

Sygn. akt: 314/23

WYROK
z dnia 23 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolantka: Aldona Karpińska

Po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 20 lutego w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2023 r. przez wykonawcę **Taxi Van A. W., ul. Słowackiego 6B/2, 62-200 Gniezno** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Gniezno, ul. Lecha 6, 62-200**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w toku ponowionej czynności badania i oceny ofert odrzucenie oferty wykonawcy **Alfa Bus sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach** na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Gniezno** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną prze odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. zasądza od **Miasta Gniezno** na rzecz **Taxi Van A. W., ul. Słowackiego 6B/2, 62-200 Gniezno** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7.500 zł) oraz uzasadnionego wynagrodzenia pełnomocnika (3.600 zł).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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: Miasto Gniezno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dowożenie dzieci niepełnosprawnych z terenu miasta Gniezna do placówek oświatowych w okresie od 13.02.2023 r. do 31.12.2024 r.” Ogłoszenie nr 2022/BZP 00527041/01 z dnia 30.12.2022 r. opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Odwołujący: Taxi Van A. W. ul. Słowackiego 6B/2, 62-200 Gniezno
wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. na:

1) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Alfa Bus sp. z o.o. (dalej: Alfa Bus) pomimo faktu, że wskazany wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymaganej przez Zamawiającego zdolności zawodowej (potencjał kadrowy - opiekunowie) oraz pomimo faktu, że działania Alfa Bus wpisują się w przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, 2) a w konsekwencji – uznanie jako najkorzystniejszej oferty ww. wykonawcy.

II. Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Alfa Bus sp. z o.o. pomimo faktu, że wskazany wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący potencjału kadrowego w postaci dysponowania min. 3 osobami pełniącymi obowiązki opiekunów dzieci,

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Alfa Bus sp. z o.o. pomimo faktu, że wskazany wykonawca powinien być wykluczony z postępowania, gdyż celowo wprowadził Zamawiającego w błąd, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej (osoby pełniące obowiązki opiekunów dzieci).

III. W związku z powyższym, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 a) i b) Pzp wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) odrzucenie oferty wykonawcy Alfa Bus sp. z o.o., 3) ponowne badanie i ocenę ofert.

oraz o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania, w tym kosztach zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

I. Stan faktyczny

Sedno zarzutów koncentruje się na wadliwości działań Zamawiającego w zakresie oceny spełniania przez Alfa Bus sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności zawodowej ww. wykonawcy, a konkretnie dysponowania osobami o konkretnych

uprawnieniach, pełniącymi funkcje opiekunów. W rozdziale V SWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają m.in. określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu tj. dysponują min. 3 osobami do pełnienia obowiązków opiekunów dzieci.

Jak wskazał Zamawiający „każda osoba pełniąca obowiązki opiekuna dzieci niepełnosprawnych musi posiadać odpowiednie przygotowanie zawodowe do opieki nad dziećmi niepełnosprawnymi tj. ukończony kurs z zakresu BHP, ukończony kurs pierwszej pomocy przedmedycznej oraz ukończony kurs lub szkołę uprawniające do opieki nad dziećmi niepełnosprawnymi”.

W ramach formalnych aspektów wykazania przez wykonawców, że spełniają powyższy wymóg, Zamawiający wskazał, że oferent, którego oferta została najwyżej oceniona przedstawi „wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji 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 (załącznik nr 5 do SWZ)”.

Zamawiający określił termin składania ofert na dzień 11.01.2023 r. Zamawiający uzyskał dwie oferty – Alfa Bus i Odwołującego. Zamawiający wstępnie ocenił najwyżej ofertę Alfa Bus wzywając wykonawcę do przedłożenia stosownych podmiotowych środków dowodowych. Wśród oświadczeń i dokumentów złożonych przez Alfa Bus znalazł się także wspomniany wyżej wykaz osób. Wykonawca wskazał w nim, że funkcje opiekunów pełnić będą: R. C., A. C., P. A. . Treść wykazu nie zawierała wszystkich informacji wymaganych, zabrakło danych dot. wymaganych kompetencji.

Zamawiający uznał, że Alfa Bus wykazało spełnianie warunków i wybrał ofertę wykonawcy jako najkorzystniejszą informując o tym wykonawców w dn. 27.01.2023 r.

Zamawiający zorientował się, że rozstrzygnął postępowanie przedwcześnie. Uznał, że Alfa Bus faktycznie nie wykazało spełniania warunku potencjału kadrowego we wspomnianym zakresie, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została unieważniona 30.01.2023 r.

Zamawiający wezwał Alfa Bus do uzupełnienia wykazu 30.01.2023 r. Alfa Bus uzupełnił wykaz, i przedłożył szereg dokumentów na potwierdzenie, że R. C., A. C. oraz P. A. mogą pełnić obowiązki opiekuna dzieci niepełnosprawnych, posiadają odpowiednie przygotowanie zawodowe do opieki nad dziećmi niepełnosprawnymi tj. ukończony kurs z zakresu BHP, ukończony kurs pierwszej pomocy przedmedycznej oraz ukończony kurs lub szkołę uprawniające do opieki nad dziećmi niepełnosprawnymi.

Analiza oświadczeń i dokumentów wskazuje, że informacje w uzupełnionym wykazie nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Uprawnienia i kursy trojga „opiekunów” na które

powołuje się Alfa Bus zrealizowane zostały po terminie składania ofert. Wykonawca nie wykazał, że na dzień składania ofert osoby które wskazał posiadają odpowiednie przygotowanie. Z całokształtu dokumentów złożonych w ramach procedury uzupełnień wynika, że na dzień składania ofert R. C., A. C. oraz P. A. wskazanych kompetencji nie posiadali. Pomimo tego Zamawiający ponownie wybrał ofertę.

Odwołujący wskazał szczegółowe informacje i daty dotyczące ww. kursów i uprawnień wraz z odniesieniem do skutków prawnych jakie dla oferty Alfa Bus powinny wystąpić.

Zamawiający zobowiązani są opierać się o oświadczenia wstępne oferentów, a następnie o podmiotowe środki dowodowe składane przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Oświadczenie wstępne składane jest przez oferentów wraz z ofertą i dotyczy warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia wykonawcy. Jak wskazuje art. 125 ust. 3 Pzp, ww. oświadczenie, 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.

W niniejszej sprawie Alfa Bus oświadczył wstępnie, że warunki udziału spełnia, ale z uzupełnianego wykazu osób i towarzyszących mu dokumentów wynika coś zupełnie przeciwnego. Nawet jeśli przyjąć, że w dacie uzupełniania dokumentów podmiotowych R.C., A. C. i P. A. posiadali już wymagane kursy, to nabyli stosowne kompetencje zbyt późno, tj. kilkanaście dni po terminie składania ofert. Nie został zatem spełniony podstawowy wymóg, aby stan spełniania warunku udziału w postępowaniu był przez Alfa Bus utrzymywany przez cały czas trwania postępowania.

Zarzut dotyczący nieodrzczenia oferty Alfa Bus z uwagi na niespełniania warunku udziału w postępowaniu.

Próbując sprostać wymogom zamawiającego w zakresie legitymowania się przez opiekunów kursem BHP Alfa Bus załączył do uzupełnianego wykazu dla każdej z osób po dwie kategorie dokumentów: zaświadczenie oraz certyfikat. Dane zaświadczenie i dany certyfikat dotyczy dla każdego z ww. „opiekunów” tego samego kursu. O ile zaświadczenie dla każdej z ww. osób zawiera w swojej treści datę 5.01.2023 r., o tyle każdy z towarzyszących certyfikatów podaje prawdziwość aktualności dokumentu w wątpliwość.

Wystawcą i zaświadczeń i certyfikatów jest sam R. C., a więc jedna z osób wskazanych w wykazie, która w oczywisty sposób zainteresowana jest pozyskaniem zamówienia. Biorąc to pod uwagę, Zamawiający nie może mieć żadnej pewności, że kurs BHP faktycznie został zrealizowany w dn. 5.01.2023 r. Wątpliwości wzmaga treść certyfikatów rzekomo odbytych przez troje „opiekunów” kursów BHP. Dodatkowe wątpliwości powoduje data rzekomego szkolenia niemożliwa do zaistnienia, tj. 31.01.2023-5.01.2023 r.

Po trzecie, ani w prawie, ani na rynku szkoleniowym nie istnieje kurs „BHP dla stanowisk robotniczych – opieka dzieci niepełnosprawnych”. Połączenie tematyki bezpieczeństwa i higieny pracy z tematem niepełnosprawności dzieci jest sztucznym zabiegiem.

Przedłożone przez Alfa Bus materiały wskazują, że wykonawca nie potwierdził, iż osoby posiadały najpóźniej w terminie składania ofert odbyty kurs pierwszej pomocy medycznej.

Alfa Bus przedłożył wraz z wykazem osób zaświadczenia z firmy „Internetowe Centrum Edukacji BHP Luxcontrol Polska” o tożsamej treści dla każdego. Jak wynika z każdego z zaświadczeń, kurs ukończono 24.01.2023 r., a więc trzynastcie dni po terminie składania ofert:

Powyższe uwidacznia, że troje „opiekunów” wymienionych nie posiadało kursu z pierwszej pomocy medycznej w dacie składania ofert. Jaki byłby bowiem sens jego powtórnego odbywania 24 stycznia 2023 r. jeżeli warunek ten były przy składaniu oferty spełniony?

Na rzekomy dowód spełniania przez trójkę „opiekunów” z Alfa Bus ww. wymogu kursu opieki nad dziećmi niepełnosprawnymi wykonawca przedłożył dla każdej osób po dwa zaświadczenia wystawione przez Centrum Badań i Usług Psychologicznych „Psychodia” z Lubaczowa. Każda para zaświadczeń dotyczy tego samego kursu internetowego – jedno z zaświadczeń to dyplom zwykły, drugi to dyplom spełniający wymogi Ministerstwa Edukacji Narodowej. Szczegóły kursu internetowego firmy „Psychodia”, którym legitymuje się Alfa Bus oraz wspomniany wyżej sposób certyfikacji jego ukończenia dostępny jest pod adresem: <https://ekursyonline.pl/opiekunka-dziecieca/>. Patrząc na treść zaświadczeń ukończenia ww. kursu przez R. C., A. C. oraz P. A., łatwo zauważyć, że zaświadczenia wystawione zostały dnia 30.01.2023 r. Jest to równocześnie data ukończenia ww. kursu przez każdą z ww. osób. Powyższe okoliczności jasno wskazują, że „opiekunowie” Alfa Bus ukończyli szkolenie kilkanaście dni po terminie składania ofert, co dowodzi, że we wspomnianej, granicznej z perspektywy wymogów Pzp dacie nie posiadali wymaganego przez Zamawiającego kursu opieki nad dziećmi niepełnosprawnymi.

Należy zaznaczyć, że Alfa Bus nie ma w ww. okoliczności możliwości uzupełnienia wykazu osób, gdyż dokument ten był już jednokrotnie uzupełniany na wezwanie Zamawiającego.

Opisane okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty Alfa Bus wskutek niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu są jednocześnie podstawą do odrzucenia przedmiotowej oferty z uwagi na to, że Alfa Bus podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp

Zgromadzone w sprawie dowody wskazują, że w dacie składania ofert R. C., A. C. i P. A. nie posiadali wymaganych kompetencji. Elementarne zasady logiki i doświadczenie życiowe nie pozwala zakładać, że wykonawca nie wiedział o tym składając oświadczenie wstępne o posiadaniu przez ww. „opiekunów” wspomnianych kursów. Działanie Alfa Bus należy w tej sytuacji oceniać jako w pełni intencjonalne, w ostateczności – rażąco niedbałe (chyba tylko

zupełny brak lektury SWZ skutkowałby zorientowaniem się po terminie składania ofert, że Zamawiający formułuje wymogi w zakresie potencjału kadrowego) i nakierowane na wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Warto zauważyć, że przedmiotowe zależności (wykazanie jako opiekunów osób będących właścicielami i zarządzającymi spółką) oraz fakt, że Alfa Bus siedzibę ma w Kielcach, a zamówienia realizowane ma być w Gnieźnie wzbudziło zainteresowanie Zamawiającego, który starał się ustalić jak osoby kierujące spółką na co dzień w innym rejonie Polski mogą jednocześnie być na co dzień opiekunami dzieci niepełnosprawnych ponad 300 km dalej. Co ciekawe, wykonawca wyjaśnił wówczas w piśmie z dn. 17.01.2023 r.: „(...) Posiadamy doświadczenie w zakresie zorganizowania działalności poza Kielcami. Długość kontraktu zawartego z Urzędem Miasta skłania nas ku temu, że zdecydowaliśmy się do uczestnictwa w postępowaniu. Zatrudnimy pracowników z terenu Gniezna, (trwa już w zasadzie rekrutacja), którzy dostaną pojazdy 9 osobowe na stan, zostanie zawarta umowa na wynajem na wypadek awarii pojazdu zastępczego, kierowcy wskażą miejsca postoju pojazdów, (własne podwórka lub parkingi), posiadamy umowę z PK Orlen na bezgotówkowe tankowanie pojazdów, zostanie zawarta umowa z serwisem , który będzie dbał o należyty stan pojazdów”.

Z uwagi na przedmiot zamówienia, postawa Alfa Bus jest szczególnie naganna. Opieka nad dziećmi niepełnosprawnymi wymaga szczególnych kompetencji, wrażliwości, empatii i doświadczenia – cech, które w niniejszej sprawie wykonawca zdaje się całkowicie ignorować wykazując zamiar powierzenie ww. zadań osobom zupełnie do tego nieprzygotowanym.

Zamawiający: Gmina Miasto Gniezno w odpowiedzi na odwołanie wniosk o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

W przedstawionym stanowisku wskazał, co następuje.

W postępowaniu, do upływu terminu składania ofert, 11 stycznia 2023 r., złożono 2 oferty:

1. Alfa Bus Sp. z o.o. z/ w Kielcach („Alfa Bus”) - cena 688.999,50 zł brutto
2. Taxi Van A. W. z/s w Gnieźnie („Taxi Van”) - cena 680.400,00 zł brutto

W niniejszej sprawie kalendarium czynności przedstawia się następująco:

- 1) W dniu 12.01.2023 r. Odwołujący Taxi Van złożył wniosek o udostępnienie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;
- 2) W dniu 12.01.2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu ofertę Alfa Bus;
- 3) W dniu 13.01.2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Alfa Bus do złożenia podmiotowych środków dowodowych;
- 4) W dniu 14.01.2023 r. Odwołujący Taxi Van złożył wniosek o udostępnienie ofert i innych dokumentów złożonych w przedmiotowym postępowaniu;

- 5) Zamawiający na bieżąco bez zbędnej zwłoki przekazywał składane przez wykonawcę Alfa Bus podmiotowe środki dowodowe;
- 6) W dniu 17.01.2023 r. Wykonawca Alfa Bus złożył podmiotowe środki dowodowe;
- 7) W dniu 20.01.2023 r. Zamawiający wezwał Alfa Bus do uzupełnienia środków dowodowych (ZUS, wykaz narzędzi);
- 8) W dniu 23.01.2023 r. Zamawiający wezwał Alfa Bus do uzupełnienia środków dowodowych (wykaz usług, referencje);
- 9) W dniu 23.01.2023 r. Wykonawca Alfa Bus uzupełnił referencje;
- 10) W dniu 27.01.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 11) W dniu 30.01.2023 r. Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty;
- 12) W dniu 30.01.2023 r. Zamawiający wezwał Alfa Bus do uzupełnienia środków dowodowych (wykaz osób);
- 13) W dniu 31.01.2023 r. Wykonawca Alfa Bus uzupełnił wykaz osób;
- 14) W dniu 01.02.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 15) W dniu 06.02.2023 r. Odwołujący Taxi Van złożył odwołanie do KIO.

W związku z uznaniem oferty Wykonawcy Alfa Bus jako najkorzystniejszej, Zamawiający w dniu 13.01.2023 r. wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 274 ust. 1 PZP. Po ich przeanalizowaniu złożonych podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający na podstawie art. 128 ust 1 PZP wezwał do uzupełnienia:

1. Oryginału zaświadczenia w wersji xml właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej KRUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności;

Powyższe zaświadczenie zostało złożone w niepoprawnej formie.

2. Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (załącznik nr 4 SWZ) z doprecyzowanymi informacjami dotyczącymi funkcji i parametrów pojazdów zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt Vd) tiret drugi SWZ.

Wykonawca Alfa Bus prawidłowo uzupełnił powyższe dokumenty.

Ponadto w dniu 23.01.2023 r. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień lub ewentualnego uzupełnienia referencji na podstawie art. 128 ust 1 i 4 PZP. Wykonawca poprawnie uzupełnił wymagany dokument.

W dniu 27.01.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. W e-mailu z dnia 27.01.2023 r. Odwołujący wskazał, iż wykaz osób Wykonawcy Alfa Bus nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 30.01.2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponownie dokonał badania i oceny ofert. Zamawiający wezwał Wykonawcę Alfa Bus do uzupełnienia wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego zgodnego z warunkiem udziału w postępowaniu określonym przez Zamawiającego w pkt Vd) tiret trzeci SWZ.

W dniu 31.01.2023 r. Wykonawca uzupełnił wykaz osób z datą aktualną na dzień złożenia. Ponadto załączył dokumenty potwierdzające kwalifikacje osób wskazanych w wykazie. Należy podkreślić, iż Zamawiający nie wymagał złożenia dokumentów potwierdzających kwalifikacje, a jedynie wykazu osób.

Odwołujący zarzuca, że dokumenty złożone przez Alfa Bus były nieprawidłowe, jednakże pomija całkowicie treść przepisu art. 126 ust. 1 PZP, zgodnie z którym składane na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, mają być „aktualne na dzień złożenia”. W wyroku z dnia 3 stycznia 2022 r. (KIO 3628/21) Izba dokonała wykładni językowej i wskazała, iż „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. 126

ust. 3 ustawy Pzp, umożliwiającą 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.

Powyższe potwierdza również wyrok KIO 3743/21 i 3628/21), uznając je za własne. Ponadto Izba wskazała, że: „podkreślenia wymaga, iż w zależności od tego w jakiej dacie zamawiający skieruje do wykonawcy wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przedłożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumenty, nie zawsze będą odzwierciedlały stan istniejący w dacie, kiedy wykonawca składa swoją ofertę.” Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z wykazem osób dokumentów potwierdzających kwalifikacje osób w nim wskazanych, ponieważ takie działanie byłoby niezgodne z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów /.../. Zgodnie z wyrokiem KIO 1213/13 oraz KIO 2356/10 Zamawiający może żądać tylko dokumentów wymienionych w wyżej wspomnianym rozporządzeniu i na nich opierać weryfikację podmiotową Wykonawcy. Odnosząc się zatem do zarzutów Odwołującego w tym zakresie wskazać trzeba, że niemożliwe jest określenie dokumentów przedłożonych przez zwycięskiego wykonawcę jako „nieprawidłowe”, albowiem nie istnieją wzorcowe dokumenty do których można by przyrównać dokumenty złożone przez tego wykonawcę. Wszelkiego rodzaju dokumenty potwierdzające wymagane kwalifikacje osoby skierowanej do realizacji zamówienia muszą być zaakceptowane w formie, w jakiej zostały złożone albowiem Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania autentyczności tychże dokumentów a i Odwołujący nie sformułował w tym zakresie zarzutów.

Zamawiający w swz dopuścił także zmianę osób w przypadku niemożności pełnienia przez nich powierzonych funkcji, gdy kwalifikacje i doświadczenie nowo wskazanych osób będą spełniać warunki określone w SWZ. Ubocznie tylko warto zauważyć, że przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie wprowadzają żadnych wymogów formalnych w zakresie kompetencji lub kwalifikacji opiekuna osoby niepełnosprawnej podczas przewozu. Funkcję taką może sprawować także rodzic dziecka.

Reasumując, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzuty nieaktualności przedłożonych dokumentów jak również kwestionowanie przez Odwołującego ich strony merytorycznej są chybione. Przedłożone Zamawiającemu przez zwycięskiego wykonawcę dokumenty (w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia) mogły być opatrzone datą po dniu składania ofert albowiem istotne jest, że dokumenty potwierdzają pewien stan (status) który

istniał także w dniu składania ofert. Z kolei wykaz osób złożony przez Wykonawcę Alfa Bus potwierdza wymagania postawione przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia zaś kwestionowane przez Odwołującego dokumenty potwierdzające ww. wymagania nie mogą być przez Zamawiającego weryfikowane w kontekście spełnienia (lub nie) określonych wymogów przez osoby wyszczególnione w ww. wykazie. Co więcej nie istnieją oficjalne urzędowe zaświadczenia lub certyfikaty potwierdzające spełnienie ww. wymogów stąd uwagi Odwołującego co do formy lub terminologii używanej w treści ww. dokumentów pozostają bez znaczenia.

Strony postępowania odwoławczego przedstawiły stanowiska na rozprawie.

Odwołujący przypomniał wymagane warunki w obszarze potencjału kadrowego z wymogiem wskazania trzech osób dysponujących określonymi kwalifikacjami/kompetencjami.

Wskazał na czynności Zamawiającego, w tym w zakresie dokumentów pozyskiwanych od spółki ALFA BUS niezależnie od wątpliwości dot. treści składanych dokumentów. Podkreślił znaczenie dat ukończenia określonych kursów przypadających po terminie składania ofert. Stwierdził, że stan spełnienia warunków powinien utrzymywać się co najmniej od daty złożenia oferty do złożenia podmiotowych środków dowodowych i całego postępowania. Oznacza to również wymóg zgodności oświadczenia wstępnego z treścią podmiotowych środków dowodowych. Na poparcie stanowiska powołał orzeczenie Izby o sygn. akt: KIO 3753/21.

Przypomniał, że stwierdzony brak w zakresie potencjału kadrowego był już uzupełnianym, co uniemożliwiało ponowienie tej czynności. Podkreślił znaczenie treści i dat pozyskania przez wykonawcę określonych zaświadczeń. Stwierdził, że treść takich dokumentów nie może być przez Zamawiającego pomijana przy analizie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podał przykłady kursów opisane w odwołaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Przypomniał, że „poświadczenie kwalifikacji” nie było wymogiem specyfikacji i nie występuje rodzajowo w rozporządzeniu dokumentowym, a zatem nie podstaw takich dokumentów żądać.

Stwierdził, że złożonym wykazem wykonawca poświadczył posiadane kompetencje zgodnie z wymogiem specyfikacji, a niezależnie od tego, w toku realizacji umowy, okoliczności te będą na bieżąco monitorowane i sprawdzane.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedstawiony przez strony oraz dokumentację

postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Oczywisty jest interes odwołującego w rozumieniu art. 505 ustawy pzp, jako ubiegającego się o uzyskanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Skład orzekający uznał, że odwołanie podlega uwzględnieniu wobec potwierdzenia zasadności zarzutów przedstawionych przez odwołującego.

Jak słusznie stwierdził zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „przedłożone Zamawiającemu przez zwycięskiego wykonawcę dokumenty (w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia) mogły być opatrzone datą po dniu składania ofert albowiem istotne jest, że dokumenty potwierdzają pewien stan (status) który istniał także w dniu składania ofert. Z kolei wykaz osób złożony przez Wykonawcę Alfa Bus potwierdza wymagania postawione przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia /.../.

W stanie faktycznym sprawy w odpowiedzi na wezwanie, Alfa Bus uzupełnił złożony wykaz, a wraz z nim przedłożył dokumenty mające na celu potwierdzenie, że R. C., A. C. oraz P. A. mogą pełnić obowiązki opiekuna dzieci niepełnosprawnych, posiadają odpowiednie przygotowanie zawodowe do opieki nad dziećmi niepełnosprawnymi tj. ukończony kurs z zakresu BHP, ukończony kurs pierwszej pomocy przedmedycznej oraz ukończony kurs lub szkołę uprawniające do opieki nad dziećmi niepełnosprawnymi. Analiza oświadczeń i dokumentów wskazuje, że informacje zawarte w uzupełnionym wykazie nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości stanu faktycznego na dzień składania ofert. Uprawnienia i kursy trojga opiekunów zrealizowane zostały po terminie składania ofert wskazanym na dzień 11.01.2023 r. Zatem wykonawca nie wykazał, że na dzień składania ofert osoby, które wskazał w wykazie posiadają odpowiednie, opisane w SWZ przygotowanie do opieki nad dziećmi niepełnosprawnymi.

Skład orzekający stwierdza, że postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu wykonawca ma spełniać przez cały czas trwania postępowania, tj. od wyznaczonego dnia składania ofert. Jak wynika z przepisów art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca, udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 126 ust. 1 lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, składa podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień ich złożenia. Pojęcie aktualności odnosi się do środka dowodowego rozumianego jako wystawionego np. na dzień złożenia, jednakże oznacza też domniemanie, że warunek wykonawca spełnia co najmniej od dnia składania ofert. W sprawie natomiast wykonawca złożył dokumenty, które de facto potwierdzały, że w dniu składania ofert osoby wskazane nie posiadały jeszcze określonych kwalifikacji i kompetencji,

jako że legitymowały się dokumentami potwierdzającymi ukończenie kursów w terminie późniejszym niż dzień składania ofert. Ta informacja wynikała jednoznacznie z przedstawionych dokumentów i nie mogła być przez zamawiającego pominięta, niezależnie od faktu, że poświadczenia kwalifikacji pochodzące od podmiotów trzecich nie były wymagane.

Należy zauważyć, że przepisy ustawy wymagają, by informacje w ofercie były zgodne i zachowały aktualność w dokumentach składanych przez wykonawcę wezwanego do ich przedstawienia. Jak stwierdzono w komentarzu do ustawy wydanego przez Urząd Zamówień Publicznych (Warszawa 2021 red. Hubert Nowak i Mateusz Winiarz, napisanego przez następujące osoby: Bogdan Artymowicz, Rafał Baczewski, Jakub Biernacki, Brygida Brańko, Anna Dunajewska-Bańka, Krzysztof Fijołek, Izabela Fundowicz, Agnieszka Ilińska-Rozbicka, Małgorzata Jurek, Karol Kacprzak, Paulina Kalińska-Jagoda, Joanna Knapińska, Artur Kowalski, Izabela Królikowska, Urszula Krynicka, Martyna Mieszkowska, Anna Narewska, Hubert Nowak, Magdalena Olejarz, Aleksandra Osuch, Mateusz Paczkowski, Justyna Pożarowska, Olga Starzyk, Remigiusz Stępień, Sebastian Szaładziński, Katarzyna Tyc-Okońska, Anna Węcławska, Grzegorz Wicik, Mateusz Winiarz: „W myśl art. 125 ust. 3 Pzp „oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji ma potwierdzać brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Również oświadczenie przedkładane po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert (np. w razie wezwania do uzupełnienia jego złożenia w sytuacji, o której mowa w art. 128 ust. 1 Pzp, albo w procedurze odwróconej), musi potwierdzać stan istniejący na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert. Nie oznacza to jednak, że nie może być wystawione z datą późniejszą.”

Ponadto w tezie drugiej do art. 126 stwierdzono w tymże komentarzu: „należy przypomnieć, że wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji przez cały okres postępowania o udzielenia zamówienia publicznego (zob. komentarz do art. 112 Pzp). Ponadto wykonawca od chwili wszczęcia postępowania aż do zawarcia z nim umowy ani przez chwilę nie może podlegać wykluczeniu (zob. komentarz do art. 110. Pzp). Dlatego składane podmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień.”

Izba stwierdza ponadto, że w sprawie spełniona została przewidziana w specyfikacji warunków zamówienia przesłanka wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania wobec faktu, że przedstawił on w ofercie informacje niezgodne z rzeczywistością co do dysponowania osobami o wymaganych kwalifikacjach, których w dacie otwarcia ofert nie

posiadały. To wprowadzenie w błąd miało istotny wpływ na decyzję zamawiającego, jaką był wybór oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) uznając, że uwzględnienie zarzutu prowadzi do zmiany wyniku postępowania o udzielenie zamówienia.

Przewodniczący: