

Sygn. akt: KIO 956/19

WYROK
z dnia 18 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Łukasz Listkiewicz
Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 i 18 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **Wojas S.A., ul. Ludzmierska 29, 34-400 Nowy Targ, Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe ARM-ex B. M., M. M. Spółka Jawna, Broniszew 71, 05 - 610 Goszczyn** w postępowaniu prowadzonym przez **3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30 - 901 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Badura Studio Sp. z o.o., ul. Czarodziejska 2B/1, 30-322 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w odniesieniu do pierwotnie przedstawionego wykazu usług i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy **Badura Studio Sp. z o.o., ul. Czarodziejska 2B/1, 30-322 Kraków** na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża zgłaszającego przystąpienie **Badura Studio Sp. z o.o., ul. Czarodziejska 2B/1, 30-322 Kraków** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **Wojas S.A.,**

ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ, Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe ARM-ex B. M., M. M. Spółka Jawna, Broniszew 71, 05 - 610 Goszczyn, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zgłaszającego przystąpienie **Badura Studio Sp. z o.o., ul. Czarodziejska 2B/1, 30-322 Kraków** na rzecz:

2.2.1. Odwołującego - konsorcjum **Wojas S.A., ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ, Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe ARM-ex B. M., M. M. Spółka Jawna, Broniszew 71, 05 - 610 Goszczyn** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.2. Zamawiającego - **3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30 - 901 Kraków** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – 3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30 - 901 Kraków, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - buty, sprawa nr 33/2019”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 sierpnia 2018 roku, pod numerem 2018/S 148-338974. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów właściwych dla zamówień o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Dnia 17.05.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Wojas S.A., ul. Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ, Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe ARM-ex B. M., M. M. Spółka Jawna, Broniszew 71, 05 - 610 Goszczyn (dalej również jako Odwołujący) o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Badura Studio Sp. z o.o.

W dniu 27.05.2019 r. ww. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

- niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) czynności oceny i badania ofert;

- niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Badura Studio Sp. z o.o. (dalej „Badura”), pomimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu;

- zaniechania wykluczenia wykonawcy Badura z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego i wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Badura, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Badura;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12,16 i 17 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Badura z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie

wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Badura, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;

jako zarzut ewentualny na wypadek nieuznania zarzutu wskazanego w pkt 2 i 3 powyżej:

4. art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec wykonawcy Badura w związku z niewykazaniem spełniania warunków udziałów w postępowaniu oraz niewykazania, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert,
- wykluczenia wykonawcy Badura z postępowania,
- odrzucenia oferty wykonawcy Badura,
- z ostrożności procesowej - wezwania wykonawcy Badura do uzupełnienia dokumentów,
- dokonania ponownej oceny ofert.

Uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że Zamawiający w dniu 21.02.2019 r. wybrał ofertę Badura jako najkorzystniejszą. Odwołujący - po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania - wniósł w dniu 4.03.2019 r. odwołanie na czynność wyboru, wnosząc o unieważnienie czynności wyboru oraz wykluczenie wykonawcy Badura i odrzucenie jego oferty. Zamawiający w dniu 11.03.2019 roku unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 21 lutego 2019 roku. Zamawiający w dniu 12.03.2019 roku w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił odwołanie w części, tj. w zakresie:

- a) braku złożenia dokumentu potwierdzającego, że system zarządzania jakością spełnia wymagania zawarte w AQAP 2110 Wydanie D seria 1;
- b) braku wykazania doświadczenia spełniającego warunki określone w SIWZ.

W uzasadnieniu swej decyzji Zamawiający wskazał: „zasadne i niezbędne jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 6 oraz wykonanie dalszych czynności przez Zamawiającego, w szczególności wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów złożonych przez Przystępującego”. Posiedzenie i rozprawa przed KIO odbyły się 13.03.2019 r. Przystępujący Badura oświadczył na posiedzeniu, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w części. Odwołujący na posiedzeniu cofnął zarzut w zakresie

zarzutu dotyczącego wykonania przedmiotu zamówienia siłami własnymi. KIO wyrokiem z 15.03.2019 roku, sygn. akt KIO 374/19 umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego oraz zarzutu cofniętego. W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone - Izba wskazała, że „Z pierwszego z przywołanych przepisów wynika, że odwołanie musi być skierowane wobec konkretnej czynności lub zaniechania Zamawiającego. Innymi słowy na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Z drugiego z przywołanych przepisów wynika natomiast, że Izba wydając wyrok zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a więc istniejący na moment zamknięcia rozprawy. Dostrzeżenia wymaga, że obowiązujące przepisy Pzp nie znają instytucji zawieszenia postępowania w odniesieniu do zaskarżonych czynności i zaniechań zamawiającego. Powyższe oznacza, że zamawiający, pomimo wniesienia odwołania, może dokonywać w postępowaniu dalszych czynności o charakterze materialnoprawnym, w tym również takich, które niweczą lub znoszą skutki poprzednich czynności, nie wykluczając czynności/zaniechań zaskarżonych w odwołaniu. Powyższe nie zwalnia Izby od konieczności rozpoznania odwołania w sytuacji, gdy odwołujący w dalszym ciągu je popiera. Jednakże z mocy art. 191 ust 2 ustawy Pzp izba przy wyrokowaniu zobowiązana jest wziąć pod uwagę stan istniejący na moment wyrokowania. W takiej sytuacji elementem, który Izba musi ocenić jest to, czy substrat zaskarżenia istnieje na moment wyrokowania w sprawie.”

Odwołujący z powyższego wywodzi, że podstawą oddalenia odwołania było wyłącznie brzmienie art. 191 ust. 2 ustawy Pzp i fakt unieważnienia przez Zamawiającego w dniu 11.03.2019 r. samej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazuje, że Izba w ogóle nie rozpatrywała merytorycznie zarzutów, gdyż na dzień orzekania nie istniał substrat - tj. czynność Zamawiającego w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej. Dalej informuje, że Zamawiający w dniu 8.04.2019 r. dokonał ponownego wyboru oferty wykonawcy Badura jako najkorzystniejszej. Odwołujący, mając na uwadze wyrok KIO 374/19, wniósł w dniu 18.04.2019 r. odwołanie od tej czynności oraz ponownego zaniechania odrzucenia i wykluczenia. Odwołujący powołuje, że w dokumentacji postępowania znajduje się opinia prawna z datą 24.04.2019 r., zgodnie z którą:

- a) wykonawca Badura nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu - przedstawione dokumenty dotyczą wyłącznie usługi wtrysku, a nie dostaw obuwia (jako całości procesu produkcyjnego), brak jest dokumentów dla usługi objętej 17 nieprzedłożonymi fakturami;
- b) należy wystąpić do wykonawcy Badura o wyjaśnienia, jaka usługa była przedmiotem nieprzedłożonych 17 faktur;

c) jeśli okaże się, że przedmiotem tych 17 faktur też była usługa wtrysku - należy wezwać wykonawcę Badura do złożenia nowego wykazu dostaw.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w wyniku wniesionego odwołania w dniu 25.04.2019 r. „anulował wybór oferty najkorzystniejszej”. W związku z taką czynnością Zamawiającego, wobec też wyroku KIO 374/19 o niemożliwości rozpatrywania zarzutów wobec braku na dzień wyrokowania substratu zaskarżenia, tj. braku zaskarżonej czynności - Odwołujący cofnął odwołanie. W dniu 26.04.2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Badura na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia, „co było przedmiotem 17 faktur”, wnosząc o przesłanie tych faktur. W dniu 6.05.2019 r. wykonawca Badura złożył wyjaśnienia w których wskazał, że przedmiotem 17 faktur były dostawy obuwia, jednocześnie podając, że faktury zostały opisane jako „usługa wtrysku butów” lub „ćwiekowanie”. Ponadto Badura uzupełnił Wykaz dostaw zawarty w JEDZ o usługę „dostawy obuwia dla służb mundurowych” wykonana w latach 2016-2018 na rzecz Badura S.A., dołączając referencję z dnia 2.05.2019 r. W referencji wskazano, że Badura S.A. dostarczyła to obuwie do końcowych odbiorców. W dniu 16.05.2019 r. Zamawiający zwrócił się do Badura S.A. z prośbą o wyjaśnienia, czy Badura Studio Sp. z o.o. zrealizowała na rzecz Badura S.A. „dostawę różnego rodzaju obuwia dla służb mundurowych na kwotę przekraczającą 250.000 zł, czy wykonała wyłącznie usługę wtrysku”. Badura S.A. w tym samym dniu potwierdziła, że wskazana usługa obejmuje „wyprodukowanie całego obuwia”. W dniu 17.05.2019 r. Zamawiający trzeci raz wybrał ofertę wykonawcy Badura jako najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazuje, że do tej pory nie podlegała badaniu przez KIO żadna czynność Zamawiającego w postaci wyboru oferty wykonawcy Badura jako najkorzystniejszej. Powołuje, że tak też wskazała Izba w przedmiotowym wyroku KIO 374/19, a ponadto w sprawie zaistniały nowe okoliczności.

Odnosnie zaświadczenia wydanego przez podmiot uprawniony do kontroli jakości, tj. WOBWSM w Łodzi tj. naruszenia art. 24 ust 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Badura z postępowania, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd, przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Badura, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wskazuje, że w SIWZ w Rozdziale VI „Wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” Zamawiający w pkt 6 lit. j) (str. 9-10 SIWZ) postanowił, że wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona w zakresie zadania 6 wezwie do złożenia zaświadczenia wydanego przez WOBWSM w Łodzi i dla zadania 6 jest to:

„aktualne zaświadczenie (z datą wystawienia późniejszą od daty zatwierdzenia WDTT 916/MON przez Komendanta Wojskowego Ośrodka Badawczo - Wdrożeniowego Służby Mundurowej) wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (WOBWSM w Łodzi) potwierdzające, iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez Zamawiającego specyfikacjom technicznym". Odwołujący wskazuje, że dokument ten miał być złożony w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Złożenie ofert miało miejsce w dniu 9.01.2019 r. Wraz z ofertą wykonawca Badura złożył JEDZ, w którym w Części C „Zdolność techniczna i zawodowa" w pkt 12 (str. 15 JEDZ) potwierdził, że może przedstawić wymagane zaświadczenia sporządzone przez urzędowe instytuty lub agencje kontroli jakości o uznanych kompetencjach, potwierdzające zgodność produktów poprzez wyraźne odniesienie do specyfikacji technicznych lub norm, które zostały określone w stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Potwierdzeniem w tym zakresie jest zaświadczenie wskazane powyżej. Odwołujący podnosi, że w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 23.01.2019 r. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca Badura nie przedstawił przedmiotowego zaświadczenia. Zamawiający wezwał wykonawcę Badurę w dniu 7.02.2019 r. do uzupełnienia zaświadczenia. W odpowiedzi wykonawca Badura przedstawił zaświadczenie Wojskowego Ośrodka Badawczo - Wdrożeniowego Służby Mundurowej wystawione w dniu 11.02.2019 roku - tj. ponad miesiąc po złożeniu w/w oświadczenia w JEDZ. Dalej Odwołujący wskazuje, że z treści zaświadczenia wynika, że wykonawca Badura w tej dacie dopiero pierwszy raz pozyskał takie zaświadczenie, co wynika z faktu, że nie jest to „aktualizacja" (słowo skreślone na zaświadczeniu), ale „potwierdzenie", tj. akceptacja wzoru, potwierdzenie, że wzór spełnia wymagania wskazane przez Zamawiającego.

Odwołujący z powyższego wywodzi, że wykonawca Badura podał w JEDZ informacje nie mające potwierdzenia w stanie faktycznym, pozostające w sprzeczności ze stanem faktycznym. Na dzień złożenia JEDZ wykonawca Badura nie mógł przedstawić wymaganego zaświadczenia. Wskazuje, że kwestia składania dokumentów w tzw. procedurze odwróconej tylko przesuwają termin ich składania, natomiast każdy wykonawca zobowiązany jest spełniać warunki określone w części C „Zdolność techniczna i zawodowa" JEDZ na dzień składania ofert i JEDZ. Tymczasem wykonawca Badura dokumentów takich nie posiadał i mając świadomość takiego braku, podał w JEDZ informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Odwołujący podnosi, że kwestia konieczności posiadania odpowiedniego zaświadczenia na dzień składania ofert była przedmiotem orzeczenia KIO w wyroku z dnia 29.03.2017 r., sygn. akt KIO 470/17. Podnosi, że Izba badała analogiczną sytuację (dostawy na rzecz 2 Regionalnej Bazy Logistycznej elementów wyposażenia, dla produkcji których niezbędne jest posiadanie zaświadczeń wydawanych przez WOBWSM)

i stwierdziła, że oświadczenie składane w JEDZ odnośnie posiadania takich zaświadczeń może być złożone tylko na podstawie dokumentów istniejących w dacie składania oświadczenia. Odwołujący zaznacza, że obowiązek posiadania przez wykonawców zaświadczeń wydawanych przez WOBWSM jest standardem, obowiązującym u Zamawiającego i innych podobnych Zamawiających (np. 2 Regionalna Baza Logistyczna) od lat i nie kwestionowanym co do zasady przez przedsiębiorców dostarczających na rzecz wojska elementy wyposażenia. Wskazuje, że w poprzednim stanie prawnym, przed wprowadzeniem procedury odwróconej, obowiązek posiadania i przedłożenia przedmiotowego zaświadczenia aktualizował się na dzień składania ofert. Na potwierdzenie powołuje wyrok KIO z 20.01.2016 r., KIO 16/16. Wywodzi, że procedura odwrócona zmieniła jedynie termin składania dokumentów, nie zmieniła zaś wymagań, jakie stawiane są wykonawcom, w tym w zakresie wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Powołuje się na wyrok KIO 1889/18, w którym Izba rozróżniła certyfikację wyprodukowanego obuwia - co ma miejsce po zawarciu umowy i wyprodukowaniu obuwia od konieczności posiadania przez wykonawcę zaświadczenia o zgodności obuwia z dokumentacją techniczną, które to zaświadczenie wykonawcy powinni posiadać na dzień złożenia oferty. Zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy Badura - wobec braku przedmiotowego zaświadczenia na dzień składania ofert - powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż przedmiotowe certyfikaty mają bowiem na celu umożliwienie weryfikacji pożądaných przez Zamawiającego cech i właściwości użytkowych przedmiotu zamówienia. Podnosi, że cechy te muszą istnieć na dzień składania oferty, a nie zaistnieć dopiero po ocenie oferty. Podkreśla, że zaświadczenie z WOBWSM wykonawca Badura uzyskał dopiero po uznaniu jego oferty za najkorzystniejszą, a zatem już po zakończeniu badania zgodności oferty z postanowieniami SIWZ. Odwołujący wskazuje na stanowisko KIO odnośnie wagi i celu instytucji próbki, które jego Zdaniem powinno być zastosowane także do certyfikatów - gdyż obie te instytucje składane są w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego (§ 13 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia), wyrażone w wyroku KIO 442/18 z 27.03.2018 r.

Odwołujący podnosi, że z powyższego wynika, iż wykonawca Badura nie posiadał na dzień złożenia ofert i złożenia odpowiedniego oświadczenia w JEDZ przedmiotowego certyfikatu - brak posiadania tego dokumentu na dzień składania ofert jest bezsporny. Jednocześnie wykonawca Badura złożył w JEDZ oświadczenie, z którego wynika, że dokumenty takie posiada. Tym samym zdaniem Odwołującego wykonawca Badura podał informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które miały wpływ na wynik postępowania - gdyby bowiem wykonawca Badura w Części C „Zdolność techniczna i zawodowa” w pkt 12

zaznaczył zgodnie ze stanem faktycznym „nie” - to oferta jego nie została oceniona jako najkorzystniejsza.

W zakresie spełnienia się przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Odwołujący wskazuje, że działanie wykonawcy Badura było działaniem realizującym poziom winy wskazany w tym przepisie, Zdaniem Odwołującego wykonawca Badura złożył nieprawdziwe oświadczenie w JEDZ co najmniej w wyniku lekkomyślności czy też niedbalstwa. Wywodzi, że można uznać, że wykonawca Badura świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd, gdyż doskonale wiedział, że na dzień składania ofert nie posiada dokumentów odnośnie których złożył w JEDZ oświadczenie, że je posiada. Odwołujący podkreśla, że wykonawca Badura nie dołożył żadnego komentarza czy też adnotacji o tym, że dokumentów tych przedłożyć nie może, ale przewiduje, że w przyszłości będzie mógł je przedłożyć.

Na wypadek nieuznania przez Izbę, że wykonawca Badura podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu - Odwołujący wskazuje z ostrożności procesowej, że wykonawca Badura powinien zostać wezwany do uzupełnienia aktualnego zaświadczenia (z datą wystawienia późniejszą od daty zatwierdzenia WDTT 916/MON przez Komendanta Wojskowego Ośrodka Badawczo - Wdrożeniowego Służby Mundurowej) wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (WOBWSM w Łodzi) potwierdzającego, iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada, określonym przez Zamawiającego specyfikacjom technicznym, przy czym aktualność zaświadczenia powinna być badana na dzień składania ofert i na dzień złożenia oświadczenia w JEDZ Część C „Zdolność techniczna i zawodowa” w pkt 12 str. 15 JEDZ - gdzie wykonawca Badura potwierdził, że może przedstawić wymagane zaświadczenia sporządzone przez urzędowe instytucje lub agencje kontroli jakości o uznanych kompetencjach, potwierdzające zgodność produktów poprzez wyraźne odniesienie do specyfikacji technicznych lub norm, które zostały określone w stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia.

Ad naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12,16 i 17 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Badura z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu – dot. wykazu usług, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego i nieuprawnionego złożenia przez Badura uzupełnionego Wykazu dostaw, pomimo braku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Odwołujący informuje, że w SIWZ w Rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia” Zamawiający w pkt 1 ppkt 2) (str. 4 SIWZ) wymagał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem dostaw odpowiadającym swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Zamawiający wskazał wyraźnie, iż za dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia dla wszystkich zadań zostaną uznane dostawy różnego rodzaju obuwia dla służb mundurowych o wartości łącznej dla zadania 6 nie mniejszej niż 214.100 złotych. Zamawiający wymagał podania wykazu usług już w JEDZ w Części C „Zdolność techniczna i zawodowa”. Wykonawca Badura w ofercie wskazał w JEDZ 2 dostawy: a) wykonaną w latach 2016 - 2018 dla Stump&Baier GmbH; b) wykonaną w latach 2017 - 2018 dla Prospecto GmbH. W wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca Badura przedstawił jako dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług: a) dla Stump&Baier GmbH - umowę podwykonawczą; b) dla Prospecto GmbH - dokument wystawiony przez Prospecto GmbH. Odwołujący wskazuje, że oba te dokumenty dotyczyły podmiotu innego niż wykonawca Badura - a mianowicie spółki Badura S.A., która nie składała oferty w niniejszym postępowaniu. Wobec powyższego Zamawiający w dniu 7.02.2019 r. wezwał wykonawcę Badura do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, wskazując, że spółka Badura S.A. nie jest uczestnikiem postępowania. Zamawiający wystosował w dniu 13.02.2019 r. kolejne wezwanie do wyjaśnień, zawierające szereg kolejnych wątpliwości Zamawiającego. W odpowiedzi wykonawca Badura przedstawił, celem wykazania, że dostawy były wykonywane przez Badura Studio Sp. z o.o. a nie przez Badura S.A. przedłożył szereg faktur. Odwołujący podnosi, że z faktur tych wynika zakres usługi, jaką wykonawca Badura (Badura Studio Sp. z o.o.) wykonał na rzecz Bernhard Stump & Siegfried Baier Gessellschaft fur personenbezogene Schutzausrustungen GmbH oraz Prospecto GmbH. Zdaniem Odwołującego z treści faktur wyraźnie wynika, że wykonawca Badura nie wykonał dostaw różnego rodzaju obuwia dla służb mundurowych, ale jedynie świadczył na rzecz nabywcy usługę: „Usługa wtrysku / wtrysk butów”. Podnosi, że zakres usługi wynika wprost z treści przedłożonych faktur, zatem wykonawca Badura podał w JEDZ informacje nieprawdziwe, wprowadzające Zamawiającego w błąd. Odwołujący wskazuje, że zakres wykonanej usługi wynika też z treści referencji wystawionej przez Prospecto GmbH (i to zarówno tej wystawionej na Badura S.A., jak i na Badura Studio Sp. z o.o.) gdzie w treści listu referencyjnego wskazano: *„W niniejszym zamówieniu musieliśmy umocować gumową zewnętrzną podeszwę do skórzanej/tekstylnej cholewki przy użyciu wtrysku poliuretanowego”*. Odwołujący wywodzi, że nawet treść listu referencyjnego potwierdza, że wykonawca Badura wykonał tylko jeden z elementów cyklu produkcyjnego obuwia - tj. wykonał usługę wtrysku – która jest elementem cyklu produkcyjnego, ale nie realizuje całości cyklu. Z tego wywodzi, że usługa ta nie może zostać uznana za dostawę

referencyjną zgodnie z SIWZ. Podkreśla, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia - przedmiotem zamówienia nie jest sama usługa wtrysku, a tylko wykonaniem tylko takiej usługi wykazał się wykonawca Badura. Odwołujący podnosi, że na zakres wykonanej usługi wskazuje między innymi cena - za każdą parę butów wykonawca Badura otrzymywał od swoich niemieckich kontrahentów odpowiednio:

a) od firmy Prospecto GmbH - kwotę 5,80 euro: przykładowo za wtrysk dla 6.300 par butów zgodnie z fakturą z 20.10.2017r. otrzymał 36.540 euro, 5,80 euro za 1 parę;

b) od firmy Stumpp&Baier-kwotę 4,25 euro: przykładowo za wtrysk dla 3.024 par butów zgodnie z fakturą z 23.01.2019 r. otrzymał 12.582 euro, 4,25 euro za 1 parę.

W przeliczeniu na złote polskie kwota, jaką wykonawca Badura otrzymywał za usługę dotyczącą 1 pary butów, nie przekraczała 25 złotych za 1 parę butów. Odwołujący zaznacza, że w tym postępowaniu wykonawca Badura zaoferował cenę w tym postępowaniu w wysokości 159 złotych netto za 1 parę. Już sama ta różnica wskazuje wprost, że usługa referencyjna nie jest usługą na dostawę butów, ale jest tylko jedną z usług w cyklu produkcyjnym.

Dalej Odwołujący podnosi, że wątpliwości wywołuje również odbiorca zamówienia realizowanego na rzecz Prospecto GmbH - wykonawca Badura w piśmie z dnia 18.02.2019 r. wskazał, że „Firma Badura Studio realizowała dostawy obuwia bojowego dla firmy Prospecto GmbH, ta natomiast dla niemieckich służb mundurowych”. Tymczasem w referencji wystawionej z datą 09.01.2019 r. przez Prospecto GmbH wskazano „Projekt był przeznaczony na eksport na podstawie sptywnej umowy dotyczącej terminów dostawy, jakości i ilości”. Z tego Odwołujący wywodzi, że wykonawca Badura kolejny raz podał nieprawdziwe informacje w swoim oświadczeniu - wskazując, że odbiorcą zamówienia były „niemieckie służby mundurowe”. Firma Prospecto GmbH złożyła oświadczenie przeciwne, wskazując, że był to projekt eksportowy.

Zamawiający w dniu 29.03.2019 r. wezwał wykonawcę Badura w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotowej dostawy - w wezwaniu Zamawiający wskazał, że przedłożone przez wykonawcę Badura dokumenty potwierdzają wykonanie jedynie usługi wtrysku, tj. usługi umocowania gumowej podeszwy do cholewki przy użyciu wtrysku poliuretanowego. W odpowiedzi wykonawca Badura złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że „dostawy wykazane w Wykazie dostaw, są dostawami w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy Pzp” i przedstawił 2 identyczne w treści dokumenty od w/w firm niemieckich, w których wskazano, że spółka Badura Studio Sp. z o.o. „dostarczyła pomiędzy 2017 a 2018 obuwie dla służb mundurowych”. Zdaniem Odwołującego zaświadczenia te zostały przygotowane przez wykonawcę Badura (identyczna treść obu zaświadczeń) wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania. Odwołujący wiąże

z tym treść zaświadczeń, wskazujących na „dostarczenie” obuwia, bez wskazywania na zakres prac wykonanych przez wykonawcę Badura. Podkreśla, że oba nowe zaświadczenia nie zmieniają treści wszystkich wcześniej przedłożonych dokumentów. Tymczasem - jak wskazano powyżej - z dokumentów tych bezspornie wynika, że wykonawca Badura wykonał jedynie usługę wtrysku. Podnosi, że wykonawca Badura nie przedstawił żadnych dokumentów, które potwierdzałyby inny zakres wykonanych prac, w tym - nie przedstawił dokumentów, w których obie w/w firmy zmieniałyby swoje wcześniejsze oświadczenia co do zakresu prac zleconych wykonawcy Badura. Odwołujący wskazuje, że kluczowe w tym zakresie są faktury przedstawione przez wykonawcę Badura - w dokumentach tych wykonawca Badura wyraźnie wskazał, jaką usługę wykonał i z jakiego tytułu należy mu się wynagrodzenie.

Odwołujący informuje, że wszystkie powyższe okoliczności podnosił w poprzednich odwołaniach. Wskazuje, że Zamawiający po drugim odwołaniu zajął stanowisko zgodne z Odwołującym odnośnie zakresu wskazanej usługi - w zalegającej w dokumentacji postępowania opinii prawnej z dnia 24.04.2019 r. wskazano, że wykonawca Badura nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu - przedstawione dokumenty dotyczą wyłącznie usługi wtrysku, a nie dostaw obuwia (jako całości procesu produkcyjnego). Tym samym Zamawiający potwierdził słuszność zarzutu podnoszonego przez Odwołującego. Z powyższego wywodzi, że wykonawca Badura wprowadził Zamawiającego w błąd, wskazując w JEDZ, że usługi wykonane na rzecz Prospecto GmbH i Stumpp&Baier GmbH były usługami dostawy obuwia - podczas gdy dokumenty przedstawione przez samego wykonawcę Badura potwierdzają inny zakres usług (wyłącznie usługa wtrysku). Odwołujący podkreśla, że zakres usługi wynika wprost w treści faktury, dokumentu, którego wykonawca Badura nie był zobowiązany przedstawić, ale złożył z własnej inicjatywy - zatem nie może obecnie wskazywać, że opis na fakturze jest niewłaściwy. Do uznania takiego twierdzenia za skuteczne niezbędne byłoby dokonanie korekty wszystkich złożonych faktur, zaś korekta taka musiałaby być dokonana zgodnie z przepisami prawa podatkowego polskiego i niemieckiego. Podnosi, że przedstawienie nowego wykazu dostaw pomimo braku wezwania do uzupełnienia, czyli - przedstawienie takiego nowego wykazu wyłącznie z własnej inicjatywy wykonawcy Badura, potwierdza zasadność przedmiotowego zarzutu. Zdaniem Odwołującego wykonawca Badura takim swoim zachowaniem potwierdził, że pierwotny wykaz dostaw zawiera informacje sprzeczne ze stanem faktycznym i próbował zastąpić go innym, nowym wykazem. Odwołujący powołuje się na ww. opinię prawną Zamawiającego, z której wywodzi, że niesporne jest pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, że w wykazie dostaw wykonawca Badura wskazał informacje, które nie mają potwierdzenia w rzeczywistości, a wręcz - twierdzenia zawarte w JEDZ są sprzeczne z dokumentami przedstawionymi przez wykonawcę Badura (treść

faktur). Wskazuje, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego jest oczywiste - Zamawiający na podstawie informacji zawartych w JEDZ dwukrotnie uznał ofertę Badura za ofertę najkorzystniejszą. Podnosi, że dopiero po drugim odwołaniu Zamawiający zmienił zdanie i uznał, że podane w JEDZ informacje nie potwierdzają spełniania warunku. Zatem wcześniej Zamawiający został wprowadzony w błąd i w takim stanie błędu dokonał dwukrotnie czynności oceny ofert. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wezwał wykonawcę Badura tylko o wyjaśnienia, a zatem tylko otrzymane wyjaśnienia powinien oceniać. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia nie wykazały, że wykonawca spełnia warunki udziału oraz nie wykazały prawdziwości twierdzeń zawartych w JEDZ i tym samym Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę Badura.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający, zamiast wykluczyć wykonawcę Badura z postępowania - uznał, iż poprzez przedstawienie nowego wykazu dostaw Badura potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Informuje, że wykonawca Badura przedstawił nową usługę - dostawę wykonaną w latach 2016-2018 na rzecz Badura S.A. Odwołujący uważa, że usługa taka nie została wykonana, zaś przedmiotowa referencja nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym. Twierdzenia takie Odwołujący opiera na następujących przesłankach:

- a) referencja wystawiona jest przez podmiot powiązany, spółkę Badura S.A. - takie referencje, wystawiane w obrębie tej samej Grupy Kapitałowej zdaniem Odwołującego powinny być przedmiotem szczegółowej analizy,
- b) zgodnie z oświadczeniami zawartymi w sprawozdaniach finansowych Spółka Badura S.A. zajmuje się sprzedażą detaliczną w sieci sklepów firmowych, zaś wykonawca Badura zajmuje się produkcją obuwia i sprzedażą hurtową. Wobec takiego podziału zadań w ramach grupy kapitałowej wątpliwe jest, aby podmiot odpowiedzialny za sieć sklepów firmowych zajmował się dostawami na rzecz służb mundurowych,
- c) w sprawozdaniach finansowych i sprawozdaniach zarządu żadna ze spółek nie wskazała na dostawy na rzecz służb mundurowych - w szczególności Badura S.A. w swoim sprawozdaniu wskazuje na prowadzenie działalności wyłącznie w zakresie sieci sklepów detalicznych,
- d) Odwołujący monitoruje rynek dostaw na rzecz służb mundurowych - według najlepszej wiedzy Odwołującego spółka Badura S.A. nie dostarczała obuwia na rzecz służb mundurowych,
- e) jeżeli Badura S.A. w 2017 r. dokonywała dostaw na rzecz podmiotów, które wykazuje w ofercie, jako doświadczenie Badura Studio Sp. z o.o., to zaskakującym jest fakt, że w sprawozdaniach finansowych - vide: Wiersz A tiret 1 f-) Rachunku Zysków i Strat Badura S.A. nie wykazuje żadnych przychodów od jednostek powiązanych, czyli od Badura Studio Sp. z o.o.. a Badura Studio Sp. z o.o. od Badura S.A. vide: wiersz A tiret 1 (-) RZiS Badura

Studio Sp. z o.o.). Zatem w 2017 r., jak Badura S.A. sprzedawała obuwie, to nie było ono produkowane w całości, ani w części przez Badura Studio Sp. z o.o. - zatem można zasadnie twierdzić, że usługi wykonywane przez Badura Studio Sp. z o.o. na rzecz w/w niemieckich podmiotów, to były jednostkowe zlecenia, a nie prace w jakikolwiek sposób powiązane z dostawami Badura S.A. - a na to Badura S.A, przedstawiła referencje z dnia 2.09.2019 r.

Dalej Odwołujący wskazuje, że zgodnie z najnowszą linią orzecniczą KIO wykonawca wzywany o wyjaśnienia ma obowiązek przedstawić dokumenty, które wątpliwości Zamawiającego rozwiewają. Powołuje się na wyrok KIO z 2.11.2018 r., KIO 2061/18. Wobec poważnych wątpliwości co do zakresu i realności wskazywanych dostaw - Odwołujący wnosi o zobowiązanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wykonawcy Badura do przedstawienia dokumentów prawnych i finansowo-księgowych potwierdzających wykonanie przedmiotowych dostaw tj. umów i faktur dotyczących wskazywanej dostaw oraz spółki Badura S.A. do przedstawienia dokumentów potwierdzających, że obuwie objęte referencją z dnia 2.05.2019 r. zostały dostarczone bezpośrednio do odbiorców końcowych, będących służbami mundurowymi.

Zdaniem Odwołującego wskazane przez wykonawcę Badura dostawy wykonane na rzecz Badura S.A. nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu - Zamawiający miał wątpliwości wobec tej dostawy, czego wyraz dał zwracając się do Badura S.A. o wyjaśnienia. Odwołujący podnosi, że otrzymane w odpowiedzi oświadczenie Badura S.A. jest enigmatyczne, nie wskazuje na żadne konkrety - w szczególności nie wiadomo, jakie właściwie służby mundurowe miałyby być końcowymi odbiorcami rzekomych dostaw.

Z ostrożności procesowej, w przypadku uznania przez Izbę, że wykonawca Badura nie podlega wykluczeniu a jego oferta nie podlega odrzuceniu - Odwołujący wskazuje, że wykonawca Badura powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Wywodzi, że złożenie takiego uzupełnionego wykazu w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień jest niedopuszczalne. Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie powinien oceniać oferty wykonawcy Badura z uwzględnieniem dokumentów innych, niż złożone w dniu złożenia ofert lub następnie-w zakresie wystosowanych wezwań, a Zamawiający nie wzywał jeszcze wykonawcy Badura do uzupełnienia Wykazu dostaw.

W dniu 10.06.2019 r., Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, a w dniu 14.06.2019 r. jej uzupełnienie, w których to pismo uwzględnił zarzuty naruszenia art. 24 ust. 16 i 17 ustawy Pzp w jakim odnosił się on do wykazu wykonanych dostaw złożonego przez Przystępującego, jak również naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Wniósł o oddalenie

zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 24 ust. 17 ustawy Pzp – tj. zarzutów odnoszących się zaświadczenia WOBWSM.

Ponadto Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, z uwagi na okoliczność, iż upłynął już termin związania ofertą jak również straciła ważność wniesiona przez Odwołującego gwarancja wadialna.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Badura Studio Sp. z o.o., który zgłosił sprzeciw od uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania w całości a także poparł wniosek Zamawiającego o stwierdzenie braku interesu we wniesieniu odwołania.

W toku rozprawy przed Izbą strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, załączonymi dowodami, odpowiedzią na odwołanie i pismami procesowymi, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, zgodnie z którym Odwołujący nie posiadał interesu we wniesieniu odwołania, gdyż termin związania jego ofertą upłynął, a gwarancja wadialna wygasła. Odnośnie kwestii braku związania ofertą, Izba uznała, iż w żaden sposób okoliczność ta nie wpływa na możliwość uzyskania zamówienia, a zatem również na uprawnienie do wniesienia odwołania od czynności Zamawiającego. Konkluzja taka podyktowana jest przede wszystkim brzmieniem przepisów ustawy Pzp, z których żaden nie stanowi, iż oferta nie może być wybrana po upływie terminu związania. Do terminu związania ofertą w kontekście jej odrzucenia odnosi się art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, który stanowi, że oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Brzmienie powołanego przepisu jednoznacznie wskazuje, że oferta podlega odrzuceniu, gdy wykonawca, wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą, nie wyrazi na to zgody – a zatem przejawia brak woli

dalszego związania ofertą. Takiej sytuacji nie można utożsamiać z upływem terminu związania ofertą, gdy Zamawiający nie wnioskował o jego przedłużenie. Zamawiający nie ma wówczas gwarancji, iż wykonawca w dalszym ciągu zainteresowany jest uzyskaniem zamówienia i zawarciem umowy, jednakże, jeżeli nie wnioskował o wydłużenie terminu związania ofertą, należy uznać, że godzi się na związane z tym ryzyko. Za nieuprawnione oraz sprzeczne z zasadą pewności prawa, jak również grożące naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania, należałoby uznać rozszerzanie przesłanek odrzucenia oferty na okoliczności nie wyrażone wprost w ustawie. Powyższe stanowisko jest również zgodne z postanowieniem TSUE z dnia 13.07.2017 r. wydanym w sprawie C-35/17.

Niezależnie od powyższego, należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wykonawca, który brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiada interes we wniesieniu odwołania, nawet jeżeli dążyłoby ono jedynie do unieważnienia postępowania, dopóki nie został on ostatecznie wykluczony z postępowania. Pogląd taki TSUE wyraził w wyroku z dnia 11.05.2017 r., w sprawie C-131/16, wskazując, że *„Wprawdzie Trybunał orzekł w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988, pkt 13–16, 31, 36), że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

Natomiast w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym wykonawcy Archus i Gama zaskarżyli decyzję o wykluczeniu ich oferty oraz decyzję o udzieleniu zamówienia, które zostały wydane jednocześnie, a więc nie można uznać, że zostali oni ostatecznie wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 93/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Trybunał zatem wprost rozróżnił sytuację wykonawców wykluczonych ostatecznie, tj. których wykluczenie zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem organu odwoławczego, od wykonawców co do których decyzja o wykluczeniu nie jest ostateczna. Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, należy zauważyć, że Odwołujący w ogóle jeszcze nie został wykluczony, a jego oferta nie została odrzucona, co za tym idzie – nie można stwierdzić, że nie posiada on interesu we wniesieniu odwołania. Również podnoszona przez

Zamawiającego i przystępującego okoliczność, iż oferta Odwołującego nie może zostać wybrana, z uwagi na upływ terminu związania ofertą oraz upływ ważności gwarancji wadialnej pozostaje bez wpływu na interes we wniesieniu odwołania, gdyż nie wpływa to w żaden sposób na przysługujący Odwołującemu status wykonawcy w tym postępowaniu. Zamawiający nie podjął żadnych czynności w stosunku do ww. oferty, zaś ustawa nie przewiduje wykluczenia wykonawcy z postępowania czy utraty ważności oferty („odrzućenia”) *ex lege*.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania i dokonała merytorycznej oceny jego zarzutów.

Przystępując do rozpoznania sprawy, Izba ustaliła przede wszystkim, że stan faktyczny sprawy w zakresie przebiegu postępowania przedstawiony w odwołaniu znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania i nie był pomiędzy stronami sporny, nie będzie zatem powtarzany.

Jednocześnie Izba wskazuje na następujące postanowienia SIWZ.

Zgodnie z punktem V.1.2 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej – *„Zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał doświadczenie w wykonywaniu dostaw będących przedmiotem zamówienia.*

Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał a przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonuje, dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (za dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia dla wszystkich zadań uznane będą dostawy różnego rodzaju obuwia dla służb mundurowych) o wartości łącznej nie mniejszej niż:

(...)

- dla zadania nr 6: 214 100,00 zł”.

W rozdziale VI SIWZ – *„Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia”, w pkt 6.j. Zamawiający określił, że „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp: (...) j) w celu potwierdzenia, że*

oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego: (...) – zaświadczenia wydane przez WOBWSM w Łodzi: - w zakresie zadania nr 6 - aktualne zaświadczenie (z datą wystawienia późniejszą od daty zatwierdzenia WDTT 916B/MON przez Komendanta Wojskowego Ośrodka Badawczo - Wdrożeniowego Służby Mundurowej) wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (WOBWSM w Łodzi) potwierdzające, iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez Zamawiającego specyfikacjom technicznym".

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

O kierunku niniejszego orzeczenia zadecydowało uznanie za zasadne zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wywodzonego ze podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji w pierwotnym wykazie wykonanych dostaw wskazanym w JEDZ, gdzie wskazano wykonanie dostaw na rzecz Prospecto GmbH i Stumpp&Baier GmbH.

Przystępujący Badura w przedmiotowym wykazie usług powołał się na usługi wykonane dla Prospecto GmbH i Stumpp&Baier GmbH, których przedmiotem, jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, była usługa wtrysku bezpośredniego obuwia. Na taki zakres usługi referencyjnej wskazują dokumenty złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie do przedstawienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw. W „Liście polecającym dostawy Prospecto GmbH” z dnia 9.01.2019 r. wystawca wskazał, że „W niniejszym zamówieniu musieliśmy umocować gumową zewnętrzną podeszwę do skórzanej/tekstylnej cholewki przy użyciu wtrysku poliuretanowego w 60 000 parach gładów.” Z kolei w „Umowie podwykonawczej Stumpp&Baier GmbH zawarto następujące postanowienia: „Zleceniodawca zleca podwykonawcy wtrysk bezpośredni butów wojskowych oraz wszystkich niezbędnych dalszych czynności aż do chwili gdy gotowy produkt będzie gotowy do wysyłki. Umowa obejmuje wtrysk bezpośredni, obcinanie krawędzi z gumy piankowej, wkładanie wkładek, sznurowanie, wykończenie, ostateczną kontrolę i pakowanie butów.

(...)

Części dostarczane przez zleceniodawcę:

- trwale wykończone i zabezpieczone cholewki,
- gumowe podeszwy,
- wkładki,
- sznurówki,

(...)

- kopyta, które muszą być używane aby wykonać umowę zgodnie z załącznikiem nr 2,
- formy wtrysku bezpośredniego, które muszą być użyte do wykonania umowy”.

Na dalszym etapie postępowania Przystępujący złożył „Poprawiony list z Prospecto” – z dnia 12.02.2019 r., w którym z kolei wskazano „*W niniejszym zamówieniu musieliśmy umocować gumową zewnętrzną podeszwę do skórzanej/tekstylnej cholewki przy użyciu wtrysku poliuretanowego w 59 000 parach obuwia bojowego dla służb mundurowych*”. Przystępujący przedstawił również faktury VAT wystawione za wykonane usługi dla Prospecto i Stumpp&Baier - jako symbol usługi określono „Usługa wtrysku”, jako nazwę – „wtrysk butów”.

W ocenie Izby powyżej opisane dokumenty pozwalają na jednoznaczne ustalenie, że przedmiotem usług wykonanych dla ww. kontrahentów niemieckich była usługa wtrysku obuwia, nie zaś dostaw gotowego obuwia. Do takiego zakresu usługi odnosi się ww. list polecający Prospecto, przedstawione przez Przystępującego faktury, a w szczególności umowa podwykonawcza z Stumpp&Baier, gdzie wprost określono, że m.in. gotowe cholewki, podeszwy dostarcza zleceniodawca. Co więcej, nawet formy do wtrysku i kopyta dostarczał zleceniodawca. Bez wpływu na powyższe ustalenia Izby pozostają referencje przedstawione wraz z wyjaśnieniami z dnia 1.04.2019 r., w których ww. kontrahenci niemieccy oświadczyli, że „*spółka Badura Studio Sp. z o.o. (Polska) z sukcesem dostarczyła pomiędzy 2017 a 2018 obuwie dla służb mundurowych*” (Prospecto) i że „*spółka Badura Studio Sp. z o.o. (Polska) z sukcesem dostarczyła pomiędzy 2016 a 2018 obuwie dla służb mundurowych*” (Stumpp&Baier). Owe referencje, złożone po pojawieniu się u Zamawiającego wątpliwości co do zakresu usług referencyjnych, są w treści bardzo ogólne i nie sposób uznać, by podważały uprzednio składane dokumenty – umowę podwykonawczą, faktury, jak również dużo bardziej rozbudowany list polecający. Należy uznać, że rzeczony referencje odnoszą się do usług o takim samym zakresie jak wykazywano wcześniej – tj. wtrysku obuwia, zaś różnica w określeniu wykonanej usługi wynikała z potrzeb Przystępującego, w sytuacji gdy Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień zasugerował, że wykonanie wtrysku bezpośredniego nie stanowiło dostaw w rozumieniu ustawy Pzp. Ustalenie takie koresponduje z argumentacją Przystępującego, który podkreślał, że proces wtrysku obuwia jest procesem kluczowym, którego wynikiem jest gotowy produkt. W ocenie Izby nie jest możliwym utożsamienie doświadczenia zdobytego w ramach wykonania usługi wtrysku obuwia z doświadczeniem wynikającym z wykonania dostaw obuwia. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego należy uznać, że proces wtrysku jest jednym z etapów produkcji obuwia, niewątpliwie istotnym, niemniej jednak nie tożsamym z wyprodukowaniem gotowego buta i jego dostawą. Taka ocena pozostaje w zgodzie również z materiałem dowodowym przedstawionym przez Przystępującego – tj. Opisem patentowym „Sposób wytwarzania obuwia oraz narzędzie do wytwarzania obuwia”, który wynalazł i uprawnionym z patentu był

Odwołujący. Jakkolwiek w zamieszczonym tam opisie wynalazku rzeczywiście zaznaczono, iż ostatnim etapem wytwarzania obuwia jest „znięcie z wtryskarki gotowego wyrobu obuwia”, tak wskazano również, że w pierwszym etapie „zakłada się cholewki na kopyta wtryskarki”. Z tego wywieść należy, że przed dokonaniem wtrysku koniecznym jest przynajmniej wykonanie cholewki – co koresponduje z ww. umową podwykonawczą z Stumpp&Baier, gdzie cholewki osobno dostarczał zleceniodawca. Nie można zatem uznać, że podmiot odpowiedzialny za wtrysk obuwia jest jego wytwórcą, a wykonanie wtrysku równa się dostawie obuwia. Odnosząc się do stanowiska Przystępującego wyrażonego w toku rozprawy, zgodnie z którym nie można wymagać, by producent obuwia był jednocześnie producentem wszystkich półproduktów, jak skóra czy guma, należy uznać, pomimo jego zasadności, że nie przystaje do realiów sprawy. Twierdzenia Odwołującego nie odnosiły się bowiem do surowców – bowiem tak należy określić gumę i skórę, a jednego z dwóch podstawowych elementów buta – cholewki. Wobec powyższego nie można stwierdzić, że poprzez wykonanie usługi wtrysku – polegającej na łączeniu cholewki z podeszwą Przystępujący zdobył doświadczenie polegające na wykonaniu dostaw obuwia.

W konkluzji dokonanych ustaleń wymaga stwierdzenia, że Przystępujący, podając w wykazie wykonanych dostaw dwie usługi wtrysku obuwia, wprowadził Zamawiającego w błąd, wobec czego zaktualizowała się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że wykluczeniu podlega m.in. wykonawca który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W ocenie Izby zachowanie Przystępującego miało charakter zamierzonego działania bądź rażącego niedbalstwa - miał on bowiem świadomość, że przedmiotem usług wykonanych dla ww. kontrahentów niemieckich nie były dostawy, a jedynie usługi wtrysku obuwia. Jednocześnie wykluczyć należy, że powołanie tych usług było konsekwencją np. błędnie odczytanego czy nieostrego warunku udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu nie zgłaszano uwag ani pytań do SIWZ w zakresie warunku, zatem nie był on kwestionowany i nie budził wątpliwości. Również w ocenie Izby warunek został opisany klarownie i jednoznacznie. Jak Izba ustaliła powyżej, nie jest możliwym utożsamienie wykonania wtrysku obuwia z jego dostawą, czego Przystępujący jako podmiot profesjonalnie działający na rynku obuwniczym, winien mieć pełną świadomość – zatem powołanie się taką usługę miało charakter celowego działania – celem uzyskania zamówienia lub przynajmniej rażącego niedbalstwa. Uznać należy, że zaszła również przesłanka wprowadzenia w błąd Zamawiającego – dwukrotnie bowiem, w oparciu m.in. o przedmiotowy wykaz usług, wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą – zatem uznał, że spełniał on warunki udziału w postępowaniu. Decyzja Zamawiającego była oparta o nieprawdziwe informacje zawarte

w wykazie wykonanych dostaw, bowiem powołane usługi nie stanowiły dostaw, zgodnie z postawionym warunkiem.

Mając powyższe na uwadze, należało uznać, że Przystępujący Badura podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, wobec czego Izba orzekła jak w punkcie pierwszym sentencji.

Ad zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w związku z powołaniem się na dostawy wykonane dla Badura S.A.

Przedmiotowy zarzut Izba uznała za nieudowodniony. Odwołujący powołał się jedynie na sprawozdania finansowe i sprawozdania zarządu Przystępującego i Badura S.A. Wywodził, że w sprawozdaniach finansowych ani Badura Studio Sp. z o.o. ani Badura S.A. nie wykazały przychodów od jednostek powiązanych, zatem nie wykonywały dostaw na swoją rzecz. Podnosił również, że w ww. sprawozdaniach żadna ze spółek nie wykazała dostaw na rzecz służb mundurowych, a Badura S.A. w sprawozdaniach wskazuje na prowadzenie działalności wyłącznie w zakresie sieci sklepów detalicznych.

W ocenie Izby na podstawie powołanych przez Odwołującego dowodów nie można stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Sposób prowadzenia rozliczeń i ujmowania ewentualnych przepływów pomiędzy podmiotami powiązanych w sprawozdaniach finansowych pozostaje poza kognicją Izby, a z samego braku wskazania takich przepływów nie można wywieść, że rzeczony dostawy nie miały miejsca. Odnosząc się do detalicznego charakteru prowadzonej przez Badura S.A. działalności, należy zauważyć, że zgodnie z „Informacją dodatkową Wprowadzenie do sprawozdania finansowego spółki akcyjnej Badura” z 28.03.2018 r. – jako przedmiot działania spółki wskazano m.in. sprzedaż hurtową odzieży i obuwia. Za nieudowodnione zatem należy uznać twierdzenia o braku możliwości, ażeby Przystępujący wykonał dla Badura S.A. dostaw obuwia, których finalnym odbiorcą były służby mundurowe. Wobec powyższego Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Ad zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, opartych o okoliczności dotyczące przedłożenia przez Przystępującego zaświadczenia Wojskowego Ośrodka Badawczo – Wdrożeniowego Służby Mundurowej wydanego po dacie składania ofert.

Przedmiotowe zarzuty Izba uznała za bezpodstawne. Odwołujący wywodził, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, oświadczając w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, że jest w stanie przedłożyć zaświadczenie wydane przez ww. ośrodek, określone w pkt VI.6.j SIWZ, pomimo, iż na dzień składania ofert nie dysponował takim zaświadczeniem i uzyskał je dopiero w dniu 11.02.2019 r. i złożył je po wezwaniu do

uzupełnienia dokumentów wystosowanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, że Przystępujący złożył w JEDZ oświadczenie niezgodne z prawdą, gdyż na dzień złożenia JEDZ nie mógł przedstawić wymaganego zaświadczenia, a każdy wykonawca zobowiązany jest spełniać warunki określone w części C JEDZ – „Zdolność techniczna i zawodowa” na dzień składania ofert i JEDZ.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego zasadza się na błędnym założeniu, że rzeczony zaświadczenie z WOBWSM powinno być aktualne na dzień składania ofert i oświadczenia w JEDZ. Należy zważyć bowiem, że ww. zaświadczenie ma charakter dokumentu przedmiotowego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i § 13 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Co więcej, dokument ten nie dotyczył cech produktu, które były przedmiotem kryteriów oceny ofert – a w takim przypadku możliwość uzupełnienia takiego dokumentu mogłaby być niezgodną z zasadą równego traktowania wykonawców. Nie był to także dokument, którego złożenia Zamawiający żądał wraz z ofertą – w pkt VI.6 SIWZ wprost określono, że Zamawiający wezwie o złożenie tego dokumentu przed udzieleniem zamówienia. Jedynym warunkiem postawionym w odniesieniu do daty wystawienia rzeczony dokumentu było wymaganie, by był on późniejszy od daty zatwierdzenia WD TT 916B/MON (Wojskowej Dokumentacji Techniczno – Technologicznej) – spełnienie tego wymogu przez Przystępującego nie było sporne. Nie sposób również uznać, by Przystępujący, składając w JEDZ oświadczenie o możliwości przedłożenia zaświadczenia złożył informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. W przedmiotowym punkcie C.12 JEDZ, gdzie postawiono pytanie *„Czy wykonawca może przedstawić wymagane zaświadczenia sporządzone przez urzędowe instytuty lub agencje kontroli jakości o uznanych kompetencjach, potwierdzające zgodność produktów poprzez wyraźne odniesienie do specyfikacji technicznych lub norm, które zostały określone w stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia?”* – Przystępujący zaznaczył odpowiedź „TAK”. Mając na uwadze, iż rzeczony punkt JEDZ odnosił się do dokumentu określonego w pkt VI.6.j SIWZ, należy uznać, że Przystępujący w sposób uprawniony przyjął, iż oświadczenie o możliwości przedłożenia dokumentu nie dotyczy chwili składania ofert, a terminu późniejszego, wyznaczonego wezwaniem o którym mowa w ww. punkcie SIWZ. Na wezwanie Zamawiającego Przystępujący złożył wymagany dokument, zgodny z wymaganiami SIWZ i potwierdzający, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego.

Wobec powyższego brak jest podstaw dla stwierdzenia, że Przystępujący przedstawił w omawianym zakresie nieprawdziwe informacje ani też, że oferowane dostawy były niezgodne z SIWZ, zatem nie zaktualizowały się przesłanki wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ani przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Pzp. W odniesieniu do przytaczanych przez Odwołującego wyroków KIO należy wskazać, że zapadły one w odmiennych stanach faktycznych i nie dotyczyły sytuacji analogicznych jak zaistniałe w niniejszym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Bez rozpoznania Izba pozostawiła zarzut ewentualny – tj. naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wobec uwzględnienia zarzutu podstawowego dotyczącego wykazu przedstawionych usług.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 – 10 i art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). Izba uznała, że przesłanka obciążenia kosztami postępowania wykonawcę zgłaszającego sprzeciw określona w art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b zaktualizowała się pomimo, iż Zamawiający nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z uwagi na charakter uwzględnionych zarzutów, dotyczących wykluczenia Przystępującego z postępowania, Zamawiający uznał za zasadne najdalej idące żądanie odwołania, w ocenie Izby zaistniałą sytuację należało uznać za odpowiadającą dyspozycji art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp i zgodnie z wynikiem postępowania, jego kosztami obciążyć Przystępującego.

Przewodniczący: