

Kraków, dnia 20 lipca 2023 r.

Colmex sp. z o.o.

ul. Karolinki 90/9, 44-121 Gliwice

reprezentowana przez:

r.pr. Dawid Pantak

Kancelaria Radcy Prawnego

ul. Filarecka 3/4, 30-110 Kraków

telefon: 668 501 984

e-mail: dawid.pantak@legalkp.pl

Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny

im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu

ul. Malczewskiego 29, 26-600 Radom

e-mail: szp@uthrad.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Dostawa wraz z montażem i uruchomieniem drukarki 3D do druków z proszków metalicznych wraz z osprzętem” (numer referencyjny: AP-26-12d/23/E)

INFORMACJA O MOŻLIWYM PODROBIENIU REFERENCJI PRZEZ WYKONAWCĘ

1. Działając w imieniu Colmex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach [dalej: „Colmex”], na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa [które stanowi załącznik numer 1 do niniejszego pisma], informuję Zamawiającego o uzasadnionym przypuszczeniu, że referencje przedstawione przez wykonawcę X3D spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytowie [dalej: „X3D”] zostały podrobione.
2. Mając to na uwadze wnoszę o:
 - 1) Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (**najpóźniej do dnia 21 lipca 2023 r. do godziny 15:00**);
 - 2) Odrzucenie oferty wykonawcy X3D;

- 3) Podanie w uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy X3D informacji o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd.

UZASADNIENIE

3. Zamawiający w rozdziale V ustęp 2 pkt 4 lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia postawił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaze, że:

– w okresie ostatnich trzech (3) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie – wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych część zrealizowana obejmuje:

a) co najmniej jedną (1) dostawę drukarki 3D odpowiadającej przedmiotowi zamówienia o wartości minimum 1 000 000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych brutto)”.

4. W związku z tym, że oferta wykonawcy X3D została najwyższej oceniona, Zamawiający wezwał tego wykonawcę do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych (w tym do przedstawienia wykazu wykonanych dostaw wraz z załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie).
5. W odpowiedzi na wezwanie wykonawcy X3D w dniu 28 czerwca 2023 r. przedstawił żądane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe (w tym wykaz wykonanych dostaw wraz z referencją).

Na potwierdzenie spełnienia cytowanego wyżej warunku udziału w postępowaniu wykonawca X3D powołał się na zrealizowanie dostawy drukarki 3D do metalu na rzecz podmiotu CEAD B.V. z siedzibą w Delft (Holandia) [dalej: „CEAD”]. Wykonawca przedstawił skan referencji (Company reference letter) z dnia 7 kwietnia 2023 r., które miały pochodzić od podmiotu CEAD i zostać podpisane przez Pana Lucasa Janssena, tj. CEO CEAD.

Skan referencji podpisał kwalifikowanym podpisem elektronicznym Pan Tomasz Szmidt, czyli prokurent wykonawcy X3D. Podpisanie skanu referencji kwalifikowanym podpisem elektronicznym w tym przypadku oznaczało ich poświadczenie za zgodność z oryginałem (zgodnie z § 6 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452)).

6. Wykonawca Colmex zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym o przedstawienie pełnej dokumentacji wykonawcy X3D.

Po otrzymaniu oraz zweryfikowaniu dokumentacji wykonawca Colmex zwrócił się do podmiotu CEAD (czyli do podmiotu, który rzekomo udzielił referencji wykonawcy X3D) z pytaniem, czy

wykonawca X3D faktycznie wykonał na rzecz podmiotu CEAD dostawę, która została opisana w referencjach.

7. Wykonawca Colmex uzyskał od podmiotu CEAD oświadczenie, z którego wynika, że:
- 1) Podmiot CEAD jest zaskoczony funkcjonowaniem referencji wystawionych przez niego.
 - 2) Podmiot CEAD nie wystawił, ani nie podpisał takiej referencji.
 - 3) Podmiot CEAD nigdy nie współpracował z wykonawcą X3D.
 - 4) Co więcej, podmiot CEAD nigdy nie kupił drukarki wymienionej w referencjach.
 - 5) Zdaniem podmiotu CEAD list referencyjny został celowo sfabrykowany.

Dowód: *Oświadczenie podmiotu CEAD z dnia 20 lipca 2023 r. wraz z tłumaczeniem (załączniki numer 2 i numer 3 do niniejszego pisma)*

- na okoliczność ustalenia, że podmiot CEAD jest zaskoczony funkcjonowaniem referencji wystawionych przez niego, podmiot CEAD nie wystawił, ani nie podpisał takiej referencji, podmiot CEAD nigdy nie współpracował z wykonawcą X3D, podmiot CEAD nigdy nie kupił drukarki wymienionej w referencjach, zdaniem podmiotu CEAD list referencyjny został celowo sfabrykowany

8. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że wykonawca X3D nie wykonał wcześniejszej dostawy na rzecz podmiotu CEAD, a w konsekwencji nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i tym samym oferta tego wykonawcy nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.
9. Co więcej, pomimo tego, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.) [dalej: „ustawa Pzp”], to w opinii Colmex działanie wykonawcy X3D należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W konsekwencji oferta wykonawcy X3D podlega odrzuceniu bez możliwości korzystania z procedury sanacyjnej określonej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazuję przykładowe orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące tego zagadnienia:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 5/22: *„Zgodnie z artykułem 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działalnie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Wykonawca ECM Group Polska S.A., który celowo lub niedbale przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do uzyskania jak największej liczby punktów w

kryterium oceny ofert, dopuszcza się niewątpliwie działania sprzeczne z dobrymi obyczajami. Celem było uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą, traciła szanse na uzyskanie zamówienia.

Bez wątpienia działanie Wykonawcy ECM Group Polska S.A. naruszało interes innych przedsiębiorców w postępowaniu, którzy mieli utrudniony dostęp do zamówienia. Naruszało także interes Zamawiającego, tak poprzez narażenie go na realizację zamówienia przez osobę nieposiadającą oczekiwanego, większego doświadczenia, jak i poprzez konieczność zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy ten nie posiada większego doświadczenia. (...)

Izba podziela stanowisko, iż „brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo umożliwiają uzyskanie dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert oraz potwierdzają spełnienie warunku udziału w zakresie INRE. Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacji w celu uzyskania zamówienia”. Eliminowaniu nieprawidłowych sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji”.

10. Ponadto, umożliwienie wykonawcy X3D uzupełnienia wykazu dostaw wraz z referencjami doprowadziłoby do sytuacji, że wykonawca zastąpiłby informacje nieprawdziwe innymi informacjami. Tym samym naganne działanie wykonawcy nie spotkałoby się z żadną sankcją, co stanowiłoby wyłącznie zachętę do kontynuowania tego typu działań w przyszłości.
11. Wyjaśniam, że składamy wniosek o dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie najpóźniej do dnia 21 lipca 2023 r. ze względu na termin na złożenie ewentualnego odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Wykonawca Colmex wyjaśnia, że jego wolą nie jest złożenie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i z tego powodu w pierwszej kolejności informuje Zamawiającego o nieprawidłowościach wykonawcy X3D.

Jeżeli jednak Zamawiający nie dokona unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, to wykonawca Colmex – w celu obrony swoich praw – będzie zmuszony złożyć odwołanie. Stąd wniosek o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej najpóźniej w terminie do dnia 21 lipca 2023 r. (piątek) do godziny 15:00, żeby pozostawić sobie czas na przygotowanie ewentualnego odwołania, na złożenie którego termin upływa w dniu 24 lipca 2023 r. (poniedziałek).

Jednocześnie wykonawca Colmex rozumie, że informacje, które przekazuje niniejszym pismem, są bardzo istotne i że Zamawiający może potrzebować większej ilości czasu na podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy XD3.

Z tego powodu wyznaczony termin do dnia 21 lipca 2023 r. do godziny 15:00 odnosi się wyłącznie do podjęcia przez Zamawiającego czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, natomiast nie do podjęcia innych wnioskowanych czynności.

12. Wniosek o podanie w uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy X3D informacji o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd motywujemy faktem, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp w związku z art. 111 pkt 5 i 6 ustawy Pzp przesłanki wykluczenia z postępowania związane z wprowadzeniem zamawiającego w błąd mają zastosowanie nie tylko w tym postępowaniu, w którym doszło do wprowadzenia w błąd, ale również w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których przyszły zamawiający przewidzi fakultatywne przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Jednakże duża ilość innych zamawiających przewiduje takie przesłanki.

Jeżeli Zamawiający w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty wykonawcy X3D poda informację o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd (mimo że sam Zamawiający nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia), to ułatwi weryfikację innym zamawiającym. Inni zamawiający (stosujący fakultatywne przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp) będą bowiem mieli jasną informację, że wykonawca X3D wprowadził w błąd Zamawiającego i w konsekwencji podlega wykluczeniu z przyszłych postępowań.

Zdaniem wykonawcy Colmex działanie, którego dopuścił się wykonawca X3D, jest naganne i w konsekwencji przyszli zamawiający powinni dysponować jasną informacją na temat działania tego wykonawcy.

13. Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

14. Wykaz załączników:

- 1) Pełnomocnictwo dla r.pr. Dawida Pantaka;
- 2) Oświadczenie podmiotu CEAD z dnia 20 lipca 2023 r.;
- 3) Tłumaczenie oświadczenia podmiotu CEAD z dnia 20 lipca 2023 r.

r.pr. Dawid Pantak

/ dokument podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym /