**Sygn. akt: KIO 4739/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 16.01.2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodniczący:Rafał Malinowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 16 grudnia 2024 r. przez wykonawcę CALLIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 1, 2, 4 i 5 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na zaproszeniu do złożenia oferty oraz dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Szycie24h Sp. z o.o., JOAN Nowicki, Siuda Sp. j. oraz FENIX Protector s. r. o. z siedzibą lidera w Bielsku-Białej i w konsekwencji odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez ww. wykonawcę.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowanie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocników.
4. Zasądza od zamawiającego 3 Regionalnej Bazy Logistycznej w Krakowie na rzecz odwołującego CALLIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy 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.

Przewodniczący:…….....

**Sygn. akt: KIO 4739/24**

Uzasadnienie

3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa w latach 2025-2027 przedmiotów umundurowania i wyekwipowania – śpiwór. Zakres zamówienia obejmuje 3 zadania.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowaniu w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 02.10.2024 r. pod numerem 592306-2024.

Wartość zamówienia jest równa lub wyższa od kwot progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 16 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy CALLIDA Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj. wobec zaniechania odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum w składzie: SZYCIE24H Sp. z o.o., JOAN Nowicki SIUDA Sp. j. oraz FENIX Protector s.r.o., a w konsekwencji wobec dopuszczenia ww wykonawcy do udziału w postępowaniu i zaproszenia go do składania ofert. Odwołujący wskazał również na zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) w zw. z art. 405 ust. 5 w zw. z art. 395 ust. 1. w zw. z art. 411 ust. 10 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie złożonego przez Konsorcjum, a w konsekwencji zaproszenie Konsorcjum do złożenia oferty w Postępowaniu, w sytuacji gdy Konsorcjum nie potwierdziło spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, określonego w pkt 4.1.2.d) Opisu sposobu przygotowania wniosku („Opis”);

2.art. 16 pkt 1) w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) w zw. z art. 405 ust. 5 w zw. z art. 395 ust. 1. w zw. z art. 411 ust. 10 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2) i § 11 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy („Rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych"), poprzez błędne przyjęcie, że na skutek uzupełnienia dokonanego przez Konsorcjum z dnia 2 grudnia 2024 roku, doszło do wykazania przez Konsorcjum spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, określonego w pkt 4.1.2.d) Opisu, co wynikało z nieuzasadnionego przyjęcia, że dokumenty przedłożone przez Konsorcjum w ramach ww. uzupełnienia w postaci wykazu dostaw, zaświadczenia wydanego przez Ministerstwo Obrony w Czechach oraz oświadczenia własnego FENIX, potwierdzają spełnianie przez Konsorcjum ww. warunku;

   Względnie, wyłącznie w przypadku nieuwzględniania przez Izbę zarzutów wskazanych w pkt 1 i 2 powyżej, wnoszę zarzut ewentualny polegający na naruszeniu art. 128 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 395 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie Zamawiającego wezwania Konsorcjum do uzupełniania i złożenia wyjaśnień co do treści podmiotowych środków dowodowych przedłożonych przez Konsorcjum w ramach uzupełnienia z dnia 2 grudnia 2024 roku, dotyczących potwierdzenia spełniania warunku zdolności technicznej, o którym mowa w pkt 4.1.2.d) Opisu, pomimo, iż Konsorcjum w żaden sposób nie wykazało, że z przyczyn od niego niezależnych nie jest w stanie uzyskać dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, a także nie wykazało podjęcia czynności zmierzających do uzyskania takich dokumentów, z uwzględnieniem należytej staranności;

3.art. 128 ust. 1 w zw. z art. 395 ust. 1 PZP w zw. z § 6 ust. 1 i ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie („Rozporządzenie w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji"), poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełniania podmiotowego środka dowodowego w postaci zaświadczeń z ZUS dla Bogusławy Bryczek, JOAN NOWICKI, SIUDA Sp. j., P.P. JOAN S.C., Siu Dominika, SZYCIE24H Sp. z o.o., Piotra Nowickiego, pomimo, iż oświadczenia te zostały złożone w nieprawidłowej formie;

4.art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. a), b) i c) w zw. z art. 405 ust. 5, art. 395 ust. 1, art. 411 ust. 10 PZP oraz art. 128 ust. 4 i art. 128 ust. 1 PZP w zw. z § 4 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, poprzez:
   a.zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 6.1 Opisu;
   b.zaniechanie odrzucenia wniosku Konsorcjum o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, w sytuacji gdy Konsorcjum nie potwierdziło spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 6.1 Opisu;

5.art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. a), b) i c) w zw. z art. 405 ust. 5, art. 395 ust. 1, art. 411 ust. 10 PZP oraz art. 128 ust. 4 i art. 128 ust.1 PZP w zw. z § 9 i 11 Rozporządzenia sprawie podmiotowych środków dowodowych, poprzez:
   a.zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 4.1.2.d) Opisu;
   b.zaniechanie odrzucenia wniosku Konsorcjum o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, w sytuacji gdy Konsorcjum nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 4.1.2.d) Opisu.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności polegającej na dopuszczeniu Konsorcjum do udziału w Postępowaniu i zaproszeniu Konsorcjum do złożenia oferty w Postępowaniu, dokonania ponownej oceny wniosków, a w konsekwencji odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonego przez Konsorcjum;
2.w razie nieuwzględnienia wniosku z punktu powyżej, wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na dopuszczeniu Konsorcjum do udziału w Postępowaniu i zaproszeniu Konsorcjum do złożenia oferty w Postępowaniu, wezwanie Konsorcjum do wyjaśnień i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a następnie dokonania ponownej oceny wniosków, a w konsekwencji odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonego przez Konsorcjum.

Oprócz ww. wniosków Odwołujący złożył również wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów przez niego wyszczególnionych oraz wniosek kosztowy.

Stanowisko Odwołującego:

W zakresie zarzutu nr 1 i 2 Odwołujący wskazywał na dokumenty, jakie Konsorcjum przedłożyło celem wykazania jednego z warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych. Pismem z dnia 22 listopada 2024 roku (nr 29486/2024), Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 PZP, wezwał Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W treści wezwania Zamawiający wskazał na konkretne braki jakie zaobserwował, tj. 1) w złożonych dokumentach podano ceny w koronach czeskich, a w wykazie zostały podane w walucie polskiej - jeśli do obliczeń przyjmiemy ten kurs, to żadna kwota wskazana w wykazie dostaw nie pokrywa się z kwotami z potwierdzenia odbioru i przyjęcia, 2) Nigdzie w załączonych dokumentach (dokumenty przyjęcia i odbioru) nie ma potwierdzenia dostaw dla zadania nr 1 śpiworów systemu modułowego zimowego dla Ministerstwa Obrony Republiki Czeskiej, 3) Ponadto, z przedstawionych dokumentów nie wynika, że wykazane dostawy zostały wykonane należycie, 4) W związku z powyższym, złożony przez Państwa wykaz dostaw wraz z dokumentami złożonymi w celu potwierdzenia należytego ich wykonania nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w realizacji dostaw.

Wobec powyższych uwag Zamawiający wezwał Konsorcjum do uzupełnienia wykazu dostaw oraz przedłożenia dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum przedłożyło dokumenty, które wciąż nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazywał m. in., że pomimo wezwania, Konsorcjum nie wykazało, że wskazane dostawy zostały wykonane należycie, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem wniosku Konsorcjum o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. W ramach uzupełnienia, oprócz zmodyfikowanego wykazu dostaw, Konsorcjum przedłożyło przetłumaczone na język polski zaświadczenie czeskiego Ministerstwa Obrony z dnia 26 listopada 2024 roku oraz oświadczenie własne złożone przez FENIX z dnia 2 grudnia 2024 roku, jednakże dokumenty te są nadal niewystarczające do zakwalifikowania ich jako dowodów określających, czy dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Z przedłożonego zaświadczenia z dnia 26 listopada 2024 roku w żaden sposób nie wynika, aby dostawy zostały wykonane należycie. Zaświadczenie wskazuje tylko, że cyt. „dostawy zostały zrealizowane". Zaświadczenia tego nie można z pewnością traktować jako referencji, a można je rozpatrywać wyłącznie jako „inny dokument sporządzony przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane". Jednakże, skoro z ww. zaświadczenia nie wynika w żaden sposób czy dostawy nim objęte zostały wykonane należycie, to nie stanowi ono dowodu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw.

Oprócz ww. dokumentu Konsorcjum złożyło również oświadczenie własne. Odwołujący wskazał, że dopiero jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, może to być oświadczenie wykonawcy, które ma znacznie mniejszą wartość dowodową. Ocena wykonania zamówienia przez wykonawcę je realizującego oraz jego odbiorcę może być diametralnie różna. Zatem złożenie przez wykonawcę innych, niż sporządzone przez odbiorcę zadania referencyjnego dokumentów lub oświadczenia własnego wykonawcy uwarunkowane jest koniecznością wykazania, iż wystąpiły okoliczności od niego niezależne, będące przyczyną braku możliwości uzyskania podstawowych dokumentów. Wykonawca zobowiązany jest więc od razu wykazać, że podjął wszelkie odpowiednie działania w celu uzyskania wymaganych dokumentów oraz wykazać przyczyny ich nieuzyskania. Okoliczność niezłożenia wniosku o wydanie referencji lub przyjęcie przez wykonawcę z góry, że nie zostaną one sporządzone w terminie pozwalającym na posłużenie się nimi w postępowaniu o udzielenie zamówienia świadczy o braku dochowania należytej staranności i dyskwalifikuje możliwość złożenia oświadczenia wykonawcy.

Niewątpliwie Konsorcjum składając Zamawiającemu oświadczenie własne w miejsce referencji powinno szczegółowo wyjaśnić i udokumentować, dlaczego nie mogło przedstawić stosownych referencji, w szczególności bacząc na to, że Konsorcjum uzyskało zaświadczenie pochodzące od inwestora zadania referencyjnego (Ministerstwo Obrony w Czechach). W okolicznościach niniejszej sprawy Konsorcjum nie sprostało tym obowiązkom, nie wykazując tym samym spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazywał, że w toku Postępowania Konsorcjum wraz z wnioskiem o dopuszczenie, przedłożyło zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu w opłaceniu składek dla poszczególnych podmiotów bądź osób. Ww. zaświadczenia zostały wystawione w formie elektronicznej, co wynika z samej treści tychże zaświadczeń, zawierają one bowiem „podpis elektroniczny", a także nie zawierają informacji o tym, że stanowią wydruk zaświadczenia, o którym mowa w art. 50 ust. 4a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Jednocześnie, wskazane zaświadczenia (jako wizualizacja PDF dokumentu w postaci elektronicznej) zostały opatrzone podpisem elektronicznym poszczególnych reprezentantów Konsorcjum (odpowiednio: Bogusławę Bryczek i Piotra Nowickiego). Doszło więc do cyfrowego odwzorowania dokumentu w postaci wizualizacji, a więc dokumentu, który pierwotnie został przekazany przez

organ (ZUS) w formie elektronicznej.

Rozporządzenie w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji w sposób jednoznaczny reguluje kwestię form przekazywanych dokumentów - jeśli dokumenty zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument - nie można zatem przedstawić jakiegokolwiek rodzaju wizualizacji dokumentu (np. skanu wydruku, zrzutu ekranu czy wydruku do pliku), jeśli została zaś przedłożona przez dany podmiot wersja papierowa dokumentu – wówczas wykonawca może dokonać cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Tymczasem, przedłożone przez Konsorcjum wskazane wyżej zaświadczenia z ZUS, pomimo, iż zostały wystawione pierwotnie w postaci elektronicznej, jednocześnie nie miały postaci wydruku (a więc nie można zastosować regulacji stanowiącej o możliwości potraktowania takiego wydruku jako wersji papierowej, co pozwala kolejno na cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu), zostały przekazane de facto jako wizualizacja dokumentu (PDF), opatrzona podpisem elektronicznym odpowiednio Bogusławy Bryczek i Piotra Nowickiego. Powyższe nie pozwala na zakwalifikowania formy przekazanych zaświadczeń jako prawidłowych na gruncie Prawa zamówień publicznych, uwzględniając przy tym regulację ustawy o ubezpieczeniach społecznych.

W konsekwencji, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 PZP, powinien wezwać Konsorcjum do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów, jako złożonych w nieprawidłowej formie, w świetle przepisów Rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji.

W zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący zwracał uwagę, że Konsorcjum nie wypełniło wymogu z punktu 6.1 Opisu. Konsorcjum nie przedstawiło bowiem informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla FENIX. Konsorcjum nie przedstawiło również innego równoważnego dokumentu spełniającego wymogi z Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych.

Dokumenty złożone przez Konsorcjum nie spełniają wymogów z Opisu i Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Po pierwsze, dotyczą one wyłącznie prawomocnych skazań w arbitralnym okresie 5 lat (Część A). Po drugie, dokumenty FENIX dotyczą tylko wybranych i nieokreślonych czynów zabronionych (Część B). Po trzecie, dokumenty FENIX nie są właściwe do wykazania niekaralności zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych (Część C).

Odwołujący dodał, że wykonawcy nie mogą zatem samowolnie zawężać zakresu zaświadczenia z rejestru karnego jedynie do orzeczeń z ostatnich 5 lat. Może być bowiem w obrocie prawnym orzeczenie wydane przed tym okresem, które określa dłuższy okres wykluczenia. Tym samym FENIX nie wypełnił wymogu przedstawienia odpowiedniego zaświadczenia z rejestru karnego.

Dokumenty FENIX dotyczą wyłącznie przestępstw wyszczególnionych w załączniku nr 3 do czeskiej ustawy o zamówieniach publicznych lub przestępstw o podobnym charakterze. Dokumenty te nie precyzują przy tym – a samo Konsorcjum tego nie wyjaśnia – jakie przestępstwa są wyszczególnione w czeskiej ustawie o zamówieniach publicznych i jakie przestępstwa mają podobny charakter. Zaświadczenia FENIX są zatem niezasadnie ograniczone przedmiotowo.

Odwołujący dodał również, że dokumenty FENIX dotyczące niekaralności nie spełniają wymogów z Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. W Czechach funkcjonuje Rejestr Kar z siedzibą przy ul. Legerova 1877/7 w Pradze. Z tego właśnie Rejestru Kar FENIX przedstawił dane dla Davida Hác – Członka Zarządu FENIX. niewyjaśnionych przyczyn nie przedstawiono jednak danych dla podmiotu zbiorowego FENIX.

W niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki do zastąpienia dokumentacji oświadczeniem własnym, ponieważ FENIX mógł wystąpić do czeskiego Rejestru Kar. Ponadto, oświadczenie własne nie uzupełnia braków zakresowych FENIX, bo również dotyczy tylko okresu 5 lat i tylko przestępstw z Załącznika nr 3 do czeskiej ustawy o zamówieniach publicznych lub podobnych.

W zakresie zarzutu nr 5 Odwołujący wskazał, że FENIX nie wykazał, że posiada zdolność techniczną do zrealizowania zamówienia publicznego. Doświadczenie wykonawcy powinno mieć charakter realny, a nie formalny. Od niego zależy bowiem możliwość prawidłowego wykonania zamówienia. Wykonawca powołujący się na swoje zdolności oraz doświadczenie może zatem uczynić to jedynie w zakresie, w którym sam je nabył.

W celu wykazania takiej zdolności, FENIX przedłożył wykaz dostaw. Zgodnie z wykazem dostaw, FENIX zrealizował zamówienie na „śpiwór o konstrukcji modułowej letni i zimowy wraz z pokrowcami" w latach 2020-2023 na rzecz czeskiego Ministerstwa Obrony Narodowej. W ramach powyższego zamówienia, FENIX korzystał jednak ze zdolności chińskiego podwykonawcy.

Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum do wyjaśnień w tym zakresie. Jeśli na skutek tych wyjaśnień okazałoby się, że realny udział FENIX w dostawie śpiworów nie pozwala na przyjęcie, że podmiot ten wykazał zdolności techniczne i doświadczenie gwarantujące wykonanie niniejszego zamówienia publicznego zgodnie z Opisem, Zamawiający powinien odrzucić wniosek Konsorcjum o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

W piśmie, które wpłynęło do akt sprawy dnia 10 stycznia 2025 r., Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił stosowną argumentację.

Jak wskazywał Zamawiający, przetłumaczone zaświadczenie Ministerstwa Obrony Republiki Czeskiej faktycznie nie zawiera wprost stwierdzenia o należytym wykonaniu umowy. Jednakże okoliczność ta nie powoduje, że zaświadczenie to nie spełnia wymogów, na jakie wskazuje Rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Zamawiającego w przedmiotowej sprawie należy przeanalizować szczegółowo treść zaświadczenia z dnia 26 listopada 2024 roku, a nie wyłącznie fragment, z którego wynika, iż „dostawy zostały zrealizowane". W szczególności należy zwrócić uwagę na fragment „Instytucja zamawiająca, Republika Czeska - Ministerstwo Obrony [...] wydaje niniejsze zaświadczenie zgodnie z § 79 ust. 2 lit. b) ustawy Nr 134/2016 Sb., w sprawie udzielania zamówień publicznych."

Z uwagi na powyższe okoliczności Zamawiający dokonał analizy § 79 ustawy nr 134/2016 Sb w sprawie udzielania zamówień publicznych obowiązującej w Republice Czeskiej.

Z uwagi na odmienność w ustawodawstwie pomiędzy krajowym, a tym obowiązującym w Republice Czeskiej, Zamawiający przyjął, że Wykonawca mógł uzyskać dokument potwierdzający wykaz dostaw, cenę i termin ich wykonania oraz dane identyfikujące zamawiającego. Jednocześnie należy przyjąć, że powołane zaświadczenie nie zawiera żadnych negatywnych stwierdzeń dotyczących wykonywanej umowy np. że wykonanie umowy nastąpiło po terminie realizacji lub że naliczono kary umowne.

W przedmiotowej sprawie, Ministerstwo Obrony Republiki Czeskiej nie użyło epitetów, które pozwalają na ocenę dostaw realizowanych przez Partnera Konsorcjum. Jednakże analiza całości referencji wystawionych przez ministerstwo w Czechach wskazuje, że organ ten odwołał się do § 79 ustawy nr 134/2016 Sb w sprawie udzielania zamówień publicznych obowiązującej w Republice Czeskiej, a zatem do regulacji w oparciu o którą sam dokonuje oceny spełnienia warunków przez wykonawców w postępowaniach z zakresu zamówień publicznych w tym kraju. Analiza ustawy obowiązującej w Czechach prowadzi do wniosku, że zaświadczenia o prawidłowym wykonaniu umowy żądać można wyłącznie w zakresie robót budowlanych, zaś w zakresie dostaw referencje mogą się ograniczyć wyłącznie do wykazu dostaw zrealizowanych. Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego, że z dokumentu wystawionego przez Ministerstwo Obrony Republiki Czeskiej w żaden sposób nie wynika, aby dostawy zostały wykonane należycie. Dokument zawiera podstawę prawną na której państwowy organ Republiki Czeskiej dokonuje wyboru wykonawców, a ponadto nie zawiera informacji przeciwnej. W oparciu o te dokumenty Zamawiający uznał, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku przewidzianego w dokumentach postępowania.

Należy jednak podkreślić, że dokumenty zostały przedstawione, a Wykonawca nie poprzestał wyłącznie na oświadczeniu własnym. Rozporządzenie wskazuje, że oświadczenie wykonawcy może być przedstawione wyłącznie wtedy, gdy wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, tymczasem dokument ten został uzyskany, jednak z powodu różnicy w poszczególnych systemach prawnych, ma on inną treść. W ocenie Zamawiającego sytuacji tych nie można zrównywać ze sobą. Jednakże nawet gdyby przyjąć, że z przedstawionego zaświadczenia nie wynika czy dostawy zostały zrealizowane w sposób należyty, to powołanie się na podstawę prawną, którą Zamawiający wziął pod uwagę w przedmiotowej sprawie, pozwala mu na ustalenie, że w Republice Czech nie obowiązują referencje w takim kształcie jak to ma miejsce w Polsce, a zatem Zamawiający miał wiedzę i mógł w oparciu o dokumenty przedstawione przez Wykonawcę przyjąć, że Przystępujący nie miał możliwości pozyskania referencji potwierdzających należyte wykonanie umowy, a zatem mógł oprzeć się na oświadczeniu własnym.

W zakresie zarzutu nr 3 Zamawiający zwrócił uwagę, że zaświadczenie o „niezaleganiu z ZUS" uzyskane online (zapisane jako wydruk .pdf) są traktowane jako dokument urzędowy. Oznacza to, że Wykonawca może złożyć taki dokument zapisany w formacie .pdf (i tak też uczynił) - oraz nie musi go dodatkowo poświadczać w żaden sposób podpisem elektronicznym. Jednak w przypadku, gdyby wykonawca dokonał takowego poświadczenia (zaświadczenia wykonawcy zostały poświadczone) jest to bez znaczenia ponieważ nie pozbawia to w żaden sposób prawidłowości

dokumentu oraz waloru dokumentu wydanego przez ZUS. Takie potwierdzenie należy potraktować wyłącznie jako dodatkowe poświadczenie jego wiarygodności (zob. KIO 2578/18 oraz KIO 1233/21 i KIO 1243/21).

W przypadku wydruku - zgodnie z orzecznictwem (KIO 1238/22) dla rozstrzygnięcia, czy forma zaświadczenia przekazanego przez wykonawcę jest właściwa, należy mieć na uwadze ścieżkę pozyskiwania tego dokumentu z portalu PUE ZUS.

Izba rozstrzygając spór dotyczący możliwości skutecznego złożenia zaświadczenia w takiej formie uznała ze wykonawca, który po zapoznaniu się z treścią dokumentu zamieszczonego na portalu ZUS dokonał jego zapisu w jednym z dopuszczalnych w instrukcji formatów (w omawianym przypadku w formacie .pdf) a następnie przekazał Zamawiającemu ten dokument, złożył go w sposób prawidłowy. Niezależnie od formy zaświadczenia liczy się więc możliwość zweryfikowania jego prawidłowości co potwierdza wyrok KIO 2788/22 w którym to podkreślono, że aby uznać zaświadczenie za prawidłowe, przeprowadzona weryfikacja powinna potwierdzić, że wydane zaświadczenie stwierdza niezaleganie w opłacaniu składek płatnika o określonych identyfikatorach. Ponadto Izba wypowiedziała się w sprawie dot. weryfikacji podpisów urzędników.

W zakresie zarzutu nr 4 Zamawiający wskazał, że z rozporządzenia w sprawi dokumentów nie wynika, że na podstawie §12 ww. rozporządzenia nie można w miejsce odpowiednich dokumentów wymienionych w Rozporządzeniu (§ 2 i § 5) posłużyć się dokumentami wydanymi zgodnie z tym paragrafem. Niezależnie od brzmienia §12 należy stwierdzić, iż w Republice Czeskiej istnieją dwa równorzędne dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia, w związku z czym należy przyjąć, że Wykonawca może posłużyć się tym, czym chce.

Odpis z Rejestru dostawców kwalifikowanych jest dokumentem złożonym zgodnie z obowiązującymi przepisami i może być złożony zamiast informacji z Rejestru Karnego Osób Prawnych, dokumenty te należy oceniać jako równorzędne (nie równoważne), bowiem ustawodawca wprost wskazał na możliwość doboru przez wykonawcę posłużenia się jednym z nich. Należy tu wskazywać równorzędność tych dokumentów, a nie prymat któregoś z nich. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dysponuje oboma dokumentami.

W zakresie zarzutu nr 5 Zamawiający dodał, że okoliczność polegająca na wykazywaniu w przetargu z 2019 roku kwalifikacji technicznych za pośrednictwem podwykonawcy mającego siedzibę w Chinach nie ma znaczenia dla przedmiotowej sprawy. Wykonawca nabył doświadczenie w realizacji dostaw w uprzednich postępowaniach realizowanych dla Ministerstwa Obrony Republiki Czeskiej będąc stroną umowy jako wykonawca - z uwagi na powyższe teraz może się nim wykazywać. Należy również zaznaczyć, że przedmiotem zamówienia są dostawy a nie usługi nie ma wiec obowiązku wykonania danych czynności przez podmiot, który wykazuje wymagane doświadczenie.

Dokładna treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

W dniu 30 grudnia 2024 r. do izby wpłynęło pismo Odwołującego z wnioskiem o uznanie przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: SZYCIE24H Sp. z o.o., JOAN Nowicki SIUDA Sp. j. oraz FENIX Protector s.r.o., za nieskuteczne. W piśmie tym Odwołujący wskazywał na błędne wskazanie interesu przez Przystępującego.

Przystępujący w przystąpieniu wskazywał, że *„ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje, albowiem postępowanie Zamawiającego jest zgodne z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych. W wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza i spełniająca wszystkie wymagania. Działanie Odwołującego może doprowadzić do utraty przez Przystępującego zysku wynikającego z uzyskania zamówienia."*

Zdaniem Odwołującego takie sformułowanie świadczy o braku wykazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca zgłosił przystąpienie. Odwołujący zwrócił uwagę, że na obecnym etapie prowadzonego postępowania, nie doszło do wyboru jakiejkolwiek oferty, a zatem stanowisko Przystępującego nie polega na prawdzie. W przedmiotowym postępowaniu nie doszło bowiem do wyboru jakiejkolwiek oferty jako najkorzystniejszej – postępowanie jest bowiem na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odpowiedź na ten wniosek złożył również zgłaszający przystąpienie wskazując, że w piśmie popełnił oczywistą omyłkę pisarską, a jego interes jest bezsporny.

Izba przeanalizowała więc zgłoszone przystąpienie pod tym kątem i uznała rację Odwołującego. Wskazać należy, że przystąpienie tak jak odwołanie, jest środkiem ochrony prawnej. Ustawodawca określił konkretne wymagania z nim związane. Jednym z nich jest wskazanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje. Przystępujący powinien precyzyjnie wskazać na swój interes i przez pryzmat tego, co zostanie przez niego wskazane w przystąpieniu, badane jest spełnienie wymogów formalnych wskazanych w ustawie. Przystępujący w przystąpieniu wskazał na interes, który jest niezgodny z istniejącym stanem faktycznym. Przystępujący nie złożył bowiem oferty i w takim kształcie interes przez niego wskazany nie istnieje. Izba daje przy tym wiarę twierdzeniom zgłaszającego przystąpienie, że miała miejsce omyłka pisarska. Nie zmienia to jednak faktu, że interes wskazany przez przystępującego został błędnie. Gdyby zaakceptować stanowisko zgłaszającego przystąpienie, że pomimo omyłki należy potraktować jego interes jako oczywisty i dopuścić do udziału w postępowaniu, to analogicznie należałoby np. traktować tego typu błędy popełnione w odwołaniu. Takie podejście sprowadzałoby jednak obowiązki nałożone przez ustawodawcę do pozornych i w zasadzie należałoby dopuścić każdego wykonawcę do udziału w postępowaniu, którego interes jest oczywisty, nawet gdyby na niego nie wskazał w treści przystąpienia.

Takie podejście jest oczywiście niedopuszczalne i w związku z tym izba postanowiła uznać zgłoszone przystąpienie za nieskuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść miała przesądzające znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy oraz na podstawie oświadczeń stron i uczestników. Strony oraz uczestnicy wnosili również o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego. W sytuacji, w której Izba uznawała określony dowód za mający znaczenie dla rozstrzygnięcia, znajdzie to wyraz w dalszej części uzasadnienia.

**Uzasadnienie prawne wraz z przytoczeniem okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia:**

Zarzut nr 1 i 2:

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Wskazać należy, że pismem z dnia 22 listopada 2024 r., Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W wezwaniu wskazał m. in., że z przedstawionych dokumentów nie wynika, że wykazane dostawy zostały wykonane należycie.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Konsorcjum przedłożyło poprawiony wykaz dostaw, zaświadczenie wystawione przez Wydział Uzbrojenia i Akwizycji Ministerstwa Obrony Czech oraz oświadczenie własne z 2 grudnia 2024 r.

Główną okolicznością, w oparciu o którą Odwołujący formułował postawiony zarzut jest to, że jego zdaniem pomimo wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów, złożone dokumenty wciąż nie potwierdzają, że referencyjne dostawy zostały wykonane należycie.

Zasadnym jest więc w pierwszej kolejności przytoczenie treści dokumentów, z których Konsorcjum wywodziło, że potwierdzają one należyte wykonanie referencyjnych dostaw.

W zaświadczeniu z Ministerstwa Obrony Czech wskazano następująco:

*„Instytucja zamawiająca, Republika Czeska – Ministerstwo Obrony, z siedzibą (…), wydaje niniejsze zaświadczenie zgodnie z § 79 ust. 2 lit. b) ustawy Nr 134/2016 Sb., w sprawie udzielania zamówień publicznych.*

*Spółka FENIX Protector s.r.o. (…) zrealizowała poniżej wyszczególnione dostawy śpiworów 2008 wojsku Republiki Czeskiej na podstawie zawartej umowy sprzedaży nr (…)".*

Pod powyższym oświadczeniem została umieszczona tabela wraz z opisem przedmiotu zamówienia, czasem jego realizacji, wartości bez i z VAT.

Pod tabelą wskazane zostało, że: *„Dostawy zostały zrealizowane".*

W pierwszej kolejności należałoby więc ocenić czy ww. zaświadczenie z Ministerstwa Obrony Czech stanowi potwierdzenie należytego wykonania dostaw.

Kwestię referencji dotyczących należytego wykonania dostaw reguluje w polskim prawie § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415). Zgodnie z nim 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 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.

Zdaniem Izby złożone zaświadczenie nie potwierdza należytego wykonania dostaw. Dokument ten stanowi tylko i wyłącznie dowód na wykonanie dostawy śpiworów w określonych latach i o określonej wartości. Z dokumentu tego w żaden sposób nie wynika, że dostawa została wykonana należycie. Tak naprawdę dokument ten spełnia taką samą funkcję, jak złożony przez Konsorcjum wykaz dostaw – stanowi oświadczenie o ich wykonaniu. Jedyną różnicą jest to, że wykaz stanowi oświadczenie własne Konsorcjum, a zaświadczenie pochodzi od podmiotu trzeciego. Wynika z nich jednak to samo, tj. fakt wykonania określonych dostaw.

Tymczasem polski ustawodawca w przepisach ww. rozporządzenia wprowadził dwustopniowy zakres potwierdzania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Po pierwsze potwierdzony musi być fakt wykonania dostaw – na tę okoliczność składany jest wykaz. Po drugie potwierdzony musi być również fakt ich należytego wykonania – na tę okoliczność składane są referencje lub inne dokumenty. Funkcje obu dokumentów są różne. Należy więc oczekiwać, że ich treść będzie wykazywać okoliczności, które mają być nimi potwierdzone. Przez sam fakt wystawienia zaświadczenia nie można domniemywać, że dostawy zostały wykonane należycie. Okoliczność ta musi wynikać z treści dokumentu. W treści rozporządzenia jest bowiem mowa o *„dowodach określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie”,* a nie o dowodach określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane. Rozporządzenie jest w tej kwestii jasne i nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych. Tym samym z treści uzyskanego dokumentu musi jednoznacznie wynikać fakt należytego wykonania referencyjnych dostaw. Oczywiście nie musi to być sformułowanie identyczne jak użyte w treści rozporządzenia. Musi jednak potwierdzać należyte/ zgodne z umową wykonanie przedmiotu zamówienia. Nie jest wystarczającym samo potwierdzenie ich wykonania – temu służy bowiem wykaz.

Tożsamy pogląd można odnaleźć w piśmiennictwie. *„Waloru dokumentów poświadczających należyte wykonanie nie mają te, w których podmiot stwierdza jedynie fakt wykonania zadania referencyjnego, bez dokonania pozytywnej oceny. Takie dokumenty de facto stanowią jedynie potwierdzenie oświadczenia wykonawcy złożonego w odpowiednim wykazie, a dla wykazania spełniania warunku dotyczącego posiadania odpowiedniego doświadczenia konieczne jest załączenie do wykazu dowodów potwierdzających należyte wykonanie zadań referencyjnych w nim ujętych.”* (Komentarz do przepisów Rozporządzenia aut. M. Jaworskiej – Legalis).

Także w najnowszym orzecznictwie wskazuje się, 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.”* (wyrok KIO z dnia 7 października 2024 r., KIO 3263/24).

Dodać należy, że sam fakt wystawienia zaświadczenia w trybie przewidzianym ustawą czeską, nie przesądza o tym, że zaświadczenie to ze swojej natury potwierdza należyte wykonanie dostaw. Czeska ustawa wprowadza bowiem w tym względzie rozróżnienie. Celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dla robót budowlanych wymaga przedłożenia stosownego wykazu wraz z zaświadczeniem o ich prawidłowym wykonaniu i ukończeniu. Natomiast w przypadku dostaw i usług wymagane jest jedynie złożenie samego wykazu, bez dowodów potwierdzających fakt ich należytego wykonania. Tym samym czeski ustawodawca z jakichś względów zrezygnował z obowiązku potwierdzania należytego wykonania dostaw lub usług celem wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dla wykazania odpowiednich zdolności wystarczającym jest bowiem złożenie samego oświadczenia o wykonaniu dostaw lub usług. Z tego względu, zaświadczenie takie chociaż wystarczające na gruncie czeskich przepisów, nie

spełnia wymogów polskiego ustawodawstwa. Rodzimy ustawodawca okazał się bowiem w tym względzie bardziej restrykcyjny. Nie jest jednak tak, że w ustawodawstwie czeskim w ogóle nie przewiduje się tego rodzaju dokumentów – w przypadku robót budowlanych jest to standardem.

Wobec powyższych ustaleń należy rozstrzygnąć czy Zamawiający mógł oprzeć się na treści oświadczenia własnego FENIX.

W treści oświadczenia wskazano następująco:

*„Spółka FENIX PROTECTOR s.r.o., z siedzibą w (…), reprezentowana przez członka zarządu spółki Davida Hac niniejszym oświadcza, że wszystkie dostawy śpiworów na rzecz Zamawiającego Republika Czeska – Ministerstwo Obrony w latach 2020-2023, zrealizowane w ramach umowy sprzedaży nr 195410179, zostały zrealizowane należycie".*

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z przepisami 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 (tak: wyrok KIO z dnia 18 marca 2024 r., KIO 721/24).

Na tożsamym stanowisku stanął Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 10 listopada 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 118/2', w którym stwierdził następująco: *„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."* (XXIII Zs 118/21).

Co więcej, zdaniem Izby wykazanie powyższych okoliczności powinno mieć miejsce w momencie złożenia stosownego oświadczenia. Z przepisów rozporządzenia wynika, że złożenie oświadczenia jest możliwe tylko i wyłącznie w sytuacji, w której wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać stosownych dokumentów. Oznacza to, że wyjaśnienie przyczyn, z powodu których nie jest możliwym złożenie referencji, ustawodawca uznał za warunek konieczny dopuszczalności złożenia oświadczenia. Założenie takie jest logiczne – skoro bowiem wykonawca składa oświadczenie, musi to oznaczać, że już istnieją przyczyny, dla których nie mógł on złożyć referencji. Skoro tak, stosowne wyjaśnienie powinno mieć miejsce równocześnie ze złożeniem oświadczenia.

Brak stosownych wyjaśnień złożonych jednocześnie z oświadczeniem powinien skutkować skierowaniem do takiego wykonawcy wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Natomiast w sytuacji, w której oświadczenie składane jest w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, brak wyjaśnień powinien skutkować odrzuceniem oferty. Kolejne wezwanie stanowiłoby de facto dodatkową szansę na przedłożenie dokumentów, których obowiązek przedłożenia w określonym momencie wynika wprost z rozporządzenia.

W niniejszej sprawie nie wiadomo w jaki sposób FENIX wnioskował do Ministerstwa Obrony Czech o wydanie referencji. Będąc jednak profesjonalistą i zdając sobie sprawę z różnic legislacyjnych obu państw, wydaje się, że powinien wnosić po prostu o wydanie zaświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie dostaw. Jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, czeska ustawa przewiduje wydawanie takich dokumentów, chociaż tylko dla robót budowlanych, co jednak w niniejszej sprawie pozostaje bez znaczenia. Skuteczność referencji nie jest bowiem uzależniona od ich formy lub trybu, w jakim zostały wydane – chodzi jedynie o to, by potwierdzały one należyte wykonanie dostaw. Jeśli FENIX nie mógł uzyskać referencji o wnioskowanej treści i chciał zastępczo złożyć oświadczenie własne to wraz z jego złożeniem powinien opisać okoliczności, z powodu których nie mógł uzyskać referencji lub innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw. Zamawiający nie może domniemywać tych przyczyn. Ich

wskazanie jest elementem koniecznym podmiotowego środka dowodowego, jakim jest oświadczenie własne wykonawcy. Tym samym ocena Zamawiającego powinna ograniczać się do jego treści. Brak złożenia stosownych wyjaśnień wyklucza możliwość pozytywnej oceny takiego oświadczenia, gdyż pozbawione jest ono elementów wymaganych przez przepisy rozporządzenia. Ustalenie powyższego powinno skutkować wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W niniejszej sprawie Konsorcjum było już wzywane do uzupełnień w zakresie złożenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, a więc złożenie wadliwych dokumentów wyklucza ponowienie tej czynności wobec wykonawcy i skutkuje koniecznością odrzucenia wniosku wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w oparciu o art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b, c w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wyjaśnił w sposób wystarczający, w jaki sposób kwestia dotycząca przeliczenia cen oraz pokrowców na śpiwory świadczy o wadliwości złożonego przez Konsorcjum wykazu. Bez znaczenia pozostają również komentarze Odwołującego w temacie braku wskazania w wykazie dat dziennych wykonania dostaw. Z powodu braku sprecyzowania skutków, jakie Odwołujący wywodzi w związku z rzekomymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w wykazie Konsorcjum, Izba nie przychyliła się do tej części argumentacji składającej się na zarzut nr 1 i 2. Nie zmienia to faktu, że część z okoliczności składających się na ww. zarzuty okazała się zasadna, a więc odwołanie w tym zakresie należało uwzględnić.

Zarzut nr 3:

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba przy jego rozpatrywaniu wzięła pod uwagę fakt, że podobne sprawy były już w przeszłości rozstrzygane przez Krajową Izbę Odwoławczą. W szczególności za referencyjny Izba uznała wyrok wydany w dniu 30 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1238/22. Na wyrok ten powoływał się także Zamawiający.

Odwołujący zakwestionował 5 zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek, jakie Konsorcjum złożyło dla wykazania braku podstaw wykluczenia.

Zaświadczenia te wydane zostały w formie elektronicznej, co wynika z samej treści tychże zaświadczeń. Każde z nich zawiera bowiem imię i nazwisko pracownika ZUS upoważnionego do wydania zaświadczenia oraz formułę o następującej treści: „Dokument został podpisany, aby go zweryfikować należy użyć oprogramowania do weryfikacji podpisu". Każdorazowo wskazana jest również dokłada data złożenia podpisu.

Dokumenty te po weryfikacji nie wskazują jednak na podpisy pracowników ZUS, a na podpisy pełnomocników Konsorcjum. Świadczy to o tym, że Konsorcjum nie przedłożyło oryginałów ww. zaświadczeń, a jedynie ich kopie poświadczone za zgodność z oryginałem przez pełnomocników Konsorcjum.

Wskazać jednak należy, że ścieżka uzyskiwania ww. potwierdzeń jest specyficzna. Są one uzyskiwane za pomocą systemu teleinformatycznego ZUS. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie opisał cały proces, powołując się w tym zakresie m. in. na wyroki KIO 1238/22, KIO 2788/22, KIO 1233/21, KIO 1243/21. Odwołujący nie zakwestionowa sposobu uzyskiwania ww. zaświadczeń, na jaki wskazywał Zamawiający.

W sprawie KIO 1238/22 w szczegółach został on opisany. Jak wskazała Izba:

*„Nie sposób także zgodzić się z twierdzeniami odwołującego, że przekazane zaświadczenie, co do formy, nie jest zgodne z § 6 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych, gdyż powinno być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym pracownika Zakładu - pani (…). Jak wyjaśniał zamawiający, co też zaprezentował na rozprawie na przykładowym koncie przedsiębiorcy, zaświadczenie potwierdzające, iż wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne wydawane jest przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych za pośrednictwem Indywidualnego konta w portalu informatycznym udostępnionym rzez ZUS (www.zus.pl/portal). Przedsiębiorca wnioskujący o takie zaświadczenie nie otrzymuje go bezpośrednio, a jedynie jest mu on udostępniany w zakładce „skrzynka odbiorcza".*

*Po wejściu do zawartości skrzynki widoczna jest lista dokumentów przygotowanych przez ZUS, gdzie przy każdym dokumencie wybrać można opcję „szczegóły". Po naciśnięciu przycisku „szczegóły" wyświetlają się dane dokumentu, załączniki jeśli występują oraz opcja „przeglądaj dokument". Po naciśnięciu „przeglądaj dokument" na ekranie wyświetla się treść samego dokumentu wystawionego przez ZUS (dokładnie taki sam, jaki (…) przekazało zamawiającemu). U dołu przedmiotowego zaświadczenia do wyboru pozostaje opcja „zamknij" oraz „drukuj". Po wybraniu opcji „drukuj" można dokument wydrukować lub zapisać np. w formacie pdf. Dodatkowo w instrukcji zamieszczonej w omawianym portalu, w zakładce „Korzystanie z portalu" znajduje się informacja pod nazwą „zapisanie informacji na dysk", gdzie ZUS wskazuje, iż „Użytkownik ma możliwość wyboru formatu, w którym plik ma być zapisany. Dostępne są formaty XLS, XML, CSV, TXT*

*oraz PDF ".*

*Skoro zatem (…), po zapoznaniu się z treścią dokumentu zamieszczonego na portalu ZUS, dokonało jego zapisu w jednym z dopuszczalnych w instrukcji formatów (pdf), a następnie przekazało zamawiającemu ten dokument, to nie sposób podzielić zarzutu odwołującego, iż wykonawca przekazał, a zamawiający bezpodstawnie uznał za prawidłowy, dokument przekazany w niewłaściwej formie, albowiem przystępujący przekazał go w formie takiej, w jakiej został mu udostępniony.*

*W konsekwencji Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu złożenie przez (…) wydruku dokumentu e-ZUS, potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę jest poprawne.*

*W tym kontekście bez znaczenia pozostaje także to, że przedstawiony przez (…) dokument został dodatkowo opatrzony podpisem elektronicznym pracownika przystępującego. Złożenie na dokumencie takiego podpisu nie pozbawiło ono w żaden sposób prawdziwości tego dokumentu czy waloru dokumentu wydanego przez Zakład, a wynikającego z art. 50 ust. 4c ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Potwierdzenie takie należy zatem poczytywać wyłącznie jako dodatkowe potwierdzenie jego wiarygodności.*

*Powyższe stanowisko znajduje także potwierdzenie we wcześniejszych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej: wyroku z dnia 2 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2578/18, jak też w przywołanym przez przystępującego w piśmie procesowym wyroku z 11 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1233/21, KIO 1243/21."*

Izba przychyliła się do stanowiska wyrażanego przez Zamawiającego oraz poglądów orzecznictwa w nim wskazanych, czego skutkiem jest oddalenie odwołania w omawianym zakresie.

Zarzut nr 4:

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Celem rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415). Zgodnie z jego § 2 ust. 1 pkt 1 w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej ,,postępowaniem", zamawiający może żądać m. in: informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

Wykonawca FENIX jest podmiotem mającym siedzibę na terenie Republiki Czech. Z tego względu należy zwrócić uwagę na zapisy § 4 ust. 1 pkt 1, zgodnie z którym jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast:

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 - składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1.

Biorąc pod uwagę powyższe przepisy należałoby uznać, że FENIX powinien przedłożyć w pierwszej kolejności informację z innego odpowiedniego rejestru. Odwołujący wykazał, że rejestr taki istnieje, zatem wyłączona jest możliwość złożenia innych równoważnych dokumentów. Mianowicie chodzi o czeski Rejestr Karny, który umożliwia uzyskanie danych o karalności zarówno osób fizycznych jak i prawnych (dowód z korespondencji mejlowej oraz opinia prawna z dnia 17.12.2024 r.). Istnienie takiego rejestru potwierdza również treść dokumentacji postępowania. Chodzi o zaświadczenie jakie FENIX przedłożył dla p. David Hac, które wydane zostało właśnie przez Rejestr Kar z siedzibą w Pradze.

Należy jednak zwrócić uwagę na § 12 rozporządzenia, który stwarza alternatywną ścieżkę potwierdzania sytuacji podmiotowej wykonawcy. Na ten przepis wskazał również Zamawiający, jako podstawę uznania przez niego dokumentów złożonych przez Konsorcjum FENIX za prawidłowe. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu wykonawca wpisany do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub wykonawca certyfikowany przez jednostki certyfikujące spełniające wymogi europejskich norm certyfikacji może, zamiast odpowiednich podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w ustawie i rozporządzeniu, złożyć zaświadczenie o wpisie do urzędowego wykazu wydane przez właściwy organ lub certyfikat wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wskazujące na podmiotowe środki dowodowe stanowiące podstawę wpisu lub uzyskania

certyfikacji, chyba że zamawiający ma uzasadnione podstawy do zakwestionowania informacji wynikających z zaświadczenia lub certyfikatu.

Przywołany przepis rozporządzenia ma swoje źródło w § 64 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym wykonawcy wpisani do urzędowych wykazów lub posiadający zaświadczenie mogą na potrzeby każdego zamówienia przedłożyć instytucji zamawiającej zaświadczenie o wpisie wydane przez właściwy organ lub zaświadczenie wystawione przez właściwą jednostkę certyfikującą. W takich zaświadczeniach wskazane są dokumenty, które stanowiły podstawę wpisu wykonawcy do urzędowego wykazu lub uzyskania przez niego certyfikacji, a także klasyfikację ustaloną w tym wykazie.

Zdaniem Izby możliwość posługiwania się wykonawców z państw trzecich tego typu zaświadczeniami uzależniona jest jednak od tego czy potwierdzają one te same okoliczności, na podstawie których wykonawca może zostać wykluczony z postępowania w oparciu o polską ustawę. Nie sposób przyjąć, że wykonawca zagraniczny mógłby posługiwać się certyfikatem potwierdzającym jedynie część z okoliczności, o których mowa w ustawie polskiej, a część z nich zupełnie pomijał.

Tożsamy pogląd można odnaleźć w piśmiennictwie. Jak wskazano w komentarzu do Dyrektywy 2014/24/UE wykonawcy zagraniczni mają również prawo posłużyć się uzyskanym zaświadczeniem w innym państwie członkowskim niż to, w którym je uzyskali, pod warunkiem że zaświadczenia te są równoważne zaświadczeniom krajowym, czyli potwierdzają te same okoliczności (Sołtysińska Aleksandra, Talago-Sławoj Hanna, Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych …).

Podobny wydźwięk ma wyrok TSWE z 9 lipca 1987 r., w którym stwierdzono, że wpis do wykazu urzędowego lub certyfikat mogą zastępować żądane przez instytucję zamawiającą dokumenty i referencje jedynie w zakresie, w jakim wpis do urzędowego wykazu lub certyfikat oparte są na równoważnych kryteriach z tymi, które określone są przez instytucję zamawiającą. Inaczej, aby skutecznie móc posłużyć się wpisem lub zaświadczeniem, dokumenty te muszą zawierać dane odpowiadające wymogom określonym przez instytucję zamawiającą na potrzeby danego zamówienia (wyrok w połączonych sprawach 27/86, 28/86 i 29/86, SA *Constructions et entreprises industrielles (CEI) i in. v. Société coopérative "Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes" i in.*, Zb.Orz. 1987, s. 3347 – przywołany w komentarzu do Dyrektywy 2014/24/UE pod red. J. Pawelec wyd. 1 / Dąbrowska/Goławski/Horelik/Pawelec).

Tym samym należy podsumować, że odrębności dotyczące zakresu certyfikacji w poszczególnych krajach mogą prowadzić do tego, że nie zawsze wpis lub certyfikat będą odpowiednie do konkretnego zamówienia, które ma zamiar udzielić instytucja zamawiająca.

Z taką odrębnością mamy również do czynienia w niniejszej sprawie.

Zgodnie z treścią wypisu z wykazu kwalifikowanych dostawców wystawionego dla FENIX, dostawca wykazał m.in., że w kraju swojej siedziby w ostatnich 5 latach nie został prawomocnie skazany za przestępstwo wymienione w załączniku nr 3 do ustawy lub podobne przestępstwo zgodnie z systemem prawnym kraju siedziby dostawcy, zatarte skazania nie są brane pod uwagę.

Wskazać należy, że polska ustawa nie zawęża przesłanki wykluczenia odnoszącej się do braku karalności względem wykonawców wyłącznie do okresu 5 lat. Przykładowo zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 111 pkt 3 ustawy Pzp wykluczenie następuje na okres, na jaki został prawomocnie orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne. Odwołujący wykazał, że w Republice Czeskiej możliwe jest orzeczenie zakazu ubiegania o zamówienia publiczne na okres nawet 20 lat (opinia prawna z dnia 17.12.2024 r.). Tym samym z zaświadczenia zawężonego do ostatnich 5 lat nie dowiemy się o wyrokach skazujących mających miejsce wcześniej. Wobec tego, gdyby Zamawiający uznał takie zaświadczenie za prawidłowe, potencjalnie możliwa byłaby sytuacja, w której o udzielenie zamówienia ubiegałby się wykonawca, wobec którego zachodzą przesłanki do jego wykluczenia z postępowania, chociaż nie jest to ujawnione w zaświadczeniu, którym się posługuje.

Tego typu sytuacja nie nastąpiłaby w przypadku składania zaświadczenia z KRK lub zaświadczenia z czeskiego Rejestru Kar. Jak wykazał Odwołujący, czeski Rejestr Karny nie wydaje zaświadczeń ograniczonych do konkretnego okresu czasu, np. 5 lat. Wyciąg z tego Rejestru obejmuje całość ewidencji na dzień wystawienia i nie jest ograniczany do wybranych ram czasowych. W identyczny sposób funkcjonuje to w przypadku polskiego KRK.

Z tego względu, mając na uwadze to, że wypis z wykazu kwalifikowanych dostawców, którym posługiwał się FENIX, w zakresie dotyczącym niekaralności, nie jest oparty na równoważnych kryteriach z tymi, jakie wymienione są w polskiej ustawie, nie może on zostać uznany za dokument potwierdzający w stopniu wystarczającym sytuację podmiotową tego wykonawcy.

Należy również dodać, że oświadczenie własne FENIX nie powinno być w ogóle brane pod uwagę przy ocenie sytuacji podmiotowej tego wykonawcy. Zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania osoby, której dokument miał dotyczyć. Przepis ust. 2 stosuje się.

Z powyższego wynika, że złożenie oświadczenia przez podmiot zagraniczny możliwe jest tylko i wyłącznie wtedy, gdy w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1. Materiał dowodowy potwierdził jednak, że w Republice Czeskiej rejestr taki istnieje, a więc zastosowanie tego przepisu jest wyłączone.

Niezależnie od powyższego złożenie oświadczenia jest również możliwe np. gdy odpowiednie dokumenty wydawane w państwie siedziby wykonawcy nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy. W takim przypadku oświadczenie powinno swoim zakresem obejmować te wszystkie przypadki. Mając to na uwadze, należy stwierdzić, że niezależnie od tego, że w niniejszej sprawie złożenie oświadczenia nie było możliwe z uwagi na istnienie w Czechach Rejestru Kar, to i tak należy uznać je za wadliwe, gdyż również ono, w ślad za wypisem z wykazu kwalifikowanych dostawców, swoim zakresem obejmuje jedynie okres 5 lat przed dniem jego złożenia. Jego zakres jest więc węższy niż wynikający z przesłanek wykluczenia opisanych w ustawie polskiej.

Przedmiotowe oświadczenie jest również wadliwe z tego względu, iż § 4 ust. 3 rozporządzenia wymaga złożenia go pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania osoby, której dokument miał dotyczyć. Oświadczenie złożone przez FENIX w niniejszej sprawie nie spełnia ww. wymogów.

Wobec powyższego za zasadne należy uznać zarzuty oznaczone w odwołaniu nr 4 lit. A i C.

W zakresie zarzutu nr 4 lit. B należy uznać, iż Odwołujący nie wykazał twierdzenia, że zakres czynów zabronionych wskazany w wypisie z wykazu kwalifikowanych dostawców wystawionego dla FENIX, jest węższy, niż ten o którym mowa w ustawie polskiej.

Powyższe nie zmienia faktu, że oceniając zarzut nr 4 całościowo, zasługiwał on na uwzględnienie, gdyż część z okoliczności podnoszonych dla jego poparcia, okazała się zasadna.

Z uwagi jednak na fakt, że uwzględnione zostały zarzuty dalej idące, Zamawiający nie ma oczywiście obowiązku wzywania Konsorcjum do uzupełnień w omawianym zakresie, gdyż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i tak podlega odrzuceniu.

Zarzut nr 5:

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Przedmiotowy zarzut Odwołujący oparł m. in. na niezgodności zaistniałego stanu faktycznego z punktem 4.4 Opisu sposobu sporządzania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z tym zapisem: *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień. Z uwagi na fakt, że wykonawca, który polega na zdolnościach innych podmiotów musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienia, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, Zamawiający dopuszcza posługiwanie się potencjałem wyłącznie tych podmiotów trzecich, które mają siedzibą albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub*

*Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień".*

W niniejszym postępowaniu wymagane doświadczenie wykazuje jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. firma FENIX Protector s.r.o. Tym samym nie ma miejsca sytuacja sprzeczna z warunkami zamówienia, które ograniczają możliwość polegania na zasobach podmiotów trzecich do wykonawców mających siedzibą tylko na terenie UE lub państw, które z UE zawarły stosowne umowy. Konsorcjum powołuje się bowiem na doświadczenie własne – jednego z konsorcjantów.

Odwołujący wykazał jednak, że w stosunku do nabytego przez FENIX doświadczenia istnieją uzasadnione wątpliwości, co do jego zakresu.

Jako inwestycje referencyjne w niniejszym postępowaniu Konsorcjum wskazało na dostawy śpiworów realizowane na rzecz Ministerstwa Obrony w Czechach w latach 2021-2023 r.

Ze złożonych przez Odwołującego dowodów (odpowiedź na zapytanie o udzielenie informacji w sprawie udziału wskazanego dostawcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych w latach 2020-2024) wynika, że „W postępowaniu o udzielenie zamówienia na zamówienie publiczne „Śpiwory" (w latach 2020-2024) dostawca wykazał kwalifikacje techniczne za pośrednictwem podwykonawcy mającego siedzibę na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej". Zamawiający nie zakwestionował faktu, że informacja ta dotyczy inwestycji referencyjnych wskazanych przez Konsorcjum w wykazie dostaw.

Wobec treści tej informacji, zdaniem Izby zachodzą uzasadnione wątpliwości co do faktycznego udziału FENIX w realizacji zamówień referencyjnych realizowanych na rzecz Ministerstwa Obrony Czech, skoro przy wykazywaniu zdolności technicznych korzystał on z zasobów podwykonawcy. Oczywiście sytuacja taka nie przesądza jeszcze, że FENIX faktycznie doświadczenia tego nie nabył. Niezależnie bowiem od wykazywania zdolności przy udziale podwykonawcy, FENIX mógł uczestniczyć bezpośrednio w jego realizacji. Nie wiadomo jak wyglądał etap realizacyjny tego zamówienia, tj. jaki dokładnie był podział obowiązków w tym zakresie oraz kto faktycznie zrealizował referencyjne dostawy. Na etapie realizacji mogło to się różnie kształtować.

Nie ulega jednak wątpliwości, że kwestia ta powinna zostać przez zamawiającego wyjaśniona, gdyż odwołujący wykazał istnienie uzasadnionych wątpliwości co do faktycznego doświadczenia konsorcjanta FENIX.

Powyższą tezę potwierdza także treść opisu sposobu sporządzania wniosku, w którym na str. 9 zawarto stwierdzenie, że *„W przypadku, gdy Wykonawca będzie posługiwał się doświadczeniem pozyskanym jako uczestnik konsorcjum, będzie musiał udowodnić, iż osobiście zrealizował dostawy o wartościach wskazanych powyżej".* Z powyższego fragmentu wynika, iż Zamawiającemu zależało na realnym, a nie tylko formalnym doświadczeniu wykonawców biorących udział w postępowaniu. Doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum można przez analogię porównać do sytuacji polegania na zasobach podmiotu trzeciego – podwykonawcy. W obu przypadkach może być bowiem miejsce realizowanie zamówienia przez podmiot inny niż składający ofertę.

Uzyskując w trakcie prowadzonego postępowania wiarygodne informacje na temat tego, że przy realizacji zamówień referencyjnych wykonawca mógł nie w pełni samodzielnie je realizować, a tym samym nie posiadać wymaganego doświadczenia, Zamawiający powinien zbadać tę okoliczność i wezwać wykonawcę do wyjaśnień w tym zakresie, tj. jaki był jego faktyczny udział w realizacji referencyjnych dostaw. Zwłaszcza mając na uwadze przytoczone wyżej zapisy dokumentacji.

Zamawiający zaniechał ww. czynności, a więc postawiony zarzut należy uznać za zasadny.

Z uwagi jednak na fakt, że uwzględnione zostały zarzuty dalej idące, Zamawiający nie ma oczywiście obowiązku wzywania Konsorcjum do wyjaśnień, gdyż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i tak podlega odrzuceniu.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 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. z 2020 r. poz. 2437). Ustalając odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego Izba zdecydowała się na zastosowanie § 7 ust. 5 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym 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. Zdecydowana większość okoliczności podnoszonych w odwołaniu okazała się zasadna więc

obciążanie w tym przypadku kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego byłoby błędne, co przemawia za zastosowaniem wspomnianego przepisu i obciążenie kosztami Zamawiającego w całości.

Przewodniczący: ……