

WYROK
z dnia 1 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2022 r. przez wykonawcę przez wykonawcę **Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Rejonowy im. dr. Józefa Rostka w Raciborzu**

przy udziale wykonawcy **Alpida sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) odrzucenie oferty Alpida sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
 - c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Przystępującego i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Rejonowy im. dr. Józefa Rostka w Raciborzu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na roboty budowlane pn. Modernizacja oświetlenia, na oświetlenie w technologii LED dla zadania pn.: „Głęboka modernizacja oraz zwiększenie udziału energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych w budynku Szpitala Rejonowego im. dr. Józefa Rostka.” Znak sprawy: 27/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletyn Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00380076 z dnia 2022-10-06.

W dniu 14 listopada 2022 r. wykonawca Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności oraz zaniechań, zarzucając Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 226 ust. 1) pkt. 7) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku w zw. z art. 14 ust. 1 oraz 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. Alpida Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
oraz

2. art. 239 ust. 1) i 2) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku poprzez uznanie za najkorzystniejszą oferty Wykonawcy Alpida Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz przypisanie ofercie tego Wykonawcy punktów w kryterium Doświadczenie zawodowe Kierownika budowy pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty w sposób sprzeczny z ustalonymi kryteriami oceny ofert.
oraz

3. art. 226 ust. 1) pkt. 2) lit. b) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. Alpida Sp. z o.o. z siedzibą, w Warszawie która

została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. Alpida Sp. z o.o. z siedzibą, w Warszawie która podlega odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że:

Ad. 1 art. 226 ust. 1) pkt. 7) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku w zw. z art. 14 ust. 1 oraz 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca Alpida Sp. z o.o. składając ofertę w niniejszym postępowaniu przedstawił oczywiście nieprawdziwe informacje odnośnie doświadczenia posiadanego przez Kierownika budowy D. S. w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej niedbalstwa w stopniu rażącym.

Wykonawca Alpida Sp. z o.o. w pkt. 15 FO stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ oświadczył co następuje:

8. Oświadczam, że n/w osoba wyznaczona na stanowisko Kierownika budowy, posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami w branży instalacyjnej w specjalności elektrycznej posiada doświadczenie jako kierownik budowy/ Inspektor nadzoru w wykonaniu, modernizacji instalacji oświetlenia LED w obiekcie służby zdrowia. Zgodnie z pkt. 13 SWZ - nie wpisanie w poniższej tabeli danych Kierownika budowy albo doświadczenia, będzie skutkowało przyznaniem zerowej punktacji w kryterium oceny ofert „Doświadczenie zawodowe Kierownika budowy.

| Lp. | Imię i nazwisko | Nazwa inwestycji | Zamawiający | Uwagi |
|-----|-----------------|--|---|-------|
| | D. S. | 1. Modernizacja oświetlenia Szpital w Jaworze 2. Modernizacja oświetlenia Szpital w Sochaczewie 3. <u>Modernizacja oświetlenia Szpital Niekłańska</u> | 1. Jaworskie Centrum Medyczne 2. ZOZSP w Sochaczewie 3. <u>Szpital Dziecięcy im Bogdanowicza w Warszawie</u> | |

Odwołujący powziął uzasadnione wątpliwości co do faktu czy D. S. pełnił funkcję Kierownika robót dla inwestycji wskazanej w pkt. 3 oświadczenia tj. Modernizacji oświetlenia Szpital Niekłańska.

Mając na względzie powyższe Odwołujący zwrócił się do Szpitala Dziecięcego im Bogdanowicza w Warszawie w trybie dostępu do informacji publicznej o wskazanie czy D. S. pełnił funkcję kierownika robót dla wskazanej inwestycji.

W dniu 24.10.2022r. Zamawiający tj. Szpital Dziecięcy im Bogdanowicza w Warszawie odpowiadając na złożony wniosek oświadczył co następuje:

„1. W ciągu ostatnich 6 lat, nie była w szpitalu prowadzona inwestycja o nazwie „Modernizacja oświetlenia Szpital Niekłańska”

3. W ciągu ostatnich 6 lat, Pan D. S. w ramach żadnej z inwestycji prowadzonych przez Szpital, nie pełnił samodzielnej funkcji w budownictwie, w tym również funkcji kierownika budowy”

Dowód:

Wniosek oraz odpowiedź na wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 24.10.2022r.

Nadto w dniu 27.10.2022r. Zamawiający tj. Szpital Dziecięcy im Bogdanowicza w Warszawie uzupełniająco względem odpowiedzi z dnia 24.10.2022r. oświadczył co następuje:

„Od dnia 2015-01-01, Pan D. S. w ramach żadnej z inwestycji prowadzonych przez Szpital, nie pełnił samodzielnej funkcji w budownictwie, w tym również funkcji kierownika budowy”

Dowód:

Wniosek oraz odpowiedź na wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 27.10.2022r.

Nadmienić należy, że Pan D. S. uzyskał uprawnienia budowlane do kierowania robotami w branży instalacyjnej w specjalności elektrycznej 2 czerwca 2015r. Kopia uprawnień znajduje się w dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Działanie Wykonawcy Alpida Sp. z o.o. wprowadzającego Zamawiającego w oczywisty sposób w błąd należy zatem zbadać i ocenić w kontekście wypełnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji.

Złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w świetle art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, stanowi podstawę do odrzucenia oferty oraz dyskwalifikuje takiego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia, w którym dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiuje czyn nieuczciwej konkurencji w szeroki sposób jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z art. 14 ust. 1 uznk:

„Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody”

Przenosząc powyższe na grunt niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia przedstawienie Zamawiającemu informacji nieprawdziwej, odnoszącej się do doświadczenia posiadanej kluczowej kadry uznać należy za rozpowszechnianie informacji nieprawdziwych o swoim przedsiębiorstwie.

Nadto, uwzględniając fakt, że złożenie nieprawdziwych informacji miało na celu uzyskanie zamówienia i to w sposób kwalifikowany bowiem w celu uzyskania przewagi nad konkurencją w kryterium punktowym zachowanie takie spełnia również przesłankę działania w celu przysporzenia korzyści, którą jest uzyskanie zamówienia.

Co więcej wprowadzenie zamawiającego w błąd poza przywołanym skonkretyzowanym czynem nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 14 ust. 1 ustawy o z.n.k. mieści się również w ogólnej definicji czynu nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 3 ust. 1 tej ustawy

„1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.”

Działanie Wykonawcy Alpida Sp. z o.o. polegające na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd jest bowiem niezgodne z dobrymi obyczajami, a jednocześnie narusza bądź zagraża interesom pozostałych wykonawców.

Wskazane powyżej okoliczności faktyczne i prawne potwierdza szerokie orzecznictwo KIO. I tak, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 2048/20, wskazała, że dobre obyczaje polegają m.in. na niewprowadzaniu w błąd:

„Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2020 r., KIO 2048/20

*[...] czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, które podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej, jakimi są dobre obyczaje. Jest to podobnie jak dawna uczciwość kupiecka czy cywilistyczne zasady współżycia społecznego zbiory norm niepisanych wyznaczające reguły egzystencji w danej społeczności, jak tajemnica korespondencji, zakaz lichwy. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy **niewprowadzaniu w błąd.**”*

Co więcej zauważyć należy, że KIO wydała wyrok w sprawie w której stan faktyczny był w zasadzie tożsamy:

KIO 5/22, Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w sytuacji, gdy Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, a wykonawca przekazał nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

LEX nr 3357974 - wyrok z dnia 21 stycznia 2022 r.

TEZA | aktualna

Zgodnie z artykułem 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wykonawca, który celowo lub niedbale przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium oceny ofert, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Celem było uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą, traciła szanse na uzyskanie zamówienia. Działanie Wykonawcy naruszało interes innych przedsiębiorców w postępowaniu, którzy mieli utrudniony dostęp do zamówienia. Naruszało także interes Zamawiającego 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.

TEZA | aktualna

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 postępowaniu. 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 p.z.p., związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

Alpida sp. z o.o. przedstawiając Zamawiającemu nieprawdziwe informacje (tj. informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy) odnośnie doświadczenia zawodowego D. S. co miało wpływ na podjęcie przez Zamawiającego istotnej decyzji w postępowaniu, polegającej na przyznaniu Alpida Sp. z o.o. dodatkowych punktów w kryterium doświadczenia kierownika budowy działało z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd lub co najmniej z niedbalstwem w stopniu rażącym. Podkreślenia wymaga, że podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego i wykonawcy oceniać należy przez pryzmat przepisu art. 355 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 j.t.), a to z uwagi na odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 355 § 1

k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Z kolei w odniesieniu do profesjonalistów, za których uznać należy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, miernik staranności ulega podwyższeniu, ponieważ art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Zważywszy na nieprawdziwość przedstawionych informacji w podstawowym zakresie oraz ich istotny wpływ na podjęcie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu, jaką było przyznanie ofercie Alpida Sp. z o.o. punktów w kryterium pozacenowym oczywistym jest że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu.

Ad. 2 art. 239 ust. 1) i 2) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku poprzez uznanie za najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Alpida Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz przypisanie ofercie tego Wykonawcy punktów w kryterium Doświadczenie zawodowe Kierownika budowy pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty w sposób sprzeczny z ustalonymi kryteriami oceny ofert.

Niezależnie od dopuszczenia się przez Wykonawcę Alpida deliktu w postaci czynu nieuczciwej konkurencji przedstawienie niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy informacji odnośnie doświadczenia kierownika budowy D. S. dyskwalifikuje możliwość przyznania temu Wykonawcy punktów w kryterium poza cenowym.

Jest tak dlatego, że osoba ta nie realizowała funkcji Kierownika budowy dla inwestycji, o której mowa w pkt. 3 FO a nadto, z informacji przedstawionych przez Zamawiającego inwestycja o nazwie wskazanej przez Alpida nigdy nie była realizowana przez Szpital Dziecięcy im Bogdanowicza w Warszawie.

Co więcej, również inwestycja wskazana pod pozycją nr 2 wykazu nie mogła stanowić skutecznej podstawy przyznania punktów Wykonawcy Alpida bowiem ZOZSP w Sochaczewie w odpowiedzi na wniosek o dostęp do informacji publicznej wprost wskazał że nie prowadził inwestycji o nazwie wskazanej pod pozycją nr 2 wykazu.

Dowód:

Wniosek o dostęp do informacji publicznej oraz odpowiedź z dnia 10 listopada 2022r.

Nadto, inwestycja wskazana pod pozycją nr 1 wykazu nie mogła stanowić podstawy przyznania Wykonawcy Alpida punktów w kryterium poza cenowym bowiem jej nazwa została wskazana wadliwie w sposób uniemożliwiający precyzyjną weryfikację oraz ocenę, w ramach której inwestycji Kierownik budowy miałby nabyć stosowne doświadczenia. Nazwa inwestycji wskazana pod pozycją nr 1 jest niespójna z nazwą wskazaną w referencjach z dnia 03.11.2022r. Jednocześnie jak wynika z utrwalonego orzecznictwa KIO nie istnieje możliwość uzupełnienia dokumentów przedkładanych w ramach kryterium punktowych które stanowią integralną część oferty (formularza oferty)

Ad. 3 art. 226 ust. 1) pkt. 2) lit. b) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. Alpida Sp. z o.o. z siedzibą, w Warszawie która została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z Rozdziałem 5 ust. 3 lit. c) tiret drugi SWZ Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę, że spełnia warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej polegający na posiadaniu polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę w wysokości 4.000.000,00 zł.

Termin na złożenie ofert upływał w dniu 21.10.2022 r.

Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedłożył dokument Polisę ubezpieczenia doradca nr 1055466503 z adnotacją, że dokument jest potwierdzeniem kompleksowego zakresu ubezpieczenia dopiero od dnia 28.10.2022r.

Jest więc oczywistym że zakres ubezpieczenia w kształcie objętym dokumentem przedłożonym w niniejszym postępowaniu obowiązuje dopiero od dnia 28.10.2022r. a więc w terminie po dacie składania ofert w postępowaniu.

Nadto, Odwołujący posiada dokument w kształcie pierwotnym tj. Polisę ubezpieczenia doradca nr 1055466503 w brzmieniu pierwotnym z której wynika, że suma ubezpieczenia wynosi wyłącznie 1.000.000,00 zł. a więc nie spełnia wymogów Zamawiającego. Dokument ten Odwołujący posiada bowiem został przedłożony przez Alpida Sp. z o.o. w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dowód:

Polisa ubezpieczenia doradca nr 1055466503 w kształcie pierwotnym

W wyroku z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3477/21 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała że oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty, to powyższe nie zmienia jednak faktu, że treść oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może podważać prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego. Wszystkie oświadczenia i dokumenty, niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp czy na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego, które wykonawca złożył wraz z ofertą.

Nadto w tym samym wyroku KIO uznała w stanie faktycznym bardzo zbliżonym do objętego niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia:

*„Tymczasem treść złożonej na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przez Odwołującego polisy w której wskazano okres ubezpieczenia od dnia 14.07.2021 r., przeczy złożonemu w dokumencie JEDZ oświadczeniu, że na dzień składania ofert tj. 13.07.2021 r. Odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. posiadał polisę OC na kwotę 10 000 000 PLN. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, powyższej sytuacji nie zmienia fakt, iż Odwołujący w dniu 29.10.2021 r. przedłożył Zamawiającemu aneks do polisy zmieniający pierwotny czas ubezpieczenia na okres od dnia 13.07.2021 r. do 12.07.2022 r. **Jak bowiem zostało ustalone w postępowaniu, Odwołujący powyższy aneks uzyskał dopiero w dacie 29.10.2021 r., a zatem na dzień 13.07.2021 r. nie spełniał on warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, skoro dokument taki uzyskał po upływie ponad trzech miesięcy od upływu terminu składania ofert.**”*

W konsekwencji, pomimo że na moment uzupełniania dokumentów Wykonawca Alpida Sp. z o.o. posiadał zakres polisy OC zmodyfikowany z dniem 28.10.2022r. co do sumy ubezpieczenia wymaganej przez Zamawiającego to w dacie składania oświadczenia wstępnego, tj. dzień 21.10.2021 r. oraz w dacie składania ofert nie posiadał on ubezpieczenia na sumę gwarancyjna ubezpieczenia 4 000 000 PLN.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 listopada 2022 r. uwzględnił odwołanie w całości.

Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 14 listopada 2022 r. odwołujący Optima Centrum Sp. z o.o. Sp. k. wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności zamawiającego podjęte w ramach w/w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą, dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Alpida sp. z o.o., pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu, oraz dokonaniu wadliwej czynności badania i oceny ofert w obszarze kryterium punktowego.

Odwołujący sformułował następujące zarzuty:

1. naruszenie art. 226 ust.1 pkt 7) PZP w związku z art.14 ust.1 i art.3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (UZNK) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Alpida Sp. z o.o. Sp. k., złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
2. art.239 ust.1 i ust.2 PZP poprzez wybór oferty Alpida Sp. z o.o. Sp.k. jako najkorzystniejszej w wyniku przypisania ofercie tego wykonawcy punktów w kryterium "Doświadczenie zawodowe Kierownika budowy", pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych;
3. art.226 ust.1 pkt 2) lit. b) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Alpida Sp. z o.o. Sp. k., która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez Alpida Sp. z o.o. Sp. k.

Odwołujący poparł zarzuty i wnioski odwołania następującymi dowodami:

1. Wniosek z 21.10.2022 r. współnika Optima Centrum sp. z o.o. sp.k. do Szpitala Dziecięcego im. prof. dr med. Jana Bogdanowicza SPZOZ w Warszawie przy ul. Niekańskiej o udostępnienie informacji publicznej;
2. Pismo l.dz. 11619/2022 z 24.10.2022 r. Szpitala Dziecięcego im. prof. dr med. Jana Bogdanowicza SPZOZ w Warszawie przy ul. Niekańskiej z informacją publiczną;

3. Kolejny wniosek z 26.10.2022 r. wspólnika Optima Centrum sp. z o.o. sp.k. do Szpitala Dziecięcego im. prof. dr med. Jana Bogdanowicza SPZOZ w Warszawie przy ul. Niekańskiej o udostępnienie informacji publicznej;

4. Pismo l.dz. 11744/2022 z 27.10.2022 r. Szpitala Dziecięcego im. prof. dr med. Jana Bogdanowicza SPZOZ w Warszawie przy ul. Niekańskiej z informacją publiczną;

5. Wniosek z 28.10.2022 r. wspólnika Optima Centrum sp. z o.o. sp.k. do ZOZ Szpitala Powiatowego w Sochaczewie przy ul. Batalionów Chłopskich o udostępnienie informacji publicznej;

6. Odpowiedź ZOZ Szpitala Powiatowego w Sochaczewie przy ul. Batalionów Chłopskich na wniosek o udostępnienie informacji publicznej w formie wydruku wiadomości e-mail z dnia 10.11.2022 r.

7. Polisa ubezpieczenia PZU Doradca nr 1055466503 z dnia 08.12.2021 r. na okres ubezpieczenia od 09.12.2021 r. do 08.12.2022 r.

Na podstawie przepisów art.522 PZP zamawiający – po wniesieniu przez wykonawcę odwołania, jest uprawniony do podjęcia czynności dyspozytywnych w toku postępowania mających na celu całkowite lub częściowe zakończenie sporu. Taką czynnością jest uwzględnienie odwołania, której dokonanie zależy wyłącznie od oceny przez zamawiającego zasadności stawianych w odwołaniu zarzutów.

W niniejszym postępowaniu zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania i załączonych dokumentów, uznał odwołanie wykonawcy Optima Centrum Sp. z o.o. sp.k za zasadne, w szczególności w zakresie zarzutów nr 1 i 2, o czym mowa poniżej w dalszej części niniejszej odpowiedzi.

Wykonawca Alpida sp. z o.o. w pkt 15 formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia złożył oświadczenie o treści: "8. Oświadczam, że n/w osoba wyznaczona na stanowisko Kierownika budowy, posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami w branży instalacyjnej w specjalności elektrycznej posiada doświadczenie jako kierownik budowy/inspektor nadzoru w wykonaniu, modernizacji instalacji oświetlenia LED w obiekcie służby zdrowia. Zgodnie z pkt 13 SWZ – nie wpisanie w poniższej tabeli danych Kierownika budowy albo doświadczenia, będzie skutkowało przyznaniem zerowej punktacji w kryterium oceny ofert "Doświadczenie zawodowe Kierownika budowy".

| I.p. | Imię i nazwisko | Nazwa inwestycji | Zamawiający | Uwagi |
|------|-----------------|--|--|-------|
| | D. S. | 1. Modernizacja oświetlenia Szpital w Jaworze 2. Modernizacja oświetlenia Szpital w Sochaczewie 3. Modernizacja oświetlenia Szpital Niekłańska | 1. Jaworskie Centrum Medyczne 2. ZOZSP w Sochaczewie 3. Szpital Dziecięcy im. Bogdanowicza w Warszawie | |

“

Wobec tak sformułowanego oświadczenia wykonawcy Alpida sp. z o.o., odwołujący przedstawił w/w dokumenty, w świetle których powyższe oświadczenie Alpida sp. z o.o. należy uznać za nieprawdziwe. Zamawiający uznał załączone do odwołania dowody z dokumentów za wiarygodne, spójne, logiczne, wzajemnie się uzupełniające. Treść tych dowodów jest jednoznaczna. Skonfrontowanie treści tych dowodów z treścią oświadczenia Alpida sp. z o.o. w Warszawie wypada wyraźnie na niekorzyść wykonawcy Alpida sp. z o.o., który wprowadził zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia zawodowego kierownika budowy. Z dostępnych w obiegu publicznym dokumentów, objętych informacją publiczną, wynika wyraźnie, że Szpital Dziecięcy im. prof. dr med. Jana Bogdanowicza w Warszawie nie prowadził w ciągu ostatnich 6 lat inwestycji o nazwie “Modernizacja oświetlenia Szpital Niekłańska”, zaś pan D. S. w ramach żadnej z inwestycji prowadzonych przez szpital nie pełnił samodzielnej funkcji w budownictwie, w tym również kierownika budowy. Ponadto Zespół Opieki Zdrowotnej Szpitala Powiatowego w Sochaczewie nie prowadził inwestycji pn. “Modernizacja oświetlenia Szpital w Sochaczewie”. Treść odpowiedzi w sprawie udostępnienia informacji publicznej przez w/w placówkę medyczną także ma kategorię i jednoznaczny charakter. Skoro w/w inwestycja w ogóle nie miała miejsca, to jasnym jest, że podana przez Alpida sp. z o.o. w Warszawie osoba kierownika budowy nie mogła zdobyć wymaganego przez zamawiającego doświadczenia zawodowego w toku realizacji nieistniejącej inwestycji.

W świetle przedstawionych przez odwołującego dowodów ofertę wykonawcy Alpida sp. z o.o. w Warszawie zamawiający uznał za złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w pełni podziela stanowisko odwołującego w tym zakresie, w tym przedstawione poglądy prawne, i przyjmuje je jak własne. W sprawie doszło do wyczerpania dyspozycji przepisów art.3 ust.1 i art.14 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także przepisu art.226 ust.1 pkt 7) PZP.

Konsekwencją uznania przez zamawiającego za zasadny zarzutu nr 1 z odwołania Optima Centrum sp. z o.o., jest także uznanie zarzutu nr 2. Zamawiający w oparciu o nierzetelnie sporządzoną przez Alpida sp. z o.o. ofertę (stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji), oraz podmiotowe środki dowodowe zawierające nieprawdziwe informacje, dokonał niewłaściwej oceny punktowej w zakresie kryterium "Doświadczenie zawodowe Kierownika budowy" poprzez przyznanie temu wykonawcy niezasadnie dodatkowych punktów, co miało istotny wpływ na ostateczną klasyfikację punktową wszystkich złożonych ofert. Wobec tego czynność badania i oceny ofert w niniejszym postępowaniu była wadliwa w takim stopniu, że wybór najkorzystniejszej oferty nie może się ostać.

Zasadność zarzutów nr 1 i 2 z odwołania Optima Centrum sp. z o.o. sp.k. w Łodzi przesądziły o uznaniu odwołania w całości. W konsekwencji zamawiający zamierza unieważnić czynności wyboru oferty Alpida sp. z o.o. w Warszawie jako najkorzystniejszej oferty, unieważnić czynność badania i oceny złożonych ofert. Powyższe implikuje dokonanie przez zamawiającego powtórnie czynności badania i oceny ofert, w wyniku których zamawiający będzie podejmował dalsze czynności zgodnie z przepisami ustawy PZP.

Zamawiający nie podziela zarzutu nr 3 odwołania, jednakże brak jego uwzględnienia – w ocenie zamawiającego, nie ma wpływu na dalszy tok postępowania zamawiającego wobec zasadności zarzutów nr 1 i 2. W zakresie zarzutu nr 3 odwołujący sformułował tezę, że wykonawca Alpida sp. z o.o. nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, ponieważ na dzień składania ofert tj. 21.10.2022 r. nie posiadał polisy OC na kwotę 4 000 000 złotych tylko w zakresie kwoty 1 000 000 złotych, zaś przedstawił dokument ubezpieczenia na kwotę wymaganą przez zamawiającego, obowiązującą od dnia 28.10.2022 r., a więc po dacie składania ofert w postępowaniu. Powyższe w ocenie odwołującego ma stanowić dowód na to, że Alpida sp. z o.o. nie spełniała w chwili złożenia oferty warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 274 ust.1 PZP Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający odmawiając odwołującemu uznania za zasadny zarzutu nr 3 powołuje się na argumentację zawartą w uzasadnieniu Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2022 r., sygn. KIO 3628/21: "Odwołujący pomija całkowicie treść przepisu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym składane na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, mają być "aktualne na dzień złożenia". "Aktualny", zgodnie z definicją z

internetowego Słownika języka polskiego, oznacza "dotyczący tego, co się dzieje obecnie, ważny w czasie obecnym". Innymi słowy, podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie zamawiającego, winny oddawać stan faktyczny istniejący w momencie ich złożenia. Należy przypomnieć, że intencją ustawodawcy europejskiego, jak i krajowego, który konstruował w taki właśnie sposób przepisy ustawy Pzp, było to, aby ocena sytuacji podmiotowej wykonawców odbywała się na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji. Niezależnie wyposażono także zamawiającego w uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania. Zgodnie z motywem 84 Preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE "Instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania (...)", zaś w motywie 85 wskazano, iż "Istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko (...)". Warto również zaznaczyć, że powyższe, jak i treść art. 59 ust. 4 wskazanej dyrektywy, znalazło odzwierciedlenie na gruncie prawa krajowego, o czym stanowi art. 274 ust. 3 ustawy Pzp, umożliwiający wezwanie wykonawcy, na każdym etapie postępowania, do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, które będą aktualne na dzień ich złożenia. W konsekwencji należy przyjąć, że zarówno ustawodawca unijny, jak i ustawodawca krajowy, odszedł od zasady, że składane podmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać stan istniejący jedynie na moment przystąpienia do postępowania - moment złożenia oferty lub wniosku".

Czym innym będzie zatem kwestia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które co nie ulega wątpliwości winny być przez wykonawcę spełnione już na etapie, kiedy wykonawca przystępuje do postępowania, czy jak w tym przypadku w momencie składania oferty, czym innym natomiast kwestia weryfikacji spełnienia deklarowanych warunków. Ten moment zależy z kolei od zamawiającego, który najpierw kieruje do wykonawcy odpowiednie wezwanie, wyznaczając mu jednocześnie moment, w którym nastąpi weryfikacja czy deklarowane warunki są spełnione, a co za tym idzie wskazuje na jaki dzień winny być aktualne dokumenty przez tego wykonawcę składane.

W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający wezwał przystępującego do przedstawienia aktualnych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, w tym w odniesieniu do warunku dotyczącego jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający w treści

wezwania powtórzył, zgodnie z brzmieniem art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, że podmiotowy środek dowodowy ma być aktualny na dzień jego złożenia. Alpida sp. z o.o. w Warszawie z kolei, odpowiadając na tak sformułowane wezwanie przedłożyło dokument polisy, z treści której wynika, że wykonawca był ubezpieczony w zakresie i na kwotę wymaganą przez zamawiającego w okresie od dnia 28.10.2022 r. Z kolei zdaniem odwołującego, Alpida sp. z o.o. winna była wykazać, że jest ubezpieczona od dnia złożenia oferty tj. 21.10.2022 r.

Z przyczyn wskazanych wcześniej zamawiający nie podzieliła tego stanowiska. Przedłożona polisa OC była bowiem dokumentem aktualnym na dzień jego złożenia, potwierdzała bowiem okoliczności na ten właśnie dzień (co jest zgodne z treścią art. 274 ust. 1 ustawy Pzp). Polisy ubezpieczeniowe wystawiane są w taki sposób, że obowiązują przez pewien okres czasu. Tym samym, w zależności od tego w jakiej dacie zamawiający skieruje do wykonawcy wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, polisa przedłożona w odpowiedzi na wezwanie nie zawsze będzie odzwierciedlała stan istniejący w dacie, kiedy wykonawca składa swoją ofertę w przetargu. Z kolei dokumentem aktualnym, składanym na wezwanie tj. potwierdzającym okoliczność posiadania wymaganego ubezpieczenia na dzień składania takiego dokumentu - będzie polisa z treści której będzie wynikało, że na dzień w którym zamawiający takiej weryfikacji dokonuje, wykonawca wymagany warunek spełnia. Z taką też sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Przystępujący złożył dokument polisy OC, będący kontynuacją poprzedniej, która obowiązywała w dacie składania tychże dokumentów.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletyn Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00380076 z dnia 2022-10-06.

W dniu 14 listopada 2022 r. wykonawca Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności oraz zaniechań, zarzucając Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 226 ust. 1) pkt. 7) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku w zw. z art. 14 ust. 1 oraz 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. Alpida Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która

została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

oraz

2. art. 239 ust. 1) i 2) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku poprzez uznanie za najkorzystniejszą oferty Wykonawcy Alpida Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz przypisanie ofercie tego Wykonawcy punktów w kryterium Doświadczenie zawodowe Kierownika budowy pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty w sposób sprzeczny z ustalonymi kryteriami oceny ofert.

oraz

3. art. 226 ust. 1) pkt. 2) lit. b) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. Alpida Sp. z o.o. z siedzibą, w Warszawie, która została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi, ul. Piotrkowska, nr 257a, lok. 58, 90 - 456 Łódź, Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Alpida sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Franciszka Klimczaka 20 lok 86, 02-797 Warszawa.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2022 r. wnosił o uznanie wszystkich zarzutów Odwoływającego jako bezpodstawnych.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2022 r. złożył sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej, czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do

wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I.

W pierwszej kolejności, zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 14 ust. 1 oraz 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Alpida Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez wybór oferty Wykonawcy Alpida Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w wyniku przypisania ofercie Przystępującego punktów w kryterium „Doświadczenie zawodowe Kierownika budowy” pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych, są zdaniem Izby zasadne.

Izba wskazuje, że zgodnie z rozdziałem 5 pkt 3)e SWZ, Zamawiający wymagał wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia publicznego: „Należy złożyć wykaz osób (załącznik nr 3), które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę, jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje n/w osobami:

- Kierownikiem budowy- Zamawiający wymaga, aby osoba wskazana na to stanowisko

posiadała min. 5 letnie doświadczenie, licząc od daty uzyskania uprawnień budowlanych, uprawnienia budowlane do kierowania robotami w branży instalacyjnej w specjalności elektrycznej”.

Natomiast zgodnie z rozdziałem 13 SWZ, w kryteriach oceny ofert „Doświadczenie zawodowe Kierownika budowy” Zamawiający wskazał, iż „punkty będą przyznane za doświadczenie zawodowe osoby wskazanej przez Wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika budowy zgodnie z poniższym opisem:

a) za zrealizowane roboty budowlanej w branży elektrycznej polegającej na wykonaniu, modernizacji instalacji oświetlenia LED w obiekcie służby zdrowia:

1 roboty budowlanej - 5 pkt.

2 roboty budowlane – 10 pkt.

3 roboty budowlane – 20 pkt.

b) punkty Zamawiający przyzna na podstawie oświadczenia wykonawcy złożonego w oparciu o formularz ofertowy zał. nr 1 do SWZ ”.

W związku z powyższymi zapisami w SWZ, Przystępujący w pkt 15 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ złożył oświadczenie o następującej treści: „Oświadczam, że n/w osoba wyznaczona na stanowisko Kierownika budowy, posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami w branży instalacyjnej w specjalności elektrycznej posiada doświadczenie jako kierownik budowy/inspektor nadzoru w wykonaniu, modernizacji instalacji oświetlenia LED w obiekcie służby zdrowia. Zgodnie z pkt 13 SWZ – nie wpisanie w poniższej tabeli danych Kierownika budowy albo doświadczenia, będzie skutkowało przyznaniem zerowej punktacji w kryterium oceny ofert “Doświadczenie zawodowe Kierownika budowy”.

| I.p. | Imię i nazwisko | Nazwa inwestycji | Zamawiający | Uwagi |
|------|-----------------|--|--|-------|
| | D. S. | 1. Modernizacja oświetlenia Szpital w Jaworze 2. Modernizacja oświetlenia Szpital w Sochaczewie 3. Modernizacja oświetlenia Szpital Niekłańska | 1. Jaworskie Centrum Medyczne 2. ZOZSP w Sochaczewie 3. Szpital Dziecięcy im. Bogdanowicza w Warszawie | |

Izba zważy, że na podstawie dowodów wniesionych przez Odwołującego w postaci wniosków o udostępnienie informacji publicznej z dnia 21 i 26 października 2022 r. oraz uzyskanych odpowiedzi z dnia 24 i 27 października 2022 r. wynika, iż Szpital Dziecięcy im. prof. dr med. Jana Bogdanowicza w Warszawie nie prowadził w ciągu ostatnich 6 lat inwestycji o nazwie "Modernizacja oświetlenia Szpital Niekańska" oraz w ciągu ostatnich 6 lat, jak również od dnia 1 stycznia 2015 r. Pan D. S. w ramach żadnej z inwestycji prowadzonych przez Szpital nie pełnił samodzielnej funkcji w budownictwie, w tym również kierownika budowy.

Nadto Izba dokonując konfrontacji odpowiedzi Przystępującego na odwołanie w piśmie procesowym z dnia 22 listopada 2022 r. wskazującą na różne inwestycje w zakresie modernizacji związanych z wymianą oświetlenia w Szpitalu Dziecięcym im. prof. dr med. Jana Bogdanowicza w Warszawie, tj. wymianą oświetlenia wbudowanego na energooszczędne w budynkach A,B,C,F,G,H Szpitala Dziecięcego przy ul. Niekańskiej 4/24 w 2016 roku, wymianą oświetlenia wbudowanego na energooszczędne w budynkach D i E w 2016 roku, modernizacją oświetlenia w pomieszczeniach budynku B2 Szpitala Dziecięcego im. prof. dr med. Jana Bogdanowicza" - RZP-2/KS/2022 z dowodami wniesionymi przez Odwołującego na posiedzeniu (dowód nr 1 i 2) wynika, że funkcję kierownika robót budowlanych/robót elektrycznych w powyższych inwestycjach pełniły inne osoby (tj. A. P. i M. O.) niż osoba wskazana przez Przystępującego w formularzu ofertowym (tj. D. S.).

Ponadto, Izba wskazuje, że na podstawie wniosku o udostępnienie informacji publicznej z dnia 28 października 2022 r. i uzyskanej odpowiedzi z dnia 10 listopada 2022 r. wynika jednoznacznie, że Zespół Opieki Zdrowotnej Szpitala Powiatowego w Sochaczewie nie prowadził inwestycji pn. "Modernizacja oświetlenia Szpital w Sochaczewie". Na potwierdzenie powyższego Odwołujący wniósł także na posiedzeniu dowód nr 6, z którego wynika, iż nazwa inwestycji jaka była prowadzona przez Zamawiającego, tj. Zespół Opieki Zdrowotnej Szpitala Powiatowego w Sochaczewie to: „Wymiana oświetlenia na energooszczędne, montaż czujek ruchu, montaż inteligentnych liczników w ramach projektu” a nie "Modernizacja oświetlenia Szpital w Sochaczewie".

Z podobną sytuacją mamy również z nazwą inwestycji wskazaną przez Przystępującego w formularzu ofertowym w postaci „Modernizacja oświetlenia Szpitala w Jaworze”, gdzie na podstawie dowodu nr 5 wniesionego na posiedzeniu przez Odwołującego wynika, że Jaworskie Centrum Medyczne Sp. z o.o. nie prowadziło inwestycji pod ww. nazwą.

Izba wzięła pod uwagę również to, że każdy z wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu wskazał rzeczywistą nazwę inwestycji, czyli „taka jaka faktycznie ona była”, na

co wskazywał również Odwołujący na rozprawie, a Przystępujący temu nie zakwestionował.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba podkreśla, że wprowadzenie przez Przystępującego w formularzu ofertowym skróconych nazw inwestycji nieodpowiadających rzeczywistym nazwom inwestycji powoduje to, że po pierwsze takie działanie obciąża w całości Przystępującego, a po drugie powoduje wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Zdaniem Izby, gdyby Zamawiający chciał, aby wprowadzić w formularzu ofertowym skróconą nazwę inwestycji, to dałby temu wyraz w jej odpowiednim sformułowaniu. Jednakże Zamawiający wymagał wpisania w formularzu ofertowym konkretnej nazwy inwestycji, a nie jej skróconej nazwy uniemożliwiając tym samym precyzyjną jej weryfikację oraz ocenę w ramach, której inwestycji Kierownik budowy miałby nabyć stosowne doświadczenie. Tym samym, Izba nie zgadza się z Przystępującym, iż: „wszystko sprowadza się do omyłki pisarskiej”.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że Przystępujący wskazując w formularzu ofertowym nazwę inwestycji, a Zamawiający nie znając rzeczywistej nazwy inwestycji, nie mógł doprowadzić do uzupełnienia czy poprawienia oferty (formularza ofertowego) Przystępującego, ponieważ formularz ofertowy zgodnie z rozdziałem 13 pkt b SWZ związany był z kryterium oceny ofert. W takim przypadku uzupełnienie czy poprawienie oferty (formularza ofertowego) jest niedopuszczalne. Ponadto zdaniem Izby doprowadziłoby to do niedozwolonych negocjacji, bowiem jak wynika z przepisu art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy PZP, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby również dowód wniesiony przez Przystępującego w postaci umowy nr EK-ZZ/ZP.261.77.RB.2021r z dnia 18 stycznia 2022 r. nie wskazuje nazwy inwestycji, która odnosiłaby się do nazwy inwestycji z formularza ofertowego.

Izba zważa, że w stosunku do Przystępującego jako profesjonalisty wymaga się podwyższonej staranności. Tym samym, w przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty

nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej, czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Mając powyższe na uwadze, Izba doszła do przekonania, że działanie Przystępującego było wynikiem co najmniej rażącego niedbalstwa poprzez przekazanie Zamawiającemu informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, dążąc do uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium oceny ofert w ramach „Doświadczenia zawodowego Kierownika budowy” i tym samym wprowadzając Zamawiającego w błąd.

Jak zauważyła bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt. KIO 2048/20: „Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd”, a Izba w pełni się zgadza z powyższym poglądem tamtejszego składu orzekającego.

W ocenie Izby przedstawienie Zamawiającemu informacji nieprawdziwej, odnoszącej się do doświadczenia zawodowego Kierownika budowy (tj. Pana D. S.), patrząc przez pryzmat nazw inwestycji podanych przez Przystępującego w formularzu ofertowym i dowodów załączonych do odwołania przez Odwołującego oraz dowodów wniesionych na posiedzeniu uznać należy działanie Przystępującego jako mające na celu rozpowszechnianie informacji nieprawdziwych o swoim przedsiębiorstwie, jak i mające na celu przysporzenie korzyści celem uzyskania zamówienia publicznego.

Izba zważy, że pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego na posiedzeniu (dowód nr 3 i 4) nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Nadto Izba wskazuje, że dowody wniesione przez Przystępującego na posiedzeniu w postaci referencji z dnia 23 lutego 2017 r. oraz faktury VAT nr FS-1/11/2016/USŁ z dnia 10 listopada 2016 r. nie mogą być brane pod ocenę Izby, ponieważ nie zostały złożone odpisy dla stron

przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 507 ustawy PZP, pisma składane w toku postępowania odwoławczego przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego wnoszą się z odpisami dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, jeżeli pisma te składane są w formie pisemnej.

Izba nie wzięła pod ocenę również pozostałych wniosków dowodowych (formularz ofertowy, umowa o pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru, protokół końcowego odbioru i przekazania do eksploatacji źródeł światła led po wymianie, protokół odbioru końcowego) wniesionych przez Przystępującego do Krajowej Izby Odwoławczej, ponieważ zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający oświadczyli na posiedzeniu, iż „nie otrzymali wniosków dowodowych złożonych przez Przystępującego w dniu dzisiejszym”. Dodatkowo Izba uważa, że zgodnie z art. 535 ustawy PZP, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże Przystępujący ani na posiedzeniu ani do zakończenia rozprawy nie złożył powyższych wniosków dowodowych wraz z odpisami dla stron postępowania.

W związku powyższym, Izba doszła do przekonania, że w niniejszej sprawie doszło do wyczerpania normy prawnej art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w wyniku przyznania niezasadnie dodatkowych punktów w kryterium „Doświadczenie zawodowe Kierownika budowy”, co miało istotny wpływ na ostateczną klasyfikację punktową wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu.

II.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, jest zdaniem Izby zasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z rozdziałem 5 pkt 3)c tiret drugi SWZ, Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę, że spełnia warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej polegający na posiadaniu polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z

przedmiotem zamówienia na sumę w wysokości 4.000.000,00 zł.

Nadto, zgodnie z rozdziałem 6 pkt 1 b) SWZ, Zamawiający wymagał, aby „Wykonawca dołączył do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp tj. o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 i 6 do SWZ), w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Oświadczenie to stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert”.

Izba zwraca uwagę, a co jest istotne w niniejszej sprawie, że Przystępujący składając oświadczenie, stanowiące załącznik nr 2 do SWZ, oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Izba zważa, że Zamawiający na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy PZP, wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych - dokumentów wyszczególnionych w pkt.6 ust. 2) Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym m.in. dokumenty potwierdzające, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia, a przedłożone dokumenty powinny być aktualne na dzień ich złożenia.

W wyniku powyższego wezwania Przystępujący przedłożył polisę ubezpieczeniową PZU doradca nr 1055466503 z adnotacją, że dokument ten jest potwierdzeniem kompleksowego zakresu ubezpieczenia od dnia 28.10.2022 r. z sumą gwarancyjną 4 000 000 PLN. Konfrontując powyższą polisę ubezpieczeniową z polisą ubezpieczeniową załączoną do odwołania, zdaniem Izby, wynika po pierwsze, że przedłożona polisa ubezpieczeniowa stanowi kontynuację poprzedniej polisy ubezpieczeniowej o numerze 1055466503, a po drugie obie polisy obejmują ten sam okres ubezpieczenia, jednakże poprzednia polisa ubezpieczeniowa obejmuje sumę gwarancyjną w wysokości 1 000 000 PLN.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 273 ust. 2 ustawy PZP, w trybie podstawowym oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, wykonawca dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

Zgodnie natomiast z art. 125 ust. 1 ustawy PZP, do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu,

spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Ponadto zgodnie z art. 125 ust. 3 ustawy PZP, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Stosownie zaś do treści art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Powyższy przepis nakłada więc na Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP lub podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych przepisem.

Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez Zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym wówczas, gdy złożone przez wykonawcę dokumenty, np. polisa OC itp. nie będą potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu, to po stronie Zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby, Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy PZP nie tylko nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale wprost potwierdził, że w chwili złożenia oferty był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną niższą niż wymagana przez Zamawiającego. Przystępujący bowiem był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą w SWZ sumę gwarancyjną, tj. 4 000 000 zł dopiero od dnia 28 października 2022 r.

Jednocześnie zauważyć należy, iż Przystępujący wraz z ofertą złożył oświadczenie wstępne stanowiące dowód potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tj. 21.10.2022 r., stanowiące załącznik nr 2 do SWZ.

Izba zważa, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2022 r., sygn. akt. KIO 1200/22). Tym samym rację ma Odwołujący, że „pomimo że na moment uzupełniania dokumentów Wykonawca Alpida Sp. z o.o. posiadał zakres polisy OC zmodyfikowany z dniem 28.10.2022r. co do sumy ubezpieczenia wymaganej przez Zamawiającego to w dacie składania oświadczenia wstępnego, tj. dzień 21.10.2021 r. oraz w dacie składania ofert nie posiadał on ubezpieczenia na sumę gwarancyjną ubezpieczenia 4 000 000 PLN”.

Izba wskazuje, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt. KIO 430/20: „Data wystawienia dokumentu może (i najczęściej będzie) datą przypadającą po dniu składania ofert. Co istotne jednak, warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia powinny być spełnione na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, dlatego też dowody składane na potwierdzenie powyższych okoliczności mają być aktualne na dzień ich składania. Za wystarczające obecnie należy uznać przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania wniosków (tu ofert) rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ. Innymi słowy, oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje.”, a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy stwierdzić należy, że na podstawie przedstawionej polisy ubezpieczenia PZU doradca nr 1055466503 Przystępujący nie wykazał, że spełniał sporny warunek udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty oraz że stan ten (spełnienie warunku) trwał aktualnie do złożenia podmiotowych środków dowodowych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 października 2022 r.

W świetle powyższego nie można uznać, iż Przystępujący wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W konsekwencji Zamawiający powinien w pierwszej kolejności wezwać Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (przepis ten nie został wyłączony na podstawie art. 266 ustawy PZP). Jednakże ze względu na to, iż oferta Przystępującego podlega odrzuceniu bez względu na złożenie, uzupełnienie lub poprawienie podmiotowego środka dowodowego, Zamawiający zgodnie z dyspozycją ww. przepisu nie jest obowiązany wzywać Przystępującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Przystępującego. Izba nie uwzględniła kosztów Zamawiającego, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu; w takim przypadku Izba zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: