

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 r. przez wykonawcę MILENA BIS sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jednostka Wojskowa nr 4724 z siedzibą w Krakowie

orzeka:

uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje zamawiającemu Jednostka Wojskowa nr 4724 z siedzibą w Krakowie: unieważnienie czynności oceny wniosków, unieważnienie czynności odrzucenia wniosku wykonawcy MILENA BIS sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie, dokonanie ponownej oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku wykonawcy MILENA BIS sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie,
oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
kosztami postępowania obciąża zamawiającego Jednostka Wojskowa nr 4724 z siedzibą w Krakowie i:
zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MILENA BIS sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie tytułem wpisu od odwołania,
zasądza od zamawiającego Jednostka Wojskowa nr 4724 z siedzibą w Krakowie na rzecz wykonawcy MILENA BIS sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.
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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 2557/24

UZASADNIENIE

Jednostka Wojskowa nr 4724 z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa pn.: „Dostawa kamizelek kuloodpornych WS” (znak postępowania: ZP/OiB/02/2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 maja 2024 r. pod numerem 259334-2024.

W dniu 22 lipca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca MILENA BIS sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu wniosku Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) niesłuszne odrzucenie wniosku Odwołującego pomimo tego, iż Odwołujący złożył wniosek o udział w postępowaniu zgodnie z warunkami zamówienia, spełnił warunki udziału w postępowaniu i złożył wymagane dokumenty i oświadczenia w wymaganej formie, czym naruszono art. 146 ust. 1 pkt 5) oraz pkt 4 lit. a)-c) ustawy Pzp w związku z §1, §9 ust. 1 pkt 2), §15 rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020, poz. 2415) oraz zgodnie z §7 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),

2) podanie niespójnej, niejasnej podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, czym nie spełniono przesłanki art. 147 ustawy Pzp tj. obowiązku podania podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia wniosku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu wniosku Odwołującego,

2) dokonania ponownej oceny wniosków i dopuszczenie Odwołującego do udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odrzucenie wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych wyżej przepisów oraz Informacji niezbędnych do sporządzenia wniosku Odwołujący zostałby dopuszczony do dalszego udziału w postępowaniu, gdyż złożył prawidłowy wniosek i spełnił warunki udziału w tym postępowaniu.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 11 lipca 2024 r. (informacja o wyniku oceny wniosków). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 22 lipca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący wskazał, iż nie rozumie podstawy faktycznej odrzucenia wniosku, czy w ocenie Zamawiającego Wykonawca złożył wykaz dostaw podpisany przez niewłaściwy podmiot, czy w niewłaściwej formie i czy tym samym należy rozumieć, iż Wykonawca nie wykazał się wymaganym doświadczeniem. Z uzasadnienia odrzucenia wniosku wynika, iż Zamawiający nie ma zastrzeżeń do pozostałych dokumentów tj. oświadczenia na podstawie art. 125, sporządzonego przez Wykonawcę, oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby o tym, iż w Bułgarii nie ma żadnego organu administracyjnego, który wydaje dokument typu KRK dla podmiotu gospodarczego (podmiotu zbiorowego) oraz referencji potwierdzających należyte wykonanie dostaw. Wszystkie oświadczenia zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę oświadczenia tak samo jak Wykaz dostaw. Jeżeli Zamawiający kwestionuje wykazanie się wymaganym doświadczeniem z uwagi na niezłożenie wykazu dostaw przez właściwy podmiot lub niewłaściwej formie to przywołana podstawa prawna art. 146 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jest nieadekwatna do stanu faktycznego. Jeżeli zamiarem Zamawiającego było odrzucenie wniosku na tej podstawie prawnej to przywołany stan faktyczny również nie potwierdza tej przesłanki prawnej odrzucenia wniosku. Jak dalej wskazywał Odwołujący, zgodnie z przytoczonymi poglądami doktryny, jeżeli wykonawca nie złoży (lub nie uzupełni lub nie poprawi) w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń, wniosek takiego wykonawcy zostanie odrzucony na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp.

Z ostrożności Odwołujący podjął się wykazania, iż nie zachodzi podstawa odrzucenia wniosku zarówno na podstawie art. 146 ust. pkt 5) jak i pkt. 4) lit. a)-c) ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 4.06.2024 r. podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez prokurenta firmy MILENA BIS sp. z o.o. przez platformę zakupową zgodnie z rozdziałem VII w szczególności z ust. 3 i 8 Informacji niezbędnych do sporządzenia wniosku. Wykonawca załączył do wniosku załączniki podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, z wyjątkiem pisma Sądu Miejskiego w Sofii z dnia 28.05.2024 r., że w okresie od dnia 25.06.2012 r. do dnia 27.05.2024 r. nie zostało wszczęte postępowanie w sprawie otwarcia/ogłoszenia upadłości spółki "TACTICAL EXPORTS LTD" , UIC 202122133, oraz Koncesji MSWiA dla MILENA BIS sp. z o.o. na wykonywanie działalności, informacji z KRK dla MILENA BIS i jej członków organów, które zostały złożone jako skany dokumentu papierowego poświadczonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez prokurenta Odwołującego. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący zastrzegł, iż złożył wszystkie dokumenty i oświadczenia w oryginale tj. podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu/ oświadczenia, zatem forma złożonych podmiotowych środków dowodowych (oryginał) jest zgodna z rozporządzeniem oraz warunkami Zamawiającego zawartymi w Informacji niezbędnych do sporządzenia wniosku. Zaskakująca dla Odwołującego jest ocena wniosku Odwołującego przez Zamawiającego, który analogiczne dokumenty ocenia w różny sposób. W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający wskazywał na fakt, iż „Wykaz dostaw” oraz referencje potwierdzające zawarte w wykazie dostawy, a także dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec osób wchodzących w skład organu zarządzającego podmiotu udostępniającego zasoby zostały podpisane przez prokurenta Odwołującego, mimo, że dostawy które zostały w nim wykazane zostały wykonane przez podmiot na którego zasoby powołał się wykonawca, a dokumenty również dotyczą podmiotu. Natomiast po złożeniu ww. dokumentów dokładnie w takiej samej formie tj. w oryginale Zamawiający ma zastrzeżenia jedynie do wykazu dostaw. Odwołujący składając wniosek jak i go uzupełniając przedłożył wykaz dostaw sporządzony przez siebie oraz referencje wystawione przez wystawcę referencji, podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym odpowiednio przez Wykonawcę i wystawcę referencji. Nie wiadomo, dlaczego Zamawiający inaczej ocenia oryginał referencji i oryginał wykazu dostaw (oba oświadczenia dotyczą dostaw realizowanych przez podmiot trzeci udostępniający zasoby). Zamawiający nie ma również zastrzeżeń do oświadczenia na podstawie art. 125 ustawy Pzp sporządzonego przez Wykonawcę, oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby

o tym, iż w Bułgarii nie ma żadnego organu administracyjnego, który wydaje dokument typu KRK dla podmiotu gospodarczego (podmiotu zbiorowego) złożonych w oryginale, choć wcześniej miał zastrzeżenia, co do dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia wobec osób wchodzących w skład organu zarządzającego podmiotu udostępniającego zasoby. Z uwagi na niewskazanie tych dokumentów Wykonawca może się jedynie domyśleć, iż chodzi o elektroniczne zaświadczenia o niekaralności dla osób reprezentujących podmiot trzeci udostępniający wiedzę i doświadczenie. Wszystkie te dokumenty zostały złożone w oryginale.

Zatem dokonana ocena wniosku w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych jest w ocenie Odwołującego całkowicie niezrozumiała i nielogiczna. Zdaniem Odwołującego żaden przepis prawa nie uzależnia, kto ma podpisać wykaz dostaw w zależności od tego, czy Wykonawca ma zamiar wykazać się doświadczeniem własnym czy dysponować potencjałem podmiotu trzeciego ani nie wymaga, aby jakkolwiek podmiot poświadczał zgodność (nie wiadomo czego) dokumentów oryginalnych. Odwołujący dodał, iż Zamawiający nie wymagał, aby wykaz dostaw był podpisany przez różne podmioty w zależności od tego, czy Wykonawca dysponuje doświadczeniem w sposób bezpośredni czy pośredni. W ocenie Odwołującego prawidłowo przedłożył on wykaz dostaw podpisany przez Wykonawcę zawierający wykaz dostaw podmiotu trzeciego, który w pisemnym zobowiązaniu zobowiązał się użyć Wykonawcy swój potencjał wiedzy i doświadczenia. Tłumaczenie zobowiązania zostało podpisane podpisem elektronicznym przez Wykonawcę. Odwołujący miał prawo wykazać w wykazie dostaw dostawy zrealizowane przez podmiot trzeci.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 26 lipca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w ustawowym terminie do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie, tj. w zakresie zarzutu nr 1, natomiast w zakresie zarzutu nr 2 podlegało oddaleniu.

Stan faktyczny nie jest między Stronami sporny i został właściwie przedstawiony w treści odwołania z tego powodu Izba odstąpiła od powielania go w pełnej formie, odnosząc się w niezbędnym zakresie w treści uzasadnienia, gdy było to konieczne.

Jak więc ustaliła Izba, co potwierdził również w odpowiedzi na odwołanie i w ramach stanowiska ustnego na rozprawie Zamawiający, jedyną okolicznością faktyczną, z powodu której odrzucono wniosek Odwołującego, był fakt, iż złożony przez Odwołującego (na ponowne wezwanie Zamawiającego) wykaz dostaw (załącznik nr 3), został podpisany przez prokurenta Odwołującego, podczas, gdy dostawy, które zostały wskazane w tym wykazie, zostały wykonane przez podmiot, na którego zasoby powołał się Odwołujący. Zamawiający potwierdził również na rozprawie, iż w ocenie Zamawiającego wykaz dostaw w tym przypadku powinien podpisać podmiot udostępniający zasoby Odwołującemu, a nie sam Odwołujący.

Natomiast jako podstawę prawną odrzucenia wniosku Zamawiający wskazał art. 146 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp a ponadto Zamawiający odnosił się też do treści § 7 ust. 3 pkt 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).

Stąd też wskazać również trzeba, iż przy ocenie zarzutów, Izba pominęła stanowiska obu stron wykraczające poza powyższe okoliczności faktyczne oraz prawne, uznając je za bezprzedmiotowe dla oceny zarzutu nr 1. Odwołujący odnosił się również do innych kwestii, w których potencjalnie upatrywał powodów, dla których Zamawiający mógł odrzucić jego ofertę. Tym niemniej, argumentacja w tym względzie podnoszona była przez Odwołującego z ostrożności, a wobec powyższych ustaleń Izby co do podstawy faktycznej odrzucenia wniosku Odwołującego, dalsza analiza pod tym kątem jest bezprzedmiotowa.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi

sporządzania lub przekazywania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

Ponadto, według § 7 ust. 3 pkt 1) ww. rozporządzenia, poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku podmiotowych środków dowodowych – odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą.

Niezależnie od przyjętej podstawy prawnej przez Zamawiającego, która przy abstrakcyjnym założeniu, że podmiotowy środek dowodowy, jakim niewątpliwie jest wykaz dostaw, został błędnie złożony (niepodpisany przez właściwą osobę), powinna wskazywać nie na art. 146 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, lecz na art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp, to przyjęta przez Zamawiającego podstawa faktyczna odrzucenia wniosku Odwołującego absolutnie nie zasługiwała na aprobatę. Podkreślić trzeba wyraźnie, iż wykaz dostaw (w tym przypadku, ale również i robót bądź usług) powinien zostać podpisany przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy. Nie ma przy tym znaczenia, czy wykonawca korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, czy też wykonawca samodzielnie wykazuje się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu. To wykonawca jest autorem danego wykazu i to wykonawca potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a nie podmiot trzeci. Przepisy ustawy Pzp dopuszczają jako sposób potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu korzystaniem z zasobów podmiotu trzeciego. Podmiot trzeci podpisuje w takiej sytuacji jedynie zobowiązanie do udostępnienia zasobów. Stąd też przyjęcie przez Zamawiającego, iż to podmiot trzeci powinien złożyć podpis pod składanym przez Odwołującego wykazem dostaw jest niezasadny. Sam Zamawiający w trakcie rozprawy przyznał, iż takie założenie nie wynika z przepisów prawa. Niezasadnym było także w tej sprawie odnoszenie się przez Zamawiającego do § 7 ust. 3 pkt 1) ww. rozporządzenia, gdyż, z czym zresztą nie polemizował Zamawiający, przepis ten odnosi się do poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, zaś wykaz dostaw został złożony przez Odwołującego w postaci elektronicznej i opatrzony został kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Brak jest zatem jakiegokolwiek uzasadnienia dla przyjętych przez Zamawiającego podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia wniosku Odwołującego.

Tym samym zarzut nr 1 sprowadzający się do niesłusznego odrzucenia wniosku Odwołującego został w ocenie Izby wykazany.

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 2, a więc podania niespójnej, niejasnej podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, czym nie spełniono przesłanki art. 147 ustawy Pzp tj. obowiązku podania podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia wniosku, w ocenie Izby zarzut ten był niezasadny. Należy mieć na uwadze, iż jak słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, sprowadza się do obowiązku podania podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia wniosku przez zamawiającego. Nie sposób zaś zarzucić Zamawiającemu, czego również nie kwestionował Odwołujący, iż Zamawiający w ogóle nie podał podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia wniosku. Odwołujący kwestionował za to, iż podstawa prawna i faktyczna była niespójna, niejasna. W ocenie Izby jednak obiektywnie można było wywnioskować, co stało według Zamawiającego za odrzuceniem wniosku Odwołującego. Wydaje się, iż sam Odwołujący również właściwie zidentyfikował ten powód, gdyż w treści odwołania zawarł argumentację w tym zakresie. Owszem, Odwołujący odnosił się również do innych kwestii, niemniej jednak nie może to automatycznie świadczyć o niewywiązaniu się z obowiązku podania podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia wniosku. Stąd też w ocenie Izby podał podstawę prawną i faktyczną odrzucenia wniosku Odwołującego, więc nie można zarzucić mu naruszenia art. 147 ustawy Pzp, natomiast niezależnie od tego ocena prawidłowości podanej podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia wniosku Odwołującego została już dokonana w ramach zarzutu nr 1.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1) i pkt 2) lit. b) oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Rozstrzygając o kosztach w niniejszej sprawie Izba odstąpiła od stosunkowego rozdzielenia kosztów pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym, biorąc pod uwagę rodzaj zarzutu uwzględnionego oraz jego wagę dla rozstrzygnięcia odwołania, jak i dla samego odwołującego. Stosownie bowiem do § 7 ust. 5 Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....