wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj. że dążył do uzyskania referencji.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący nie zdołał wykazać, że nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie z przyczyn leżących po jego stronie, a w konsekwencji, iż dokonując czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego zamawiający naruszył art. 98 ust. 1 pkt 6 Pzp w sposób określony w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 zdanie pierwsze 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).

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……

Członkowie: