

KIO 3466/24

WYROK

Warszawa, 14 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Małgorzata Matecka Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 11 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 września 2024 r. przez odwołującego – wykonawcę FOXYTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Stanisława Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Tauron Dystrybucja Spółka Akcyjna, ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego – uczestnika Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co. Ltd, Tianguan Rd. 99, Chengdu Hi-Tech Zone, 611730 Chengdu (Chiny)

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.
- 2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 15.000 zł 00 gr. (piętnaście tysięcy złotych) wpisu oraz 3.600 zł 00 gr. (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów zamawiającego;
  - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3.600 zł 00 gr. (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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: .....

KIO 3466/24

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Tauron Dystrybucja S.A., w trybie podstawowym na dostawę fabrycznie nowych liczników zdalnego odczytu bezpośrednich działających w technologii GSM/LTE dla Tauron Dystrybucja S.A. Oddział Wałbrzych na lata 2024-2025 (nr postępowania: PZP/TD-CN/06665/2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25.09.2023 r., S 184/2023 576542-2023, wobec ponownej czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na zadania 1, 2 i 3, wniesione zostało 23.09.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy FOXYTECH Sp. z o.o. (KIO 3466/24).

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej 13.09.2024 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) PZP w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) oraz pkt 3) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kaifa w zakresie zadania nr 1, 2 i 3, pomimo niezłożenia przez Wykonawcę Kaifa w

przewidzianym terminie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, w tym środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;

- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) oraz pkt 3) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kaifa w zakresie części (zadania) nr 1, 2 i 3, pomimo wystąpienia przesłanek wykluczenia;

- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) PZP w zw. z art. 109 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kaifa w zakresie części (zadania) nr 1, 2 i 3, pomimo wystąpienia przesłanek wykluczenia, względnie art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 110 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Kaifa do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych wykazujących, że w stosunku do Wykonawcy nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania;

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach nr 1, 2, 3, odrzucenia oferty Kaifa w zadaniach 1, 2, 3, i powtórzenie czynności oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w terminie po stronie zamawiającego wykonawca – Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co, Ltd. (Kaifa).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

#### Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania.

W poczet materiału dowodowego włączona została dokumentacja postępowania, a także dowody z dokumentów przedłożone przez przystępującego po stronie zamawiającego, w zakresie wskazanym w dalszej części uzasadnienia.

Izba ustaliła i zważyła.

Okoliczności mające znaczenie dla rozpoznania zarzutów odnoszą się do uzupełnionych na wezwanie zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, co zostało nakazane wyrokiem KIO 2448/24 w zakresie potwierdzenia niekaralności pana L. K. Y. . Dokumenty pierwotnie ocenione (zaświadczenie z posterunku policji Xiyuan) zostały skutecznie zakwestionowane, a Izba w wyroku nakazała złożenie dokumentu wydanego przez właściwy organ, tj. organ bezpieczeństwa publicznego na poziomie powiatu lub wyższym miejsca zamieszkania cudzoziemca (str. 26 uzasadnienia).

Wykonawca uzupełnił 30.08.2024 r. następujące dokumenty:

- zaświadczenie o niekaralności nr [2024] 23978, wydane 01.08.2024 r. przez Wydział ds. Kontroli Ruchu Granicznego Urzędu Bezpieczeństwa Publicznego w Mieście Chengdu oddział w dystrykcie Pidū poświadczające, że w okresie od 13.02.2017 r. do 22.03.2021 r. L. K. Y., obywatelstwo malezyjskie, paszport nr A..., nie był notowany jako osoba karana;
- zaświadczenie o niekaralności nr [2024] 23985, wydane 01.08.2024 r. przez Wydział ds. Kontroli Ruchu Granicznego Urzędu Bezpieczeństwa Publicznego w Mieście Chengdu oddział w dystrykcie Pidū poświadczające, że w okresie od 22.03.2021 r. do 01.08.2024 r. L. K. Y., obywatelstwo malezyjskie, paszport nr A..., nie był notowany jako osoba karana;
- zaświadczenie wydane przez Konsulat Generalny Malezji, w Chinach (Kunming) poświadczające, że L. K. Y. (paszport nr A...) nie jest notowany w rejestrze karnym.

Zamawiający dokonał oceny podmiotowej w oparciu o dwa zaświadczenia wystawione przez organ miejsca zamieszkania cudzoziemca, tj. Wydział ds. Kontroli Ruchu Granicznego Urzędu Bezpieczeństwa Publicznego w Mieście Chengdu oddział w dystrykcie Pidū.

Izba oddaliła odwołanie w całości, gdyż żadna z podstaw na jakiej opierał odwołujący zarzut braku złożenia prawidłowego dokumentu nie miała uzasadnienia faktycznego oraz prawnego.

Należy wskazać, iż odwołujący kwestionując złożone zaświadczenia wskazywał na rozbieżność ich treści w części dotyczącej nr paszportów, które miałyby prowadzić do wniosku o braku możliwości stwierdzenia, aby dotyczyły tej samej osoby wskazanej z imienia i nazwiska. Ponadto, z uwagi na wskazanie w obu zaświadczeniach terminów pokrywających się datą 22.03.2021 r., przy różnych danych identyfikujących osobę (nr paszportów), nie ma pewności co do przyjęcia, że zaświadczenia dotyczą tej samej osoby i potwierdzają jej niekaralność. Odwołujący dodatkowo kwestionował możliwość przyjęcia zaświadczeń z uwagi na ograniczenie czasowe identyfikujące okres, za jaki miały one potwierdzać brak karalności.

Izba uznała, iż formułowane przez odwołującego tezy pozostawały poza faktami wynikającymi z dokumentów.

Złożone dowody w postaci kopii paszportów pana L. K. Y. potwierdzają w sposób nie budzący wątpliwości, iż są dokumentami tej samej osoby wskazanej tym samym nr identyfikacyjnym podanym w obu dokumentach. Ponadto, jak wynika z zamieszczonej informacji w paszporcie nr A..., osoba posługująca się tym paszportem poprzednio podróżowała z paszportem o nr A... wydanym w dniu 30.05.2016 r. Tym samym z treści dokumentów urzędowych wynika jednoznacznie, że podane w zaświadczeniach informacje o nr dokumentów i okresach w jakich dokumenty te były ważne pozwalają rozwiązać wątpliwości wskazane w odwołaniu. Nie ma podstaw do przyjęcia, iż różne nr paszportów wskazane w zaświadczeniach miałyby uprawniać do przyjęcia, że nie odnoszą się do tej samej osoby. Zbieżność daty 22 marca 2021 r. wskazana w obu zaświadczeniach nie jest również powodem do odmowy przyjęcia jako potwierdzonej urzędowo informacji o niekaralności wydanej przez właściwy organ.

Odwołujący nie kwestionował prawdziwości dokumentów, jak również nie przedstawił dowodu, który uprawniałby do przyjęcia, że podane w zaświadczeniach okresy czasu miałyby zawęźać informacje o niekaralności w tym znaczeniu, że osoba mogła być karana w innym okresie. Poza wskazaniem na własną wiedzę odwołujący nawet nie wskazał żadnych przepisów, z których wynikałoby, że możliwe jest przyjęcie odmiennej oceny dokumentu, niż potwierdzona informacja o braku notowania w rejestrach, jako osoby karanej. Jednocześnie przystępujący przedstawił opinię chińskiego doradcy prawnego, w której okresy dochodzenia wskazane w obu certyfikatach (zaświadczeniach) zostały zestawione z okresem ważności paszportów i obejmują pobyt osoby lub zamieszkania w Chinach do dnia złożenia zapytania.

Zdjęcia paszportu złożone w stanowisku przystępującego potwierdzają informację o dacie wjazdu do Chin, tj. 13.02.20217 r. która to data jako początkowa dla okresu wydanego zaświadczenia została wskazana w dokumencie nr 23978. Jednocześnie izba przyjęła jako wiarygodną informację dotyczącą zasad na jakich wydawane są zaświadczenia dla obcokrajowców przebywających na terenie Chin, które nie mogą obejmować okresu wcześniejszego, niż czas pobytu liczony od pierwszego wjazdu na terytorium Chin. Z przedłożonych kopii wiz wynika, iż wskazana osoba wielokrotnie wjeżdżała na terytorium Chin, a najwcześniejsza data to 13.02.20217 t. (stempel).

Zamawiający nie miał podstaw do odmiennej oceny dokumentów, które potwierdzały brak karalności i zostały wystawione przez uprawnione organy państwowe. Odwołujący poza wskazaniem na zastrzeżenie zamieszczone w treści obu certyfikatów o treści: Niniejsze zaświadczenie nie może być wykorzystane jako dowód w postępowaniu sądowym, nie przedstawił żadnego uzasadnienia, jak i dowodu, na podstawie którego należałoby przyjąć, iż pozbawia ono znaczenia samej informacji przedstawionej przez organ.

Konsekwencją braku zasadności zarzutów wobec oceny złożonych zaświadczeń jest oddalenie zarzutu możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd i żądania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, jak również dalej idącego żądania odrzucenia oferty wybranej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000 zł i oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

Przewodnicząca: .....