



PIERÓG & Partnerzy

— KANCELARIA PRAWNA —

Warszawa, 27 listopada 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:
Zakład Emerytalno-Rentowy
Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji
ul. Pawińskiego 17/21, 02-106 Warszawa
tel. 47/725-60-64, 47/725-60-65
e-mail: zamowienia@zer.mswia.gov.pl

Odwołujący:
Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów
KRS 0000754938, NIP 5170395649

reprezentowana przez:
r. pr. Annę Packo
r.pr. Joannę Presz-Król
Kancelaria Prawna Pieróg & Partnerzy
ul. Nowogrodzka 42/41, 00-695 Warszawa
tel. 22 59 89 300
e-mail: kancelaria@pierog.pl
a.packo@pierog.pl

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Sukcesywną dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń eksploatowanych w Zakładzie Emerytalno-Rentowym MSWiA”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 13 września 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00394528

Identyfikator postępowania: ocds-148610-3610f4d5-5084-11ee-9aa3-96d3b4440790

Strona prowadzonego postępowania: https://platformazakupowa.pl/pn/zer_mswia

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), w imieniu wykonawcy Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, dalej zwanego „Odwołującym”, wnoszę odwołanie wobec odrzucenia przez Zamawiającego – Zakład Emerytalno-Rentowy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na „sukcesywną dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń eksploatowanych w Zakładzie Emerytalno-Rentowym MSWiA”.

I ZARZUTY I ŻĄDANIA

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp** – które to przepisy zostały podane przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego – poprzez nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że nie zachodzi przesłanka jej odrzucenia wskazana w tych przepisach, jak również przesłanka wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej,
2. ewentualnie – art. 128 ust. 1 lub ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu „Samooczyszczenia” lub wyjaśnienia jego treści.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
 2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w tym w szczególności wskazania na nieprawidłowe uznanie przez Zamawiającego, że dokonane przez Odwołującego samooczyszczenie było nieskuteczne, a przedstawione wyjaśnienia niekompletne lub w inny sposób nieprawidłowe,
 3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,
- a także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

II ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

Niniejsze odwołanie zostało wniesione z zachowaniem 5-dniowego terminu wskazanego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana Odwołującemu 22 listopada 2023 r., termin na złożenie odwołania upływa więc 27 listopada 2023 r.

Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości (7.500 złotych), a Zamawiający otrzymał kopię odwołania 27 listopada 2023 r.

III INTERES I SZKODA

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, złożył w postępowaniu ofertę, która, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, została odrzucona, chociaż powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, a tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku i szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym osiągnięcia zysku z tytułu jego wykonania.

Dodatkowo, ze względu na wskazaną podstawę wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty, odnoszącą się do przeprowadzonego przez Odwołującego *self-cleaningu* i negocjowania jego prawidłowości i skuteczności, Odwołujący może doznać szkody nie tylko w niniejszym postępowaniu, ale także w innych postępowaniach, w których bierze lub będzie brał udział i w których korzysta z możliwości *self-cleaningu*, co również wypełnia przesłanki wskazane w art. 505 ustawy Pzp, tj. „poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”.

IV UZASADNIENIE

1. Przebieg postępowania

Zamawiający prowadzi postępowanie na „sukcesywną dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń eksploatowanych w Zakładzie Emerytalno-Rentowym MSWiA” w trybie podstawowym. 27 września 2023 r. odbyło się otwarcie ofert. Oferty złożyło 6 wykonawców, w tym Odwołujący. Odwołujący zaoferował najniższą cenę spośród złożonych ofert, zaś w pozostałych kryteriach oceny („Termin dostawy od przesłania Zamówienia” i „Gwarancja i termin przydatności na dostarczone tonery”) wszyscy wykonawcy zaoferowali takie same warunki, zatem oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

22 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu ofert, w tym oferty Odwołującego oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PRAXIS Łódź Pilecka i Petlak Sp. j. z siedzibą w Łodzi.

2. Podstawy odrzucenia oferty Odwołującego

Podstawą prawną odrzucenia oferty Odwołującego był, według informacji Zamawiającego z 22 listopada 2023 r.:

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

Art. 110 ust. 3 – Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia Zamawiający wskazał, że:

Wykonawca w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, złożonym wraz z ofertą, poinformował, że w związku z okolicznością, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, podjął środki naprawcze oraz załączył do oferty dokument samooczyszczenia.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy PZP Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: (...) [wymieniono] Istotnym jest jednak, iż Wykonawca dla skuteczności samooczyszczenia musi wykazać jednocześnie wszystkie powyższe okoliczności, a zaniechanie Wykonawcy w tym zakresie niewątpliwie skutkować powinno jego wykluczeniem z postępowania. Podkreślić należy, że przedstawienie przez Wykonawcę dowody na podjęcie konkretnych działań naprawczych jest warunkiem sine qua non dla uznania ich za wystarczające i stwierdzenia rzetelności Wykonawcy. Instytucja samooczyszczenia jako wyjątek od reguły niewątpliwie powinna być interpretowana wąsko. Zamawiający nie będzie mógł uznać zatem za wystarczające nawet obszernych i szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, przy braku dowodów na podjęcie opisanych działań. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 15 kwietnia 2021 r., sygn. akt: KIO 627/21, KIO 630/21, „Najważniejszym krokiem w procedurze samooczyszczenia jest przedstawienie dowodów, które potwierdzają podjęte przez wykonawcę działania w celu oczyszczenia się z zarzutów wykluczenia. Wykonawca, który zamierza prawidłowo przeprowadzić procedurę self-cleaning przewidzianą w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, powinien przedstawić Zamawiającemu dokładny opis podjętych środków zaradczych umożliwiających stwierdzenie, że popełniony czyn lub zaniechanie wykonawcy z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości, które to stanowisko pozostaje aktualne na gruncie nowej ustawy pzp. Przepis

wprost mówi o udowodnieniu, co szeroko akcentowane jest także w orzecznictwie KIO. Np. w wyroku KIO 444/20 zaprezentowano rygorystyczne podejście, negujące skuteczność procedury bez przedstawienia dowodów, pomimo nawet obszernych wyjaśnień. Dla przeprowadzenia skutecznego samooczyszczenia przepisy ustawy Pzp wymagają złożenia dowodów, nie zaś jedynie wyjaśnień. W związku z powyższym Zamawiający nie będzie mógł uwzględnić nawet obszernych wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, jeśli nie będą poparte dowodami. Wykonawca powinien bowiem przedstawić dowody na potwierdzenie, że przedsięwziął stosowne środki. Ponieważ uznanie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu, pomimo że zaistniała ku temu przesłanka, stanowi wyjątek od reguły, przepisy w zakresie self-cleaning należy interpretować wąsko. Zamawiający powinien zaniechać wykluczenia dopiero wówczas, kiedy Wykonawca rzeczywiście udowodnił swoją rzetelność. Zamawiający po zapoznaniu się z przedłożonymi wyjaśnieniami, stwierdził, że Wykonawca nie spełnił łącznie wszystkich przesłanek wymienionych powyżej. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszego postępowania wskazać należy, że Wykonawca nie spełnił łącznie wszystkich przesłanek określonych w wyżej wskazanym artykule. Wykonawca nie wyjaśnił wyczerpująco faktów i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym. Wykonawca w rzeczywistości nie wykazał, iż podejmował taką współpracę przed i w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia w ramach procedury samooczyszczenia, która wymaga jego inicjatywy. Ponadto zgodnie z wyjaśnieniami spółki GOLDEN LINE Sp. z o.o. trudno przyjąć, aby w przedmiotowym przypadku doszło do zerwania wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie, ponieważ do oferty Wykonawca dołączył sprawozdania wykonane przez BQJ Laboratorium Badawcze z dnia 29.03.2021 r. na zlecenie MCSupplies Marcin Cieszyński. Zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli podjęte przez Wykonawcę czynności określone w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, Zamawiający wyklucza Wykonawcę. Powyższe czyni treść oferty jako nie spełniającą wymogów, o których mowa w art. 110 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający wymagał, aby w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w OPZ lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia przypadku zaoferowania materiałów równoważnych (zamienników), Wykonawca dołączył do oferty następujące przedmiotowe środki dowodowe:

- a) pisemne oświadczenie producenta materiałów równoważnych, że ich używanie nie spowoduje utraty praw gwarancyjnych,

- b) *pisemne oświadczenie producenta materiałów równoważnych, że są one dopuszczone do obrotu na terytorium Polski,*
- c) *pisemne oświadczenie producenta materiałów równoważnych, że są one wyprodukowane w zgodzie z prawami patentowymi,*
- d) *szczegółową specyfikację techniczną zamiennika, określającą jego parametry,*
- e) *dokument wydany przez podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzający wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, przebadanych na każdym modelu urządzenia w którym może zostać użyty dla każdego materiału eksploatacyjnego równoważnego, określonego w Tabeli nr I OPZ, zawierający dane: • średnia ilość wydruków, • odchylenie standardowe, • dolna granica przedziału ufności (90%), • data testowania, • liczba testowanych kaset, • liczba kaset użytych do obliczeń, • typ kasety, • czy stosowano procedurę wstrząsania, • tryb drukowania, • liczba mechanizmów użytych w teście, • użyty nośnik, • format papieru, • orientacja podawania papieru, • model komputera, • system operacyjny, • oprogramowanie, • wersja sterownika drukarki, • typ połączenia, • codzienne wyłączanie/włączanie zasilania, • konieczność podania kodów partii testowanych wkładów, • konieczność podania numerów seryjnych mechanizmów, • temperatura w °C, • wilgotność.*
- f) *certyfikaty potwierdzające, że proces produkcyjny oferowanych materiałów przebiega zgodnie z normą ISO 14001 oraz 9001.*

Przez podmiot uprawniony do kontroli jakości rozumie się podmiot zewnętrzny posiadający stosowną akredytację pod kątem wymogów ww. norm oraz mający siedzibę w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, to zaświadczenie podmiotu zewnętrznego, niezależnego uprawnionego do kontroli jakości oferowanego asortymentu. Zamawiający nie zaakceptuje potwierdzenia równoważności zaoferowanych materiałów poprzez załączenie do umowy wyników z testów wydajności mierzonych zgodnie z ww. normami ISO wystawionych przez producenta materiału eksploatacyjnego lub dystrybutora.

Wykonawca – Golden Line Sp. z o.o. dołączył do oferty przedmiotowe środki dowodowe w postaci kart produktu oraz sprawozdań – raportów niezależnego podmiotu do produktów równoważnych. Zamawiający po analizie oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych stwierdził niezgodność w zakresie dokumentów na potwierdzenie zgodności zaoferowanego produktu równoważnego w poz. 19 Tabeli nr 1, tj. dla materiału eksploatacyjnego o symbolu CRG-057HBK dla urządzenia wielofunkcyjnego monochromatycznego Canon 1-SENSYS MF455DW (toner czarny). Wykonawca – Golden Line Sp. z o.o., będący jednocześnie producentem zaoferowanego równoważnego materiału eksploatacyjnego do oferty dołączył kartę katalogową dla produktu: WD-CRG057H wskazując, iż zaoferowany toner jest kompatybilny dla następujących urządzeń: Canon i-SENSYS LBP223dw,

Canon i-SENSYS LBP226dw, Canon i-SENSYS LBP228x, Canon i-SENSYS LBP233dw, Canon i-SENSYS LBP236dw, Canon i-SENSYS MF443dw, Canon i-SENSYS MF445dw, Canon i-SENSYS MF446x, Canon i-SENSYS MF449x. Na podstawie ww. przedmiotowego środka dowodowego Zamawiający nie może potwierdzić, iż toner o symbolu: WD-CRG057H zaoferowany przez Wykonawcę będzie zgodny oraz spełni wymagania określone przez Zamawiającego w OPZ. Nadmienić należy, że zgodnie z ww. dokumentami jakie wymagał Zamawiający na potwierdzenie wydajności produktu równoważnego Wykonawca zobowiązany był dołączyć również dokument wydany przez podmiot uprawniony do kontroli jakości przebadany na modelu urządzenia, w którym może zostać użyty, zgodnie z Tabelą nr 1 OPZ. Zamawiający uwzględniając złożoną kartę produktu: WD-CRG057H, w której Wykonawca wskazał odniesienie do poz. 19 i 20 Tabeli nr 1 podjął dalszą analizę złożonych przedmiotowych środków dowodowych dla wskazanego materiału eksploatacyjnego w postaci Sprawozdania NR 12-WD/2023 z dnia 03.04.2023 r. Badania wydajności dla materiału równoważnego o ww. symbolu zostało przeprowadzone na urządzeniach Canon i-SENSYS LBP236dw, w związku z powyższym Wykonawca potwierdza, iż ww. toner będzie miał tożsamą wydajność na urządzeniu wskazanym w poz. 19 dla materiału eksploatacyjnego WD-CRG057H. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2023 r. (sygn. akt KIO 695/23) „(...) Złożone z ofertami karty katalogowe są niezgodne z OPZ, a ewentualne ich uzupełnienie wiązałoby się ze zmianą w merytorycznej sferze dokumentów, które miały potwierdzać zgodność cech z wymaganiami zamawiającego, co jest niedopuszczalne w trybie art. 107 ust. 2 p.z.p. Takie wady karty katalogowej nie można konwalidować, oznaczałoby to bowiem uzupełnienie przedmiotu oferty po upływie terminu na składanie ofert, kiedy tryb uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych nie może pomijać zasady niezmienności treści oferty. (...) O ile bowiem art. 107 ust. 2 p.z.p. jest instrumentem dopuszczającym możliwość konwalidowania nieprawidłowego działania wykonawcy, to ustawodawca nie dopuścił szerokiego uzupełnienia dokumentów, tak jak dla podmiotowych środków dowodowych (...) Tryb uregulowany art. 107 ust. 2 p.z.p. przeciwnie do art. 128 ust 1 p.z.p., dotyczy ograniczonego zakresu i nie dopuszcza się uzupełnienia dokumentów zawierających błędy, co należy rozumieć jako wady merytoryczne”. Mając na uwadze powyższe oraz stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w Uchwale z dnia 26 sierpnia 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 24/22), (...) art. 107 ustawy Pzp nie upoważnia natomiast zamawiającego do wezwania o poprawienie złożonego dokumentu, jeśli budzi on jego wątpliwość lub nie potwierdza, że dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego. (...)” Jeżeli „(...) dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich zamawiający wymagał od dokumentu, oferta, do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.” Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w wyroku z dnia 28 marca 2022 r. (sygn. akt KIO 663/22). Izba wskazała: „Tryb art. 107 ust. 2 p.z.p., przeciwnie do art. 128 ust.

1 p.z.p., nie dopuszcza uzupełnienia dokumentów zawierających błędy, co należy rozumieć jako błędy merytoryczne. Nie ma więc możliwości dokonania istotnej merytorycznej zmiany treści przedmiotowego środka dowodowego." Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne i prawne wezwanie Wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. do uzupełnienia karty produktu w poz. 19 o informację dotyczącą modelu urządzenia kompatybilnego naruszałoby dyspozycję art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ informacje zmieniałyby merytorycznie treść złożonego wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego. Oferta, do której załączone zostały takie przedmiotowe środki dowodowe podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Oprócz tego Zamawiający odrzuca ofertę zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, gdy Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wymagał złożenia aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, którego wzór stanowił Załącznikiem nr 1 do Formularza oferty. Wykonawca – Golden Line Sp. z o.o. złożył ww. oświadczenie, jednakże Zamawiający w trakcie badania ofert zwrócił uwagę, iż Wykonawca do oferty załączył raporty będące przedmiotowym środkiem dowodowym wystawione na zlecenie MCSupplies Marcin Cieszyński, natomiast w oświadczeniu nie wskazał czy będzie polegał na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby w zakresie określonym w SWZ. Zgodnie z pkt 12.1.2. SWZ oraz art. 118 ust. 3 i 4 ustawy PZP Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w pkt 12.1.1 SWZ, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp pismem z dnia 07.11.2023 r. Firma Golden Line Sp. z o.o. złożyła poprawione oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika, że spełnia warunki udziału w postępowaniu samodzielnie bez udziału podmiotu trzeciego. Wykonawca, zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, wraz z ofertą powinien złożyć oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania jemu do dyspozycji niezbędnych zasobów do realizacji przedmiotowego zamówienia lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu. Zgodnie z interpretacją Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości: „(...) dla celów wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego nie jest wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek dokumentu podmiotu trzeciego odwołującego się do woli udostępnienia jego zasobów, ale niezbędne jest przedstawienie (dokumentu, dokumentów), których treść będzie wykazywać faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia.” Jak słusznie wskazała

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1288/10), dysponowanie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów Zamawiającego co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązania innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Mając na uwadze powyższe Wykonawca – Golden Line Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, czemu zaprzecza złożone oświadczenie w dniu 08.11.2023 r.

3. Stanowisko Odwołującego

Zamawiający wskazał więc trzy odrębne podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. **Każda z tych podstaw odrzucenia jest oczywiście niezasadna.**

Zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Przepis ten odnosi się więc do oceny działań wykonawcy, jak też złożonych przez niego wyjaśnień – **nie oznacza to jednak, że ocena taka może być pobieżna, dowolna i niczym nieuzasadniona.**

3.1. Ocena self-cleaningu

W odniesieniu do postawy pierwszej, tj. negatywnej oceny przez Zamawiającego przedstawionego przez Odwołującego *self-cleaningu*, należy wskazać, że Zamawiający podał następujące uzasadnienie owej oceny.

Po pierwsze Zamawiający wskazał, że *Istotnym jest jednak, iż Wykonawca dla skuteczności samooczyszczenia musi wykazać jednocześnie wszystkie powyższe okoliczności, a zaniechanie Wykonawcy w tym zakresie niewątpliwie skutkować powinno jego wykluczeniem z postępowania. Podkreślić należy, że przedstawienie przez Wykonawcę dowody na podjęcie konkretnych działań naprawczych jest warunkiem sine qua non dla uznania ich za wystarczające i stwierdzenia rzetelności Wykonawcy. Instytucja samooczyszczenia jako wyjątek od reguły niewątpliwie powinna być interpretowana wąsko. Zamawiający nie będzie mógł uznać zatem za wystarczające nawet obszernych i szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, przy braku dowodów na podjęcie opisanych działań.*

Po drugie Zamawiający wskazał, że Odwołujący *nie wyjaśnił wyczerpująco faktów i okoliczności związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami,*

w tym organami ścigania, lub zamawiającym. Wykonawca w rzeczywistości nie wykazał, iż podejmował taką współpracę przed i w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia w ramach procedury samooczyszczenia, która wymaga jego inicjatywy.

Po trzecie Zamawiający wskazał, że zgodnie z wyjaśnieniami spółki GOLDEN LINE Sp. z o.o. trudno przyjąć, aby w przedmiotowym przypadku doszło do zerwania wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie, ponieważ do oferty Wykonawca dołączył sprawozdania wykonane przez BQJ Laboratorium Badawcze z dnia 29.03.2021 r. na zlecenie MCSupplies Marcin Cieszyński.

Powyższe stwierdzenia zostały skonstatowane przez Zamawiającego następująco: Zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli podjęte przez Wykonawcę czynności określone w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, Zamawiający wyklucza Wykonawcę. Powyższe czyni treść oferty jako nie spełniającej wymogów, o których mowa w art. 110 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe stwierdzenia Zamawiającego pozbawione są jakiegokolwiek analizy i wskazania, z jakich powodów i na jakiej podstawie faktycznej i prawnej Zamawiający doszedł do takowych wniosków.

3.1.1.

W zakresie stwierdzenia pierwszego, odnoszącego się do wykazania jednocześnie wszystkich okoliczności wskazanych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp oraz kwestii nieuznania nawet obszernych i szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, przy braku dowodów na podjęcie opisanych działań należy zauważyć na wstępie, iż zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
 - b) zreorganizował personel,
 - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Zatem przepis rzeczywiście posługuje się określeniem „łącznie”, jednak jest to wskazane nieprawidłowe, gdyż art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp obejmują swoim zakresem bardzo różniące się od siebie czyny i zdarzenia, które nie charakteryzują się tymi samymi cechami. Zatem i podjęcie odpowiednich działań dla identyfikacji przyczyn nieprawidłowości oraz środków zaradczych, a więc i spełnienie danych przesłanek zależy od okoliczności danej sprawy i analizy, które ze wskazanych działań w danych okolicznościach powinny były być podjęte. **Tym samym działania, spośród wymienionych, powinny być podjęte łącznie, ale jedynie te, które wpisują się w daną sytuację.**

Zamawiający nie rozwinął powyższego wątku, zatem należy uznać, że miał na myśli jedynie dwie kwestie wskazane poniżej, tj. brak wykazania współpracy oraz kwestię zerwania powiązań przejawiającą się w przedstawieniu sprawozdania BQJ Laboratorium Badawczego.

Co zaś do kwestii rzekomego braku udowodnienia, należy podkreślić, że Odwołujący przedstawił w ramach samooczyszczenia wyjaśnienia i dowody (łącznie 263 strony), które, w jego opinii, są wystarczające do wykazania jego rzetelności. **Zamawiający na wstępie postawił tezę o braku dowodów, jednak ograniczył się jedynie do bezrefleksyjnego zacytowania jakiegoś orzeczenia, nie mającego żadnego związku z niniejszą sprawą, nie wyjaśniając nawet w najmniejszym stopniu, dlaczego to uznał, że przedstawione „Samooczyszczenie” nie stanowi wystarczającego dowodu,** jakich to dowodów Odwołujący jakoby nie przedstawił, jakich to konkretnie dowodów oczekuje, jakich mu brakuje i na jaką okoliczność – zwłaszcza, że sam stan faktyczny sprawy podlegającej samooczyszczeniu nie jest skomplikowany.

Odwołujący wraz z ofertą złożył dokument „Samooczyszczenie” datowany na 27 września 2023 r., składający się z plików SAMOOCZYSZCZENIE CZ1 (133 str.) i SAMOOCZYSZCZENIE CZ2 (130 str.), obejmujący 25 stron tekstu wyjaśnień własnych i 238 stron załączników, stanowiących właśnie dowody na poparcie owych wyjaśnień, wymienionych na ostatniej stronie „Samooczyszczenia”. Okoliczność tę Zamawiający kompletnie pominął w swoim uzasadnieniu.

Poza tym **Zamawiający nie wyjaśnił, co w ogóle ma na myśli wskazując na „dowody”.** Należy podkreślić, że **wyjaśnienia osoby, której dana sprawa dotyczy (pisemne lub ustne) również stanowią dowód. I jest tak nie tylko w stosunku do wykonawców w ramach ustawy Prawo zamówień publicznych, ale powszechnie w systemie prawa.** Np. w art. 538 ustawy Pzp wskazano, że **dowodami są w szczególności** dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz **przesłuchanie stron.** Przy czym „dokument” oznacza nie tylko np. zaświadczenie urzędowe,

ale także **wszelkie dokumenty prywatne, w tym oświadczenia**. Samo określenie „wyjaśnienia” oznacza tylko cel dokumentu, zgodnie natomiast z jego kwalifikacją prawną, stanowią one oświadczenie wiedzy lub woli wykonawcy – w zależności od konkretnej treści.

Zgodnie z art. 531 ustawy Pzp **przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie**.

Podobnie wskazano w art. 227 Kodeksu postępowania cywilnego, w którym zawarto także szerszy opis dowodów, m.in. wskazano na dowód z dokumentu prywatnego (art. 245 Kpc) oraz **dowód z przesłuchania stron** (art. 246 i art. 299 Kpc). I tak – **dokument prywatny sporządzony w formie pisemnej albo elektronicznej stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie** (art. 245 Kpc). Jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, sąd dla wyjaśnienia tych faktów może dopuścić dowód z przesłuchania stron. Za osobę prawną sąd przesłuchuje osoby wchodzące w skład organu uprawnionego do jej reprezentowania, przy czym sąd decyduje, czy przesłuchać wszystkie te osoby, czy też tylko niektóre z nich. (art. 299-300 Kpc). Podobna regulacja znajduje się w art. 86 Kodeksu postępowania administracyjnego. W Kodeksie postępowania karnego **wyjaśnienia oskarżonego zostały opisane jako pierwszy z możliwych dowodów**, czyli taki, któremu przypisuje się dużą istotność (por. struktura działu V Kpk).

Tak więc **rozdzielenie pojęć pomiędzy „wyjaśnieniami” a „dowodami” jest umowne i wyjaśnienia wykonawcy same w sobie również stanowią dowód. Dowodami nazywa się także załączone do wyjaśnień dokumenty**. Nie zmienia to faktu, że ocenie podlega to, jak w danej sytuacji złożone dokumenty (czy to same wyjaśnienia, czy wyjaśnienia z załącznikami) realizują dyspozycję przepisu.

Relacja pomiędzy wymaganymi przez przepisy „wyjaśnieniami” a „dowodami” była już wielokrotnie przedmiotem rozważań KIO, zwłaszcza w odniesieniu do wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Jednak we wszystkich przypadkach, kiedy ustawa Prawo zamówień publicznych odnosi się do wyjaśnień i dowodów czy też oświadczeń i dowodów, zasada jest ta sama. I tak na przykład w wyroku KIO 1806/18 (utrzymanym przez Sąd Okręgowy w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 1909/18) Izba stwierdziła: „Podnieść należy, że **ocena ceny wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pod kątem jej rażąco niskiego charakteru może być dokonana wyłącznie na podstawie tychże wyjaśnień**, które z kolei winny stanowić adekwatną do oczekiwań zamawiającego, wyartykułowanych w treści wezwania, odpowiedź. (...) Zaprezentowana przez odwołującego argumentacja nie podważyła wyjaśnień, które zostały złożone przez przystępującego w trakcie czynności badania i oceny ofert na wezwanie zamawiającego. Biorąc zatem pod uwagę zasadę wynikającą z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp Izba uznała, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia stanowią wystarczający dowód

potwierdzający, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.” A należy tu podkreślić, że w kontekście wyjaśnień ceny ustawa Prawo zamówień publicznych, zarówno z roku 2004., jak i z roku 2019 r., szczególnie podkreśla złożenie wyjaśnień „wraz z dowodami”.

Tym samym stwierdzenie Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego o rzekomym braku dowodów należy uznać za gołosłowne i nie znajdujące oparcia w stanie faktycznym. Przede wszystkim zaś stwierdzenie to przeczy idei uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji Zamawiającego, o którym mowa w art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiąc jedynie luźno wyartykułowaną myśl, nie zaś „zbiór argumentów, motywów, dowodów itp. uzasadniających czyjeś działanie”, przy czym „uzasadniać” to „poprzecć coś dowodami, argumentami” (definicja pojęcia „uzasadnienie” i „uzasadniać” wg Słownika języka polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/uzasadnienie.html>).

Podobnie jednak jak poprzednio, Odwołujący uznał, że Zamawiający – jeżeli miał na myśli konkretną kwestię – to chodziło o jedną z dwóch wskazanych poniżej.

3.1.2.

Co do kwestii wyjaśnienia faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym postępowaniem Odwołującego i współpracy odpowiednio z właściwymi organami lub zamawiającym – należy wskazać, że powyższe zostało wskazane w punkcie „Samooczyszczenia” zatytułowanym: „II.2 Ad. art. 110 ust. 2 pkt 2 – wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności aktywnie współpracując z właściwymi organami lub zamawiającym”, obejmującym strony od 7 do 13. Punkt ten został podzielony na dwa podpunkty: „II.2.1 Wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności aktywnie współpracując z zamawiającym” i „II.2.2 Wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności aktywnie współpracując z organami”.

W ocenie Wykonawcy informacje zawarte w przedłożonych w „Samooczyszczeniu” wyjaśnieniach oraz w załącznikach do tych wyjaśnień w sposób szczegółowy prezentują okoliczności związane ze zdarzeniem będącym podstawą wykluczenia (łącznie z załączeniem wyroków Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych w tej sprawie), jak też współpracę z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów (z załączeniem korespondencji z UOKiK). Jednocześnie Wykonawca podjął aktywną współpracę z zamawiającym, o którym mowa w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a którym w tym wypadku jest Zakład Emerytalno-Rentowy MSWiA, nie tylko z własnej inicjatywy składając wyczerpujące wyjaśnienia wraz z dowodami, ale także deklarując gotowość odpowiedzi na każde pytanie Zamawiającego lub uzupełnienie informacji lub dokumentów, które Zamawiający uznałby jeszcze za potrzebne do wyjaśnienia tej sprawy.

„Zamawiający”, o którym mowa w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp to zamawiający, przed którym wykonawca dokonuje *self-cleaningu*. Jak wskazano w komentarzu wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych: *Udowodnienie samooczyszczenia jest elementem aktywnej współpracy wykonawcy z zamawiającym, która zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp stanowi warunek samooczyszczenia. Wykonawca, chcąc wykazać swą rzetelność pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, powinien w pełni wyjaśnić fakty i okoliczności związane z popełnionym przestępstwem lub wykroczeniem, aktywnie współpracując nie tylko z organem prowadzącym dochodzenie, ale również z zamawiającym, w zakresie właściwym dla jego roli, by dowieść mu przywrócenia swojej rzetelności, pod warunkiem że ta współpraca będzie ograniczona do środków ściśle niezbędnych do tej oceny. Ta aktywna współpraca powinna polegać na tym, że wykonawca bez wezwania złoży kompletne dowody, wystarczające do wykazania jego rzetelności. (...) Współpraca z zamawiającym obejmuje również wyjaśnienie, czy istnieje podstawa wykluczenia. Oznacza to, że w celu samooczyszczenia wykonawca musi z własnej inicjatywy i bez wezwania podać w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, informację, że zachodzi wobec niego odpowiednia podstawa wykluczenia oraz wskazać opis środków naprawczych i zapobiegawczych.* („Prawo zamówień Publicznych. Komentarz”, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 418).

Interpretację kontekstu, w jakim w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp użyto wymogu „współpracy odpowiednio z właściwymi organami lub zamawiającym” zawarto w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17, w którym Trybunał przeprowadził szerokie rozważania dotyczące roli zamawiającego w instytucji samooczyszczenia: *W celu sprawdzenia istnienia pewnych podstaw wykluczenia instytucje zamawiające mogą, w określonych okolicznościach, być zmuszone do przeprowadzania badań i kontroli. (...) Jednak w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, gdzie istnieje szczególna procedura ścigania określonych naruszeń uregulowana w prawie Unii lub w prawie krajowym, a konkretne instytucje są odpowiedzialne za prowadzenie dochodzeń w tym zakresie, instytucja zamawiająca powinna, w ramach oceny dostarczonych dowodów, zasadniczo opierać się na wyniku takiego postępowania. W tym kontekście należy uwzględnić odpowiednie funkcje instytucji zamawiających oraz organów odpowiedzialnych za prowadzenie dochodzenia. Podczas gdy zadanie tych ostatnich polega na ustaleniu odpowiedzialności określonych podmiotów za popełnienie naruszenia normy prawnej poprzez wykazanie w sposób bezstronny prawdziwości okoliczności, które mogą stanowić takie naruszenie, a także na ukaraniu przeszłych naruszeń, instytucje zamawiające powinny ocenić ryzyko, jakie stałoby się ich udziałem, gdyby udzieliły zamówienia oferentowi, którego uczciwość i rzetelność są wątpliwe. (...) Jednak taka współpraca z instytucją zamawiającą musi ograniczać się do środków absolutnie*

niezbędnych do skutecznej realizacji celu oceny rzetelności wykonawcy, o którym mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 (...) Ponadto należy zaznaczyć, że co do zasady przekazanie instytucji zamawiającej decyzji stwierdzającej popełnienie przez wykonawcę naruszenia reguł konkurencji, lecz z zastosowaniem zasady łagodzenia kar ze względu na to, że **wykonawca ten współpracował z organem ds. ochrony konkurencji, powinno wystarczyć do udowodnienia instytucji zamawiającej, że wykonawca w pełni wyjaśnił fakty i okoliczności dzięki współpracy z organem ds. konkurencji...**

Należy tu podkreślić, że w powyższym orzeczeniu C-124/17 Trybunał posługuje się określeniem „współpraca”. To samo określenie znalazło się także w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp („aktywnie współpracując odpowiednio z (...) lub z zamawiającym”). Według Słownika języka polskiego (<https://sjp.pwn.pl/slowniki/wsp%C3%B3%C5%82praca.html>) „współpraca” to „działalność prowadzona wspólnie przez jakieś osoby, instytucje lub państwa”. Jako że **współpraca oznacza dwustronne działanie, użycie tego określenia nakłada obowiązki także na samego zamawiającego** co do przedstawianego samooczystczenia, w tym ewentualnego przeprowadzenia w tym zakresie stosownych wyjaśnień, jeśli informacje udzielone przez Wykonawcę budziłyby jakieś wątpliwości danego zamawiającego.

Jakkolwiek w zakresie owych wątpliwości należy podkreślić słuszne stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24 maja 2021 r., sygn. KIO 1006/21: *Proces ten [self-cleaningu – przyp. Odwołującego] może nigdy nie zakończyć się, gdyż kolejni zamawiający mogą doszukać się innych powodów, które miałyby czynić wyjaśnienia niedostatecznymi. Taki stan nie sprzyja stosowaniu przepisu, którego celem jest umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcy, który podlegałby wykluczeniu. (...) Przy takim podejściu, gdzie zamawiający mogliby bez żadnych ograniczeń mnożyć wątpliwości bez obiektywnie uzasadnionych powodów, doszłoby do naruszenia zasady proporcjonalności...* W orzeczeniu C-124/17 TSUE wskazał także wprost, iż to, że wykonawca ten współpracował z organem ds. ochrony konkurencji, powinno wystarczyć do udowodnienia instytucji zamawiającej, że wykonawca w pełni wyjaśnił fakty i okoliczności dzięki współpracy z organem ds. konkurencji.

Co do współpracy z odpowiednim organem (w stosunku do Odwołującego orzeczono popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji) Odwołujący wskazał także, że już 25 czerwca 2021 r. tj. w dniu ogłoszenia wyroku Sądu Okręgowego sygn. akt XXIII Zs 56/21 (dotyczącego przedmiotowego czynu, do którego odnosi się *self-cleaning*), działając na podstawie art. 113a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożył do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wnioski o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 tej ustawy. We wniosku tym przedstawił organowi okoliczności związane z zawarciem porozumienia. Dodatkowo 28 czerwca 2021 r. Wykonawca otrzymał pismo

z UOKiK, datowane na 22 czerwca 2021 r., informujące go o wszczęciu postępowania wyjaśniającego w trybie art. 48 uokik oraz wzywające go do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi Odwołujący złożył obszerne i szczegółowe wyjaśnienia. Należy tu podkreślić, że **postępowanie wyjaśniające w UOKiK zostało wszczęte ponad dwa lata i w tym czasie nie zostały sformułowane wobec Odwołującego żadne zarzuty**. Dodatkowo istotny jest sam charakter tego postępowania – **jest to postępowanie właśnie wyjaśniające (nie kontrolne czy sankcyjne)**, w ramach rozeznania UOKiK w sytuacji na rynku, prowadzone jest w sprawie, a nie przeciwko jakiegokolwiek przedsiębiorcy i nikt nie jest jego stroną (wynika to zarówno z przepisów, jak i samej treści pism UOKiK). **Przez owe ponad dwa lata UOKiK nie wszczął postępowania przeciwko Odwołującemu, co przemawia za tym, by uznać, że nie zostały wypełnione warunki wszczęcia takiego postępowania.**

Według wiedzy Odwołującego żadne inne organy nie podejmowały wobec niego jakichkolwiek czynności.

W powyższym kontekście trudno nawet podjąć próbę interpretacji, co Zamawiający konkretnie miał na myśli wskazując, że Odwołujący nie wyjaśnił wyczerpująco faktów i okoliczności związanych ze zdarzeniem, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami lub zamawiającym przed i w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia w ramach procedury samooczyszczenia, która wymaga jego inicjatywy.

3.1.3.

Co do kwestii rzekomych powiązań z MCSupplies Marcin Cieszyński – Zamawiający nie uzasadnił również swojego kolejnego zarzutu wobec Odwołującego, tj. *Ponadto zgodnie z wyjaśnieniami spółki GOLDEN LINE Sp. z o.o. trudno przyjąć, aby w przedmiotowym przypadku doszło do zerwania wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowaniem, ponieważ do oferty Wykonawca dołączył sprawozdania wykonane przez BQJ Laboratorium Badawcze z dnia 29.03.2021 r. na zlecenie MCSupplies Marcin Cieszyński.*

Powyższe stwierdzenie można bowiem interpretować jedynie jako brak zapoznania się ze złożonymi w ramach *self-cleaningu* wyjaśnieniami. (Co zresztą potwierdza trzeci powód odrzucenia oferty, związany z uznaniem przez Zamawiającego, że MCSupplies Marcin Cieszyński jest podmiotem trzecim, na zasoby którego powołuje się Odwołujący, co jest oczywiście nieprawdziwe z powodów opisanych poniżej). **Gdyby bowiem Zamawiający przeczytał dokument „Samooczyszczenie”, w punkcie „II.3.1 Zerwanie powiązań” na str. 14-16, znalazłby tam wyjaśnienia dotyczące całego stanu faktycznego i prawnego sprawy.**

Odwołujący wyjaśnił tam bowiem, że w okresie wcześniejszym (przed wydarzeniami związanymi z postępowaniem Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOVIA) współpracował z panem Cieszyńskim prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą MCSupplies Marcin

Cieszyński w zakresie produkcji i sprzedaży m.in. tonerów, w tym marki Wirksam Drucken, w związku z czym zawarł wiele kontraktów na dostawę produktów tej marki. Właścicielem tej marki był wtedy pan Cieszyński. Ze względu na konieczność rozwiązania współpracy z firmą MC Supplies Marcin Cieszyński spółka Golden Line musiała wykupić od pana Cieszyńskiego prawa do używania nazwy marki Wirksam Drucken, *know-how* związanego z produkcją oraz zapasów magazynowych komponentów do produkcji i sprzedaży tej marki, np. opakowań. W ramach tego **nabyła również prawo do używania dokumentów wystawionych dla produktów tej marki, jak przedmiotowe raporty.** Tego typu transakcja spowodowała definitywne zerwanie relacji handlowych pomiędzy Odwołującym a MC Supplies Marcin Cieszyński. **W chwili obecnej Odwołujący jest wyłącznym producentem i właścicielem marki Wirksam Drucken. Od czasu ww. sprzedaży Odwołujący nie ma żadnych powiązań z panem Cieszyńskim, który zresztą nie prowadzi obecnie działalności gospodarczej.** Informacja w tym zakresie jest publicznie dostępna na stronie CEiDG (<https://aplikacja.ceidg.gov.pl/CEIDG/CEIDG.Public.UI/SearchDetails.aspx?Id=a82f541a-a7f3-4178-ac94-d727accdaf9c>).

Na dowód powyższych okoliczności Odwołujący przedłożył w samoocyszczeniu szereg dokumentów, do których Zamawiający w swoim uzasadnieniu zupełnie się nie odniósł.

Trzeba tu też podkreślić, że przepisy prawa rozróżniają osobę przedsiębiorcy, nawet działającego jako osoba fizyczna, od majątku tego przedsiębiorcy, tj. przedsiębiorstwa.

Przedsiębiorstwo, zdefiniowane w art. 55¹ Kodeksu cywilnego, jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej i obejmuje w szczególności:

- 1) oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa);
- 2) własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości;
- 3) prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych;
- 4) wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne;
- 5) koncesje, licencje i zezwolenia;
- 6) patenty i inne prawa własności przemysłowej;**
- 7) majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne;**
- 8) tajemnice przedsiębiorstwa;
- 9) księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Przedsiębiorstwo, w znaczeniu wskazanym powyżej – jako majątek, nie miało żadnych powiązań z działaniami osobistymi pana Cieszyńskiego. Aby rozwiązać współpracę pomiędzy spółką Golden Line a panem Cieszyńskim, należało rozwiązać (uregulować) jej sprawy majątkowe. Należy podkreślić, że kwestia spraw majątkowych rozstrzygana jest nawet w przypadku zwykłego rozwodu pomiędzy małżonkami i nie oznacza ona braku skutków rozwodu.

Niezależnie zresztą od przebiegu rozliczeń handlowych pomiędzy Odwołującym a przedsiębiorstwem MC Suppllies Marcin Cieszyński – w chwili złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, sprawy majątkowe pomiędzy oboma przedsiębiorcami i ich przedsiębiorstwami zostały zakończone.

Sam zaś raport z badania jakości produktu, dotyczy wyłącznie samego produktu, niezależnie od tego, kto te badania zlecił.

Nie jest również niczym niezwykłym, że podmiot oferujący sprzedaż danych produktów posługuje się raportami, czy też innymi dokumentami dotyczącymi produktu, sporządzonymi na zlecenie ich producenta (czy też – w tym przypadku: byłego producenta) i nie oznacza to żadnych osobistych powiązań pomiędzy tym sprzedawcą a producentem.

W innym wypadku każdy sprzedawca miałby „powiązania” z takimi producentami jak Canon, Brother, Kyocera, HP itd.

Zatem również w tym zakresie dla Odwołującego niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego, a zrozumieniu temu nie sprzyja brak uzasadnienia stwierdzeń Zamawiającego zawartych w informacji o odrzuceniu oferty.

Natomiast sama zastosowana argumentacja dotycząca *self-cleaningu* pozwala Odwołującemu przypuszczać, że Zamawiający kierował się „zawiadomieniem” od któregoś z konkurentów – nie weryfikując ani jego aktualności, ani stanu faktycznego i prawnego sprawy.

3.1.4.

Co do kwestii ewentualnego zaniechania wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia „Samooczyszczenia” – jakkolwiek w ocenie Odwołującego przedłożone w ramach samooczyszczenia wyjaśnienia oraz dokumenty są w pełni wyczerpujące i potwierdzają rzetelność Odwołującego jako wykonawcy mogącego ubiegać się o zamówienia publiczne, to Odwołujący jest także gotów do złożenia dalszych wyjaśnień i innych dokumentów.

Należy podkreślić, że dokumenty złożone w ramach samooczyszczenia podlegają uzupełnieniom i wyjaśnieniom, o których mowa w art. 128 ustawy Pzp, jako dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 124 i nast. ustawy Pzp. Jeśli więc Zamawiający rzeczywiście uznał, że niezbędne są mu jakieś konkretne informacje lub dowody dotyczące konkretnej kwestii, to powinien był się o to do Odwołującego zwrócić. Wyraźnie wskazuje na to TSUE w wyroku z 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19, w którym rozpatruje instytucję

self-cleaningu jako prawo wykonawców wywodzące się bezpośrednio z przepisów unijnych i bezpośrednio stosowane (niezależnie od implementacji przez państwo członkowskie): o ile na wykonawcy spoczywa obowiązek poinformowania instytucji zamawiającej w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty o rozwiązaniu wcześniejszej umowy o udzielenie zamówienia z powodu poważnego wykroczenia, o tyle jednak w sytuacji, gdy instytucja ta stwierdzi istnienie podstawy wykluczenia związanej z rozwiązaniem takiej umowy lub zatajenie informacji dotyczących takiego rozwiązania, musi ona pozostawić danemu wykonawcy możliwość przedstawienia dowodu podjęcia środków naprawczych. W wyroku tym Trybunał wskazał także na **zasadę poszanowania prawa do obrony jako podstawową zasadę prawa Unii, której integralną częścią jest prawo do bycia wysłuchanym, a która powinna być stosowana wówczas, gdy organ administracyjny ma podjąć w stosunku do danej osoby decyzję wiążącą się z niekorzystnymi dla niej skutkami, taką jak decyzja o wykluczeniu wydana w ramach postępowania o udzielenie zamówienia**. Tym bardziej dotyczy to sytuacji, w której wykonawca przedstawi opis podjętych środków naprawczych, lecz instytucja zamawiająca uzna, że w pewnych elementach jest on dla niej zbyt mało szczegółowy. Przy czym wymagania danego zamawiającego co do owych informacji nie powinny przekraczać granic zdrowego rozsądku oraz celu instytucji samooczyszczenia, czyli wykazania rzetelności wykonawcy.

3.1.5.

Kwestia skuteczności złożonych przez Odwołującego w ramach samooczyszczenia wyjaśnień była przedmiotem rozstrzygnięcia w trzech sprawach:

W pierwszym wyroku KIO, z 16 sierpnia 2023 r., wydanym w sprawie KIO 2230/23 Izba wypowiedziała się w kwestii skuteczności wyjaśnień jako „udowodnienia” oraz braku szkody (z którymi to elementami rozstrzygnięcia Odwołujący się zgodził). Izba uznała co prawda, że Odwołujący nie wykazał współpracy z organami, jednak odnosząc się do innej treści dokumentu „Samooczyszczenia” niż przedstawiony Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu. Odwołujący – w zakresie dla siebie niekorzystnym – zaskarżył ten wyrok, jak również uzupełnił wyjaśnienia składane w niniejszym postępowaniu o informacje i dokumenty, których w ocenie wcześniejszej wersji „Samooczyszczenia” brakowało w wyjaśnieniach złożonych w postępowaniu objętym pierwszym wyrokiem. Z pewnością zatem wyrok KIO 2230/23 nie może być adekwatny do oceny niniejszych wyjaśnień.

W drugim wyroku KIO, z 18 września 2023 r., wydanym w sprawie KIO 2594/23 Izba uznała, że samooczyszczenie złożone przez Odwołującego było skuteczne i wystarczające.

W trzecim wyroku KIO, z 19 września 2023 r., wydanym w sprawie KIO 2626/23 Izba również uznała, że złożone samooczyszczenie było skuteczne i wystarczające, mimo tożsamej treści wyjaśnień do tych złożonych w sprawie KIO 2230/23.

3.2. Przedmiotowe środki dowodowe

Drugą podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było złożenie, według Zamawiającego, nieprawidłowego przedmiotowego środka dowodowego dotyczącego poz. 19. Tabeli nr 1, tj. dla materiału eksploatacyjnego o symbolu CRG-057HBK dla urządzenia wielofunkcyjnego monochromatycznego Canon 1-SENSYS MF455DW (toner czarny). Dla tego materiału Odwołujący dołączył do oferty dołączył kartę katalogową dla produktu WD-CRG057H wskazując, iż zaoferowany toner jest kompatybilny m.in. dla urządzeń Canon i-SENSYS LBP236dw i Canon i-SENSYS MF445dw. Natomiast, zgodnie z wymogiem Zamawiającego Wykonawca, na potwierdzenie wydajności produktu równoważnego, zobowiązany był dołączyć dokument wydany przez podmiot uprawniony do kontroli jakości przebadany na modelu urządzenia, w którym może zostać użyty, zgodnie z Tabelą nr 1 OPZ. Wykonawca produkt WD-CRG057H wskazał odniesienie do poz. 19. i 20. Tabeli nr 1 oraz załączył Sprawozdanie NR 12-WD/2023 z 3.04.2023 r., z którego wynika, że badanie wydajności dla tego materiału równoważnego o ww. symbolu zostało przeprowadzone na urządzeniach Canon i-SENSYS LBP236dw, w związku z powyższym Wykonawca potwierdza, iż ww. toner będzie miał tożsamą wydajność na urządzeniu wskazanym w poz. 19 dla materiału eksploatacyjnego WD-CRG057H.

Zamawiający żądał przedstawienia dla produktów równoważnych m.in. dokumentu wydanego przez podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzającego wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, przebadanych na każdym modelu urządzenia w którym może zostać użyty dla każdego materiału eksploatacyjnego równoważnego, określonego w Tabeli nr I OPZ, zawierającego dane: ● średnia ilość wydruków, ● odchylenie standardowe, ● dolna granica przedziału ufności (90%), ● data testowania, ● liczba testowanych kaset, ● liczba kaset użytych do obliczeń, ● typ kasety, ● czy stosowano procedurę wstrząsania, ● tryb drukowania, ● liczba mechanizmów użytych w teście, ● użyty nośnik, ● format papieru, ● orientacja podawania papieru, ● model komputera, ● system operacyjny, ● oprogramowanie, ● wersja sterownika drukarki, ● typ połączenia, ● codzienne wyłączanie/włączanie zasilania, ● konieczność podania kodów partii testowanych wkładów, ● konieczność podania numerów seryjnych mechanizmów, ● temperatura w oC, ● wilgotność.

Zamawiający wskazał dwie pozycje dla urządzenia Canon i-SENSYS:

19.	Urządzenie wielofunkcyjne monochromatyczne Canon I-SENSYS MF455DW (Toner czarny)*****	CRG-057HBK
20.	Drukarka monochromatyczna Canon I-SENSYS LBP 236DW (Toner czarny)*****	CRG-057HBK

Odwołujący dla obu tych pozycji przedstawił jeden raport, sporządzony na modelu LBP 236DW. Jednak w powyższym stwierdzeniu Zamawiający pomija cel i sposób badania wydajności tonera – wskazany w pytaniu nr 1 do SWZ, jak i odpowiedź na pytanie to pytanie z 21 września 2023 r. **(Pytanie to zadał inny wykonawca niż Odwołujący).**

Pytanie 1.

Zamawiający w przedmiotowych środkach dowodowych oraz OPZ wymaga, aby dostarczyć dokument wydany przez podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzający wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, przebadanych na każdym modelu urządzenia w którym może zostać użyty dla każdego materiału eksploatacyjnego równoważnego, określonego w Tabeli nr 1 OPZ, zawierający dane:

Zamawiający wymaga dokumentów na przeprowadzenie testów zgodnie z normami ISO 19752, ISO 19798; ISO 24712; ISO 24711, które zawierają dane oraz formę przewidzianą dla poszczególnych norm ISO (zgodnie z wytycznymi normy ISO) i są dowodem na deklarowaną wydajność tonera.

Nigdzie w obowiązujących zapisach w.w. norm nie widnieje zapis o obowiązku przeprowadzenia badania na konkretnych urządzeniach drukujących, bądź na wszystkich urządzeniach w których producent drukarki przewiduje zastosowanie tego samego materiału. Ponieważ nie ma to żadnego wpływu na wynik testu.

Standardy ISO 19752, ISO 19798; ISO 24712; ISO 24711 to rygorystyczna metoda określania wydajności kasety. Ich kluczowe założenia i elementy zapisane zostały w Rozdziałach Test Parameters and Conditions (Parametry i warunki testu) oraz w rozdziałach Test Methodology (Metodologia testów.)

Każdy taki test wymagałby użycia co najmniej 3 takich samych modeli drukarek (rozdział 4 pkt I Test Methodology Testing Procedure (Metodologia testów Procedura testowa, „I) Zainstaluj co najmniej trzy drukarki zgodnie z instrukcją obsługi (...)”), co było by tak samo kosztowne jak i bezsensowne ponieważ normy ISO nie są normami określającymi kompatybilność.

Umieszczony w Aneksie D Sample reporting form (Przykładowy formularz raportu) jak sama nazwa wskazuje jest tylko przykładem, ale i w nim nie ma informacji, że test został przeprowadzony na wszystkich kompatybilnych bądź konkretnych modelach drukarek. Ponieważ takich testów musiałoby być przeprowadzonych w niektórych przypadkach bardzo dużo. Np. w przypadku tonera Q2612A firmy HP przeprowadzony został 1 test dla podstawowej drukarki, a jego kompatybilność można sprawdzić np. na stronie firmy HP (<https://sklephp.pl/tusze-tonery/hp-12a-oryginalny-wklad-zczarnym-toneremlaserjet>), która to lista i tak nie jest kompletna.

W rozdziale 5.3 Declaration of the yield (Deklaracja wydajności) opisano również jakie minimalne informacje należy uwzględnić w raporcie.

Testy mają być przeprowadzane zgodnie z normą, a forma przedstawienia wyników jest już dowolna.

Jednostką określającą procedurę wykonywania badań zgodnie z w.w. normami jest:

International Organization for Standardization

ISO Central Secretariat, BIBC II

Chemin de Blandonnet 8 CP 401

1214 Vernier, Genewa, Szwajcaria

E-mail: central@iso.org

i tylko ona może zmienić zapisy i wymogi dotyczące sposobu przeprowadzania testów wydajności, jak też zakres treści zawartych w samym raporcie wydajności.

Zamawiający wymagając od Wykonawcy do przedstawienia raportów z testów zawierających konkretne punkty jak też przeprowadzenia testów na konkretnych drukarkach ogranicza konkurencję do Wykonawcy, który posiada raporty z testów zrobione pod Państwa postępowanie, co jest niezgodne z art. 16 pkt 1) ustawy PZP – "Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców"

Reasumując raport z testów wystawiony przez podmiot akredytowany uprawniony do oceny zgodności z normą jest dla Zamawiającego dowodem wystarczającym (z mocy samej ustawy) dla wykazania okoliczności, której dokument taki dotyczy.

Zamawiający nie może żądać, by badanie przeprowadzono inaczej niż stanowi norma, bo przestaje ono być zgodne z normą. Nie może też żądać by badanie „aktualizowano”, bo takiego wymogu norma nie wprowadza.

Zamawiający działa zatem w sposób rażąco sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równego traktowania, a tym samym – w sposób pośredni – doprowadza do naruszenia normy art. 99 ust. 4, czyli zakazu ograniczania konkurencji poprzez wymaganie wyłącznie produktów określonego producenta. Ostateczną konsekwencją takiego zapisu SWZ jest bowiem to, że żaden wykonawca, który oferuje certyfikowane i przebadane zgodnie z normami ISO wkłady równoważne, nie jest w stanie spełnić wymagań stawianych przez Zamawiającego. Tym samym konkurencja odbywać się będzie wyłącznie na gruncie wkładów oryginalnych.

Wnosimy o zmianę zapisów SWZ na zgodne z PZP i normami ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711 i ISO/IEC 24712 – wykreślenie żądania przeprowadzenia testów wydajnościowych przeprowadzenia ich na każdym modelu urządzenia w którym może zostać użyty dla każdego materiału eksploatacyjnego równoważnego, określonego w Tabeli nr I OPL."

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Zamawiający wyjaśnia, że stosując zapis: „dokument wydany przez podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzający wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, przebadanych na każdym modelu urządzenia w którym może zostać użyty dla każdego materiału eksploatacyjnego równoważnego, określonego w Tabeli nr I OPZ” - uważa każdy model urządzenia wskazanego w Tabeli nr I OPZ, a nie wszystkie modele urządzeń, do których dany rodzaj materiału eksploatacyjnego ma zastosowanie.

Ponadto Zamawiający wyjaśnia, że tylko raport z testu wydajności danego materiału eksploatacyjnego wykonany na modelu urządzenia, w którym Zamawiający będzie stosował dany materiał eksploatacyjny pozwoli Zamawiającemu uzyskać pewność, że materiał równoważny jest odpowiednio wydajny i kompatybilny i nie wpłynie negatywnie na proces użytkowania urządzenia. Zamawiający nie żąda od Wykonawców, by badania niezbędne do otrzymania ww. dokumentów przeprowadzono inaczej niż stanowi norma oraz aby je „aktualizowano”, a także nie ograniczania konkurencji poprzez wymaganie wyłącznie produktów określonego producenta.

Ponadto Zamawiający informuje, że nie wymaga dokumentów na przeprowadzenie testów zgodnie z normami ISO 24712 oraz ISO 24711, ponieważ w Tabeli nr I Wykazie materiałów eksploatacyjnych stanowiącej integralną część SWZ nie ujmuje wkładów atramentowych.

Zatem z powyższego wynika, że, zgodnie z przywołanymi normami mierzenia wydajności – ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych i ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych – badania wydajności nie sporządza się dla każdego modelu urządzenia, na którym toner może być zastosowany, a jedynie na jednym modelu. Jest to o tyle logiczne, że **jest to badanie wydajności tonera, która to wydajność jest określana dla danego produktu (tonera) ogólnie, a nie tonera pracującego na danej drukarce czy innym urządzeniu. Gdyby bowiem wydajność ta**

była inna dla każdego urządzenia, nie byłoby możliwe określenie wydajności tonera jako takiego i nie funkcjonowałoby pojęcie wydajności tonera.

Odmienne żądanie oznacza, że **Zamawiający – niezgodnie z udzieloną odpowiedzią – żąda dokumentu wykraczającego poza normę i przeprowadzenia badania inaczej niż stanowi norma ISO/IEC 19752**, jak też wymaga od wykonawców przeprowadzenia (i opłacenia) większej liczby badań, niż wymaga norma, tj. dla każdego modelu osobno. Poza tym nawet gdyby wykonawca chciał takie dodatkowe badanie dla każdego modelu przeprowadzić (w pytaniu nazwano to „aktualizacją”), jest to proces bardziej długotrwały niż termin składania ofert.

W odpowiedzi na pytanie 1. Zamawiający wskazał, że nie żąda od Wykonawców, by badania niezbędne do otrzymania ww. dokumentów przeprowadzono inaczej niż stanowi norma oraz aby je „aktualizowano”, jednak, jak wynika z informacji o odrzuceniu oferty, w rzeczywistości tego właśnie żąda, gdyż żąda badania dla każdego modelu osobno, co oznacza dodatkowe badania w stosunku do wymagań normy.

Tym samym okoliczność podana w informacji o odrzuceniu oferty jako powód odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodny zarówno z normą przywołaną jako obowiązkowa do spełnienia, jak i odpowiedzią na pytanie 1. z 21 września 2023 r.

3.3. Udział podmiotu trzeciego i oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp

W zakresie trzeciego z powodów odrzucenia oferty Odwołującego można stwierdzić, że wynika on z tego, iż, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w tym na wezwanie do uzupełnienia tego oświadczenia, z którego wynika, że spełnia warunki udziału w postępowaniu samodzielnie bez udziału podmiotu trzeciego – natomiast wykonawca, zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, wraz z ofertą powinien złożyć oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania jemu do dyspozycji niezbędnych zasobów do realizacji przedmiotowego zamówienia lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu.

Wskazana powyżej podstawa odrzucenia oferty Odwołującego jest niezasadna i niezgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, jak też całym systemem, na którym opiera się procedura udzielania zamówień, a **Zamawiający pomylił dwie zupełnie odrębne instytucje.**

Odwołujący zaś prawidłowo złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, jak też nie złożył oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów do realizacji przedmiotowego zamówienia, ponieważ nie korzysta i nie będzie korzystał przy realizacji zamówienia z zasobów podmiotu trzeciego.

Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może **w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu** lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz

w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, **polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów** udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Natomiast w art. 118 ust. 3 ustawy Pzp wskazano, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Tym samym dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego dotyczy postawionych przez danego zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu warunki udziału w postępowaniu zostały opisane w rozdziale 11. specyfikacji warunków zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu” i brzmią następująco:

11.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w pkt 10 SWZ oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego, dotyczące:

11.1.1. zdolności do występowania w obrocie gospodarczym Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.

11.1.2. uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.

11.1.3. sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.

11.1.4. zdolności technicznej lub zawodowej

a) o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który posiada doświadczenie, tj. jeżeli Wykonawca należycie wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jedną dostawę o łącznej wartości nie mniejszej niż 70.000,00 zł brutto, odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Zamawiający przez zwrot „odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia” rozumie dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących.

Zamawiający postawił więc jedynie warunek dotyczący doświadczenia, który to warunek spełnia Odwołujący osobiście. Warunek ten bowiem nie jest szczególnie wygórowany, a **Odwołujący posiada znacznie szersze doświadczenie w zakresie dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących. Nie potrzebuje więc posiłkować się doświadczeniem podmiotów trzecich.**

Zgodnie z rozdziałem 12. SWZ „Oświadczenia lub dokumenty wymagane w postępowaniu. podmiotowe środki dowodowe” ppkt 12.1.4 wykonawca co prawda miał przedstawić wykaz wykonanej/wykonywanej dostawy, którego wzór stanowi Załącznik nr 5 do SWZ, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana lub jest wykonywana, oraz załączeniem dowodów określających, czy ta dostawa została wykonana lub jest wykonywana należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawa została wykonana, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych jest wykonywana, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy, jednak dotyczyło to jedynie wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, na wezwanie Zamawiającego (pkt 12.1.4).

Odwołujący w złożonym oświadczeniu „OŚWIADCZENIE WYKONAWCY/PODMIOTU UDOSTĘPNIAJĄCEGO ZASAOBY/PODWYKONAWCY” sporządzonym na wzorze stanowiącym załącznik nr 1 do Formularza oferty wyraźnie zaznaczył, że to oświadczenie wykonawcy

OŚWIADCZENIE WYKONAWCY/PODMIOTU UDOSTĘPNIAJĄCEGO
ZASAOBY/PODWYKONAWCY⁺

*składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych
(Dz. U. z 2023 r. poz. 1605)*

oraz oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie będzie polegać na zasobach podmiotów trzecich (poprzez wykreślenie)

OŚWIADCZENIE DOTYCZĄCE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU:

[UWAGA: stosuje tylko wykonawca/ wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie]

Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w pkt 11 SWZ.
(wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu).

[UWAGA: stosuje tylko wykonawca/ wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, a jednocześnie samodzielnie w pewnym zakresie wykazuje spełnianie warunków]

Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego
w
(wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu)
w następującym zakresie:

INFORMACJA W ZWIĄZKU Z POLEGANIEM NA ZDOLNOŚCIACH LUB SYTUACJI PODMIOTÓW UDOSTĘPNIAJĄCYCH ZASOBY:

Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w.....
(wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu), polegam na zdolnościach lub sytuacji następującego/ych podmiotu/ów udostępniających zasoby: (wskazać nazwę/y podmiotu/ów).....
..... w następującym zakresie:
..... *(określić odpowiedni zakres udostępnianych zasobów dla wskazanego podmiotu).*

Powtórzył to także w oświadczeniu uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego z 7 listopada 2023 r.

OSWIADCZENIE DOTYCZĄCE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU:

[UWAGA: stosuje tylko wykonawca/ wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie]

Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w pkt 11 SWZ.

(wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu).

[UWAGA: stosuje tylko wykonawca/ wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, a jednocześnie samodzielnie w pewnym zakresie wykazuje spełnianie warunków]

Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w

(wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu)

w następującym zakresie:

INFORMACJA W ZWIĄZKU Z POLEGANIEM NA ZDOLNOŚCIACH LUB SYTUACJI PODMIOTÓW UDOSTĘPNIAJĄCYCH ZASOBY:

Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w.....

(wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu), polegam na zdolnościach lub sytuacji następującego/ych podmiotu/ów udostępniających zasoby: (wskazać nazwę/y podmiotu/ów).....

..... w następującym zakresie:

..... (określić odpowiedni zakres udostępnianych zasobów dla wskazanego podmiotu).

Zatem Zamawiający bez żadnej podstawy faktycznej i prawnej uznał, że Odwołujący zamierza korzystać z zasobu podmiotu trzeciego i tym samym powinien przedstawić zobowiązanie tego podmiotu.

Zamawiający, jak wskazał w uzasadnieniu z 22 listopada, w trakcie badania ofert zwrócił uwagę, iż Wykonawca do oferty załączył raporty będące przedmiotowym środkiem dowodowym wystawione na zlecenie MCSupplies Marcin Cieszyński, natomiast w oświadczeniu nie wskazał czy będzie polegał na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby w zakresie określonym w SWZ.

Z powyższego wynika, że korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego przy realizacji tego zamówienia Zamawiający nieprawidłowo połączył z przedstawionymi raportami z badania oferowanych tonerów wystawionymi na zlecenie MCSupplies Marcin Cieszyński.

Są to jednak raporty wykonane na zlecenie ówczesnego producenta oferowanych tonerów i dotyczą nie wymaganego doświadczenia wykonawcy (warunku udziału w postępowaniu), lecz jakości tonerów oferowanych dla danej pozycji tabeli nr 1, czyli przedmiotu zamówienia. Tym samym są to dwie zupełnie niepowiązane ze sobą materie, a MCSupplies Marcin Cieszyński w żadnym wypadku nie jest podmiotem udostępniającym swoje zasoby.

Sytuację powyższą można porównać do sytuacji, w której Zamawiający za podmiot trzeci uznałby producentów tonerów takich jak Canon, Brother, HP czy Kyocera i wymagałby od wykonawców przedstawienia zobowiązań tych podmiotów.

Sytuacja ta wskazuje zresztą wyraźnie, że Zamawiający nie zapoznał się z wyjaśnieniami Odwołującego opisanymi w *self-cleaningu*, pomimo że sformułował w tym zakresie zarzut odnoszący się do wykluczenia Odwołującego. W wyjaśnieniach złożonych w ramach *self-cleaningu* wskazano bowiem wprost, że Odwołujący zakupił prawa do marki Wirksam Drucken od pana Cieszyńskiego (MCSupplies Marcin Cieszyński) i obecnie to **on jest producentem tonerów tej marki, zatem są one jego własnym produktem, a nie podmiotu trzeciego**. Tym samym i z tego

powodu nie ma potrzeby korzystania z udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia. Nie ma też znaczenia, kto zlecił dane badania – istotne są bowiem stwierdzone podczas badań parametry produktu, które są powiązane z samym produktem, a nie podmiotem zlecającym badania, jak też doświadczeniem wykonawcy wymaganym dla realizacji tego zamówienia. Dodatkowo, pan Cieszyński (MCSupplies Marcin Cieszyński) nie udostępniałby swoich zasobów również z tego powodu, że nie prowadzi już działalności gospodarczej. Informacja w tym zakresie jest dostępna na stronie Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (<https://aplikacja.ceidg.gov.pl/CEIDG/CEIDG.Public.UI/SearchDetails.aspx?Id=a82f541a-a7f3-4178-ac94-d727accdaf9c>).

Jeżeli Zamawiający, po zapoznaniu się z ofertą (raportami i oświadczeniem z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp – zawierającym wykreślenie danych o udziale podmiotu trzeciego, zgodnie z powyżej skopiowanymi *screenami*), miał jakiegokolwiek wątpliwości co do znaczenia owego wykreślenia, to powinien zapytać się wprost Odwołującego o zamierzony sposób realizacji zamówienia – w tym o potencjalnie niezłożone zobowiązanie i oświadczenie podmiotu trzeciego, nie zaś samodzielnie formułować wnioski – ewidentnie niezgodne z przedstawionymi dokumentami – skutkujące nieuzasadnionym odrzuceniem jego oferty.

W związku z powyższym niniejsze odwołanie należy uznać za zasadne, a Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. Informacja z KRS.

Anna Packo

radca prawny