

WYROK
z dnia 8 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Protokolant: Agata Dziuban

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 marca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 lutego 2017 r.** przez wykonawcę: **Iturri Poland Sp. z o.o., ul. Centralna 6, 43-346 Bielsko-Biała**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca:

A. FR Protection Poland Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 7a, 72-200 Nowogard - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin**:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy: **FR Protection Poland Sp. z o.o.** na część 1,2 i 3 zamówienia,
 - 1.2. nakazuje wezwanie przystępującego wykonawcy: **FR Protection Poland Sp. z o.o.** do uzupełnienia zaświadczenia z KRK o niekaralności prokurenta spółki **FR Protection Poland Sp. z o.o.**,
 - 1.3. dokonanie ponownej oceny i wyboru oferty w część 1,2 i 3 zamówienia
 - 1.4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Iturri Poland Sp. z o.o., ul. Centralna 6, 43-346 Bielsko-Biała**,
 - 1.5. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Iturri Poland Sp. z o.o., ul. Centralna 6, 43-346 Bielsko-Biała**, tytułem wpisu od

1

odwołania,

- 1.6. zasądza od odwołującego: **Iturri Poland Sp. z o.o., ul. Centralna 6, 43-346 Bielsko-Biała**, na rzecz zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin** kwotę **3 685,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy), kosztów zastępstwa przez pełnomocnika i kosztów opłat od złożonych pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A.” część 1, 2 i 3, (Dz. Urz. U.E. nr 2016/S 177-318866 z 14.09.2016r.), w dniu 27 lutego 2017 r. zostało wniesione w formie

elektronicznej odwołanie przez wykonawcę: Iturri Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej w zakresie części 1,2 i 3 zamówienia, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie. Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia z dnia 17 lutego 2017 r. o wyniku postępowania i o wyborze oferty wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Nowogardzie.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 14.09.2016r. i mają do niego zastosowanie przepisy obowiązujące od daty wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Ustalona wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 lutego 2017 r. przesłane drogą elektroniczną, przystąpienie do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp złożył w dniu 3 marca 2017 r. wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Nowogardzie - po stronie zamawiającego, który powołał się na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Strony potwierdziły, że kopie przystąpienia otrzymały.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę: FR Protection Poland Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym, uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały spełnione, gdyż jego oferta została wybrana do realizacji zamówienia na zadanie 1, 2 i 3, zatem interes przystępującego na rzecz utrzymania w mocy tej czynności zamawiającego - jest niewątpliwy.

Odwołanie wniesiono wobec zaniechania wykluczenia FR Protection Poland Sp. z o.o. z postępowania, zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy i w konsekwencji zaniechania wyboru oferty odwołującego w niniejszym postępowaniu - jako oferty najkorzystniejszej.

3

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu: PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) zwaną „ustawą Pzp”, tj.:

I. art. 22 ust 1 Pzp w zw. z art. 24 ust 1 pkt 13 i 14 Pzp w zw. z art. 24 ust 4 Pzp i art. 24 ust 5 pkt 5 i 6 Pzp oraz w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, a to poprzez bezzasadne zaniechanie wykluczenia FR Protection Poland Sp. z o.o. i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty FR Protection Poland Sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał, iż na dzień składania ofert nie podlega wykluczeniu w zakresie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp oraz w art. 24 ust. 5 pkt 5 Pzp,

a) art. 22 ust 1 Pzp w zw. z art. 24 ust 4 Pzp w zw. z art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp oraz w zw. z art. 25 ust 1 Pzp, a to poprzez zaniechanie wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty FR Protection Poland Sp. z o.o. pomimo, że wykonawca ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia przez przedłożenie poprawnego zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 24 ust 1 pkt 13 Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp w stosunku do prokurenta osoby prawnej,

b) art. 22 ust 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w związku z art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp oraz w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, a to poprzez zaniechanie wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty FR Protection Poland Sp. z o.o. pomimo, że wykonawca ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia przez przedłożenie poprawnego zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 24 ust 1 pkt 21 Pzp.

II. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, a to poprzez dwukrotne wezwanie FR Protection Poland Sp. z o.o. dokładnie w tym samym zakresie, tj. do uzupełnienia braku w postaci przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla prokurenta w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp oraz w art. 24 ust. 5 lit 5 i 6 Pzp,

III. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a to poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie ww. przepisów art. 7 Pzp, a to poprzez wybór oferty jako najkorzystniejszej - oferty podlegającej odrzuceniu.

IV. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a to poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FR Protection Poland Sp. z o.o. pomimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, w

szczegółności w zakresie treści załączonych do oferty certyfikatów zgodności oraz parametrów technicznych odzieży stanowiącej przedmiot dostaw, V. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust 4 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, a to poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ oraz poprzez przyjęcie, że FR Protection Poland Sp. z o.o. wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu podczas,

4

gdy [Odwołujący?] nie przedstawił wszystkich wymaganych oświadczeń (w tym w treści dokumentu JEDZ) oraz dokumentów potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym w szczególności w zakresie posiadanego doświadczenia i referencji, a to w związku z wykazaniem wykonania dostaw odzieży roboczej, a nie ochronnej i to dodatkowo tylko na rzecz dystrybutorów z własnej grupy kapitałowej.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty FR Protection Poland Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej we wszystkich częściach zamówienia, tj. w zakresie zadania nr 1, nr 2 oraz nr 3,
2. dokonanie powtórnej czynności oceny i badania ofert,
3. dokonanie wykluczenia FR Protection Poland Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez FR Protection Poland Sp. z o.o. w ww. wszystkich częściach zamówienia, tj. w zakresie zadania nr 1, nr 2 oraz nr 3,
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego, tj. Ituri Poland Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej we wszystkich częściach zamówienia, tj. w zakresie zadania nr 1, nr 2 oraz nr 3.

Jednocześnie odwołujący wnosil o:

5. wezwanie zamawiającego do przedstawienia znajdujących się w jego posiadaniu dokumentów, wymienionych w treści niniejszego odwołania oraz przeprowadzenia dowodu z dokumentów przedstawionych przez zamawiającego na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu,
6. zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania tj. wpisu od odwołania w kwocie 15 000,00 PLN (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) oraz kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika w kwocie 3 600,00 PLN (słownie: trzy tysiące złotych 00/100) oraz kosztu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 PLN (słownie: siedemnaście złotych 00/100).

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że ma legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ w przypadku prawidłowego działania zamawiającego - FR Protection Poland Sp. z o.o. zostałaby wykluczony z postępowania, a jego oferta zostałaby odrzucona. W takiej sytuacji, oferta odwołującego (obecnie sklasyfikowana na miejscu drugim) byłaby ofertą najkorzystniejszą, na co wskazują kryteria oceny ofert określone w SIWZ i przyznana ofercie odwołującego punktacja. Konsekwentnie, zatem mogłoby dojść do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym a odwołującym. Wskutek

5

niezgodnych z ustawą Pzp działań zamawiającego, zdaniem odwołującego - poniósł on szkodę polegającą na nieuzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wyjaśniał, że zamówienie zostało podzielone na 3 zadania:

Zadanie nr 1 - Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. dla Oddziałów: Białystok, Lublin, Zamość,

Zadanie nr 2 - Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. dla Oddziałów: Warszawa, Łódź - Miasto, Łódź - Teren,

Zadanie nr 3 - Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. dla Oddziałów: Rzeszów i Skarżysko-Kamienna.

Termin składania ofert został określony na dzień 26 października 2016 r.

Jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

W postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców. Najniższą cenę oferty na wykonanie wszystkich zadań (części) złożyła spółka FR Protection Poland Sp. z o.o., drugie miejsce

zajęła oferta odwołującego.

W dniu 17 lutego 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców, że za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez FR Protection Poland Sp. z o.o. na wszystkie 3 zadania.

Dowód: oferty z JEDZ i załącznikami odwołującego i FR Protection Poland Sp. z o.o.

W ocenie odwołującego FR Protection Poland Sp. z o.o. winien zostać wykluczony z postępowania, a tym samym, mając na względzie dyspozycję art. 22 ust. 1 i 2 Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 25 ust. 1 Pzp oferta FR Protection Poland Sp. z o.o. winna zostać odrzucona.

I. Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia FR Protection Poland Sp. z o.o. z powodu niewykazania niezaistnienia przesłanek wykluczenia, a w konsekwencji odrzuceniu oferty złożonej przez ww. podmiot, tj. zarzuty dotyczące naruszenia art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp oraz w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp; art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp.

Odwołujący argumentował, że o udzielenie każdego zamówienia publicznego mogą ubiegać się tylko ci wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu. Postępowanie nie jest prowadzone na podstawie art. 24aa ustawy Pzp (tzn. nie jest prowadzone w ramach procedury odwróconej).

Zgodnie z punktem 10.3 SIWZ w postępowaniu mogli wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału dotyczące braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o 6

których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w niniejszym postępowaniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d Pzp oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp.

W punkcie 14.9 SIWZ zamawiający, określając elementy składowe oferty, nakazał załączyć do oferty aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, pkt 14 i 21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący powołał się na postanowienie § 5 pkt 1 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz.1126), w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14 i 21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 i 6 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, zgodnie z postanowieniem ustawy Pzp, przytoczonego rozporządzenia oraz postanowień SIWZ, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp, każdy wykonawca był zobowiązany złożyć wydane najpóźniej w dacie składania ofert (tj. 26.10.2016 r.) zaświadczenie o niekaralności wydane, w przypadku spółki z o.o., dla: urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego oraz prokurenta.

Odwołujący zaznaczał, że zamówienia sektorowe, a w szczególności art. 133 ust. 4 ustawy Pzp nie wprowadzają żadnego wyjątku, co do podmiotów wyszczególnionych w treści art. 24 ust 1 pkt 14 ustawy, odnośnie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, że przyjęta w lipcu 2016 r. nowelizacja ustawy Pzp wdrażająca do polskiego systemu prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady, tj. dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE oraz dyrektywa 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE znacząco zmieniła

dotychczasowe przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawa Pzp w obecnym brzmieniu rozróżnia sytuacje, których wystąpienie powinno zawsze skutkować eliminacją wykonawcy z udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych (obligatoryjne podstawy wykluczenia). W odróżnieniu od poprzednio obowiązujących przepisów, w ustawie Pzp po nowelizacji określono również fakultatywne podstawy wykluczenia, czyli to od decyzji zamawiającego będzie zależało czy będzie chciał wykluczyć wykonawcę na ich podstawie. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu nowelizacji ustawy Pzp: *„Nadanie przesłankom wykluczenia charakteru obligatoryjnego na gruncie projektu uzasadnione jest tym, że okoliczności te zawsze negatywnie oddziałują na prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych. Prowadzą one bowiem do wypaczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu i w sposób niezgodny z prawem mogą wpływać na jego wynik. Ich konsekwencją jest najczęściej szkoda zamawiającego, związana z koniecznością wyboru oferty mniej korzystnej niż w przypadku, gdyby postępowanie odbywało się w warunkach rzeczywistej konkurencji oraz opierało się na zgodnych z prawdą dokumentach i oświadczeniach wykonawców. Ponadto wpływają one negatywnie na efektywność ekonomiczną, przejrzystość i wizerunek zamówień publicznych, a także wiążą się z nasileniem złej woli wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne. Wykonawcy, w związku z wystąpieniem powyższych okoliczności, powinni być całkowicie pozbawiani, na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów, możliwości uzyskania zamówień publicznych”.*

Odwolujący podnosił, że zgodnie z aktualnym oraz pełnym odpisem z KRS dla FR Protection Poland Sp. z o.o. (załącznik nr 5 i 6 do odwołania), spółka ta reprezentowana jest przez zarząd. Oświadczenia woli za spółkę przy zarządzie jednoosobowym składa członek zarządu albo prokurent, o ile prokura zostanie ustanowiona - reprezentacja jednoosobowa. Przy zarządzie wieloosobowym wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo członka zarządu i prokurenta. Na dzień składania ofert, tj. 26 października 2016 r., zarząd w FR Protection Poland Sp. z o.o. był jednoosobowy - Prezesem Zarządu był i jest M.K.G.. Dodatkowo w spółce ustanowiony został prokurent samoistny w osobie Ł.T.. Oferta FR Protection Poland Sp. z o.o. została podpisana oraz paraflowana na każdej stronie właśnie przez prokurenta samoistnego.

Z punktu 9 spisu treści oferty FR Protection Poland Sp. z o.o. wynika, że do oferty zostało załączone jedno zaświadczenie o niekaralności (sformułowanie użyte w liczbie pojedynczej). Do oferty załączono wyłącznie tłumaczenie uwierzytelnione z języka duńskiego zaświadczenia o niekaralności z dnia 7 października 2016 r. dotyczące Prezesa Zarządu M.K.G.. Tym samym, do oferty nie załączono:

- oryginału lub poświadczonej za zgodność kopii zaświadczenia o niekaralności dla Prezesa Zarządu M.K.G. w języku oryginalnym,
- zaświadczenia o niekaralności dla prokurenta samoistnego Ł.T.,
- zaświadczenia o niekaralności dla podmiotu zbiorowego.

W dniu 28 listopada 2016 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp wezwał FR Protection Poland Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów i udzielenia wyjaśnień m.in. w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu - pkt 1 b) wezwania - poprzez:

„dostarczenie aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 21 ustawy Pzp oraz dostarczenia oryginału aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz art. 24 ust. 5 i 6 ustawy Pzp - podstawa prawna art. 26 ust 3 ustawy Pzp”.

W treści wezwania zamawiający wskazał, że w ofercie brak aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp oraz brak oryginału aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz art. 24 ust. 5 i 6 ustawy Pzp.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 28 listopada 2016 r. - w aktach postępowania przetargowego

W odpowiedzi, FR Protection Poland Sp. z o.o. wraz z pismem z dnia 6 grudnia 2016r. przedłożył m.in. jako załącznik nr 2, zaświadczenie o niekaralności z dnia 27

października 2016 r. wydane dla FR Protection Poland Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp. Oznacza to, w opinii odwołującego, że przystępujący nie wykonał wezwania zamawiającego z dnia 28 listopada 2016 r. w odniesieniu do przedstawienia informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 13 i 14 oraz art. 24 ust.5 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, że FR Protection Poland Sp. z o.o. przedstawił zaświadczenie z KRK dla podmiotu zbiorowego, zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 21 ustawy Pzp wystawione w dniu 27 października 2016 r., a zatem wystawione po dacie złożenia ofert - wbrew postanowieniu punktu 14.9 SIWZ oraz wbrew § 5 pkt 1 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016r. Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zdaniem odwołującego już tylko z powodu przedłożenia przez FR Protection Poland Sp. z o.o. zaświadczenia o niekaralności z KRK z daty późniejszej niż data składania ofert w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta winna zostać odrzucona.

9

Jako dodatkową przesłanką do wykluczenia przystępującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenie jego oferty uznał odwołujący nieprzedłożenie wraz z ofertą, ani w reakcji na wezwanie, zaświadczeń o niekaralności dla wszystkich podmiotów wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 14 w związku z pkt 13 ustawy Pzp oraz w art. 24 ust.5 pkt 5 i 6 Pzp (to znaczy zaświadczenia o niekaralności Prezesa Zarządu w języku oryginalnym oraz zaświadczenia o niekaralności z KRK dla prokurenta).

Dowód: pismo FR Protection Poland Sp. z o.o. z dnia 6 grudnia 2016 r. - w aktach postępowania przetargowego

Odwołujący zaznaczał, że pomimo powyższego, w dniu 25 stycznia 2017 r. zamawiający ponownie, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał FR Protection Poland Sp. z o.o. m.in. do dostarczenie oryginału aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz art. 24 ust. 5 i 6 Pzp.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 25 stycznia 2017 r. - w aktach postępowania przetargowego

W odpowiedzi, FR Protection Poland Sp. z o.o. załączył oryginał aktualnej informacji z KRK w języku duńskim. Odwołujący utrzymywał, że nie można stwierdzić, kto w imieniu przystępującego potwierdził przedmiotowy dokument za zgodność z oryginałem. Według odwołującego niewątpliwie nie potwierdził go prokurent samoistny Ł.T. podpisujący pozostałe dokumenty w imieniu tego wykonawcy w toku postępowania. Zaprzeczał, że dokument ten został potwierdzony za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentacji FR Protection Poland Sp. z o.o., a w konsekwencji zaprzeczał, że kopia ta została w sposób prawidłowy uwierzytelniona przez oferenta.

Za bezsporne przyjął, że pomimo dwukrotnie skierowanych do FR Protection Poland Sp. z o.o. wezwań zamawiającego o dostarczenie aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz art. 24 ust. 5 i 6 Pzp przystępujący nigdy nie przedłożył informacji z KRK dla prokurenta samoistnego Ł.T..

Dowód: pismo FR Protection Poland Sp. z o.o. z dnia 1 lutego 2017 r. wraz z załącznikiem - w aktach postępowania przetargowego

W ocenie odwołującego, wobec dwukrotnego wzywania FR Protection Poland Sp. z o.o. do przedłożenia zaświadczenia o niekaralności na podstawie art. 24 ust 13 i 14 Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp, nie ma już podstaw do wzywania przystępującego do uzupełnienia brakujących dokumentów, wyczerpano bowiem procedurę z art. 26 ust 3 ustawy Pzp wobec tego wykonawcy. Nie ma także podstaw do wzywania ww. wykonawcy do przedłożenia zaświadczenia o niekaralności podmiotu zbiorowego, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, bowiem także i w tym przypadku wyczerpano procedurę, o której mowa

10

w art. 26 ust. 3 Pzp. To, że FR Protection Poland Sp. z o.o. nie uczynił zadość treści wezwania i przedłożył zaświadczenie o niekaralności z datą po terminie złożenia ofert, nie powinno być przesłanką usprawiedliwiającą i sanującą wykonanie pierwszego wezwania zamawiającego.

Odwołujący podnosił, że nowelizacja ustawy Pzp z lipca 2016 r. rozszerzyła krąg podmiotów/osób, co do których wykonawcy winni składać zaświadczenia o niekaralności zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych: „Obowiązek przedłożenia informacji o niekaralności na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp aktualizuje się w stosunku do osób fizycznych prowadzących sprawy tych osób prawnych zasiadających w organach zarządzających, a także w organach nadzorczych tych osób prawnych. Dodatkowo obowiązkowi weryfikacji, co do niekaralności poddano także prokurentów tych osób prawnych.” Odwołujący powołał się - w zakresie konieczności przedłożenia odpisu z Krajowego Rejestru Karnego dla prokurentów osób prawnych na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19 stycznia 2017 r., KIO 28/17. Konkludując, że przedłożenie jedynie zaświadczenia o niekaralności dla prezesa zarządu, w sytuacji, w której w spółce wykonawcy ustanowiono prokurenta, nie wystarcza do stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia FR Protection Poland Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z pkt 13 Pzp oraz na podstawie art. 25 ust 5 pkt 5 i 6 Pzp, a w konsekwencji nie uprawniało zamawiającego - po dokonaniu dwukrotnych wezwań w tym zakresie - do zaniechania wykluczenia przystępującego FR Protection Poland Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący dodatkowo podnosił, że jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu KIO 1874/15: *„Nie ulega wątpliwości, że przepis art. 26 ust 3 zdanie drugie ZamPublU nie wymaga, aby data wystawienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 ZamPublU nie była późniejsza niż termin składania ofert, wymaga on jednakże, aby treść tych oświadczeń i dokumentów potwierdzała, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzają spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.”* Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażanym w licznych orzeczeniach informacja z Krajowego Rejestru Karnego zaświadcza okoliczności wynikające z treści wpisów do Krajowego Rejestru Karnego według stanu na dzień, w którym informacja ta jest udzielana. Nie można zapominać, że zaświadczenie o niekaralności (tj. informacja z Krajowego Rejestru Karnego) ma odmienny charakter od pozostałych dokumentów składanych w postępowaniu. Dokument ten, bowiem zaświadcza

okoliczności wynikające z treści wpisów do rejestru według stanu na dzień, w którym informacja jest udzielana. Tym samym, informacja uzyskana z rejestru karnego po wezwaniu do uzupełnienia dokumentu nie będzie uznana przez zamawiającego za spełniającą warunki udziału (tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 grudnia 2014 r.; sygn. akt KIO 2483/14). Złożona przez FR Protection Poland Sp. z o.o. informacja z Krajowego Rejestru Karnego o braku karalności podmiotu zbiorowego nie potwierdza według odwołującego w sposób prawidłowy spełniania warunku, bowiem potwierdza ona brak karalności na dzień 27 października 2016 r. tj. po terminie składania ofert. Możliwa jest zatem sytuacja, w której pomiędzy terminem składania ofert a datą wydania informacji z Krajowego Rejestru Karnego dojdzie do zatarcia skazania, co wobec braku możliwości ukazania w takiej informacji danych historycznych nie zostanie ujawnione w wydanym dokumencie. Oznacza to, że nie jest możliwym uzyskanie takiego dokumentu z datą wsteczną. Podtrzymał twierdzenie, że złożone zaświadczenie o niekaralności dla podmiotu zbiorowego, w wykonaniu art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp z datą 27 października 2016 r., nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący przekonywał, że tym samym, oferta FR Protection Poland Sp. z o.o. została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą w sytuacji, w której wykonawca ten z uwagi na nieprzedłożenie zaświadczenia o niekaralności na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp z daty sprzed terminu składania ofert oraz nieprzedstawienie w ogóle zaświadczenia o niekaralności prokurenta, o czym traktuje art. 24 ust. 1 pkt 14 w związku z pkt 13 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, powinien zostać wykluczony z postępowania, a na mocy art. 24 ust.4 Pzp jego oferta winna zostać odrzucona.

Zarzut II. Nieuprawnionego, wielokrotnego wzywania FR Protection Poland Sp. z o.o. do uzupełniania oferty poprzez złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego w tym samym zakresie, tj. naruszenie: art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Odwolujący przytoczył postanowienia art. 26 ust. 3 Pzp mówiące, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z powyższego wynika, że ustawa Pzp, także po jej nowelizacji, obliuguje zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie dożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału

12

w postępowaniu, lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Pogląd, że zamawiający ma obowiązek wezwać do uzupełnienia dokumentów, bez względu na to, czy takich dokumentów nie złożono, czy też złożone dokumenty zawierają błędy, bądź nie potwierdzają one spełnienia warunków w postępowaniu (dokument niepotwierdzający spełnienia warunków udziału w postępowaniu można potraktować jak niezłożenie dokumentu), został ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący przytoczył tezę z wyroku sygn. akt KIO 379/12, gdzie Izba stwierdza, że: *„złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu uzasadnia wezwanie do uzupełnienia braku, a nie wykluczenie wykonawcy z pominięciem obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”*. Tym samym za niezasadne uznał odwołujący twierdzenie, że zamawiający może ponawiać wezwanie do uzupełniania brakujących dokumentów.

Odwolujący przekonywał, że w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej (np. w wyroku sygn. akt: KIO/UZP 827/08) przeważa pogląd jednorazowego wezwania do uzupełnienia poszczególnego wadliwego dokumentu lub braku dokumentu, niezależnie od tego czy zamawiający wskazał w sposób prawidłowy czy nieprawidłowy kierunek uzupełnienia dokumentu. Podkreślał, że „jednorazowość wezwania do uzupełnienia dokumentu” odnosi się nie do wszystkich dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu, ale do poszczególnego dokumentu, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym dopuszczał sytuacje, w których zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów kilkakrotnie, pod warunkiem, że wezwanie każdorazowo odnosi się do innego zakresu oświadczenia czy dokumentu.

Odwolujący przywołał kolejne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: (m.in. w wyroku sygn. akt KIO 863/15) Izba stwierdza, iż: *„dopuszczalne jest ponowne wezwanie o uzupełnienie określonego dokumentu, o ile dotyczy będzie ono innych braków, czy błędów”*. Odwołujący wskazał na wyrok ETS z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10, gdzie ETS stwierdził m.in., że: *„Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecyjnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.”* (pkt 41), Jednocześnie zwrócono uwagę na sposób występowania zamawiającego z żądaniem udzielenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, wyznaczając swojego rodzaju standardy postępowania w tym zakresie. W ocenie ETS wskazane żądanie zamawiającego powinno w szczególności:

13

1. zostać skierowane w sposób jednakowy do wszystkich przedsiębiorstw znajdujących się w tej samej sytuacji, o ile brak jest obiektywnie weryfikowalnej okoliczności mogącej uzasadnić odmienne traktowanie kandydatów w tym względzie, w szczególności, gdy mając na uwadze pozostałe aspekty, ofertę należy w każdym razie odrzucić (pkt 43),
2. odnosić się do wszystkich punktów oferty, które są niedokładne lub niezgodne z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, przy czym instytucja zamawiająca nie może odrzucić oferty ze względu na niejasność jej aspektu, który nie był przedmiotem owego

żądania (pkt 44).

Z powyższego odwołujący wnioskował, że zamawiający może wzywać danego wykonawcę do składania wyjaśnień lub uzupełniania danego dokumentu tylko raz, chyba, że kolejne wezwanie dotyczyłoby innego braku oferty, czy błędu wykonawcy. Przytoczył kolejne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO 409/16, w którym Izba stwierdziła, że „Zamawiający zwraca się o uzupełnienie dokumentów - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) - tylko raz w określonej kwestii”. Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w orzeczeniu sygn. akt: KIO 338/16, stwierdzając, że: „Wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nie może służyć do obejścia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, gdyż oba przepisy regulują odrębne instytucje, wzajemnie się uzupełniające, jednak - co do zasady - o rozłącznym zakresie zastosowania, ten sam brak dokumentu podlega jednokrotnemu uzupełnieniu, natomiast dany dokument może być wielokrotnie wyjaśniany, jednak nie może to prowadzić do zmiany treści dokumentu w zakresie braku wymagającego uzupełnienia. Natomiast zarówno instytucja wyjaśnień z art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, jak i instytucja uzupełnienia dokumentów z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych - mają charakter wyjątku od zasady, że wykonawcy w złożonych wnioskach mają obowiązek wykazać potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca, niezależnie od przyczyn takiej sytuacji, nie załącza w ogóle dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, to musi się liczyć z niekorzystnymi konsekwencjami takiego postępowania. Zamawiający dokonując wezwania mają, bowiem obowiązek wskazać na czym polega stwierdzony brak. W przypadku niezłożenia w ogóle dokumentu, brak ten, siłą rzeczy, będzie wskazany ogólnie, jako niezłożenie określonego dokumentu na potwierdzenie danego warunku.”

Odwołujący powielał argumentację, że w niniejszym postępowaniu zamawiający już dwukrotnie wezwał wykonawcę FR Protection Poland Sp. z o.o. do przedłożenia tych samych dokumentów, w tym samym zakresie oraz na tej samej podstawie prawnej, tj. art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp. Podobna sytuacja dotyczy wezwania ww.

14

wykonawcy w zakresie kolorystyki logo, która jest niezgodna z załącznikiem nr 1 do ST Tab. 1 Identyfikacja wizualna dla PGE Dystrybucja S.A. (str. 3 wezwania z dnia 28.11.2016 r. oraz str. 1 wezwania z 25.01.2017 r.)

Dowód: wezwanie zamawiającego z 28 listopada 2016 r. oraz wezwanie zamawiającego z 25 stycznia 2017 r. - w aktach postępowania przetargowego, protokół wraz z wnioskiem o zatwierdzenie wyniku postępowania, str. 13 (pkt. 4 lit.b)) oraz str. 21 (pkt. 2) - w aktach postępowania przetargowego.

W opinii odwołującego, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust.3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez dwukrotne wzywanie wykonawcy FR Protection Poland Sp. z o.o. do przedłożenia tych samych brakujących dokumentów, które *de facto* nawet do dnia dzisiejszego nie zostały uzupełnione. Oznacza to, że na obecnym etapie postępowania procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 Pzp została wyczerpana i nie może zostać ponowiona w stosunku do braku: informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla prokurenta w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 13 i 14 Pzp oraz w art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp oraz w stosunku do kolorystyki logo.

III. Zarzut naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

Odwołujący powtarzał się, że w każdym z wymienionych w zarzucie II przypadków procedura, o której mowa, nie tylko została wyczerpana, ale także została zastosowana każdorazowo podwójnie w stosunku do tego samego braku, co uznał za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady transparentności postępowania.

Odwołujący zaznaczał, że warunki udziału w postępowaniu, określone przez zamawiającego w SIWZ, powinny być jednakowo oceniane względem wszystkich wykonawców składających oferty. Co za tym idzie, zamawiający nie miał prawa odstąpić od czynności służących ustaleniu czy FR Protection Poland Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu.

Zdaniem odwołującego, dokonując wyboru oferty FR Protection Poland Sp. z o.o. zamawiający nie miał pewności czy spełnione były wszystkie przesłanki do stwierdzenia braku podstaw wykluczenia tego podmiotu z postępowania. Brak dokładności

zamawiającego przy sprawdzaniu oferty FR Protection Poland Sp. z o.o. uznał za krzywdzący względem wykonawców, którzy dochowali wszelkiej staranności, aby ich oferta nie budziła żadnych wątpliwości formalnych. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, co ma służyć przede wszystkim przejrzystości wydatkowania pieniędzy publicznych. Zaniechania lub uproszczenia w badaniu ofert stanowi zaprzeczenie zasady transparentności w zamówieniach publicznych.

15

IV. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty FR Protection Poland Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ. tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Odwolujący pomijając dyspozycję art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ponosił, że skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania jest zawsze jednoczesne odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania. Taka oferta nie powinna podlegać ocenie punktowej, gdyż nie jest możliwe rozpatrywanie oferty podmiotu, który nie posiada uprawnień do udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego, odwołujący uznał, że zaistniały również inne przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty złożonej przez FR Protection Poland Sp. z o.o. - jako niezgodnej z ustawą oraz nieodpowiadającej postanowieniom SIWZ.

Odwolujący przywołał postanowienia SIWZ, gdzie zgodnie z sekcją I pkt 1) (dla ubrania letniego trudnopalonego) oraz sekcją II pkt 1) (dla ubrania zimowego trudnopalonego) Specyfikacji Technicznej odzieży roboczej (trudnopalnej) stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ („ST”) zamawiający wymagał dołączenia do oferty certyfikatów wystawionych przez uprawnione jednostki certyfikujące dla gotowego ubrania na zgodność z normą PN-EN 61482 - 1-2 klasa I oraz dodatkowo normy PN-EN 342 dla ubrania zimowego trudnopalonego, przy czym zamawiający wymagał załączenia wszystkich stron danego certyfikatu wraz z dokumentami w nim przytoczonymi.

Dowód: ST (str. 2 i 4) - w aktach postępowania przetargowego

Odwolujący ponosił, że wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. dołączył do oferty certyfikaty zgodności CE wystawione przez jednostkę notyfikującą AITEX na gotowe ubrania trudnopalne letnie oraz na gotowe ubrania trudnopalne zimowe, dla oferowanego kompletu ubrań, ale wbrew treści ST nie załączył dokumentów w nich wymienionych, w tym w szczególności Sprawozdania technicznego z badań nr 2016CO3213CE dla zestawu kurtki oraz spodni letnich oraz Sprawozdania technicznego z badań nr 2016CO3212CE dla zestawu kurtki i spodni zimowych. Przedmiotowe Sprawozdania, przytoczone w treści certyfikatów, określają m.in. dokładny opis ubrania, które było przedmiotem badania jednostki certyfikującej wydającej certyfikat.

Odwolujący zauważył, że wymaganym przez zamawiającego elementem odzieży roboczej (trudnopalnej) jest logo PGE. Biorąc pod uwagę, że odzież będąca przedmiotem dostaw w postępowaniu ma spełniać wymogi normy PN-EN 61482 - 1-2 klasa I, czyli chronić użytkownika przed ryzykiem poparzenia na skutek łuku elektrycznego, to także i logo umieszczone na takiej odzieży, w opinii odwołującego winno spełniać wymogi ochronne wskazane w przytoczonej normie.

16

Zdaniem odwołującego, bez załączenia do certyfikatów Sprawozdań technicznych z badań nie sposób stwierdzić czy gotowe ubrania trudnopalne letnie oraz gotowe ubrania trudnopalne zimowe były badane przez jednostkę certyfikującą z logo PGE, w zakresie materiałów określonych przez zamawiającego w ST. Jeżeli zatem wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. nie poddał badaniu przez jednostkę certyfikującą gotowych ubrań zaopatrzonych w logo PGE zgodnie z wymogami ST, to znaczy, że załączone do oferty certyfikaty dotyczą odzieży roboczej (trudnopalnej) w wersji bez logo.

Potwierdzeniem powyższego są zdaniem odwołującego opisy oraz zdjęcia badanych ubrań załączone do certyfikatów złożonych wraz z ofertą przez FR Protection Poland Sp. z o.o., które nie obrazują zamieszczenia na nich logo, w tym logo z materiałów i w wersji wymaganej przez zamawiającego. Konsekwentnie zatem, odwołujący uznał certyfikaty przedłożone przez FR Protection Poland Sp. z o.o. na gotowe ubrania trudnopalne letnie oraz gotowe ubrania trudnopalne - za dotyczące innej odzieży niż odzież wymagana przez zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący przyznał, że zamawiający dopuścił przedstawienie odzieży gotowej jako próbki załączonej do oferty - bez logo i dostarczenie logo na kawałku danego materiału, co uczynił wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o.

Nie mniej podtrzymał, że docelowo to logo musi być zaaplikowane na odzież, a takiej okoliczności nie zakładają certyfikaty złożone wraz z ofertą - oznacza to zdaniem odwołującego, że certyfikaty złożone, jako wymagany załącznik do oferty FR Protection Poland Sp. z o.o. nie są zgodne z odzieżą, jakiej oczekuje zamawiający i nie przewidują wariantu z logo. Z tego wynika, że, wzór gotowej odzieży letniej oraz zimowej (próbka) wraz z próbkami logo załączonymi do oferty FR Protection Poland Sp. z o.o. jest zgodny z postanowieniami ST, jednak utrzymywał, że na taką odzież - nie został wydany wymagany postanowieniami ST certyfikat zgodności.

Zważywszy, że zamawiający wymagał przedstawienia certyfikatów wystawionych przez uprawnione jednostki certyfikujące dla gotowego ubrania na zgodność z normami dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu, wskazane powyżej uchybienia przesądzają według odwołującego, iż certyfikaty zgodności przedłożone przez FR Protection Poland Sp. z o.o. nie spełniają wymagań określonych w SIWZ (a dokładniej w ST), a tym samym uznał, że oferta przystępującego powinna podlegać odrzuceniu.

Dowód; kopie certyfikatów na gotowe ubrania letnie i zimowe przedłożone przez FR Protection Poland Sp. z o.o. wraz z ofertą oraz uzupełnione w wersji przetłumaczonej na język polski w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 28 listopada 2016 r.

Odwołujący przywołał kolejne postanowienia ST wymagające, aby:

17

-
- kurtka trudnopalna letnia była „zapinana centralnie na całej długości na suwak kostkowy, trudnopalny (niemetalowy) “ - str. 3 ST, sekcja I pkt 3) ppkt 4),
 - spodnie trudnopalne letnie posiadały „rozporek zapinany na suwak trudnopalny (niemetalowy) przykryty plisą” - str. 4 ST, sekcja I, pkt 4), ppkt 7),
 - kurtka trudnopalna zimowa posiadała kaptur ocieplany dopinany na suwak trudnopalny (niemetalowy)” - str. 5 ST, sekcja II pkt 3) ppkt 1),
 - spodnie trudnopalne zimowe posiadały rozporek zapinany na suwak trudnopalny (niemetalowy) przykryty plisą - str. 6 ST, sekcja II, pkt 4), ppkt 9).

Odwołujący potwierdził, że wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. dołączył do oferty certyfikaty zgodności na gotowe ubrania trudnopalne letnie oraz na gotowe ubrania trudnopalne zimowe. Z wyżej wymienionych dokumentów wynika w opinii odwołującego, iż oferowane komplety ubrań posiadają, jeżeli chodzi o kurtkę letnią: „zamek z octanu z metalowym suwakiem”, a jeżeli chodzi o spodnie letnie: „rozporek zapinany jest na zamek z octanu z metalowym suwakiem”. Podobnie rzecz się ma, jeżeli chodzi o kurtkę zimową: „dół połączony jest z górą za pomocą zamka z octanu z metalowym suwakiem” oraz spodniami zimowymi: „rozporek zapinany jest na zamek z octanu z metalowym suwakiem.”

Zważywszy, że zamawiający wymagał, aby spodnie oraz kurtki, zarówno w komplecie letnim jak i zimowym, posiadały suwak w całości niemetalowy, powyższe w przekonaniu odwołującego potwierdza, iż oferowane przez FR Protection Poland Sp. z o.o. komplety ubrań nie spełniają wymagań określonych w SIWZ. Powyższą rozbieżność uznał za niemożliwą do usunięcia, a tym samym przekonywał, że oferta FR Protection Poland Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp.

Dodatkowo odwołujący podnosił, że w treści odpowiedzi z dnia 6 grudnia 2016 r. na wezwanie zamawiającego, gdzie wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. przedkłada do pisma próbkę suwaka zgodnego z ST: suwak kostkowy, trudnopalny (niemetalowy). Zapytywał, jak zatem mają się załączone do oferty FR Protection Poland Sp. z o.o. certyfikaty zgodności, które dotyczą cech reprezentatywnych gotowych ubrań, które zostały przebadane w jednostce certyfikującej (z suwakami metalowymi) - do próbki suwaka załączonej przez przystępującego do pisma z dnia 6 grudnia 2016 r.? Skoro certyfikaty załączone do oferty nie dopuszczają stosowania suwaków niemetalowych, z tego wywodził, że FR Protection Poland Sp. z o.o. zamierza dostarczać zamawiającemu inną odzież, niż odzież, która została przebadana przez Instytut AITEX, a tym samym na inną odzież niż ta opisana w certyfikatach.

Odwołujący podał, że podziela pogląd Izby wyrażony m.in. w orzeczeniu z dnia 6 czerwca 2012 roku (sygn. akt: KIO 1048/12), zgodnie z którym „Zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do przepisu art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych było umożliwienie

udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, oraz w orzeczeniu z dnia 1 czerwca 2012 roku (sygn. akt: KIO 930/12) zgodnie z którym art. 87 ust. 1 Pzp „daje zamawiającemu możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Niemniej jednak ta procedura nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą, więc ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie i nie mogą jej zmieniać.”

Konkludując, podtrzymał twierdzenie, że FR Protection Poland Sp. z o.o. nie załączył do oferty wymaganych postanowieniami ST certyfikatów zgodności na gotowe ubrania zimowe i letnie, które rzeczywiście miałyby dostarczać do zamawiającego.

Jako kolejną niezgodność oferty przystępującego z SIWZ odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniem ST zamawiający wymagał, aby kurtka trudnopalna zimowa była wykonana z użyciem podszewki trudnopalnej - zasady użytkowania zgodnie z temperaturą prania i kurczliwości tkaniny zasadniczej oraz taśmy odbłaskowej (sekcja II pkt. 3) ppkt 14), str. 6 ST). Doprecyzowanie powyższego wymogu znalazło odzwierciedlenie w odpowiedzi zamawiającego na pytanie 5 zadane przez wykonawców. Pytanie nr 5 dotyczyło potwierdzenia przez zamawiającego, że tkanina wierzchnia odzieży letniej oraz zimowej, jak i układ tkanin powinny spełniać również 50 cykli pralniczych w temperaturze 60 stopni C. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z ST ubranie z tkaniny NOMEX powinno posiadać certyfikat wystawiony przez uprawnione jednostki certyfikującej dla gotowego ubrania na zgodność z normą PN-EN 61482-1-2 klasa I. Zatem przez cały okres użytkowania, niezależnie od ilości prań czy czyszczeń zgodnie z instrukcją użytkowania ubranie to powinno posiadać właściwości ochronne, a tym samym spełniać wymagania tej normy.”

Odwołujący stwierdził, że FR Protection Poland Sp. z o.o. - co wynika z gotowych ubrań załączonych do oferty jako próbki, zastosowało w ubraniach, w tym w kurtce trudnopalnej zimowej, jako podszewkę tkaninę SPARK. Wyjaśniał, że tkanina SPARK jest to 100% bawełna, która jest impregnowana chemicznie. Z zasady tkanina bawełniana nie jest trudnopalna, stąd konieczna jest jej impregnacja. Zatem ze względu na właściwości tkaniny bawełnianej właściwości ochronne ubrania w certyfikowanym zakresie będą się utrzymywały do ograniczonej ilości cykli prania. W przypadku bawełny impregnowanej jest to zasadniczo 20 cykli prania w temperaturze 40 stopni C.

Odwołujący wyraził swoje wątpliwości, że nie wiadomo, co się będzie działo z właściwościami ochronnymi po 20 cyklach, na które została przebadana tkanina SPARK.

Uznał za prawdopodobne, że ochrona będzie zanikać z każdym kolejnym praniem. Taka sytuacja, w świetle wymogów SIWZ, ST oraz odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców oraz w świetle klasy środka ochrony indywidualnej, który ma chronić życie i zdrowie ludzkie od skutków łuku elektrycznego jest sprzeczne z wymogami postawionymi przez zamawiającego i nie odpowiada treści SIWZ.

W ocenie odwołującego, niezgodność oferty FR Protection Poland Sp. z o.o. z SIWZ przejawia się również poprzez zaoferowanie odzieży wyprodukowanej z tkaniny, która nie zachowuje właściwości odporności na łuk elektryczny bez względu na liczbę cykli prania. Wymóg taki wynikał z odpowiedzi na zapytanie numer 5 do ST, w którym zamawiający określił, że właściwości ochronne odzieży, chroniącej przed konsekwencjami wyładowania łuku elektrycznego, nie mogą być uzależnione od ilości cykli prania. W świetle pytania, czy odzież ma spełniać wymogi ochronne przeciw łukowi elektrycznemu także po 50 praniach, uznał, iż odzież gotowa dostarczona przez wykonawcę FR Protection Poland Sp. z o.o. jako załącznik do oferty nie spełnia wymogów SIWZ, z uwagi na przypuszczenia, że podszewka wykonana z tkaniny SPARK straci właściwości ochronne w zakresie łuku elektrycznego po 20 cyklach prania.

Dowód: oświadczenie KOMO Service, jedyne dystrybutora produktów Polish Textile Group w Polsce wraz z wynikami badań.

Dodatkowo odwołujący podnosił, że zasady użytkowania podszewki z tkaniny SPARK

nie są zgodne z zasadami użytkowania tkaniny zasadniczej (wymóg ST), ponieważ tkanina zasadnicza może być prana w temperaturze 60 stopni C, a tkanina SPARK tylko do temperatury 40 stopni C. Powoduje to szybsze wypłukiwanie impregnatu, a tym samym podszewka szybciej traci właściwości trudnopalne. Utrzymywał, że w przypadku utraty właściwości ochronnych podszewki odzież traci swoje właściwości ochronne i tym samym jest niezgodna z wymogiem SIWZ - wyartykułowanym w przywołanych odpowiedziach na pytania do SIWZ. W związku tym ofertę FR Protection Poland Sp. z o.o., zdaniem odwołującego, należy odrzucić na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp jako niespełniającą wymagań określonych w SIWZ.

Zarzut V dotyczący zaniechania wykluczenia FR Protection Poland Sp. z o.o. z postępowania z powodu niewykazania spełnienia przesłanek udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzuceniu oferty złożonej przez ww. podmiot, tj. zarzut dotyczący naruszenia art. 22 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust 1 pkt 12 i ust 4 Pzp w zw. z art. 25 ust 1 Pzp

Jednym z warunków stawianych podmiotom przystępującym do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w SIWZ jest wykazanie się przez nie wiedzą i doświadczeniem, których zakres odpowiadać powinien wymaganiom stawianym przez

20

zamawiającego, czyli przedłożenie przez te podmioty tzw. referencji oraz wykazanie się zdolnościami technicznymi i zawodowymi, potwierdzanymi przez wykonawcę w składanym przez niego dokumencie JEDZ.

Zamawiający w punkcie 14.17 SIWZ wymagał przedłożenia w JEDZ w zakresie wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w ilości stanowiącej 50% przedmiotu zamówienia w danym zadaniu, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane. Dowodami (dokumentami) potwierdzającymi powyższe są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane.

Biorąc pod uwagę oświadczenia FR Protection Poland Sp. z o.o. złożone w części C JEDZ (i to zarówno w ramach pierwotnego dokumentu JEDZ załączonego do oferty jak i późniejszego uzupełnienia dokumentu JEDZ złożonego na wezwanie zamawiającego wraz z pismem tego wykonawcy, w opinii odwołującego, wykonawca ten nie potwierdził, że spełnia wymogi postawione w SIWZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Odwołujący zwracał uwagę, że zarówno z treści JEDZ, jak i z przedłożonych przez FR Protection Poland Sp. z o.o. referencji wynika, że wykonawca powołuje się na wykonane dostawy odzieży roboczej, a nie odzieży ochronnej (trudnopalnej). Zwrócił uwagę, że wykonawca ten nie przedłożył żadnych referencji oraz nie potwierdził w inny sposób wykonania jakichkolwiek dostaw odzieży ochronnej (trudnopalnej), która jest przedmiotem postępowania.

W opinii odwołującego, odzież robocza, na którą wystawione są przedłożone referencje to nie odzież, która ma chronić zdrowie i życie pracowników PGE Dystrybucja S.A. przed skutkami łuku elektrycznego (oparzeniami lub śmiercią). Referencje te nie dotyczą odzieży ochronnej spełniającej normę PN-EN 61482 - 1-2 klasa I, która jest wymagana przez zamawiającego w ST zarówno dla odzieży letniej, jak i zimowej.

Celem potwierdzania wykonanych już dostaw oraz złożenia oświadczenia o posiadaniu przez FR Protection Poland Sp. z o.o. zdolności technicznych i zawodowych do wykonania zamówienia, jest tożsamość i zgodność przedmiotu danego zamówienia z oświadczeniem wykonawcy złożonym w JEDZ oraz z przedmiotem referencji. W odmiennym przypadku składanie takich oświadczeń oraz referencji czy jakichkolwiek innych potwierdzeń wykonania jakichkolwiek (a nie objętych danym postępowaniem) dostaw, w oderwaniu od przedmiotu danego zamówienia, byłoby bezzasadne. Odwołujący przytoczył tezę z wyroku sygn. akt: KIO 1016/09 „*ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność, co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku z dokumentu takiego winno*

21

wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym”. Dodatkowo odwołujący podnosił, że pozostali wykonawcy, poza FR Protection Poland Sp. z o.o., złożyli oświadczenia w treści JEDZ oraz załączyli referencje od rzeczywistych

użytkowników przedmiotów dostaw, na które się powołują, a nie jak czyni to przystępujący - na rzecz dystrybutorów i to z tej samej grupy kapitałowej. Budziło to wątpliwości odwołującego, co do uznania takich dostaw za faktycznie wykonane celem ich użytkowania, a nie tylko celem dalszej odsprzedaży.

W kontekście powyższego, odwołujący uznał, że zaniechanie wyboru jego oferty w niniejszym postępowaniu - jako oferty najkorzystniejszej, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, w tym zasady równego traktowania wykonawców, co skutkować powinno uwzględnieniem odwołania.

Odwołujący załączył jako dowody:

Odpis pełny z KRS dla FR Protection Poland Sp. z o.o.

Oświadczenie KOMO Service, jedyne dystrybutora produktów Polish Textile Group w Polsce w zakresie właściwości tkaniny SPARK, z której wykonana jest podszewka dla gotowej kurtki wraz z wynikami badań.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu Izby podał, co następuje.

„1. uznaję odwołanie w części, a mianowicie w zakresie w jakim Zamawiający zaniechał

POLAND sp. z o.o. do przedłożenia zaświadczenia o wezwania FR PROTECTION niekaralności prokurenta, jednocześnie zobowiązując się do:

oferty FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. jako 1.1. unieważnienia wyboru najkorzystniejszej we wszystkich częściach Postępowania;

1.2. wezwania FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. do przedłożenia zaświadczenia o niekaralności prokurenta;

1.3. dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert;

1.4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. w pozostałej części wnoszę o oddalenie odwołania;

3. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

Zamawiający częściowo zgadza się z treścią odwołania i podnosi, co następuje:

1. Odwołanie jest zasadne, ale wyłącznie w części dotyczącej zaniechania

wezwania FR sp. z o.o. do przez zamawiającego PROTECTION POLAND przedłożenia z KRK zaświadczenia o niekaralności prokurenta - Pana Ł. T.. W tym

na zakresie Zamawiający skieruje, podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. wezwanie do

22

Wykonawcy, wyznaczając mu stosowny termin do uzupełnienia braku. Po upływie terminu wskazanego w wezwaniu Zamawiający dokona oceny ofert i wybierze ofertę najkorzystniejszą.

W pozostałej części odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Szczegółowo ustosunkowując się do kwestii zarzutów sformułowanych w odwołaniu wyjaśniam, że nie ma racji Odwołujący twierdząc, że dokument o niekaralności powinien być sporządzony na dzień składania ofert, względnie potwierdzać stan na dzień składania ofert. W tym zakresie należy wyjaśnić, że zgodnie z obecną treścią art. 26 ust. 3 p.z.p.: Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania".

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, ustawodawca zrezygnował z wymogu, aby złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzały spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W związku z powyższym, w obecnym stanie prawnym, dopuszczalnym było przedłożenie przez FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. zaświadczenia o niekaralności dla podmiotu zbiorowego z daty po upływie terminu składania ofert. Potwierdza to również treść art. 26 ust. 2f p.z.p., zgodnie z którym: „Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do

złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów". Zmieniając art. 26 ust. 3 p.z.p. ustawodawca świadomie zerwał z problematyczną konstrukcją sztywnego terminu aktualności dokumentów.

3. Za chybione należy również uznać zarzuty Odwołującego w części dotyczącej dwukrotnego wzywania FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów. Trzeba przy tym wyjaśnić, że uzasadnieniem dla takiego stanowiska jest brak precyzyjnego sformułowania pierwszego wezwania. W takim wypadku nie jest to kolejne wezwanie, ale

cały czas pierwsze. Takie stanowisko jest zbieżne z orzecznictwem KIO. W wyroku z dnia 19 maja 2014 r., KIO 846/14 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie powinno obejmować precyzyjne i jednoznaczne wskazanie, jakie elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane i dlaczego. W ocenie Izby, z obowiązku wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., nie zwalnia zamawiającego fakt, iż odwołujący samodzielnie uzupełnił dokumenty (...). W świetle ww. przepisu jedynymi okolicznościami, które uprawniają zamawiającego do rezygnacji z obowiązku wezwania jest konieczność unieważnienia postępowania lub konieczność odrzucenia oferty odwołującego. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów może mieć miejsce tylko jeden raz, (choć wprost nie wynika to z treści art. 26 ust. 3 P.z.p.) w odniesieniu do tego samego dokumentu. Ponowione wezwanie do uzupełnienia dokumentów - w przypadku nieprecyzyjnego lub nieprawidłowego pierwszego wezwania nie stanowi wezwania drugiego, lecz nadal jest pierwsze, gdyż tylko takie wezwanie odzwierciedla prawidłowe zastosowanie się Zamawiającego do obowiązku wynikającego z art. 26 ust 3 Pzp. Dokonanie wezwania w sposób ogólny, bez wskazania konkretnych problemów występujących w ocenie Zamawiającego, nie może pociągać za sobą negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, co potwierdza orzecznictwo, np.: wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP1530/08, wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2148/11, wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1359/10; wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2148/11; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1582/10; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1582/10.". W stanie faktycznym sprawy, pierwsze wezwanie kierowane do FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. w dniu 28 listopada 2016 r. nie spełniało ww. wymogów, a mianowicie nie wskazywało precyzyjnie jakie dokumenty zobowiązany jest przedłożyć Wykonawca, a co za tym idzie, wezwanie z dnia 25 stycznia 2017 r. nie było, jak błędnie zarzuca w odwołaniu Iturri Poland sp. z o.o., drugim wezwaniem, ale cały czas pierwszym. W wezwaniu z dnia 25 stycznia 2017 r. konkretnie wskazano jakich dokumentów i oświadczeń żąda Zamawiający, co wyczerpywało wymóg wezwania z art. 26 ust. 3 p.z.p.

4. Za nieuzasadniony należy także uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.) - Wszystkie czynności wykonywane przez Zamawiającego w toku postępowania miały na celu wyłonienie Wykonawcy z poszanowaniem wymogów stawianych przez p.z.p., w tym zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc

24

taki, który nie eliminował z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców, ale też nie stwarzał określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji.

5. Ustosunkowując się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. wyjaśniam, że również w tej kwestii Odwołujący nie ma racji. Z treści certyfikatu wyraźnie wynika, że zestawy kurtka oraz spodnie zimowe, a także kurtka oraz spodnie letnie spełniają wymagania stawiane przez Zamawiającego. Jeśli natomiast chodzi o kwestie dokumentów przytoczonych w certyfikacie, zauważyć należy, że w preambule certyfikatu wymienione zostały: „Dyrektywa 89/686/EEC, procedury badań według norm EN ISO13688:2013 wymagania ogólne, IEC 61482- 2:2009 ochrona przed zagrożeniami

termicznymi powstałymi na skutek łuku elektrycznego 4kA (Klasa 1) według normy IEC 61482-1-2:2014, oraz umiarkowane ryzyko ograniczonej widzialności według UNE-EN 1150:1999 w ramach spełnienia dyrektywy PPE (SOI), punkt 2.13 załącznika II "PPE (SOI) w postaci odzieży sygnalizującej wizualnie obecność użytkownika", uzyskując poziom świadczenia określony w SPRAWOZDANIU TECHNICZNYM Z BADAŃ N° 2016C03213CE oraz w DOKUMENTACJI TECHNICZNEJ PPE (SOI)". Mając powyższe na uwadze, dla Zamawiającego dokumentacja ze sprawozdania technicznego nie miała żadnego znaczenia, bowiem najistotniejsze było spełnienie wymogów stawianych w SIWZ ST. Dodatkowo, gdyby przyjąć za uzasadnioną interpretację Odwołującego, Zamawiający zobowiązany byłby do żądania wszelkich dokumentów, które zostały w certyfikacie wymienione, również tych cytowanych powyżej. Co oczywiste nie taki był cel tego zapisu, chodzi tu raczej o dokumenty stanowiące integralną część certyfikatu.

Odnosząc się do kwestii logotypów, wyjaśniam, że Zamawiający dopuścił ich przedłożenie oddzielnie od odzieży gotowej, a co za tym idzie nie ma podstaw do kwestionowania faktu przedłożenia przez FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. logotypu na oddzielnym kawałku materiału. Nie sposób również zgodzić się z Odwołującym, że certyfikaty przedłożone przez FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. dotyczą innej odzieży niż odzież wymagana przez Zamawiającego w SIWZ. Wręcz przeciwnie, certyfikaty potwierdzają spełnienie wymogów SIWZ i inna interpretacja nie ma żadnego oparcia w przedłożonych dokumentach. Co do kwestii wysycia logo na odzieży, to zaznaczyć wypada, że wymogiem stawianym przez Zamawiającego było wykonanie naszycia nicią trudnopalną i te wymogi zostały spełnione przez FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. Dodatkowo sposób naniesienia logo na ubrania pozostaje wyłącznie kwestią sztuki krawieckiej. Warto zwrócić uwagę, że logo jest elementem wymagany przez zamawiającego, podobnym do opisanych w ST takich jak:

- rygle stanowiące wzmocnienia miejsc narażonych na rozdarcie;
- oczka stanowiące wykończenie dziurek pod zapięcia na guziki;

25

- rodzaje szwów.

Wymienione powyżej elementy, to część sztuki krawieckiej, które opisane są w specyfikacji technicznej zamawiającego. Tak szczegółowych elementów nie ma w Opisie próbek ubrania przedstawionego do procesu certyfikacji. Przy czym, logo, rygle oraz oczka wykonane są nicią trudnopalną. W opisie certyfikowanego, jako środek ochrony indywidualnej, ubrania zawarty jest opis konstrukcji, skład tkanin oraz dodatki, z których zostało wykonane ubranie. Umieszczenie logo PGE Dystrybucja S.A., lub jakiegokolwiek innej firmy nie zmienia ani konstrukcji ani składu tkanin, które stanowią o właściwościach ochronnych ubrania.

6. Niezasadny jest także zarzut dotyczący suwaka. W tym zakresie wyjaśniam, że również odzież Odwołującego zawiera w części dotyczącej suwaka metalową część - blokadę. Co istotne, Zamawiający posługując się słowem suwak rozumiał je jako całość - taśma, części (zębki) oraz część spinająca zamek), I w tym zakresie wzywał FR PROTECTION sp. z o.o. do wyjaśnienia złożonej oferty w części dotyczącej suwaka. W związku z nieprecyzyjnym sformułowaniem zapytania, stało się w tym zakresie konieczne kolejne wezwanie z dokładnym wskazaniem o jaką część suwaka chodziło Zamawiającemu. Należy przy tym mieć na względzie, że zgodnie z SIWZ Zamawiający zastrzegł sobie prawo do żądania wyjaśnienia oferty w zakresie m.in. suwaka (strona 8 SIWZ ST). Wyjaśnienia zatem nie doprowadziły, jak błędnie zarzuca Odwołujący, do istotnej zmiany oferty. Tym bardziej, że oferowany zamek kostkowy wykonany jest z octanu (opis zamieszczony w certyfikacie) na taśmie trudnopalnej, jedynym elementem metalowym jest spring stosowany w celu zapewnienia blokady suwaka.

7. Nie ma również racji Odwołujący zarzucając, że odzież FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. nie spełnia wymogów SIWZ w części dotyczącej właściwości ochronnych odzieży, która powinna być niezależna od ilości prań. W tym zakresie Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy przedłożyli stosowny certyfikat i FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. przedłożyła taki certyfikat dla całości oferowanej odzieży. W tym zakresie, jak słusznie zauważa Odwołujący, Zamawiający wyjaśnił, że ubranie powinno posiadać certyfikat wystawiony przez uprawnione jednostki certyfikujące dla gotowego ubrania na zgodność z normą PN-EN 61482-1-2 i taki certyfikat od Wykonawcy uzyskał, zatem nie ma podstaw do

twierdzenia, że w tym zakresie oferta FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. nie spełnia wymogów SIWZ. Podsumowując, Zamawiający określił wymogi trudnopalności dla ubrania, które zostały potwierdzone certyfikatem wydanym przez notyfikowane laboratorium. W certyfikacie wystawionym dla ubrania zimowego podszewka z tkaniny SPARK wpisana jest jako „element tworzący” ubranie, zatem Odwołujący powinien udowodnić, że pomimo uzyskanego certyfikatu odzież nie spełnia wymogów stawianych przez Zamawiającego.

26

8. Za nieuzasadnione należy również uznać twierdzenia Odwołującego, że FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. nie spełniała przesłanek udziału w postępowaniu. Zamawiający w pkt 14.17 SIWZ wymagał od Wykonawców przedłożenia wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w ilości stanowiącej 50% przedmiotu zamówienia w danym zadaniu, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane. Dowodami (dokumentami) potwierdzającymi powyższe są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane.

Wbrew twierdzeniom odwołania Zamawiający nie sformułował warunku, zgodnie z którym referencje lub inne dokumenty miały potwierdzać wykonanie lub wykonywanie dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia. W pkt 14.17 SIWZ Zamawiający określił jedynie ilość wykonanych lub wykonywanych dostaw i w tym zakresie dokumenty przedłożone przez PROTECTION POLAND sp. z o.o. odpowiadają wymogom SIWZ.

Nie ma również przepisu, który określa krąg podmiotów, od których mają pochodzić referencje, co oznacza, że również dystrybutorzy mogą potwierdzać fakt wykonania dostaw. Odwołujący nie udowodnił również, że dostawy nie zostały wykonane, a Zamawiający nie miał podstaw, aby je zakwestionować.”

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty FR Protection Poland Sp. z o.o., korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z przystępującym, z zawiadomienia o wyniku przetargu.

Izba nie dopuściła dowodów zgłoszonych przez odwołującego:

- odpisu pełnego z KRS dla FR Protection Poland Sp. z o.o., gdyż skład zarządu oraz osoba prokurenta były bezsporne, a dokument ten, tj. odpis z KRS przystępującego zawarty jest w aktach postępowania

- oświadczenie KOMO Service, jedynego dystrybutora produktów Polish Textile Group w Polsce w zakresie właściwości tkaniny SPARK, z której wykonana jest podszewka dla gotowej kurtki wraz z wynikami badań - wnioskowany dowód nic nie wnosił do sprawy. W wystawionym certyfikacie podszewka z tkaniny SPARK wpisana jest jako „element tworzący” ubranie, a więc omawiane elementy oferowanych ubrań uzyskały w procedurze certyfikacji potwierdzenie wymaganych odnośną normą właściwości. Wbrew przepisom § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu

27

postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964 i z 2016 r. poz. 14) wnioskowane dowody z dokumentów zostały złożone w języku obcym bez tłumaczenia.

Dowody zgłoszone przez odwołującego na posiedzeniu Izby:

1. i 2. - raporty z badań tej samej jednostki notyfikowanej tj. AITEX Textile Research Institute (przedstawione wraz z tłumaczeniem), stanowiły dokumenty potwierdzające treść oferty odwołującego, tj. raporty z badań przeprowadzonych przez ww. jednostkę notyfikowaną na wniosek odwołującego i w odniesieniu do jego wyrobów oraz certyfikaty, które zamieścił we własnej ofercie na zgodność z wymaganiami zasadniczymi wg tych samych norm; dowód nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów wobec oferty przystępującego,
3. stanowiący oświadczenie tej samej jednostki notyfikowanej AITEX Textile Research Institute odnośnie badania w zakresie materiałów; o zgodności treści oferty przystępującego zaświadcza całościowo wydany certyfikat na zgodność z normą PN-EN 61482 - na odzież ochronną chroniącą przed zagrożeniami termicznymi przy

kontakcie z łukiem elektrycznym - co było wymagane; we wnioskowanym dowodzie przywoływana jest inna norma; w kwestii interpretacji postanowień norm władny jest wypowiedzieć się Polski Komitet Normalizacyjny na podstawie stanowiska właściwego komitetu technicznego,

4. stanowiący ogłoszenie o zamówieniu w innym postępowaniu o dostawę odzieży roboczej przez tego samego zamawiającego na okoliczność, że zamawiający rozróżnia dostawę odzieży roboczej i ochronnej trudnopalnej; Izba postanowiła nie dopuścić dowodu nr 4 gdyż dla danego postępowania liczą się wyłącznie wymogi wyartykułowane w dokumentacji zamawiającego tj. w SIWZ, ST i wzorze umowy.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wynika następujący stan faktyczny, którego strony nie kwestionowały, ani nie wnosiły o jego uzupełnienie.

SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowi „Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. Przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawy odzieży ochronnej (trudnopalnej) o nazwie wg Wspólnego Słownika Zamówień: 18130000-9 „Specjalna odzież robocza” dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. z podziałem na następujące zadania:

28

1/ zadanie nr 1 „Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. dla Oddziałów: Białystok, Lublin, Zamość”

2/ zadanie nr 2 „Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. dla Oddziałów: Warszawa, Łódź-Miasto, Łódź-Teren”

3/ zadanie nr 3 „Dostawa odzieży ochronnej (trudnopalnej) dla Oddziałów: Rzeszów i Skarżysko-Kamienna”.

Ogłoszenie sekcja II.1.8) Informacje o częściach zamówienia

To zamówienie podzielone jest na części: tak Oferty można składać w odniesieniu do jednej lub więcej części

5.4. Zamówienie podstawowe obejmuje dostawy odzieży ochronnej (trudnopalnej) na potrzeby Oddziałów Zamawiającego w roku 2017 i 2018.

pkt 5.10. SIWZ. Dostawy realizowane przez wykonawcę w danym zadaniu winny być zgodne z wzorami złożonymi wraz z ofertą oraz winny pochodzić od producenta zgodnie ze złożoną ofertą.

pkt 5.11. SIWZ. Zamawiający zastrzega możliwość sprawdzenia w trakcie umowy, źródła pochodzenia wyrobu (producenta). W przypadku, gdy wyroby nie będą pochodziły od deklarowanego producenta, zastrzega sobie prawo do natychmiastowego odstąpienia od umowy z winy wykonawcy.

Pkt 10.3. SIWZ. W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału dotyczące braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Ustawy z zastrzeżeniem, że:

- wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit d ustawy oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy, jeżeli osoba o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy.

Pkt 10.5. SIWZ. Nie spełnienie chociażby jednego warunku skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania (odrzuconiem oferty).

Ogłoszenie sekcja III.2) Warunki udziału

III.2.1) Sytuacja podmiotowa wykonawców, (...)

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: Zgodnie z SIWZ pkt. 14:

Elementy składowe oferty

14.1. Wypełniony i podpisany „Formularz ofertowy” - załącznik nr 2 do SIWZ.

29

14.2. Oświadczenie aktualne na dzień składania ofert sporządzone na podstawie art. 25a. 1. Ustawy - Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) - dostępne na stronie internetowej <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter?lang=pl>. Informacje zawarte w/w dokumencie będą stanowić wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Instrukcja wypełniania JEDZ jest dostępna na stronie internetowej: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/jednolity-europejski-dokument-zamowienia>

14.3. Zaakceptowany i parafowany przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy „Wzór umowy” - załącznik nr 3 do SIWZ.

14.4. Wypełnione i podpisane „Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 25a ust. 1 Ustawy - spełnienie warunków” - załącznik Nr 4 do SIWZ.

14.5. Wypełnione i podpisane „Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 25a ust. 1 Ustawy - wykluczenie” - załącznik Nr 5 do SIWZ

14.6. Aktualny odpis z właściwego rejestru, lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust 5 pkt. 1 Ustawy

14.9. Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

14.10. Oświadczenie wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się zamówienia publiczne -załącznik Nr 6 do SIWZ;

14.11. Oświadczenie wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Ustawy -załącznik Nr 6 do SIWZ;

14.17. Wykonawca przekłada JEDZ w zakresie wykazu dostaw wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w ilości stanowiącej 50 % przedmiotu zamówienia w danym zadaniu, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane,

Wykonawca wypełnia JEDZ Część IV: Kryteria kwalifikacji - C: Zdolność techniczna i zawodowa, pkt. 1b)

W przypadku, gdy Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedno zadanie/część Zamawiający uzna, iż Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże się realizacją

30

dostaw spełniających odpowiednio warunki o ilości najwyższej spośród zadań/części, o które się ubiega.

14.18. Dowody (dokumenty) określające, że dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie za okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (zgodnie z załączonym do oferty wykazem zawartym w JEDZ)

Dowodami, o których mowa, powyżej są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W przypadku, gdy Zamawiający jest podmiotem, na rzecz, którego dostawy wskazane w JEDZ, zostały wcześniej wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów (dokumentów), o których mowa w pkt. 14.18.

Zamawiający w razie konieczności, szczególnie, gdy wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty, (o których mowa odpowiednio w pkt. 14.17 i 14.18) budzą wątpliwości Zamawiającego, może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego dostawy były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.

III.2.3) Kwalifikacje techniczne

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: Zgodnie z

SIWZ pkt. 14:

14.20. Certyfikat wystawiony przez uprawnione jednostki certyfikujące dla gotowego ubrania na zgodność z normami dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu, tj. na zgodność z normą PN-EN 61482-1-2.

Zamawiający potwierdził, że w ogłoszeniu i w SIWZ część I ogólna - brak było wymogu załączenia sprawozdań z badań.

14.21. Certyfikat taśmy odbłaskowej na zgodność z normą dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu.

14.22. Oświadczenie Wykonawcy o udzieleniu gwarancji na wyroby na okres wskazany w Specyfikacji Technicznej (załącznik nr 1 do SIWZ) dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu, licząc od daty dostawy.

14.23. Wzór deklaracji zgodności na zgodność z normą dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu.

31

14.24. Kartę katalogową tkaniny zasadniczej i taśmy odbłaskowej lub inny dokument producenta potwierdzający skład tkaniny właściwości i masę powierzchniową dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu. Wyżej wymienione karty winny być potwierdzone przez poszczególnych producentów.

14.25. Kartę katalogową ociepliny producenta (zawierającą, co najmniej następujące dane: skład, gramaturę i charakterystykę techniczną) dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu.

Zamawiający potwierdził, że nie wymagał karty katalogowej dla podszewki.

14.26. Próbkę - wzorcowe egzemplarze asortymentu objętego ofertą zgodne z zapisami Specyfikacji Technicznej (dotyczy zadania/części 1, 2 i 3):

Ubranie letnie trudnopalne - składające się z:

- Kurtki trudnopalnej letniej
- Spodni trudnopalnych letnich

Ubranie zimowe trudnopalne - składające się z:

- Kurtki trudnopalnej zimowej
- Spodni trudnopalnych zimowych

W przypadku składania oferty na zadania 1, 2 i 3, Wykonawca składa wraz z ofertą 1 komplet próbek - wzorów dla asortymentu będącego przedmiotem zamówienia dla w/w zadań.

Zamawiający dopuszcza złożenie próbek - wzorów asortymentu będącego przedmiotem zamówienia z wykonanym logo zgodnie z Identyfikacją Wizualną dla PGE Dystrybucja S.A. (załącznik nr 1 do ST), lub złożenia próbek - wzorów wymaganej odzieży bez logo wraz z dołączonymi próbkami wykonanego logo (duże, małe, średnie) na tkaninie dla danego asortymentu.

Próbki - wzory będą poddane przez Zamawiającego badaniom w celu potwierdzenia parametrów technicznych zawartych w ST.

Zamawiający zastrzega sobie, że w trakcie oceny ofert próbki - wzory mogą ulec zniszczeniu.

Zamawiający oceniając zgodność wyrobu z wymaganiami ST zastrzega sobie prawo do np. rozprucia (uszkodzenia), palenia danych elementów próbek - wzorów będących przedmiotem zamówienia (tj. tkaniny, ociepliny, taśmy odbłaskowej) w celu potwierdzenia wymagań zawartych w ST. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie próbek - wzorów.

Zamawiający oceniając zgodność próbek - wzorów z wymaganiami ST w razie wątpliwości zastrzega sobie prawo do korzystania z opinii laboratorium specjalistycznego, np.

32

producenta włókna, tkaniny, nici, ociepliny, taśmy odbłaskowej lub akredytowanych laboratoriów, instytutów.

Treść oferty w tym próbki - wzory winny być zgodne z treścią SIWZ-ST. Elementy w złożonych wraz z ofertą próbkach - wzorach takie jak rodzaj, skład i parametry techniczne tkaniny, ociepliny i taśmy odbłaskowej stanowią istotne elementy oferty i nie podlegają wyjaśnieniu i/lub uzupełnieniu.

W przypadku niezgodności oferty próbek -wzorów w zakresie istotnych elementów oferta taka będzie podlegać odrzuceniu.

Wyjaśnieniu oferty w zakresie złożonych próbek - wzorów mogą podlegać nieistotne elementy takie jak: logo, suwak, kolor tkaniny brak zapięcia z jednej strony spodni, brak kieszeni, brak metek lub innych drobnych elementów itp.

Dokumenty należy załączyć w oryginale lub odpisie poświadczonym na każdej zapisanej stronie za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy. W przypadku dokumentów w języku obcym, wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym za zgodność przez wykonawcę.

Ogłoszenie sekcja IV.2.1) Kryteria udzielenia zamówienia Najniższa cena

Ogłoszenie sekcja IV.3.4) Termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu 26.10.2016

Ogłoszenie sekcja IV.3.6) Minimalny okres, w którym oferent będzie związany ofertą w dniach: 60 (od ustalonej daty składania ofert)

Powyżej przytoczone postanowienia ogłoszenia o zamówieniu numer 2016/S 177-318866 z 14.09.2016r.) zostały powtórzone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Załącznik nr 1 do SIWZ stanowi specyfikację techniczną (ST) odzieży roboczej (trudnopalnej), Ubrania trudnopalne powinny posiadać wysokie parametry eksploatacyjne, wysoką odporność na działanie łuku elektrycznego (...) Ubrania oraz tkanina nie mogą posiadać elementów metalowych przewodzących prąd.

Wymagane dokumenty:

- 1). Certyfikat wystawiony przez uprawnioną jednostkę dla gotowego ubrania na zgodność z normą PN-EN 61482- 1-2 klasa I, dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu (należy załączyć wszystkie strony certyfikatu wraz z dokumentami w nim przytoczonymi.)
- 2) deklaracji zgodności na zgodność z normą dla gotowego ubrania
- 3) Certyfikat taśmy odblaskowej na zgodność z normą (...)

33

5) Kartę katalogową tkaniny zasadniczej z włókien NOMEX i taśmy odblaskowej lub inny dokument producenta potwierdzający skład tkaniny właściwości i masę powierzchniową dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu. Wyżej wymienione karty winny być potwierdzone przez poszczególnych producentów.

6) Kartę katalogową ociepliny producenta (zawierającą co najmniej następujące dane: skład, gramaturę i charakterystykę techniczną) dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu.

W odpowiedzi z dnia 7.10.2016 r. na zapytania do SIWZ nr 5 Zamawiający podał, że zgodnie z ST ubranie z tkaniny NOMEX powinno posiadać certyfikat wystawiony przez uprawnioną jednostkę dla gotowego ubrania na zgodność z normą PN-EN 61482- 1-2 klasa I, zatem przez cały okres użytkowania niezależnie od ilości prań (...) ubranie to powinno posiadać właściwości ochronne, tym samym spełniać wymagania tej normy.

W odpowiedzi na pytanie 1 zamawiający podtrzymał zapis pkt 14.26 SIWZ o rozróżnieniu nieistotnych części składowych odzieży, np. suwak.

Wzór umowy zał. nr 3 do SIWZ w § 5 wymaga złożenia certyfikatów wraz dostawą.

Zamawiający zamieścił w ST kilka wzorów logo z Identyfikacją Wizualną dla PGE Dystrybucja S.A. (załącznik nr 1 do ST), zawierających elementy wykonane z użyciem koloru niebieskiego.

W postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców, przy czym oferta wykonawcy: WSI Warszawska Sp. z o.o. została odrzucona.

Wykonawcy odwołujący oraz przystępujący przedłużyli okres związania ofertą.

Ofertę z najniższą ceną w jedynym wyznaczonym kryterium - na wykonanie wszystkich zadań (części) złożyła spółka FR Protection Poland Sp. z o.o., drugie miejsce zajęła oferta odwołującego, a trzecie miejsce oferta konsorcjum firm PW Krystian Sp. z o.o. i Odzież robocza Sp. j. Drela i Wspólnicy.

W dokumencie JEDZ wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. potwierdził, że żadna z osób będących członkiem organów zarządzających i nadzorczych nie została skazana za przestępstwa wymienione części III - podstawy wykluczenia.

Wykonawca złożył oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podst. art. 24 ust. 1 pkt 12-23 -wg. wzoru zał. nr 5 do SIWZ

Wykonawca nie złożył oświadczenie według wzoru zał. 6 o niekaralności za wykroczenia w

Funkcję prokurenta pełni p. Ł.T.

Organu nadzoru nie powołano.

Załączono tłumaczenie przez przysięgłego tłumacza zaświadczenia o niekaralności z dnia 07.10.2016 r. dla Prezesa M.G. potwierdzone za zgodność z oryginałem przez prokurenta p. Ł.T..

Zaświadczenia o niekaralności prokurenta w dokumentacji oferty nie zawarto.

W części IV.C. JEDZ - Zdolność techniczna i zawodowa wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. zamieścił wykaz zrealizowanych dostaw i wskazał odbiorców oraz ilości kombinezonów zimowych i letnich oraz fartuchów ochronnych.

Wykonawca Protection Poland Sp. z o.o. złożył wykaz wykonanych dostaw na rzecz firm: PH ARES i Red Wing Shoes zrealizowane w latach 2014-2015 oraz przedstawił list referencyjny firmy PH ARES J. O., T. O. W. Kwiecień Sp. j.

Wykonawca Protection Poland Sp. z o.o. złożył certyfikaty na odzież zimową i letnią potwierdzające zgodność ubrania na zgodność z normą PN-EN 61482-1-2 wystawione:

- przez jednostkę notyfikowaną tj. AITEX Textile Research Institute z siedzibą w Hiszpani, bez sprawozdań z badań i tłumaczeń przestawionych certyfikatów
- przez Satra Technology wraz ze sprawozdaniami z badań dla taśm producenta LOXY, bez tłumaczeń przestawionych certyfikatów.

Wykonawca Protection Poland Sp. z o.o. złożył (wzory) deklaracje zgodności oferowanych wyrobów, jako identycznych ze środkami ochrony indywidualnej, będącej przedmiotem świadectwa zgodności - wydane pod nadzorem jednostki notyfikowanej.

Wykonawca Protection Poland Sp. z o.o. złożył:

- specyfikację techniczną tkaniny aramidowej NOMEX
- specyfikację techniczną ociepliny
- specyfikację techniczną taśm.

Wykonawca Protection Poland Sp. z o.o. złożył próbki oferowanej odzieży i osobno próbki logo zamawiającego.

Zamawiający poddał próbki odzieży złożone przez wykonawców badaniom przez DuPont International Operations Sari z siedzibą w Genewie, jednostka organizacyjna w Polsce dla wykonania analizy mikroskopowej na zawartość włókien NOMEX, której wynik potwierdza odpowiedni do wymagań SIWZ skład tkanin.

Zamawiający wezwał wykonawcę FR Protection Poland Sp. z o.o. pismem z dnia 28.11.2016r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, między innymi do:

- uzupełnienia dokumentu JEDZ
 - uzupełnienia referencji - dotyczące potwierdzenia wymaganych kwot dostaw
 - dostarczenia aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp, dotyczącego podmiotu zbiorowego
 - dostarczenia oryginału aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp, stwierdzając, że w ofercie brakuje tych dokumentów.
 - dostarczenia tłumaczeń przestawionych certyfikatów gotowego ubrania oraz taśmy odblaskowej
 - złożenia stosownego oświadczenia dotyczącego typu ubrania, które w formularzu oferty różni się od typu, dla którego został wydany certyfikat i wystawiona deklaracja zgodności.
 - złożenia karty katalogowej taśmy odblaskowej potwierdzonej przez producenta
 - tłumaczenia na język polski karty katalogowej taśmy odblaskowej
 - złożenia stosownego oświadczenia wraz z próbką w zakresie logo Identyfikacji wizualnej PGE, gdyż kolorystyka jest niezgodna z ST
 - złożenia stosownego oświadczenia wraz z próbką suwaka zgodnie z ST, bez elementów metalowych - kostkowy, trudnopalny
 - kartę katalogową ociepliny potwierdzonej przez producenta
- Wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. w odpowiedzi z dnia 06.12. 2016 r., uzupełnił:
- dokument JEDZ w zakresie wykazu dostaw

- załączył aktualną informację z KRK dla podmiotu zbiorowego, z datą wystawienia 26.10.2016 r., z pieczęcią sądu z datą 27.10.2016 r., że FR Protection Poland Sp. z o.o. nie figuruje w kartotece podmiotów zbiorowych.
- przedstawił tłumaczenie złożonych w ofercie certyfikatów, potwierdzających ochronę przed zagrożeniami powstałymi na skutek łuku elektrycznego, zgodnie z normą wskazaną w SIWZ ST dla gotowego ubrania, tj. na zgodność z normą PN-EN 61482- 1-2 klasa III, dla oferowanej odzieży ze wskazaniem oznaczeń identyfikujących daną odzież o symbolach zaoficerowanych, tj. 5001,5101,5201,5301.
- potwierdzenie przez producenta Kroko NV Belgium, że zamek kostkowy z octanu, nie posiada innych metalowych elementów, poza umieszczonym wewnątrz całkowicie otoczonym plastikiem koniecznym elementem metalowym blokady, która nie wpływa na właściwości antystatyczne zamka.
- kartę katalogową ociepliny potwierdzoną przez producenta
- złożył oświadczenie, że certyfikat dotyczy ubrań letnich i zimowych trudnopalnych o symbolach zaoficerowanych, tj. 5001,5101,5201,5301.

36

- złożył oświadczenie, że kolorystyka logo będzie zgodna z ST, wraz z próbką zawierającą niebieskie elementy „PGE DYSTRYBUCJA SA”

- złożył próbkę suwaka z ST, powołując się na opinię producenta.

W dniu 25 stycznia 2017 r. zamawiający ponownie wezwał FR Protection Poland Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do:

- a) dostarczenia oryginału aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz art. 24 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, podając, że w ofercie brak oryginału aktualnej informacji z KRK sporządzonej w języku duńskim (dołączono tłumaczenie) str. 55 oferty, lub odpisu poświadczonego za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione do reprezentacji;
- b) złożenia stosownego oświadczenia wraz z próbką w zakresie logo - na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, potwierdzającego wymagania kolorystyki logo, gdyż przedstawiona jest niezgodna z ST
- c) złożenia stosownego oświadczenia wraz z próbką suwaka - na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, odnośnie elementu metalowego.

Przy piśmie z dnia 01.02.2017 r. przystępujący FR Protection Poland Sp. z o.o. przedstawił:

- oryginał aktualnej informacji z KRK w języku duńskim z dnia 7.10.2016 r. o niekaralności dla Prezesa M.G..

- załączył próbkę zamka bez elementów metalowych

- załączył próbkę logo w kolorach wymaganych w ST.

Zamawiający okazał na rozprawie próbki odzieży przystępującego, zawierające identyczne oznaczenia jak wymienione w certyfikatach. Próbkę opatrzone są w naszyte metki ze wskazaniem oznaczeń identyfikujących (takie same jak wymienione w certyfikacie), w tym piktogramy informujące, że dana odzież może być prana w temperaturze 60 st.

W dniu 17 lutego 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców, że za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez FR Protection Poland Sp. z o.o. na wszystkie 3 zadania, na które wykonawca ten złożył oferty.

Izba zważyła, co następuje.

Odwolujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FR Protection Poland Sp. z o.o. - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co prowadziło do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans

37

na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie.

Ad zarzut I dotyczący zaniechania wykluczenia FR Protection Poland Sp. z o.o. z powodu niewykazania niezaistnienia przesłanek wykluczenia, a w konsekwencji zaniechania odrzuceniu oferty złożonej przez ww. podmiot, tj. zarzuty dotyczące naruszenia art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp w zw. z art. 24 ust.

4 Pzp oraz w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp; art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp.

O udzielenie każdego zamówienia publicznego sposób bezsporny mogą ubiegać się jedynie wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu

Na potwierdzenie okoliczności, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z powodu uprzedniej karalności - zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą według wskazań SIWZ pkt 14.9. - aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Powyższe odpowiada wskazaniom § 5 pkt 1 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126). W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 i 6 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Na powyższe okoliczności przy danej wartości przedmiotu zamówienia wykonawca ubiegający się o zamówienie składa oświadczenie (zapewnienie) w JEDZ, że nie podlega wykluczeniu. W zamówieniach podprogowych, gdzie nie jest wymagany dokument JEDZ składa osobne oświadczenia. Zdaniem Izby, wykonawca powinien dysponować odnośnymi dokumentami - potwierdzającymi niekaralność na dzień złożenia oferty, pozwalającymi na weryfikację prawdziwości złożonego zapewnienia.

Co do zasady, wynikającej z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający jest uprawniony do żądania przed udzieleniem zamówienia od wykonawcy, którego oferta została najwyżej

38

oceniona, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a więc potwierdzających:

- 1) spełnienie warunków udziału,
- 2) przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia.

W odniesieniu do dokumentów podmiotowych, a więc potwierdzających spełnienie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia, z mocy art. 26f Pzp, jeżeli jest to niezbędne dla zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich, lub niektórych dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania i spełniają warunki udziału. Zamawiający żądał tych dokumentów wraz z ofertą.

W zakresie dokumentów przedmiotowych, potwierdzających przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, ustawodawca takiego trybu postępowania nie ustanowił.

Z punktu widzenia przytaczanych regulacji ustawy Pzp, zbędne było żądanie wraz z ofertą szeregu dokumentów, i to od wszystkich wykonawców, gdyż ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) zakłada uproszczenie procedur przetargowych i odciążenie zarówno zamawiających, jak i wykonawców w zakresie obowiązków udokumentowania okoliczności, o których stanowi art. 25 ust. 1 Pzp i ograniczenie ich do wstępnie sklasyfikowanego na pierwszej pozycji wykonawcy zamówienia.

Bezspornie zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą między innymi informacji z KRK w zakresie przytaczanych wyżej norm. Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane i na etapie oceny ofert mają charakter wiążący.

Zgodnie z postanowieniem ustawy Pzp, przytoczonego rozporządzenia oraz postanowień SIWZ, zamawiający uprawniony jest żądać informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 i 6 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem

terminu składania ofert w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Zaświadczenie o niekaralności powinno być wydane, w przypadku spółki z o.o., dla: urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego oraz prokurenta oraz o nie figurowaniu spółki z o.o. w KRK, jako podmiotu zbiorowego.

39

Przepisy dotyczące zamówień sektorowych, nie przewidują wyjątków w tym zakresie, poza osobą, skazaną za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp, tj. o skutkach powierzenia nielegalnie pracy cudzoziemcom.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że na dzień składania ofert, tj. 26 października 2016 r., zarząd w FR Protection Poland Sp. z o.o. był jednoosobowy - Prezesem Zarządu był i jest M.K.G.. Dodatkowo w spółce ustanowiony został prokurent samoistny w osobie Ł.T..

Do oferty załączono wyłącznie tłumaczenie uwierzytelnione z języka duńskiego zaświadczenia o niekaralności z dnia 7 października 2016 r. dotyczące Prezesa Zarządu M.K.G.a.

Do oferty nie załączono:

- oryginału lub poświadczonej za zgodność kopii zaświadczenia o niekaralności dla Prezesa Zarządu M.K.G. w języku oryginalnym,
- zaświadczenia o niekaralności dla prokurenta samoistnego Ł.T.,
- zaświadczenia o niekaralności dla podmiotu zbiorowego.

W ocenie Izby wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego z dnia 28 listopada 2016 r. w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp skutecznie uzupełnił przy piśmie z dnia 6 grudnia 2016r. jako załącznik nr 2, zaświadczenie o niekaralności z dnia 27 października 2016 r. wydane dla FR Protection Poland Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp.

Na omawianym dokumencie widnieje data jego wystawienia - 26 października 2016r., a zatem zbieżna z upływem terminu składania ofert, chociaż adnotacja o nie figurowaniu w rejestrze podmiotów zbiorowych KRK opatrzona jest inną datą tj. - 27 października 2016 r. Nawet, gdy data 26 października 2016 r. odnosi się do złożenia wniosku, nie zachodziły przeszkody, aby omawiany dokument został przez zamawiającego przyjęty, gdyż w tych okolicznościach, tj. z dnia na dzień - w ocenie Izby - nie mógłby zaistnieć odmienny stan rzeczy związany z zatarciem skazania. Byłoby to wielce nieprawdopodobne, tym bardziej, że przedmiotowy wniosek był w gestii sądu już w dniu 26 października 2016 r.

Przystępujący FR Protection Poland Sp. z o.o. nie wykonał wezwania zamawiającego z dnia 28 listopada 2016 r. w odniesieniu do przedstawienia informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 13 i 14 oraz w związku z dyspozycją art. 24 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, (to znaczy zaświadczenia o niekaralności Prezesa Zarządu w języku oryginalnym oraz nie przedstawił zaświadczenia o niekaralności z KRK dla osoby pełniącej funkcję prokurenta samoistnego).

Zdaniem Izby wezwanie zamawiającego było jednak wadliwe, gdyż ograniczało się jedynie do wskazania odnośnych postanowień SIWZ oraz podstaw normatywnych.

40

Zamawiający powinien każdorazowo korzystając z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, podać wykonawcy konkretnie, jakie braki znajduje w jego ofercie i w jaki sposób powinny zostać uzupełnione. Z tych względów, mimo co do zasady jednokrotności wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych samych braków złożonej oferty, Izba za zasadne uznała i nienaruszające normy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - ponowne wezwanie FR Protection Poland Sp. z o.o. w dniu 25 stycznia 2017 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do dostarczenia oryginału aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz art. 24 ust. 5 i 6 Pzp w odniesieniu do Prezesa Zarządu M.K.G.a w języku oryginalnym, a także dotyczące zaświadczenia o niekaralności dla prokurenta samoistnego Ł.T..

W odpowiedzi, FR Protection Poland Sp. z o.o. załączył oryginał aktualnej informacji z KRK w języku duńskim, który w tłumaczeniu przysięgłym był załączony do oferty i potwierdzony za zgodność z oryginałem przez prokurenta samoistnego Ł.T.. Oryginał dokumentu nie wymaga potwierdzania. Uzupełnienie dokumentu o niekaralności Prezesa

Zarządu M.K.G.a - zdaniem Izby w zostało dokonane prawidłowo i mogło zostać przyjęte przez zamawiającego. Odwołujący na rozprawie w tym zakresie nie podtrzymał zarzutów odwołania.

Taka sama sytuacja zachodzi w odniesieniu do ujawnionego w odpisie z KRS spółki prokurenta samoistnego. Wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego o dostarczenie aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz art. 24 ust. 5 i 6 Pzp nie przedłożył informacji z KRK dla prokurenta samoistnego Ł.T..

Nie można jednak było pominąć, że przy powtórnym wezwaniu, zamawiający także poprzestał jedynie na wskazaniu jego podstawy prawnej, nie uzasadnił od strony faktycznej, że „w ofercie brakuje zaświadczenia z KRK dla prokurenta p. Ł.T..” Wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. mógł nie być dostatecznie zorientowany o jaki dokument zamawiającemu chodzi.

Izba nie podzieliła, zatem stanowiska odwołującego, że wobec dwukrotnego wzywania FR Protection Poland Sp. z o.o. do przedłożenia zaświadczenia o niekaralności na podstawie art. 24 ust 13 i 14 Pzp oraz na podstawie art. 24 ust.5 pkt 5 i 6 Pzp, nie ma już podstaw do wzywania przystępującego do uzupełnienia brakujących dokumentów, tj. zaświadczenia o niekaralności prokurenta, gdyż wyczerpano procedurę z art. 26 ust 3 ustawy Pzp wobec tego wykonawcy.

Bezsprzecznie przystępujący był wzywany dwukrotnie do uzupełnienia informacji z KRK, która winna dotyczyć prokurenta spółki, jednakże obydwie wezwania z uwagi na ich

41

treść były niedostateczne i nie wywołały skutków prawnych wyczerpania wobec wykonawcy procedury obligatoryjnej nakazanej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 oraz wskazań SIWZ pkt 14.9. - aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Ustawy - został przez zamawiającego uwzględniony, gdyż w odpowiedzi na odwołanie stwierdził on:

„1. uznając odwołanie w części, a mianowicie w zakresie w jakim Zamawiający zaniechał wezwania FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. do przedłożenia zaświadczenia o niekaralności prokurenta, jednocześnie zobowiązując się do:

1.1. unieważnienia wyboru oferty FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. jako najkorzystniejszej we wszystkich częściach Postępowania;

1.2. wezwania FR PROTECTION POLAND sp. z o.o. do przedłożenia zaświadczenia o niekaralności prokurenta;

1.3. dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert;

1.4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba jednak nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że w związku z uwzględnieniem omawianego zarzutu, dopuszczalnym byłoby uzupełnienie dokumentu informacji z KRK o niekaralności prokurenta przystępującego - z datą bieżącą. Wbrew wywiadowi zamawiającego, aktualna treść art. 26 ust. 3 Pzp nie stanowi o tym, że „ustawodawca zrezygnował z wymogu, aby złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzały spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.”

Nadal wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert, co pod rygorem odpowiedzialności wynikającej z przepisów odrębnych, i wykluczenia z postępowania - potwierdza swoim zapewnieniem w dokumencie JEDZ i w odrębnych oświadczeniach pisemnych załączonych do oferty, a taki stan ma się utrzymywać aż do zawarcia umowy.

Zmiana brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma jedynie taki skutek, że powinny być przez zamawiającego przyjmowane dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, wystawione z datą bieżącą, ale jednocześnie takie, które w swojej treści potwierdzają spełnianie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty.

Przykładowo, zaświadczenie o niezaleganiu z uiszczaniem podatków według stanu z rejestru na oznaczony dzień składania ofert, chociaż termin wystawienia danego zaświadczenia może być późniejszy. Jeżeli przystępujący FR Protection Poland Sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego uzyska i przedstawi informację z KRK z datą bieżącą, potwierdzającą niekaralność prokurenta p. T. na dzień 26 października 2016 r., to taki dokument będzie odpowiedni. Jeżeli między datą złożenia oferty a datą wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 1 Pzp nastąpiłaby by zmiana na stanowisku prokurenta, również dopuszczalne byłoby uzupełnienie zaświadczenia z KRK dla nowej osoby z datą bieżącą.

W kwestii uzupełniania dokumentów wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości UE, orzekając odnośnie procedury uzupełniania żądanych przez zamawiających dokumentów opisujących sytuację wykonawcy (dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu). W wyroku z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 (Manova) Trybunał wskazał co następuje i orzekł: „(6) Zgodnie z art. 51 dyrektywy 2004/18 „instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45 -50 lub o ich wyjaśnienie”.

(28) Jednym z głównych celów, jakim służą przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych jest zapewnienie swobody świadczeń usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Osiągnięciu tego podwójnego celu służy między innymi zasada równego traktowania oferentów i kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości.

(29) Zastosowanie zasady równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest więc celem samym w sobie, lecz należy je rozpatrywać w świetle rezultatów, do jakich mają doprowadzić.

(39) Instytucja zamawiająca może, więc zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem, że dotyczy to informacji lub danych, jak publikowane sprawozdanie finansowe, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń.

Z powyższych względów Trybunał (dziesiątą Izbą) orzeka, co następuje:

„Zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Żądanie

43

takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane.”

Mając więc na uwadze:

- obowiązujący przepis art.267 Traktatu o Unii Europejskiej, wskazujący iż „Trybunał Sprawiedliwości jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym o ważności i wykładni przepisów przyjętych przez instytucje Wspólnoty.”

- wyrok Trybunału z dnia 13 lipca 2000 r. w sprawie C-456/98 (Centrosteel), który w motywie (19) zdanie drugie wskazuje na obowiązek stosowania pro unijnej wykładni prawa: „Sąd krajowy jest zobligowany, stosując przepisy prawa krajowego, sprzed lub po wprowadzeniu Dyrektywy, aby interpretować te przepisy, na ile to tylko możliwe, w świetle wykładni Dyrektywy i tak aby stosowane były w sposób podążający za Dyrektywą.”

Z powyższego wynika, że prawo unijne ustanawia w ten sposób granice dla pewnych metod wykładni stosowanych w krajowym systemie prawnym, a wymaganie spójnej wykładni, która jest wiążąca dla Krajowej Izby Odwoławczej, wyklucza interpretację prawa krajowego w sposób odmienny od wykładni zgodnej z dyrektywą.

Rzeczą wykonawcy było zadbanie o to, aby dysponować standardowo wymaganym dokumentem informacji z KRK o niekaralności prokurenta, wystawionego z odpowiednią datą. Procedura uzupełniania dokumentów nie odnosi się do pozyskiwania przez wykonawcę nowych dokumentów wymaganych w przetargu, ale do dołączenia dokumentów, które były w dyspozycji wykonawcy w dacie złożenia ofert, i w oparciu o te dokumenty złożył on

oświadczenie, że nie zachodzą wobec niego ustawowe podstawy wykluczenia, ale jedynie przez przeoczenie nie zostały załączone w zbiorze oferty, skoro zamawiający ustanowił takie warunki w SIWZ.

Zarzut powyższy mimo częściowego uwzględnienia przez zamawiającego - został podtrzymany przez odwołującego i znalazł również częściowe potwierdzenie w postępowaniu odwoławczym, z tego względu Izba uwzględniła odwołanie.

Ad zarzut II nieuprawnionego, wielokrotnego wzywania FR Protection Poland Sp. z o.o. do uzupełniania oferty poprzez złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego w tym samym zakresie, tj. naruszenie: art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp mówiącym, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania

44

wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Izba nie zaprzecza poglądom, że procedura wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów - ma co do zasady charakter jednokrotny, w odniesieniu to tych samych stwierdzonych braków, czy nieprawidłowości. Jednakże w orzecznictwie Izby wskazywano również na konieczność dokładnego poinformowania wykonawcy, jakie braki zamawiający stwierdził w danej ofercie, i jakiego ich usunięcia oczekuje. Z reguły wskazanie jedynie podstawy prawnej wezwania nie jest wystarczające, gdyż wykonawca nie powinien się domyślać konkretnych przyczyn wezwania. Ważne jest więc, wbrew stanowisku odwołującego, wskazanie w sposób prawidłowy - kierunku uzupełnienia dokumentu.

Potwierdza to nawet przywołany przez odwołującego wyrok ETS z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 - zakresie oferty niedokładnej lub niezgodnej z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, ETS stwierdzający, że w ocenie ETS wskazane żądanie zamawiającego powinno w szczególności: (...)

„2. odnosić się do wszystkich punktów oferty, które są niedokładne lub niezgodne z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, przy czym instytucja zamawiająca nie może odrzucić oferty ze względu na niejasność jej aspektu, który nie był przedmiotem owego żądania”.

Przy czym, stwierdzenie to można odnosić zarówno do niejednoznaczności samych wymagań SIWZ, jak i treści wezwań kierowanych do wykonawcy celem np. uzupełnienia dokumentów.

Izba nie uwzględniła zarzutu, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez dwukrotne wzywanie wykonawcy FR Protection Poland Sp. z o.o. do przedłożenia tych samych brakujących dokumentów w odniesieniu do informacji z Krajowego Rejestru Karnego, w tym dla prokurenta. Zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisu, ale wobec przystępującego - poprzez niepełne zredagowanie wezwania do uzupełnienia stwierdzonego braku w danej ofercie. Jako takie, obydwa wezwania nie wywołały skutków prawnych, jakie wiążą się z wyczerpaniem procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do kolorystyki logo zamawiającego na ubraniach stanowiących przedmiot zamówienia podstawą drugiego wezwania wykonawcy FR Protection Poland Sp. z o.o. był art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczący wyjaśnień treści oferty, co odwołujący pominął.

Samo oznaczenie wzorcowego logo zgodnie z Identyfikacją Wizualną dla PGE Dystrybucja S.A. (załącznik nr 1 do ST), mogło być dla przystępującego mylące, gdyż zawierało elementy naniesione niebieskim kolorem nici. Dopiero w drugim wezwaniu

45

zamawiający dokładnie podał, którego z wzorcowych emblematów oczekuje - jako logo prezentowanego w złożonej próbce. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

III. Zarzut naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców tj. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

W sytuacji, gdy zamawiający mimo niewykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy - dokonał wyboru oferty FR Protection Poland Sp. z o.o. - z naruszeniem wskazanych w pkt I odwołania przepisów - doszło do naruszenia reguł generalnych rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż samo stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp, poprzez czynności lub zaniechania zamawiającego przy wyborze oferty, wiąże się z nierównym traktowaniem wykonawców, którzy mają prawo oczekiwać, że zamawiający będzie przeprowadzał badanie ofert jednakowo, według ustalonych w SIWZ warunków. Zamawiający nie był uprawniony, aby na etapie oceny ofert odstępować od warunków wyznaczonych w SIWZ i podanych w ogłoszeniu, gdyż czynności zamawiającego muszą być przewidywalne i transparentne dla wykonawców, którzy zdecydowali się na udział w danym postępowaniu przetargowym, bowiem postępowanie ma być prowadzone według reguł przejrzystości. Zamawiający był, zatem zobligowany badać potwierdzenie spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu, i oceniać je wyłącznie na podstawie wymaganych oświadczeń i dokumentów. Ocena spełnienia warunków dokonywana była w systemie „spełnia- nie spełnia”. Nie spełnienie chociażby jednego z postawionych warunków udziału, musiało skutkować wykluczeniem wykonawcy FR Protection Poland Sp. z o.o. z postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie można było pominąć, że w pkt 10.5. SIWZ, zamawiający zapowiedział, że nie spełnienie chociażby jednego warunku skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania (odrzućeniem oferty). Podstawą do wykluczenia wykonawcy jest art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, który obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania - jeżeli nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, w sposób nakazany ustawą, ogłoszeniem i SIWZ.

Bezsporne było, że przystępujący na moment wyboru jego oferty - nie wykazał spełnienia warunku braku podstaw do wykluczenia - z powodu nie przedstawienia informacji z KRK o niekaralności prokurenta. Zarzut ten jednak pozostaje związany z uwzględnionym przez zamawiającego zarzutem nr I.

Ad Zarzut IV zaniechania odrzucenia oferty FR Protection Poland Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwolujący nie uwzględnił, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się z mocy prawa za odrzuconą. Wbrew poglądom odwołującego - nie zachodzi potrzeba jednoczesnego podejmowania czynności odrzucania

46

oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania, gdyż oczywiste pozostaje, że oferta wykonawcy wykluczonego nie może podlegać procedurze wyboru w oparciu o kryteria oceny ofert. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczy trybu przetargu ograniczonego.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że w odniesieniu do oferty przystępującego, z uwzględnieniem uzupełnionych na wezwanie zamawiającego dokumentów przedmiotowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodziły przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty złożonej przez FR Protection Poland Sp. z o.o. jako niezgodnej z ustawą oraz nieodpowiadającej postanowieniom SIWZ.

Jak już wyżej była mowa, zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający jest uprawniony do żądania przed udzieleniem zamówienia od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego.

Mimo powyższej dyspozycji ustawowej, w postanowieniach SIWZ, zgodnie z sekcją I pkt 1) (dla ubrania letniego trudnopalonego) oraz sekcją II pkt 1) (dla ubrania zimowego trudnopalonego) Specyfikacji Technicznej odzieży roboczej (trudnopalnej) stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ zamawiający wymagał dołączenia do oferty certyfikatów wystawionych przez uprawnione jednostki certyfikujące dla gotowego ubrania na zgodność z normą PN-EN 61482 - 1-2 klasa I oraz dodatkowo normy PN-EN 342 dla ubrania zimowego trudnopalonego oraz szeregu innych dokumentów, potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania Specyfikacji Technicznej (ST).

Przy czym w ST zamawiający wymagał załączenia wszystkich stron danego certyfikatu wraz z dokumentami w nim przytoczonymi. Wymóg ten nie został podany w treści

spisu dokumentów wyszczególnionych w SIWZ i w ogłoszeniu, a więc dyspozycje zamawiającego w tym zakresie należałoby uznać za niespójne.

Zdaniem Izby, skoro zamawiający w § 5 wzoru umowy przewidział składanie certyfikatów wraz z dostawą na etapie realizacji umowy - do czego w zasadzie uprawnia przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, mówiący że zamawiający przed udzieleniem zamówienia wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp (na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp zamawiający może wcześniej żądać jedynie tzw. dokumentów podmiotowych), to oznacza, że wyniki z badań certyfikacyjnych powinny być przedstawiane na etapie realizacji dostaw zgodnie z umową. Należało zauważyć, że zamawiający rozróżnił

47

również wzór deklaracji zgodności składany wraz ofertą i deklarację zgodności wymienioną w ST, która może dotyczyć jedynie gotowego dostarczanego produktu - jako dokumentu wymaganego przy dostawie.

Wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o., spełnił wymaganie SIWZ z pkt 14.20. przedłożył Certyfikaty wystawione przez uprawnioną jednostkę certyfikującą dla gotowych ubrań na zgodność z normami dla danego asortymentu objętego ofertą w danym zadaniu, wystawione przez jednostkę notyfikowaną AITEX na ubrania trudnopalne letnie oraz na ubrania trudnopalne zimowe, dla oferowanych kompletów. W preambule certyfikatu wymienione zostały: Dyrektywa 89/686/EEC, procedury badań według norm EN ISO13688:2013 wymagania ogólne, IEC 61482- 2:2009 ochrona przed zagrożeniami termicznymi powstałymi na skutek łuku elektrycznego 4kA (Klasa 1) według normy IEC 61482-1-2:2014, nie załączył dokumentów w nich wymienionych, w tym w szczególności sprawozdania technicznego z badań nr 2016CO3213CE dla zestawu kurtki oraz spodni letnich oraz Sprawozdania technicznego z badań nr 2016CO3212CE dla zestawu kurtki i spodni zimowych, co było zbędne, gdyż zdaniem Izby, wymóg ten mógł być odnoszony do etapu dostaw po zawarciu umowy.

Dyspozycje zamawiającego w tym zakresie Izba uznała za niejednoznaczne, a zatem konsekwencje nie mogą obciążać skarżonego wykonawcy FR Protection Poland Sp. z o.o.

Odwołujący pominął, że wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. uzupełnił wszystkie braki w swojej ofercie w odniesieniu do zaoferowanych dostaw, o które został wezwany przez zamawiającego. W oparciu o ustalony materiał dowodowy, uzupełnienia te Izba uznała za prawidłowe.

Wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. w odpowiedzi z dnia 6 grudnia 2016 r. na wezwanie zamawiającego, uzupełnił:

- tłumaczenie złożonych w ofercie certyfikatów, potwierdzających ochronę przed zagrożeniami powstałymi na skutek łuku elektrycznego, zgodnie z normą wskazaną w SIWZ dla oferowanej odzieży
- potwierdzenie przez producenta Kroko NV Belgium, że zamek kostkowy nie posiada innych metalowych elementów, poza umieszczonym wewnątrz całkowicie otoczonym plastikiem koniecznym elementem metalowym blokady, która nie wpływa na właściwości antystatyczne zamka.
- kartę katalogową ociepliny - potwierdzoną przez producenta
- złożył oświadczenie, że certyfikat dotyczy ubrań letnich i zimowych trudnopalnych o symbolach zaoferowanych, tj. 5001,5101,5201,5301.

48

- złożył oświadczenie, że kolorystyka logo będzie zgodna z ST, wraz z próbką zawierającą niebieskie elementy PGE DYSTRYBUCJA S.A.

- złożył próbkę suwaka z ST, powołując się na opinię producenta.

Przy piśmie z dnia 1 lutego 2017 r. wykonawca FR Protection Poland Sp. z o.o. na kolejne wezwanie zamawiającego:

- załączył próbkę zamka bez elementów metalowych
- załączył próbkę logo w kolorach wymaganych w ST

Izba uznała za gołosłowne sugestie odwołującego, że odzież oferowana przez przystępującego nie spełnia wymogów normy PN-EN 61482 - 1-2 klasa I, czyli nie chroni użytkownika przed ryzykiem poparzenia na skutek łuku elektrycznego, gdyż wydane

certyfikaty w odniesieniu do zaoferowanych kompletów odzieży o oznaczonych symbolach, tj. 5001,5101,5201,5301, wprost to potwierdzają.

Zamawiający sam używał zamiennie określeń „odzież ochronna” i w karcie tytułowej SR „odzież robocza”, chociaż zamawianą odzież należało kwalifikować jako środki ochrony indywidualnej, o których stanowi rozporządzenie Ministra gospodarki z dnia 21 grudnia 2005 w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej (Dz. U. 259, poz. 2173).

Zamawiający nie wymagał poddania procesowi certyfikacji wyrobów zaopatrzonych w jego logo. Liczyło się przebadanie gotowych ubrań trudnopalnych letnich i gotowych ubrań trudnopalnych zimowych. Natomiast logo umieszczone w części wierzchniej na takiej odzieży wskazuje firmę zamawiającego, a nie oznaczenia symbolizujące przeznaczenie odzieży do używania.

Zamawiający wskazał w SIWZ przedmiotowo istotne elementy treści oferty, pisząc że: *„Treść oferty w tym próbki - wzory winny być zgodne z treścią SIWZ-ST. Elementy w złożonych wraz z ofertą próbkach - wzorach takie jak rodzaj, skład i parametry techniczne tkaniny, ociepliny i taśmy odbłaskowej stanowią istotne elementy oferty i nie podlegają wyjaśnieniu i/lub uzupełnieniu. W przypadku niezgodności oferty próbek - wzorów w zakresie istotnych elementów oferta taka będzie podlegać odrzuceniu.*

Wyjaśnieniu oferty w zakresie złożonych próbek - wzorów mogą podlegać nieistotne elementy takie jak: logo, suwak, kolor tkaniny brak zapięcia z jednej strony spodni, brak kieszeni, brak metek lub innych drobnych elementów itp.”

Odwołujący zupełnie przemilczał powyższe dyspozycje SIWZ, żądając odrzucenia oferty skarżonego konkurenta z uwagi na logo, suwak czy podszewkę, które w jego ocenie były nieodpowiednie. Zamawiający również i tych kwestii nie pozostawił bez uzupełnienia.

49

Zgodnie z zapowiedzią w SIWZ, na wezwanie zamawiającego zostały wyjaśnione przez wykonawcę FR Protection Poland Sp. z o.o. zagadnienia kolorystyki logo oraz suwaka - jako wykonanego z octanu, zwierającego jedynie minimalny i konieczny dla spełniania swej funkcji element metalowy blokady - konstrukcyjnie stosowany powszechnie i, niemożliwy do wyeliminowania. Zostały uzupełnione właściwe próbki suwaka. Próbką traktowana jest tak samo jak dokument na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, a więc podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający wymagał potwierdzenia właściwości materiału wierzchniego ubrań z tkaniny NOMEX, ocieplenia oraz taśm, wymagania takie nie odnosiły się do podszewki. Certyfikaty potwierdzają, że wyroby całkowite - komplety odzieży - odporne są na działanie łuku elektrycznego, co wyczerpuje wymagania ST. Sugestia odwołującego, że ubrania oferowane przez FR Protection Poland Sp. z o.o. straciłyby swoje właściwości ochronne skutkiem czyszczenia lub prania, Izba uznała za gołosłowne i odbiegające od ustalonych faktów. Odwołujący wyraził jedynie swoje wątpliwości, że nie wiadomo, co się będzie działo z właściwościami ochronnymi po 20 cyklach, na które została przebadana tkanina podszewkowa SPARK. Uznanie przez odwołującego za prawdopodobne, że ochrona będzie zanikać z każdym kolejnym praniem, było bez znaczenia. Jakikolwiek wątpliwości, czy przypuszczenia odwołującego, nie mogły być przyczyną deprecjonowania oferty konkurenta - jako niezgodnej z treścią SIWZ. Piktogram na metce ubrań zaświadcza, że może ono być prane (co oczywiste w całości wraz z podszewką) w temperaturze 60 st.

Zgodnie z punktem 14.26. SIWZ wykonawcy składali próbki - wzorcowe egzemplarze asortymentu objętego ofertą zgodne z zapisami Specyfikacji Technicznej (dotyczy zadania/części 1, 2 i 3).

Odwołujący przyznał, że zamawiający dopuścił przedstawienie odzieży gotowej jako próbki załączanej do oferty - bez logo i dostarczenie logo na kawałku materiału zasadniczego -co uczynił przystępujący FR Protection Poland Sp. z o.o.

Próbki - wzory były poddane przez zamawiającego odrębnym badaniom w celu potwierdzenia parametrów technicznych zawartych w ST.

Zamawiający oceniając zgodność próbek - wzorów z wymaganiami ST w razie wątpliwości zastrzegł sobie prawo do korzystania z opinii laboratorium specjalistycznego, np. producenta włókna, tkaniny, nici, ociepliny, taśmy odbłaskowej lub akredytowanych laboratoriów, instytutów.

W sposób wybiórczy traktując dokumentację postępowania przetargowego, pod

dogodne dla siebie tezy, odwołujący przemilczał również powyższe, że zamawiający zastrzegł możliwość przebadania przez uprawnioną jednostkę złożonych próbek odzieży i

50

poddał je takim badaniom przez DuPont International Operations Sari z siedzibą w Genewie, jednostka organizacyjna w Polce dla wykonania analizy mikroskopowej na zawartość włókien NOMEX, której wynik potwierdził odpowiedni do wymagań SIWZ skład tkanin.

Wyniki badań certyfikacyjnych i innych, stwierdzające zgodność deklarowanych w ofertach właściwości odzieży z opisem Specyfikacji Technicznej - zdaniem Izby zamykają temat zgodności treści oferty przystępującego FR Protection Poland Sp. z o.o. z treścią SIWZ. Zupełnie nie trafione i gołosłowne były sugestie odwołującego, że FR Protection Poland Sp. z o.o. zamierzało dostarczać zamawiającemu inną odzież niż odzież, która została przebadana przez jednostkę notyfikowaną - Instytut AITEX, a tym samym na inną odzież, niż ta opisana w certyfikatach, gdyż oznaczenia na próbkach odzieży są takie same, jak w wystawionych i złożonych certyfikatach jednostki notyfikowanej.

Procedury oceny zgodności w rozumieniu obowiązującego unijnego prawodawstwa harmonizacyjnego są przeprowadzane przez jednostki notyfikowane, które wydają certyfikaty oceny typu WE. Deklarowanie zgodności wyrobu z normą należy do producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela. Izba podzieliła pogląd, że w opisie certyfikowanego, jako środek ochrony indywidualnej, ubrania zawarty jest opis konstrukcji, skład tkanin oraz dodatki, z których zostało wykonane ubranie. Umieszczenie logo PGE Dystrybucja S.A., lub jakiegokolwiek innej firmy nie zmienia ani konstrukcji ani składu tkanin, które stanowią o właściwościach ochronnych ubrania. Oferowany zamek kostkowy wykonany jest z octanu (opis zamieszczony w certyfikacie) na taśmie trudnopalnej, jedynym elementem metalowym jest spring stosowany w celu zapewnienia blokady suwaka. Odwołujący nie wykazał, iż w odzież konkurenta w wersji zaproponowanych próbek, musiałby być na nowo certyfikowana. Zgodnie z art. 5 pkt 9 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (tj. z 2016 r., poz. 655 ze zm.) ilekroć jest mowa o certyfikacie zgodności - należy przez to rozumieć dokument wydany przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, potwierdzający, że wyrób i proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi wymaganiami. Norma PN-EN 61482 1-2 dotyczy odzieży ochronnej przed zagrożeniami termicznymi przy kontakcie z łukiem elektrycznym. Określa metody badania wyrobów odzieżowych przeznaczonych dla pracowników narażonych na działanie łuku elektrycznego. Nie stanowi ochronnej odzieży izolującej elektrycznie, czyli nie chroni przed porażeniem prądem elektrycznym, jako odzieży robocza (trudnopalna) ma chronić przed wysoką temperaturą. Skoro przedłożone certyfikaty przez FR Protection Poland Sp. z o.o., powyższe okoliczności potwierdzają – stawiany zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Ad Zarzut V dotyczący zaniechania wykluczenia FR Protection Poland Sp. z o.o. z postępowania z powodu niewykazania spełnienia przesłanek udziału w postępowaniu, a w

51

konsekwencji zaniechania odrzuceniu oferty złożonej przez ww. podmiot, tj. zarzut dotyczący naruszenia art. 22 ust 1 pkt 2 w zw. z art 24 ust 1 pkt 12 i ust 4 Pzp w zw. z art. 25 ust 1 Pzp

Zamawiający w punkcie 14.17 SIWZ wymagał przedłożenia w JEDZ wykazu dostaw wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w ilości stanowiącej 50 % przedmiotu zamówienia w danym zadaniu, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane.

„W przypadku, gdy Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedno zadanie/część Zamawiający uzna, iż Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże się realizacją dostaw spełniających odpowiednio warunki o ilości najwyższej spośród zadań/części, o które się ubiega.”

„14.18. Dowody (dokumenty) określające, że dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie za okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (zgodnie z załączonym do oferty wykazem zawartym w JEDZ).”

Zgodnie z treścią Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego

dokumentu zamówienia (załącznik nr 1): „Jednolity europejski dokument zamówienia jest składanym przez wykonawców oświadczeniem własnym stanowiącym dowód wstępny, zastępującym zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie. Jak określono w art. 59 dyrektywy 2014/24/UE, stanowi on oficjalne oświadczenie wykonawcy, w którym stwierdza on, że nie znajduje się w jednej z sytuacji, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni, że spełnia stosowne kryteria kwalifikacji oraz że, w stosownych przypadkach, spełnia obiektywne zasady i kryteria ustalone na potrzeby ograniczenia liczby kwalifikujących się kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do udziału. Dokument ten ma na celu zmniejszenie obciążeń administracyjnych wynikających z wymogu przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów związanych z kryteriami wykluczenia i kwalifikacji. Odpowiednią rangę ma również samo zapewnienie składane przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę, że zamawiający nie zdefiniował w sposób ścisły, o jakim charakterze dostawami wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie ma się wykazać, przy czym zamawiający w dokumentacji SIWZ, sam używał zamiennie określeń „odzież robocza” i „odzież ochronna”, należało przyjąć szerokie rozumienie tych terminów.

W kontekście przytaczanych wyżej postanowień SIWZ, zamawiający nie sprecyzował charakteru dostaw referencyjnych, aby odpowiadały one przedmiotowi danego zamówienia.

52

Należało stwierdzić, że oświadczenia FR Protection Poland Sp. z o.o. złożone w części C JEDZ (i to zarówno w ramach pierwotnego dokumentu JEDZ załączonego do oferty jak i późniejszego uzupełnienia dokumentu JEDZ złożonego na wezwanie zamawiającego), potwierdziły spełnianie wymogów postawionych w SIWZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy.

Przepis art. 22 ust. 1a Pzp stanowi, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (...), w szczególności wyrażając je, jako minimalne poziomy zdolności, zatem przepis ten nie przewiduje, aby wykonawca legitymował się dokładnie takimi samymi zrealizowanymi dostawami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. Wbrew wywodom odwołującego - zostały przedstawione przez FR Protection Poland Sp. z o.o. odpowiednie referencje w odniesieniu do dostaw wskazanych w dokumencie JEDZ i w wykazie dostaw w rozumieniu § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126). Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2, ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający uwzględnił jeden zarzut, który Izba również rozpoznała i uznała za zasadny, gdyż odwołujący w całości podtrzymał zarzuty odwołania. Mając na względzie, że odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania i w tym zakresie przegrał sprawę, o kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z art. 186 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp stanowiącym, że koszty postępowania odwoławczego ponosi a) odwołujący jeżeli odwołanie w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało oddalone przez Izbę. W tym przypadku - poprzez stwierdzenie, że nie znalazły one potwierdzenia.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 685,00 zł. z tytułu opłat skarbowych od pełnomocnictw i kosztów zastępstwa przez pełnomocników, na podstawie złożonego rachunku, stosownie do postanowień § 3 pkt 1, pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący:

53

54