

Sygn. akt: KIO/KD 69/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 14 listopada 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 28 października 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego 3 Regionalną Bazę Logistyczną w Krakowie, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 15 października 2019 r., znak sprawy KND/47/19/DKZP, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Serwisowanie w latach 2018-2020 lotniczych aparatów uciezkowych (LAU) typu SEA LV2”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Klaudia Szczytowska-Maziarz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej zasługują na częściowe uwzględnienie.

UZASADNIENIE

uchwały z dnia 14 listopada 2019 r. sygn. akt: KIO/KD 69/19

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany również jako „kontrolujący”) w wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Serwisowanie w latach 2018-2020 lotniczych aparatów ucieczkowych (LAU) typu SEA LV2”, stwierdził naruszenie przez zamawiającego:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawcy D.P. Centrum Techniki Nurkowej do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 2 ustawy Pzp, mimo uprzedniego wezwania do złożenia tego oświadczenia, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 25a ust. 2 i art. 10a ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy D.P. Centrum Techniki Nurkowej, który nie złożył oświadczenia w formie jednolitego dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w konsekwencji nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 i art. 22 ust. 1a ustawy Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126, dalej: „Rozporządzenie”) poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy D.P. Centrum Techniki Nurkowej, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
4. art. 11 ust. 7d ustawy Pzp poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego przed publikacją ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jak również przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej;
5. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niezłożenie przez p. ppłka A.W. oraz p. ppłka M.M. oświadczenia w formie pisemnej o braku lub istnieniu wszystkich okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo wykonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
6. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia oraz art. 24 ust. 6 ustawy Pzp poprzez żądanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz w ogłoszeniu o zamówieniu złożenia przez wykonawcę dokumentów składanych

na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, a która to podstawa wykluczenia nie została wskazana przez Zamawiającego w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu;

7. art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezamieszczenie na stronie internetowej informacji dotyczących kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W uzasadnieniu informacji o wyniku kontroli doraźnej kontrolujący wskazał, co następuje.

Ad 1.

Kontrolujący przytoczył treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 lit. b drugi tiret oraz treść rozdziału VII pkt 1 ppkt 3 lit. c-h SIWZ, w przedmiocie dokumentów i oświadczeń, które wykonawcy winni złożyć wraz z ofertą, w tym co istotne w zakresie aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia, w formie jednolitego dokumentu (dalej jako „JEDZ”).

Kontrolujący wskazał, że zamawiający otrzymał ofertę wykonawcy D.P. Centrum Techniki Nurkowej (dalej także „CTN”), do której dołączono wypełniony formularz JEDZ w formie pisemnej.

Pismem z dnia 3 października 2018 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia JEDZ, ponieważ składający się na treść oferty wykonawcy formularz JEDZ, stanowiący załącznik nr 8 do SIWZ, złożono w formie pisemnej, kiedy ustawa wymaga złożenia przedmiotowego oświadczenia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu przepisów ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Prezes UZP zaznaczył, że pismem z 5 października 2018 r., przesłanym do zamawiającego w postaci elektronicznej, wykonawca CTN przekazał opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym formularz JEDZ. Tym niemniej oświadczenie posiadało braki. Dokument posiadał puste pole w części VI kryteria kwalifikacji, sekcja c zdolność techniczna i zawodowa, w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 1 lit b tiret drugi SIWZ. Natomiast w części II, sekcji a informacje na temat wykonawcy lit. e widniało zaznaczone pole „nie”, z którego wynika, że w celu braku podstaw do wykluczenia wykonawca nie będzie w stanie przedstawić dokumentów, o których mowa w rozdziale VII pkt 3 ppkt 1 lit. c i d, kiedy wykonawca w części III JEDZ podstawy wykluczenia, sekcja b podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, wskazał, że wywiązuje się z obowiązków publicznoprawnych, dotyczących płatności podatków i składek na ubezpieczenie społeczne. W kontekście przedstawionych postanowień SIWZ oraz

treści oświadczenia zawartego w złożonym przez wykonawcę formularzu JEDZ, zamawiający powziął wątpliwość co do należytego zrozumienia przez wykonawcę zapytania zawartego w części II sekcji a formularza JEDZ, które odnosi się również do gotowości do przedstawienia zaświadczenia odnoszącego się do płatności składek na ubezpieczenie społeczne. Złożenie takiego dokumentu, zgodnie z treścią SIWZ będzie konieczne w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy. Tym samym, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w dniu 15 października 2018 r., zamawiający wezwał wykonawcę CTN do uzupełnienia treści JEDZ w zakresie części IV sekcji c, jak również do udzielenia wyjaśnień oraz poprawienia JEDZ w zakresie części II sekcji a.

Pismem z 16 października 2018 r., przesłanym do zamawiającego w postaci elektronicznej, wykonawca CTN przekazał wyjaśnienia oraz uzupełniony formularz JEDZ. Ponadto w toku postępowania wyjaśniającego, na podstawie zawartego w dokumentacji w formie elektronicznej JEDZ wykonawcy CTN z dnia 5 października 2018 r., kontrolujący ustalił, iż wykonawca pozostawił puste pole w części IV sekcji c, w zakresie podsekcji wykształcenie i kwalifikacje zawodowe/proszę je opisać.

Kontrolujący zauważył, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wykształciła się zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów na podstawie wezwania określonego w 26 ust. 3 ustawy Pzp, którą Izba odnosi także do sytuacji ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia JEDZ w sytuacji jeśli wykonawca został pierwotnie wezwany do złożenia brakującego dokumentu JEDZ, co potwierdzają wyroki KIO z dnia 3 kwietnia 2017 r. sygn. KIO 483/17 oraz z dnia 5 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 2429/16.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Prezesa UZP wykonawca CTN nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji podlegał wykluczeniu z postępowania. Zatem, poprzez wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 2 ustawy Pzp, pomimo uprzedniego wezwania do złożenia tego oświadczenia, zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - naruszono art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Stwierdzone naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż oferta wykonawcy CTN została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo iż wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania.

Ad 2.

Kontrolujący wskazał, że z dokumentacji postępowania wynika, iż uzupełniony formularz JEDZ w formacie pdf wykonawca CTN przekazał zamawiającemu pismem z dnia 16 października 2018 r., w odpowiedzi na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z 15 października 2018 r., w postaci skompresowanego pliku zip, który został

podpisany elektronicznie. Zgodnie z treścią elektronicznego poświadczenia weryfikacji, wygenerowanego 16 października 2018 r., weryfikacji został poddany kwalifikowany podpis elektroniczny, którym opatrzony był plik zip.xades. Na płycie załączonej do dokumentacji znajduje się formularz JEDZ w postaci pliku pdf, który nie jest podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Dalej kontrolujący zaznaczył, że pismem z dnia 19 czerwca 2019 r. zamawiający wyjaśnił co następuje: „Wskazuję, iż wykonawca opatrzył jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ) przesłany do zamawiającego w dniu 16.10.2018 r. kwalifikowanym podpisem elektronicznym zewnętrznym i przesłał do zamawiającego przedmiotowe oświadczenie w formie skompresowanego pliku zip oraz zewnętrznego pliku zawierającego podpis zip.xades, które w załączeniu przesyłam”. Na płycie załączonej do wyjaśnień, w skompresowanym pliku zip. znajduje się formularz JEDZ w postaci pliku pdf, który nie jest podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Prezes UZP przytoczył art. 10a ust. 5 ustawy Pzp i stwierdził, że wykładnia tej normy musi być dokonywana także w kontekście postanowień SIWZ. Stosownie do treści postanowienia zawartego w rozdziale VII pkt 1 ppkt 3 lit. h SIWZ, „po wypełnieniu formularza powinien on zostać podpisany przez osoby upoważnione do reprezentacji wykonawcy podpisem elektronicznym z kwalifikowanym certyfikatem, zaszyfrowany oraz przesłany na adres e-mail zamawiającego”. Kontrolujący zauważył dalej, że zgodnie z treścią postanowień zawartych w rozdziale VIII pkt 5 lit. c oraz d SIWZ, „po stworzeniu lub wygenerowaniu przez wykonawcę dokumentu elektronicznego JEDZ, wykonawca podpisuje ww. dokument kwalifikowanym podpisem elektronicznym, wystawionym przez dostawcę kwalifikowanej usługi zaufania, będącego podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne - podpis elektroniczny, spełniające wymogi bezpieczeństwa określone w ustawie. Podpisany dokument elektroniczny JEDZ powinien zostać zaszyfrowany, tj. opatrzony hasłem dostępowym. [...]” Zatem według kontrolującego, zamawiający wskazał na konieczność bezpośredniego podpisania formularza JEDZ, która to czynność powinna nastąpić w pierwszej kolejności, przed zaszyfrowaniem pliku, wiążącym się ze spakowaniem pliku w formacie pdf do postaci folderu skompresowanego zip.

Zdaniem kontrolującego skutkiem powyższego nie został spełniony wymóg opatrzenia jednolitego dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym w sytuacji, gdy podpisem elektronicznym opatrzono jedynie zaszyfrowany, skompresowany plik w formacie zip.

W dalszej kolejności kontrolujący stwierdził, że w związku z faktem niewykazania przez wykonawcę CTN spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w oświadczeniu złożonym w formie jednolitego dokumentu, przesłanego zamawiającemu pismem z dnia 5 października 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 3 października 2018 r., które nie podlegało uzupełnieniu lub poprawieniu, zasadne jest

uznanie, iż wykonawca CTN podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zatem zamawiający, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CTN, który nie złożył oświadczenia w formie jednolitego dokumentu, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, w konsekwencji nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 25a ust. 2 i art. 10a ust. 5 ustawy Pzp.

W opinii Prezesa UZP powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ oferta wykonawcy CTN została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania.

Ad 3.

Kontrujący stwierdził, że w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 26 października 2018 r., zawierające wezwanie skierowane do wykonawcy CTN na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w rozdziale VII pkt 3-10 SIWZ, wykonawca złożył m.in. uzupełniony załącznik nr 7 do SIWZ w postaci „wykazu osób realizujących usługi będące przedmiotem umowy [...]”, którego treść przytoczono.

Dalej kontrolujący zauważył, że pismem z dnia 9 listopada 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę CTN do uzupełnienia dokumentów, co istotne w wezwaniu wskazano: „Wykaz osób realizujących usługi będące przedmiotem umowy (...) nie zawiera dokumentów potwierdzających spełnienie przez Pana warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, określonego przez Zamawiającego w rozdziale VI pkt 1 ppkt 2) lit. b) tiret drugie SIWZ. Zamawiający w rozdziale VII pkt 3 ppkt 2) lit. c) SIWZ określił, że Wykonawca będzie zobowiązany do złożenia: (...) Wykazu osób realizujących usługi będące przedmiotem umowy (...) stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ, potwierdzający spełnianie warunku opisanego przez Zamawiającego w rozdziale VI pkt 1 ppkt 2) lit. c) tiret drugie niniejszej SIWZ. Załącznik nr 7 do SIWZ składany jest również w celu udokumentowania przez Wykonawcę zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ww. ustawy w oparciu o umowę o pracę. Uprawnienie Zamawiającego w zakresie kontroli spełnienia przez Wykonawcę wymagań o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań, a także rodzaju czynności, które dotyczą wymaganego zatrudnienia opisane zostały w załączniku nr 6 do SIWZ (§ 1 ust. 3, § 5 ust. 4 i § ust. 3). Dla wskazanych przez Pana w przedmiotowym wykazie osób, tj. K.R. i W.K. niezałączone zostały dokumenty dotyczące posiadania przez nich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia, wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, w tym przeszkolenia producenta sprzętu lub upoważnionego przez niego podmiotu”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca CTN przedłożył m.in. następujące dokumenty: świadectwo ukończenia kursu mechaników sprzętu nurkowego PF/61/12.04.84

wystawione przez Ministerstwo Obrony Narodowej dla pana D.P. z 12.04.1984 r., świadectwo uznania wystawione przez Polski Rejestr Statków dla stacji serwisowej D.P. Centrum Techniki Nurkowej w 05.02.2016 r., umowę o pracę zawartą pomiędzy wykonawcą CTN a panem K.R. w dniu 12.05.2003 r. i umowę o pracę zawartą pomiędzy wykonawcą CTN a panem W.K. w dniu 31.10.2017 r.

Mając na uwadze powyższe kontrolujący uznał, że wykonawca CTN nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 lit b tiret drugi SIWZ. Zamawiający żądał wykazania, iż wykonawca dysponuje co najmniej dwiema osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie, wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia, w tym przeszkolenie producenta sprzętu lub upoważnionego przez niego podmiotu. W ocenie kontrolującego wykonawca CTN nie udowodnił, iż wskazane przez niego w wykazie osób informacje, tj. legitymowanie się przez pana D.P. świadectwem PF/61/12.04.84, wystawionym przez Ministerstwo Obrony Narodowej, jak również legitymowanie się przez pracowników wykonawcy – pana K. R. i pana W. K. świadectwem uznania wystawionym dla wykonawcy CTN przez Polski Rejestr Statków, potwierdzają posiadanie kwalifikacji zawodowych i uprawnień, niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia publicznego, w kontekście rzeczoności warunku udziału w postępowaniu, a także nie stanowią one potwierdzenia przeszkolenia producenta sprzętu, lub upoważnionego przez niego podmiotu.

Prezesa UZP zauważył, że argumenty zamawiającego, jakoby pojęcie „producenta sprzętu” mogło być rozumiane szeroko i obejmować dowolny sprzęt nurkowy, lub dotyczący aparatów oddechowych są niezasadne. Zdaniem kontrolującego interpretacja postanowień SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu powinna w pierwszej kolejności uwzględniać wykładnię gramatyczną, jak również wykładnia ta musi uwzględniać kontekst, w którym dane sformułowanie jest osadzone. Przy czym nie budzi wątpliwości kontrolującego, iż omawiany warunek udziału w postępowaniu został przez zamawiającego sformułowany w celu oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co stanowi wymóg określony w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Tym samym interpretacja pojęcia „producent sprzętu”, w odniesieniu do wszystkich możliwych sprzętów danego rodzaju, podczas gdy przedmiot zamówienia odnosi się do konkretnego sprzętu określonego producenta, w opinii kontrolującego nie zasługuje na uznanie.

Jednocześnie, zdaniem kontrolującego zasadnym jest założenie, iż sformułowanie „w tym przeszkolenia producenta sprzętu lub upoważnionego przez niego podmiotu” stanowi określenie minimalnego poziomu zdolności, niezbędnego dla realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, a tym samym wymóg *sine qua non* dla stwierdzenia spełnienia przez danego wykonawcę rzeczoności warunku udziału w postępowaniu. Uznanie bowiem, iż powyższe sformułowanie ma charakter jedynie

przykładowy czyniłoby warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 lit b tiret drugi SIWZ warunkiem bezprzedmiotowym.

Ponadto Prezes UZP podkreślił, że zamawiający na stronie 5 pisma z dnia 05.02.2019 r. przyznał, iż nie przewidział możliwości żądania dokumentów na potwierdzenie informacji wskazanych w wykazie osób, zgodnie bowiem z treścią postanowienia rozdziału VII pkt 3 ppkt 2 lit. c SIWZ, wykaz osób został przez zamawiającego określony jako samodzielny i wyłączny dokument przedstawiany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 lit b tiret drugi SIWZ. Zatem to wykaz osób wraz z informacjami w nim zawartymi, a nie inne dokumenty przedstawiane przez wykonawcę, powinny stanowić dla zamawiającego podstawę do weryfikacji spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Ewentualnie, w sytuacji powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do potwierdzania przez powyższe informacje posiadanych przez osoby skierowane do realizacji zamówienia publicznej kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, w kontekście treści warunku udziału w postępowaniu, zamawiający powinien skorzystać z przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia wykazu osób, ewentualnie do udzielenia wyjaśnień. Nie może jednocześnie zostać uznane za prawidłowe wezwanie wykonawcy CTN do złożenia dokumentów dotyczących posiadania przez osoby wskazane w wykazie „kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia, wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, w tym przeszkolenia producenta sprzętu lub upoważnionego przez niego podmiotu” z dnia 09.11.2018 r., gdyż zamawiający nie przewidział w SIWZ możliwości żądania innych niż wykaz osób dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (o którym mowa w rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 lit b tiret drugi SIWZ). Możliwość taka nie wynika również bezpośrednio z § 2 ust. 4 pkt 10 Rozporządzenia.

Jednocześnie w ocenie kontrolującego dokumenty, na które wykonawca CTN powołał się w wykazie osób, tj. świadectwo PF/61/12.04.84 wystawione przez Ministerstwo Obrony Narodowej, jak też świadectwo uznania wystawione dla wykonawcy CTN przez Polski Rejestr Statków nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 lit b tiret drugie SIWZ, gdyż nie zostało wykazane, iż podmioty je wystawiające, tj. Ministerstwo Obrony Narodowej oraz Polski Rejestr Statków występują jako producent sprzętu lub upoważniony przez niego podmiot, co jest wymogiem dokumentacji postępowania.

W konsekwencji powyższego Prezes UZP wskazał, że zamawiający, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CTN, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, naruszył art. 24 ust. 1 pkt

12 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 i art. 22 ust. 1a ustawy Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 10 Rozporządzenia.

Stwierdzone naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem oferta wykonawcy CTN została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania.

Ad 4.

Kontrolujący wskazał, że w toku kontroli ustalono, iż zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu na stronie internetowej oraz w siedzibie - na tablicy ogłoszeń, dnia 14 sierpnia 2018 r. Powyższe potwierdza treść pkt 6 ppkt 3 i 4 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W szczególności w złożonych wyjaśnieniach zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2019 r. jednostka zamawiająca potwierdziła zgodność treści protokołu postępowania ze stanem faktycznym, w zakresie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie zamawiającego. Jednocześnie, przekazany przez zamawiającego załącznik do wyjaśnień w postaci wydruku obrazu strony internetowej jest datowany na 16.08.2018 r., co zdaniem kontrolującego nie daje wystarczającej podstawy do uznania, że zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu publicznym, na stronie internetowej zamawiającego, nastąpiło w tym właśnie dniu, a nie w dniu wcześniejszym. Zatem w opinii kontrolującego za zasadne należy uznać oparcie się na informacji dotyczącej daty zamieszczenia ogłoszenia na stronie internetowej zamawiającego, wskazanej w pkt 6 ppkt 3 protokołu postępowania, tj. 14 sierpnia 2018 r.

Następnie kontrolujący zaznaczył, że ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2018 r., co potwierdza zawarte w dokumentacji postępowania potwierdzenie wysłania oraz potwierdzenie otrzymania ogłoszenia z dnia 13 sierpnia 2018 r., jak również jest to data wskazana w treści ogłoszenia (sekcja VI.5 data wysłania ogłoszenia). Publikacja ogłoszenia o zamówieniu publicznym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nastąpiła dnia 16 sierpnia 2018 r., pod numerem 2018/S 156-359276.

Prezes UZP podniósł dalej, że art. 11 ust. 7d ustawy Pzp stanowi implementację do prawa krajowego art. 72 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 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. Norma ta stanowi, iż ogłoszeń, o których mowa w art. 67-70, oraz informacji w nich zawartych nie można publikować na poziomie krajowym przed publikacją na mocy art. 71. Niemniej jednak publikacja na poziomie krajowym może tak czy inaczej mieć miejsce, gdy podmioty zamawiające nie zostały powiadomione o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia zgodnie z art. 7.

Kontrolujący zauważył również, że w wyroku TSUE z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabinę von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen wskazano, że sąd krajowy, stosując prawo krajowe, jest zobowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy. Z kolei w wyroku TSUE z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA zaznaczono, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. so far as possible). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TSUE rezultatem wykładni prawa krajowego, zgodnej z dyrektywami unijnymi (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego), może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Brzmienie i cel art. 72 ust. 1 ww. dyrektywy są jednoznaczne. Celem jest zapewnienie pierwszeństwa publikacji ogłoszeń na poziomie unijnym, co ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia poszanowania zasady równego traktowania wykonawców, również na poziomie całej Unii Europejskiej. Skutek ten nie zostałby zapewniony, gdyby na poziomie krajowym treść ogłoszenia była publikowana wcześniej, niż w oficjalnym unijnym publikatorze. Nie ulega także wątpliwości, że art. 72 dyrektywy dotyczy wszystkich ogłoszeń krajowych, o czym świadczy nie tylko jego brzmienie, ale i tytuł przepisu „publikacja na poziomie krajowym”. Chcąc zapewnić osiągnięcie celu omawianej normy unijnej, w ocenie kontrolującego, należy wyklądać art. 11 ust. 7d ustawy Pzp w ten sposób, że zakaz publikacji ogłoszeń przed dniem publikacji ich w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (lub upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia) dotyczy wszystkich ogłoszeń, publikowanych na poziomie krajowym, zarówno ogłoszeń dobrowolnych, jak i ogłoszeń obowiązkowych, w tym ogłoszeń z art. 40 ust. 1 ustawy Pzp.

Konkludując, w opinii kontrolującego należy uznać, że zamawiający, poprzez zamieszczenie na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie (tj. w inny sposób niż w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) ogłoszenia o zamówieniu, przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym UE, jak również przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej, naruszył art. 11 ust. 7d ustawy Pzp.

W ocenie Prezesa UZP stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ad 5.

W toku kontroli ustalono, iż pan ppłk A.W., wykonujący czynności kierownika zamawiającego w postępowaniu, zgodnie z upoważnieniem przekazanym przez pana płka M.M., złożył pismem datowanym na 24 września 2018 r., jako pracownik zamawiającego mający bezpośredni lub pośredni wpływ na wynik postępowania, oświadczenie, które nie odnosi się do okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy Pzp, zatem kontrolujący wezwał zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

Pismem z dnia 28 marca 2019 r. jednostka zamawiająca przyznała, że oświadczenie złożone przez ppłk A.W. zostało złożone w ograniczonym zakresie, tj. bez uwzględnienia brzmienia art. 17 ust. 1 pkt 1 i pkt 5 ustawy Pzp. Przy czym zamawiający zauważył, że osoba ta nie podlegała wyłączeniu z postępowania z uwagi na spełnienie w stosunku do niej przesłanek negatywnych, opisanych w przedmiotowej normie. Zamawiający wyjaśnił także, że analiza dokumentacji postępowania wskazuje, że zastosowanie ograniczonej treści oświadczenia najpewniej wynikało z błędnego rozumienia treści art. 17 ust. 2a ustawy Pzp. Zamawiający dodał, że pan ppłk A.W., niezależnie od braku oświadczenia w tym zakresie, nie był objęty dyspozycją art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ w postępowaniu zostały złożone oferty dwóch wykonawców i żadnym z wykonawców nie jest pan ppłk A.W. W opinii zamawiającego taki stan rzeczy czyni z konieczności złożenie przez pana ppłk A.W. oświadczenia w przedmiocie tego, że nie ubiega się o udzielenie zamówienia, działanie formalne i w istocie pozorne. Przyjmowanie, że brak przedmiotowego oświadczenia może być traktowany jako brak potwierdzenia, że nie zachodzi w stosunku do pana ppłk A.W. przesłanka z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp byłoby tożsame z przyjmowaniem tezy, że osoba ta ubiega się o udzielenie zamówienia i jednocześnie nie składa oferty w postępowaniu. Ponadto, wobec braku w oświadczeniu pana ppłk A.W. treści dotyczącej braku skazania za przestępstwa popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, zamawiający wskazuje, że osoba ta nigdy nie była karana, niezależnie od braku stosownego oświadczenia w tym zakresie i nie podlega wyłączeniu z powodu przewidzianego w treści art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający dodał, że przyznaje, iż oświadczenie podpisane przez pana ppłk A.W. załączone do dokumentacji nie odpowiada wymogowi, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, to brak takiego oświadczenia może być oceniany przede wszystkim w kategoriach naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, tj. naruszenia niemającego istotnego wpływu na bieg i wynik prowadzonego postępowania. Przedłożono również oświadczenie pana ppłk A.W., obejmujące przesłanki wskazane w art. 17 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp.

Następnie kontrolujący wskazał, iż w toku kontroli ustalono także, iż pan ppłk M.M, pełniący w zastępstwie pana ppłka A.W. obowiązki wskazane w Rozkazy Dziennym nr Z-224 z dnia 20 listopada 2018 r., złożył pismem datowanym na dzień 21 listopada 2018 r., jako

pracownik zamawiającego mający bezpośredni lub pośredni wpływ na wynik postępowania, oświadczenie, które nie odnosi się do okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy Pzp, zatem w tym zakresie wezwano zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2019 r. zamawiający wskazał, że oświadczenie pana ppłk M.M. ogranicza się do przesłanek wymienionych w art. 17 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, z pominięciem art. 17 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy Pzp. Zastosowanie ograniczonej treści oświadczenia wynikało z błędnego rozumienia przez osobę przygotowującą formularz oświadczenia, treści art. 17 ust. 2a ustawy Pzp. Zamawiający dodał, że niezwłocznie - po uzyskaniu informacji w przedmiocie wskazanej nieprawidłowości w treści oświadczenia, tj. kiedy okoliczność ta ujawniła się w wyniku postępowania kontrolnego prowadzonego przed Prezesem UZP, pan ppłk M.M. uzupełnił z datą 25 marca 2019 r. treść przedmiotowego oświadczenia, składając oświadczenie obejmujące okoliczności wskazane w art. 17 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp. Ponadto w opinii zamawiającego, pomimo, że pierwotne oświadczenie złożone przez pana ppłk M.M. posiadało ograniczony zakres, to osoba ta nie podlegała wyłączeniu z uwagi na spełnienie w stosunku do niej przesłanek negatywnych, opisanych w przedmiotowych normach. Pan ppłk M.M. nie był objęty dyspozycją art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie był i nie jest w żadnym stopniu związany z wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. W postępowaniu nie wpłynęła oferta pana ppłk M.M., ani też żadnej spółki, czy innego podmiotu powiązanego z tą osobą. Zdaniem zamawiającego taki stan rzeczy czynił z konieczności złożenia oświadczenia działanie tylko formalne, jak również osoba ta nigdy nie była karana i niezależnie od braku stosownego oświadczenia w tym zakresie, nie podlega wyłączeniu z powodu wskazanego w treści art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający argumentował dalej, że oświadczenie podpisane przez pana ppłk M.M. załączone do dokumentacji, co prawda nie odpowiada wymogowi z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, to brak takiego oświadczenia winien być oceniany w kategoriach naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, czyli naruszenia niemającego istotnego wpływu na bieg i wynik prowadzonego postępowania. Z wyjaśnieniami przedłożono także oświadczenie pana ppłk M.M., obejmujące przesłanki wskazane w art. 17 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp.

W związku z powyższymi okolicznościami Prezes UZP stwierdził, że analiza stanu faktycznego ustalonego w kontroli wskazuje, iż pan ppłk A.W. i pan ppłk M.M. wykonywali czynności w postępowaniu. Tym samym zasadne jest uznanie, iż ciążył na nich obowiązek złożenia oświadczenia, o którym mowa art. 17 ust. 2 zd. 1 ustawy Pzp. Oświadczenie winno obejmować wszystkie podstawy wyłączenia z postępowania, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Z ustaleń dokonanych przez kontrolującego, potwierdzonych w wyjaśnieniach zamawiającego, wynika, iż ww. osoby nie zrealizowały przedmiotowego obowiązku w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dalej kontrolujący zauważył, że złożenie kompletnych oświadczeń o braku istnienia okoliczności stanowiących podstawę do wyłączenia z postępowania już po zakończeniu danego postępowania i podpisaniu umowy nie może zostać uznane za czyniące zadość dyspozycji art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Zatem poprzez niezłożenie przez pana A.W. oraz pana M.M. oświadczenia o braku, lub istnieniu wszystkich okoliczności o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo wykonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Niemniej jednak, w ocenie kontrolującego, wobec braku przesłanek do stwierdzenia, iż względem ww. osób zachodziła którakolwiek z podstaw wyłączenia z postępowania, o których mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy Pzp, w kontekście wyjaśnień zamawiającego, należy uznać, iż przedmiotowe uchybienie miało charakter formalny.

Stwierdzone naruszenie, w ocenie Prezesa UZP, nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ad 6.

Kontrolujący przytoczył treść pkt III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 16 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S 156-359276, a następnie zmienionego ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia opublikowanym dnia 18 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S 158-363500, w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego. Następnie przytoczono ppkt 1 pkt 1 rozdziału VI SIWZ oraz lit. c i d pkt 3 rozdziału VII SIWZ.

Prezes UZP stwierdził, że zamawiający nie przewidział wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu, pomimo iż żądał w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia, tj. dokumentów na potwierdzenie braku przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, kiedy zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w uchwale Izby z dnia 29 listopada 2017 r., sygn. akt KIO/KD 65/17, żądanie przez zamawiającego od wykonawcy dokumentów określonych w § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia, przy jednoczesnym braku przewidzenia przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie fakultatywnej przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, jest pozbawione podstawy prawnej i w świetle art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Tym samym, w ocenie kontrolującego zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia oraz art. 24 ust. 6 ustawy Pzp.

Według kontrolującego stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ad 7.

W toku kontroli ustalono, iż zamieszczony na stronie internetowej zamawiającego dokument pn. „informacja z otwarcia ofert” z dnia 25 września 2018 r. wraz z załącznikiem pn. „zbiorcze zestawienie ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na serwisowanie w latach 2018-2020 lotniczych aparatów ucieczkowych (LAU) typu SEA LV2”, którego kopia została także dołączona do przekazanej dokumentacji postępowania, nie zawiera informacji w zakresie kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta nie została wskazana także w żadnym innym dokumencie zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego, począwszy od dnia otwarcia ofert.

Kontrolujący wezwał zamawiającego do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Pismem z 19 sierpnia 2019 r. zamawiający wyjaśnił co następuje. Kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podana została przez zamawiającego na etapie opublikowania SIWZ, poprzez wskazanie w § 2 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ) wartości usług objętych umową - wartość usług objętych umowa nie może przekroczyć kwoty netto: 934 959,35 złotych (słownie: dziewięćset trzydzieści cztery tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych 35/100); kwoty brutto: 1 150 000,00 złotych (słownie: jeden milion sto pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100). Wobec opublikowania SIWZ wraz z przedmiotowym załącznikiem na stronie internetowej zamawiającego, wykonawcy mieli pełny dostęp do informacji w przedmiocie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie zamawiający przyznaje, że w toku postępowania nie dał wprost zadość wymaganiu zawartemu w art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp i na stronie internetowej - po otwarciu ofert - nie powtórzył informacji w przedmiocie kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający dodał, że bezpośrednio przez otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp podał przedmiotową kwotę do publicznej wiadomości. Ponadto uchybienie polegające na zaniechaniu podania informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp na stronie internetowej zamawiającego nie wpłynęło w żaden sposób na tok prowadzonego postępowania, bowiem wykonawcy przedmiotową informację posiadali z treści wzoru umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ. Zamawiający dodał, że w doktrynie wskazuje się, iż podanie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ma istotne znaczenie przede wszystkim z punktu widzenia przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określonej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający powołał się również na wyroki Izby z dnia 18 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2804/13 i z dnia 25 października 2013 r. sygn. akt KIO 2421/13.

Prezes UZP stwierdził, iż zamawiający uchybił obowiązkowi wynikającemu z art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez niezamieszczenie informacji dotyczących kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na swojej stronie internetowej

niezwłocznie po otwarciu ofert. Jednocześnie podkreślono, iż nie może zostać uznane za substytut realizacji rzeczowego obowiązku określenie maksymalnej wartości usług objętych umową w załączniku do SIWZ, gdyż sformułowanie to nie musi być tożsame z kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w rozumieniu art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp. Ponadto literalna wykładnia przedmiotowego przepisu nakazuje zamieszczenie określonych w nim informacji niezwłocznie po otwarciu ofert, niezależnie od informacji zawartych w dokumentach publikowanych na stronie zamawiającego przed tym terminem. Zatem w opinii kontrolującego zamawiający, poprzez niezamieszczenie na stronie internetowej informacji dotyczących kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, naruszył art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, tym niemniej naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 28 października 2019 r., znajdującym się w aktach sprawy, zamawiający działając na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy p.z.p, wniósł zastrzeżenia do przedmiotowych wyników kontroli doraźnej.

Natomiast pismem z dnia 31 października 2019 r. Prezes UZP poinformował zamawiającego, że nie uwzględni jego zastrzeżeń i podtrzymał swoje stanowisko, wyrażone w informacji o wyniku kontroli, co zgodnie z art. 167 ust. 2 p.z.p. spowodowało przekazanie zastrzeżeń zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją kontroli, w tym w szczególności z dokumentacją postępowania, uzasadnieniem stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz z zastrzeżeniami zamawiającego, w przedmiocie naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej, ustaliła i zważyła, co następuje.

Prezes UZP, w wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Serwisowanie w latach 2018-2020 lotniczych aparatów uciezkowych (LAU) typu SEA LV2”, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) dalej zwanej jako „p.z.p.”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym nr 2018/S 156-359276, (dalej zwane jako „postępowanie”), stwierdził naruszenie norm ustawy p.z.p., od czego zamawiający wniósł zastrzeżenia, które w ocenie Izby zasługują na częściowe uwzględnienie.

Odnosząc się szczegółowo do poszczególnych zastrzeżeń zamawiającego, w pierwszej kolejności w zakresie stwierdzonych naruszeń p.z.p., które miały wpływ na wynik

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skład wyrażający opinię wskazuje co następuje.

Na wstępie rozważań Izba zaznacza, że stan faktyczny sprawy w zakresie rozpoznawanych zastrzeżeń nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, która w ocenie kontrolującego narusza przepisy p.z.p., z czym zamawiający się nie zgodził.

W przedmiocie naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 p.z.p., poprzez wezwanie wykonawcy D. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.P. Centrum Techniki Nurkowej w Gdyni (dalej zwanego jako „wykonawca CTN”) do uzupełnienia oświadczenia o którym mowa w art. 25a ust. 2 p.z.p., pomimo uprzedniego wezwania do złożenia tego oświadczenia, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 22 ust. 1a p.z.p. oraz § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), dalej zwanego jako „rozporządzenie ws. dokumentów”, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CTN, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Rozpoznając zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli, skład wyrażający opinię w pełni podzielił stanowisko Prezesa UZP, zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz odpowiedzi na zastrzeżenia. Wskazane tam argumenty są bowiem wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. Izba podzieliła ocenę kontrolującego, że w ustalonym stanie rzeczy nie było podstaw do ponownego zastosowania trybu naprawczego i wystosowania kolejnego wezwania do wykonawcy CTN w zakresie oświadczenia JEDZ. Działanie zamawiającego wynika z wadliwego rozumienia przez stronę określonej w orzecznictwie Izby i Sądów powszechnych zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia, w trybie naprawczym, wskazanym w art. 26 ust. 3 p.z.p.

W ocenie składu wyrażającego opinię w sytuacji, gdy wykonawca składa oświadczenie JEDZ w wadliwej formie pisemnej, następnie na wezwanie zamawiającego składa niekompletny JEDZ, nie ma podstaw, aby wykonawca został po raz kolejny, w oparciu o art. 26 ust. 3 p.z.p., wzywany do uzupełnienia wadliwego oświadczenia. W szczególności, że nadal, po drugim uzupełnieniu, dokument JEDZ wykonawcy CTN pozostaje niewypełniony w części IV sekcji c, podsekcji wykształcenie i kwalifikacje zawodowe.

Wykonawca CTN, w wyniku odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia z dnia 03.10.2019 r., klarownie wskazujące na obowiązek złożenia oświadczenia JEDZ, przedstawił wadliwy dokument i w tej sytuacji, na kanwie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p., zamawiający nie powinien wzywać wykonawcy do ponownego uzupełnienia oświadczenia. Przyjęcie ferowanej przez zamawiającego wykładni art. 26 ust. 3 p.z.p., iż każde z wezwań dotyczy *de facto* innego braku, zatem zasada jednokrotnego wezwania nie została naruszona, ponieważ wezwania dotyczą innych okoliczności, budzi poważne wątpliwości. Trudno uznać, że okoliczności z drugiego wezwania z dnia 15.10.19 r. w zakresie wypełnienia treści JEDZ w części IV sekcji c i wyjaśnienia lub poprawienia części II sekcji a, nie zawierają się w okolicznościach pierwszego wezwania do uzupełnienia, w odpowiedzi na które wykonawca winien przedstawić kompleksowo i prawidłowo wypełnione oświadczenie JEDZ.

Izba stwierdziła dalej, że ze wskazanego przez zamawiającego wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 18.04.2014 r. sygn. akt II Ca 238/14, nie wynika przyzwolenie na kilkukrotne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia, o ile tylko można próbować „podciągnąć” to pod nową okoliczność. Sąd wyraźnie zaznaczył, że możliwe jest kolejne wezwanie, o ile jest to związane z czynnościami zamawiającego, tj. kiedy wezwanie jest wadliwe lub niepełne, wtedy nie można obciążać tym faktem wykonawcy i należy skorygować procedurę naprawczą, poprzez kolejne wezwanie, które będzie zawierało wskazanie wszystkich braków. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w rozpoznawanym stanie faktycznym, wykonawca CTN złożył zamawiającemu JEDZ w nieprawidłowej formie pisemnej, później na wezwanie do złożenia oświadczenia w prawidłowej formie elektronicznej złożył niekompletny JEDZ, co nie było wynikiem wadliwego wezwania zamawiającego, a wynikało z braku zachowania przez wykonawcę, nie tyle należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.), a minimalnej staranności nakazującej wypełnienie wszystkich treści oświadczenia. Zatem z własnej winy wykonawca nie skorzystał z szansy na konwalidowanie swojej czynności i przedstawił wadliwe oświadczenie, i w tych okolicznościach kolejne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. było nieuprawnione, bowiem zamawiający winien zastosować art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. i wykluczyć wykonawcę CTN z postępowania.

Izba podzieliła także ocenę kontrolującego, że wykonawca CTN nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w tirecie drugim lit. b ppkt 2 pkt 1 rozdziału VI SIWZ (ppkt 3 pkt 2 sekcji III ogłoszenia o zamówieniu), w oparciu o środek dowodowy w postaci wykazu potencjału kadrowego. Wskazane w wykazie dla pana K.R i pana W.K. świadectwa Polskiego Rejestru Statków również takiej okoliczności nie udowadniają, ponieważ nie wykazano, aby podmiot ten występował jako producent sprzętu lub podmiot przez niego upoważniony. To samo

zastrzeżenie dotyczy świadectwa Ministerstwa Obrony Narodowej dla pana D.P.

Skład wyrażający opinię podzielił także stanowisko Prezesa UZP w zakresie rozumienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej i stwierdził, że zastrzeżenia zamawiającego pomijają, iż warunki udziału w postępowaniu są bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia (art. 22 ust. 1a p.z.p.). Zatem „wykładnia” dokonana przez zamawiającego w zakresie treści spornego warunku całkowicie pomija, że badanie i ocena zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego, w postaci określenia warunku udziału w postępowaniu, jest wprost związana weryfikacją możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Przyjęcie argumentacji zamawiającego powodowałoby wyrwanie określenia „producent sprzętu” z kontekstu całości SIWZ i stanowiłoby zaprzeczenie, że zamawiający, będący profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, w ogóle chciał zdolności wykonawcy w tym zakresie weryfikować, a więc, że *de facto* przedmiotowy warunek ustanowił.

Izba nie podziela natomiast stanowiska kontrolującego, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., bowiem jak trafnie wskazano na str. 49 informacji o wyniku kontroli, w momencie niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o złożony przez wykonawcę CTN wykaz potencjału kadrowego, zamawiający był zobligowany do skorzystania z art. 26 ust. 3 p.z.p. i wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu. Z akt sprawy wynika, że w zakresie wykazu osób nie skorzystano z trybu naprawczego i zaniechano wykonania ustawowego obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia oświadczenia w postaci wykazu, potwierdzającego okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. z § 2 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów. Dopiero po wypełnieniu tego obowiązku zamawiający byłby zobowiązany – w przypadku niewykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu – wykluczyć wykonawcę, lub – w przypadku prawidłowego potwierdzenia posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej – stwierdzić, że wykonawca wykazał się właściwym potencjałem. Zamawiający zaniechał zastosowania trybu naprawczego w zakresie wykazu osób, czym naruszył art. 26 ust. 3 p.z.p., tym niemniej nie ma podstaw do przyjęcia, że zaniechano wykluczenia wykonawcy CTN z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.), skoro przed czynnością wykluczenia na zamawiającym ciążyła obowiązkowo, których zaniechał.

W zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 25a ust. 2 i art. 10a ust. 5 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CTN, ponieważ nie złożył on oświadczenia w formie jednolitego dokumentu, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w konsekwencji nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, skład wyrażający opinię uwzględnił zastrzeżenia zamawiającego.

W ocenie Prezesa UZP zamawiający naruszył wyżej wskazane normy, ponieważ uznał za prawidłowy opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym plik oświadczenia JEDZ

wykonawcy CTN, spakowany do formatu zip, kiedy wykonawca winien bezpośrednio podpisać oświadczenie w formacie pdf, czego wymagała treść SIWZ. Kontrolujący wskazał na konieczności podpisania samego formularza JEDZ, która to czynność winna nastąpić w pierwszej kolejności, przed jego skompresowaniem do formatu zip, podczas gdy wykonawca opatrzył podpisem nie plik pdf, a plik zip.

Izba stwierdziła, że wymóg opatrzenia podpisem elektronicznym oświadczenia JEDZ w konkretny sposób, czyli we wskazanej formie pliku, wynika z treści dokumentacji postępowania, zatem nie powoduje to automatycznej sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a winno zostać ocenione w zakresie zgodności z formalnymi wymogami SIWZ, tym niemniej takiego uchybienia kontrolujący nie stwierdził. Ponadto norma art. 10a ust. 5 p.z.p. dotycząca wymogu sporządzenia, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym oświadczenia JEDZ (art. 25a ust. 1 p.z.p.), także takich obostrzeń nie zawiera. Izba wskazuje, że „do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu” (art. 78¹ § 1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.), zatem trudno skutecznie twierdzić, że fakt podpisania oświadczenia JEDZ w formacie zip nie spełnia wymogu postaci elektronicznej, w szczególności, że zgodnie z unijną definicją dokumentu elektronicznego, określoną w art. 3 pkt 35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 257, str. 73), dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne.

W konsekwencji powyższego nie było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy CTN, kiedy doszłoby do naruszenia art. 10a ust. 5 p.z.p. (art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), z tego powodu, że zastosowano inną metodę złożenia oświadczenia JEDZ (spakowanie do pliku zip i wtedy opatrzenie podpisem elektronicznym), niż opisana w SIWZ. Warto zwrócić uwagę, że składanie kwalifikowanego podpisu elektronicznego odbywa się nieco inaczej, niż dotychczas składanie podpisu własnoręcznego. W przypadku dokumentu elektronicznego trudno mówić o złożeniu podpisu „na dokumencie” lub „pod treścią”. Kwalifikowany podpis elektroniczny co do zasady obejmuje całą treść, niezależnie od tego czy podpisano plik w formacie pdf, czy podpisano plik pdf skompresowany do formatu zip. Przy czym kwalifikowany podpis elektroniczny został złożony prawidłowo, przez osobę właściwie umocowaną do składania oświadczeń w imieniu wykonawcy.

Konkludując powyższe, Izba stwierdziła, że nie wykazano aby zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 25a ust. 2 i art. 10a ust. 5 p.z.p.

Następnie, w zakresie zastrzeżeń zamawiającego w przedmiocie stwierdzonych naruszeń p.z.p., które nie miały wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skład wyrażający opinię wskazuje jak niżej.

W stosunku do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 11 ust. 7d p.z.p., poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego przed publikacją ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jak również przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej, Izba nie podzieliła zastrzeżeń zamawiającego.

Zamawiający podnosił, że Prezes UZP w sposób wadliwy ustalił stan faktyczny, w oparciu o który stwierdzono przedmiotowe naruszenie, w szczególności, iż wbrew treści protokołu z postępowania, gdzie wskazano datę 14.08.2018 r. (pkt 6 druku ZP-PN), zgodnie z obowiązującą u zamawiającego procedurą wewnętrzną, dopiero w dacie opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamieszczono ogłoszenie o zamówieniu na stronie internetowej i tablicy ogłoszeń zamawiającego, zatem było to 16.08.2018 r., nie zaś 14.08.2018 r., jak ustalił kontrolujący.

Skład wyrażający opinię stwierdził, że kontrolujący w sposób prawidłowy ustalił stan rzeczy w postępowaniu, zgodnie z dowodami złożonymi przez zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego. Zamawiający, zarzucając kontrolującemu niewłaściwe ustalenie stan faktycznego powinien wskazać, a w przypadku braku w materiale postępowania treści popierającej jego zastrzeżenia, udowodnić, że ustalenia kontrolującego były nieprawidłowe. Kwestionowanie ustaleń kontrolującego, pozbawione merytorycznej podstawy, bez powiązania zastrzeżeń z dalszymi wnioskami dowodowymi, nie może prowadzić do zmiany prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. Ponadto wydruk ze strony internetowej na który wskazywał zamawiający jest datowany na dzień późniejszy niż 14.08.2018 r., zatem nie stanowi dowodu, że w tej dacie nie upubliczniono dokumentacji postępowania, jak również są tam widoczne nazwy linków do dokumentów i niewiadomym jest czy zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu jest w formie opublikowanej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, czy w formie wysłanej do publikatora. Zamawiający nie zdecydował się nawet na załączenie do wniesionych zastrzeżeń procedur wewnętrznych, na których oparł swoją argumentację.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, aby jego zastrzeżenia w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 11 ust. 7d p.z.p. posiadały uzasadnione podstawy, zatem nie zostały one przez Izbę uwzględnione.

Dalej skład wyrażający opinię wskazuje, że nie uwzględniono zastrzeżeń zamawiającego w przedmiocie stwierdzenia naruszenia art. 17 ust. 2 p.z.p., poprzez niezłożenie przez pana ppłka A.W. oraz pana ppłka M.M. oświadczenia w formie pisemnej

o braku lub istnieniu wszystkich okoliczności o których mowa w art. 17 ust. 1 p.z.p., pomimo wykonywania przez te osoby czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby zastrzeżenia strony zostały oparte na błędnym przekonaniu zamawiającego co do natury stwierdzonego przez kontrolującego naruszenia. Zamawiający nie kwestionuje faktu niezłożenia rzeczonych oświadczeń o właściwej, pełnej treści, określonej w art. 17 ust. 1 p.z.p. – a takie naruszenie stwierdził Prezes UZP – zaś swoje zastrzeżenia opiera na przekonaniu, że ocenie podlegały okoliczności wskazane w tej normie, czyli weryfikacja zaistnienia przesłanek wskazanych w oświadczeniu, a nie sam fakt ich niezłożenia. Umknęło zamawiającemu, że okoliczność, iż nie doszło do konfliktu interesów, wskazanego w art. 17 ust. 1 p.z.p. powoduje, że naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale nie konwaliduje faktu niezłożenia właściwych oświadczeń. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego w przedmiocie omawianego naruszenia są bezzasadne.

Podobnie, w zakresie stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 86 ust. 5 pkt 1 p.z.p., poprzez niezamieszczenie po otwarciu ofert na stronie internetowej informacji dotyczących kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający w zastrzeżeniach nie kwestionuje faktu, że nie wypełniono dyspozycji tej normy. Argumentacja strony sprowadza się do wskazania, iż wykonawcy posiadali wiedzę o kwocie przeznaczonej na zamówienie, ponieważ w § 2 wzoru umowy podano wartość maksymalną, jakiej usługi nie powinny przekroczyć. Zaś dodatkowo, kwota na zamówienie ma jedynie znaczenie przy zajściu przesłanek art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., umożliwiającego unieważnienie postępowania, kiedy cena oferty najkorzystniejszej lub oferty z najniższą ceną, przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie jest w stanie zwiększyć tej kwoty.

Kontrolujący stwierdził naruszenie polegające na niepodaniu kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia zgodnie z art. 86 ust. 5 pkt 1 p.z.p. i trafnie wskazano, że obowiązku tego nie może zastąpić wskazanie maksymalnej wartości usługi we wzorze umowy. Jak podnosi sam zamawiający kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, podana na kanwie art. 86 ust. 5 pkt 1 p.z.p. jest związana z normą art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., zatem trudno nadać charakter wiążący wartości maksymalnej z wzoru umowy, czy traktować ją jako substytut kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Natomiast zastrzeżenia zamawiającego, dotyczące funkcji kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, oparte są na błędnym przekonaniu, że ocenie podlegają okoliczności bezpośrednio związane z wysokością tej kwoty, a nie sam fakt jej niepodania we właściwej formie po otwarciu ofert.

W konsekwencji powyższego w ocenie Izby zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego nie mogą stanowić o braku naruszenia art. 86 ust. 5 pkt 1 p.z.p., zatem nie zostały one przez skład orzekający uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 p.z.p., wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....