

WYROK
z dnia 10 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. z siedzibą w Białymstoku,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Hajnowski z siedzibą w Hajnówce,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 1, 3, 4 oraz 7 odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Usługi Wykonawczo Projektowe A. K., dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Wykonawcę Usługi Wykonawczo Projektowe A. K.;
2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie.**
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiat Hajnowski z siedzibą w Hajnówce w części 4/7 i odwołującego A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. z siedzibą w Białymstoku w części 3/7;
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie:

siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. z siedzibą w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania;

- 3.2. zasądza od zamawiającego Powiatu Hajnowskiego z siedzibą w Hajnówce na rzecz odwołującego A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. z siedzibą w Białymstoku kwotę **4 286 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 – Powiat Hajnowski z siedzibą w Hajnówce – prowadzi w trybie podstawowym bez przeprowadzania negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Opracowanie dokumentacji projektowych na przebudowę dróg w ramach zagospodarowania poscaleniowego w obrębie wsi Eliaszuki, Planta i Mikłaszewo w gminie Narewka, powiat hajnowski”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00317187/01 z dnia 15 grudnia 2021 r.

Pismem z dnia 20 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez Wykonawcę Via Ambra S. G. oraz oferty złożonej przez Wykonawcę Usługi Wykonawczo Projektowe A. K., jak również o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

W dniu 24 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. z siedzibą w Białymstoku, dalej jako „Odwołujący”, w którym odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równe traktowanie wykonawców, nieprzejrzysty oraz nieproporcjonalny;
2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń, jeśli Zamawiający uznał, że nie zostały one złożone lub są niekompletne lub zawierają błędy;
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. poprzez bezpodstawne i błędne przyjęcie, iż oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego;
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. poprzez bezpodstawne i błędne przyjęcie, iż oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
5. art. 253 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, w szczególności poprzez brak powołania w treści uzasadnienia konkretnych postanowień SWZ, względem których Zamawiający stwierdził niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego;

6. art. 253 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, w szczególności poprzez brak powołania w treści uzasadnienia konkretnych postanowień SWZ, względem których Zamawiający stwierdził niezgodność treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia;
7. art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na to, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi określone w SWZ, przez co nie powinna zostać odrzucona, lecz wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ mieści się w założonym budżecie.

Podstawowe żądanie, jakie podniósł odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W części argumentacyjnej Odwołujący podniósł, co następuje.

„Zamawiający w Rozdziale IV SWZ - Opis warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia, w punkcie 1.2 wymagał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, m.in.: – co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne, które pozwalają na wykonanie zadania, co zostanie potwierdzone pisemnym zobowiązaniem w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia. Na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale IV SWZ, Zamawiający w Rozdziale V, pkt 1 SWZ wskazał następujące oświadczenia i dokumenty:

- 1.1. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu [wg załącznika nr 2a do SWZ];
- 1.2. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu [wg załącznika nr 2b do SWZ];
- 1.3. wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówień spełniających warunki określone w rozdziale IV pkt 1.1 SWZ, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane [wg załącznika nr 3 do SWZ];
- 1.4. referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi ujęte w wykazie wykonanych zamówień były wykonywane, określające, czy zamówienia te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (oświadczenie Wykonawcy, jeżeli z

uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów);

- 1.5. wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług lub kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami [wg załącznika nr 4 do SWZ];
- 1.6. zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (dotyczy Wykonawców polegających na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na podstawie art. 266 w zw. z art. 118 ust. 3 ustawy Pzp) – wg załącznika nr 5 do SWZ.

Następnie w pkt 2 Rozdziału V SWZ Zamawiający wskazał, że wezwie Wykonawców, których oferta została najwyżej oceniona, na zasadach określonych w art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, określonych w punktach 1.3 – 1.5.

W dniu 30.12.2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w terminie do 04.01.2022 r. W piśmie wzywającym Zamawiający jednoznacznie wskazał, jakich dokumentów będzie żądał, tj. „określonych w rozdziale V punkt 1.3 – 1.5 SWZ”.

W dniu 03.01.2022 r. Odwołujący złożył wszystkie wymagane w SWZ oraz w wezwaniu dokumenty, tj.:

1. Załącznik nr 3 - wykaz wykonanych usług – na potwierdzenie punktu 1.3;
2. Załącznik nr 4 - wykaz osób – na potwierdzenie punktu 1.5;
3. Referencje – na potwierdzenie punktu 1.4;
4. Uprawiania – na potwierdzenie punkt 1.5;
5. Przynależność do izby – na potwierdzenie punkt 1.5.

W dniu 10.01.2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień do dnia 13.01.2022 r. w zakresie:

1. Proszę też o wyjaśnienie dlaczego brak jest zobowiązania pisemnego geodety, albowiem zapis w SWZ w Rozdziale IV punkt 1.2 określa, że wykonawca dysponuje co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne, które pozwalają na wykonanie zadania, co zostanie potwierdzone pisemnym zobowiązaniem w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia. Ponadto proszę wyjaśnić dlaczego w Załączniku Nr 4

wykazany jest geodeta Z. J. jako zasób własny, a jeśli tak jest to prosimy o przedstawienie umowy w geodeta.

W dniu 11.01.2022 r. Odwołujący złożył odpowiedź na wezwanie w którym wskazał, że: *„Wykonawca omyłkowo nie załączył pisemnego zobowiązania geodety. Ponadto, w przypadku wybrania oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej, wykonawca zawrze umowę cywilnoprawną (umowa zlecenie) z panem Z. J., w związku z czym pan Z. J. będzie występował jako zasób własny wykonawcy”.*

Na potwierdzenie tych okoliczności, Odwołujący załączył do pisma podpisane podpisem kwalifikowanym oświadczenie geodety o treści:

„Ja, niżej podpisany, Z. J. zobowiązuję się do współpracy z firmą Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. z siedzibą przy ul. Świętojańska 12A, 15-082 Białystok, przy realizacji zadania pn. „Opracowanie dokumentacji projektowych na przebudowę dróg w ramach zagospodarowania poscaleniowego w obrębie wsi Eliaszuki, Planta i Mikłaszewo w gminie Narewka, powiat hajnowski”.

W dniu 20.01.2022 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, jednocześnie informując o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz pkt 5 ustawy Pzp, jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający wskazał *„brak jest złożonego **razem z ofertą** pisemnego zobowiązania w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia”.*

(...)

1. Naruszenie art. 16 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równe traktowanie wykonawców, nieprzejrzysty i nieproporcjonalny.

Zamawiający w Rozdziale IV pkt 1.2 SWZ wymagał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, m.in.: - co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne, które pozwalają na wykonanie zadania, co zostanie potwierdzone pisemnym zobowiązaniem w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia. Z przytoczonego wyżej zapisu specyfikacji nie wynika, iż każdy z Wykonawców powinien złożyć wymagane zobowiązanie wraz z ofertą. Również żaden z punktów Rozdziału V SWZ nie wymienia takiego zobowiązania, jako dokumentu składanego na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto Rozdział XIII SWZ - *Informacja o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*, również nie wymaga przedstawienia takiego dokumentu jako warunku zawarcia umowy o zamówienie publiczne. SWZ nie zawiera również wzoru takiego zobowiązania. W ocenie Odwołującego, zobowiązanie geodety mogło być zatem złożone na każdym etapie

postępowania, jak również przed zawarciem umowy, a nie jak wskazuje Zamawiający w uzasadnieniu do odrzucenia oferty Odwołującego, wraz z ofertą. Jedynym dokumentem, który zobowiązani są Wykonawcy do złożenia wraz ofertą jest zobowiązanie o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy Pzp (odpowiednio pkt 1.6 Rozdziału V SWZ), ale tylko w sytuacji korzystania z potencjału podmiotu trzeciego. Jednak w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wykazał, że będzie dysponował geodetą jako zasobem własnym (umowa zlecenia), wobec czego nie zachodziły przesłanki do złożenia takiego zobowiązania wraz z ofertą. W związku z powyższym, Zamawiający naruszył art. 16 ustawy Pzp w zakresie równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania, gdyż odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie rozszerzającej interpretacji zapisów w SWZ, które w ocenie Odwołującego nie dawały do tego podstaw. Ponadto w wezwaniu z dnia 10.01.2022 r. Zamawiający żądał przedstawienia umowy z geodetą, czym również naruszył art. 16 ustawy Pzp w zakresie proporcjonalności, gdyż spełnienie tego wymogu wymagało od Odwołującego zawarcia umowy zalecenia z geodetą już na etapie postępowania o zamówienie, a nie na etapie realizacji umowy. Ponadto Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w *sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy* (Dz.U. 2020 poz. 2415) nie wymienia takiego dokumentu, wobec powyższego Zamawiający nie miał prawa żądać takiego dokumentu.

2. Naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń, jeśli Zamawiający uznał, że nie zostały one złożone lub są niekompletne lub zawierają błędy. Odwołujący stoi na stanowisku, iż dokument zobowiązania geodety powinien być traktowany przez Zamawiającego jako podmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w art. 7 pkt 17 ustawy Pzp – należy przez to rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. Wobec powyższego powinien być on składany przez Wykonawców na żądanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku niezłożenia takiego dokumentu przez Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać go w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowego środka dowodowego, a czego nie uczynił, czym naruszył wskazany przepis ustawy Pzp.

3. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. poprzez bezpodstawne i błędne przyjęcie, iż oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. W ocenie Odwołującego, na podstawie zapisów SWZ oraz złożonych dokumentów i oświadczeń w

sprawie, Odwołujący w sposób wystarczający wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne, tj.:

- złożony wykaz osób skierowanych przez Odwołującego do realizacji zamówienia wskazywał pana Z. J., posiadającego uprawnienia geodezyjne, jako zasób własny wykonawcy;
- złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w sposób jednoznaczny wskazywały, że zawrze on umowę cywilnoprawną (umowę zlecenia) z panem Z. J., w związku z czym będzie on uczestniczył w realizacji zamówienia jako zasób własny wykonawcy;
- złożone wraz z wyjaśnieniami Odwołującego zobowiązanie pana Z. J. do współpracy z wykonawcą przy realizacji zamówienia wypełniło wymóg określony w Rozdziale IV pkt 1.2 SWZ.

4. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. poprzez bezpodstawne i błędne przyjęcie, iż oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Pojęcie „warunków zamówienia” zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp. Poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się przede wszystkim do treści oferty. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega zatem na niezgodności zobowiązania, które Wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wykazał na czym ma polegać ta niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz który zapis lub element oferty wskazuje, że Odwołujący będzie realizował zamówienie niezgodnie z postanowieniami SWZ.

5. Naruszenie art. 253 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, w szczególności poprzez brak powołania w treści uzasadnienia konkretnych postanowień SWZ, względem których Zamawiający stwierdził niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający

wskazał na brak złożonego razem z ofertą pisemnego zobowiązania w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia. Zamawiający w Rozdziale IV pkt 1.2 SWZ wymagał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, m.in.: – co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne, które pozwalają na wykonanie zadania, co zostanie potwierdzone pisemnym zobowiązaniem w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia. Z przytoczonego wyżej zapisu specyfikacji nie wynika, iż każdy z Wykonawców powinien złożyć wymagane zobowiązanie wraz z ofertą. Również pozostałe zapisy SWZ nie nakładają takiego obowiązku na Wykonawców. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie nieistniejących zapisów w SWZ. Niezależnie od powyższego Odwołujący stoi na stanowisku, że wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ.

6. Naruszenie art. 253 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, w szczególności poprzez brak powołania w treści uzasadnienia konkretnych postanowień SWZ, względem których Zamawiający stwierdził niezgodność treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia; Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym nie wskazał jednak na czym ta niezgodność polega. Wobec czego, z uwagi na brak wskazania podstawy odrzucenia oferty (brak powołania w treści uzasadnienia konkretnych postanowień SWZ), Odwołujący nie może w sposób dokładny odnieść się do czynności Zamawiającego, co ogranicza mu możliwość obrony własnej oferty. Niezależnie od powyższego Odwołujący stoi na stanowisku, że oferta była zgodna z warunkami SWZ.

7. Naruszenie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na to, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi określone w SWZ, przez co nie powinna zostać odrzucona, lecz wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ mieści się w założonym budżecie. Odwołujący stoi na stanowisku, iż wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, wobec czego, jego oferta nie powinna zostać odrzucona, lecz wybrana jako najkorzystniejsza. Oferta z najniższą ceną Wykonawcy Via Ambra S. G. 00-525 Warszawa został odrzucona, zaś trzecia oferta Wykonawcy Biuro Projektów i Usług Budowlanych mgr inż. M. J. I., ul. Skarpowa 3, 17-200 Hajnówka jest droższa od oferty Odwołującego. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 300 000,00 zł brutto. Oferta Odwołującego opiewa na kwotę: część 1: 92 686,38 zł, część 2: 53 621,45 zł; część 3: 99 667,57 zł. Łączna cena ofertowa wyniosła 245 975,40 zł brutto, zatem mieści się w założonym budżecie przez Zamawiającego.”

Pismem z dnia 4 lutego 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Zamawiający wskazał, że „(...) zobowiązanie geodety dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu powinno być aktualne Na dzień złożenia oferty, a zatem powinno być podpisane przed terminem składania ofert, czyli 27 grudnia 2021 r.”

W odniesieniu do podniesionych przez Odwołującego zarzutów Zamawiający przedstawił następującą argumentację.

Ad 1.

„Zamawiający uważa, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamawiający dokonał ogłoszenia zamówienia na platformie e-zamówienia Urzędu Zamówień Publicznych oraz umieścił zamówienie na miniportalu UZP do których dostęp mają wszyscy wykonawcy zamierzający przystąpić do złożenia oferty. Ponadto ogłoszenie o zamówieniu wraz z załącznikami zostało umieszczone na stronie internetowej zamawiającego, z której również mogą korzystać wszyscy wykonawcy. Po złożeniu i otwarciu ofert wszystkie oferty zostały sprawdzone pod kątem prawidłowości ich złożenia, czyli weryfikacji podpisów elektronicznych przesłanych dokumentów. Następnie zamawiający po weryfikacji podpisów uznał, że oferta najkorzystniejsza nie została przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzenia lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego i nie jest możliwa weryfikacja podpisów złożonych na tej ofercie. W związku z powyższym uznając następną ofertę, czyli ofertę odwołującego za najkorzystniejszą wezwał wykonawcę do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych. Następnie zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień w stosunku do dokumentów złożonych jako podmiotowe środki dowodowe. Po otrzymaniu odpowiedzi Zamawiający uznał, że oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Mając na względzie fakt, że cena trzeciej oferty przewyższała kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na udzielenie zamówienia zamawiający uznał, że musi unieważnić niniejsze postępowanie. Zamawiający jeszcze raz podkreśla, iż uważa, że zastosował prawidłową procedurę udzielenia zamówienia z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny.”

Ad 2.

Odnosząc się do zarzutu oznaczonego punktem 2. Odwołania Zamawiający wskazał:

„Zamawiający wzywając do uzupełnienia bądź poprawienia podmiotowych środków dowodowych omyłkowo zastosował art. 223 ust. 1 dotyczący przedmiotowych środków dowodowych zamiast art. 128 ust. 1 dotyczący podmiotowych środków dowodowych.

Omyłka ta nie wpływa jednak na wynik postępowania albowiem Wykonawca odpowiedział na wezwanie i przedłożył wyjaśnienia na wskazane w wezwaniu zapytania.”

Ad 3 i 4.

W odniesieniu do zarzutów wskazanych w punktach 3 i 4 odwołania Zamawiający wskazał, co następuje.

„Zgodnie z zapisami Rozdziału IV ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia Wykonawca składając ofertę powinien wykazać, że spełnia ona następujące warunki udziału w postępowaniu tzn. że wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne, które pozwalają na wykonanie zadania, co zostanie potwierdzone pisemnym zobowiązaniem w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia. Wraz z ofertą wykonawca złożył oświadczenie, iż na dzień składania ofert spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego – załącznik nr 2a do oferty. Tymczasem odwołujący się wykonawca ani z ofertą ani wraz ze złożonymi podmiotowymi środkami dowodowymi nie przedstawił zobowiązania geodety w formie oryginału do podjęcia współpracy z Wykonawcą. Dopiero w odpowiedzi na wezwanie o udzielenie wyjaśnień Wykonawca stwierdził, że omyłkowo nie załączył pisemnego zobowiązania geodety. Zobowiązanie to zostało załączone wraz ze złożonymi wyjaśnieniami, a ponadto Wykonawca w ramach wyjaśnień stwierdził, że w przypadku wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej zawrze on z geodetą umowę cywilnoprawną i w związku z tym będzie on występował jako zasób własny. Po dokonaniu weryfikacji podpisów elektronicznych okazało się, że zobowiązanie to zostało podpisane w dniu 11 stycznia 2022 r., a zatem na dzień złożenia oferty nie dysponował on geodetą, a tym samym nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uważa, że Wykonawca powinien wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, czyli na dzień 27 grudnia 2021 r., tymczasem wymienione wyżej zobowiązanie zostało podpisane w dniu 11 stycznia 2022 r. Wykonawca, podpisując oświadczenie stanowiące załącznik nr 2a poświadczył nieprawdę, gdyż dopiero od dnia 11 stycznia 2022 roku mógł spełnić warunki postępowania. W związku z powyższym Zamawiający uważa, iż prawidłowo uznał, że oferta wykonawcy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Uwzględniając fakt, że oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający uzna, że zgodnie z art. 226 pkt 5 jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”.

Ad 5 i 6.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych w punktach 5-6 odwołania Zamawiający wskazał:

„Zapisy art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczą wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający prowadząc postępowanie po uznaniu, że dwie oferty powinny być odrzucone, natomiast cena trzeciej oferty przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na udzielenie zamówienia podjął decyzję o unieważnieniu postępowania, a zatem nie dokonywał wyboru najkorzystniejszej oferty. Uzasadnienie odrzucenia ofert zastało zatem zawarte w unieważnieniu postępowania.”

Ad 7.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 7 odwołania Zamawiający wskazał, co następuje.

„Zamawiający prawidłowo dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 3 albowiem po odrzuceniu dwóch ofert cena trzeciej oferty przekraczała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówienia. Reasumując Zamawiający uważa, że podjął prawidłową decyzję odnośnie unieważnienia postępowania i wnosi o utrzymanie w mocy jego decyzji.”

W trakcie rozprawy Odwołujący i Zamawiający podtrzymali również swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowych na przebudowę dróg w ramach zagospodarowania poscaleniowego w obrębie wsi Eliaszuki, Planta i Mikłaszewo w gminie Narewka, powiat hajnowski.

W rozdziale IV SWZ Zamawiający ustanowił opis warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia. Zgodnie z rozdziałem IV pkt 1.2. tiret drugi SWZ o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne, które pozwalają na wykonanie zadania, co zostanie potwierdzone pisemnym zobowiązaniem w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia.

W rozdziale V SWZ Zamawiający ustanowił wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z punktem 1. ww. rozdziału do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganiu wykluczeniu służą następujące oświadczenia i dokumenty:

- 1.1. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu [wg załącznika nr 2a do SWZ];
- 1.2. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu [wg załącznika nr 2b do SWZ];
- 1.3. wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówień spełniających warunki określone w rozdziale IV pkt 1.1. SWZ, wraz

z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane [wg załącznika nr 3 do SWZ];

- 1.4. referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi ujęte w wykazie wykonanych zamówień były wykonywane, określające, czy zamówienia te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (oświadczenie Wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów);
- 1.5. wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług lub kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami [wg załącznika nr 4 do SWZ];
- 1.6. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (dotyczy Wykonawców polegających na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na podstawie art. 266 w zw. z art. 118 ust. 3 ustawy Pzp) – wg załącznika nr 5 do SWZ.

Wykonawca Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. W załączniku nr 2a do SWZ zawarł oświadczenie, zgodnie z którym w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w rozdziale IV pkt 1 SWZ, polega na zasobach następujących podmiotów:

- a) BETAS K. K. (...) – koordynacja prac projektowych branży drogowej.

W zakresie lit. b) Wykonawca Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. nie wypełnił wskazanego pola.

Pismem z dnia 30 grudnia 2021 r. Zamawiający wystąpił do Wykonawcy Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. z wezwaniem do złożenia podmiotowych środków dowodowych i innych dokumentów. Zamawiający powołując się na art. 274 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z treścią rozdziału V SWZ wezwał ww. Wykonawcę do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów określonych w rozdziale V punkt 1.3-1.5 SWZ.

Wezwany Wykonawca pismem z dnia 3 stycznia 2022 r. złożył: załącznik nr 3 do SWZ, załącznik nr 4 do SWZ, referencje, dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganych uprawnień oraz przynależność do Podlaskiej Okręgowej Izby Inżynierów

Budownictwa.

W złożonym Wykazie osób (załącznik nr 4 do SWZ) ww. Wykonawca w pozycji nr 2 wskazał Pana Z. J. o kwalifikacjach zawodowych: uprawnienia geodezyjne [numer uprawnień], zakres wykonywanych czynności: geodeta; podstawa dysponowania osobą: zasób własny.

Pismem z dnia 10 stycznia 2022 r. Zamawiający wezwał ww. Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. W punkcie oznaczonym numerem 2. ww. pisma Zamawiający wskazał:

„Proszę też o wyjaśnienie dlaczego brak jest zobowiązania pisemnego geodety, albowiem zapis w SWZ w Rozdziale IV punkt 1.2 określa, że wykonawca dysponuje co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne, które pozwalają na wykonanie zadania, co zostanie potwierdzone pisemnym zobowiązaniem w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia. Ponadto proszę wyjaśnić dlaczego w załączniku nr 4 wykazany jest geodeta Z. J. jako zasób własny, a jeśli tak jest, to prosimy o przedstawienie umowy z geodetą.”

W odpowiedzi na powyższe wezwany Wykonawca w piśmie z dnia 11 stycznia 2022 r. wskazał, co następuje.

„Wykonawca omyłkowo nie załączył pisemnego zobowiązania geodety. Ponadto w przypadku wybrania oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej wykonawca zawarł umowę cywilnoprawną (umowa zlecenie) z panem Z. J., w związku z czym pan Z. J. będzie występował jako zasób własny wykonawcy.”

Wykonawca Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. do pisma z dnia 11 stycznia 2022 r. załączył również zobowiązanie z dnia 10 stycznia 2022 r. o następującej treści:

„Ja, niżej podpisany, Z. J. zobowiązuje się do współpracy z firmą Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. z siedzibą przy ul. Świętojańskiej 12A, 15-082 Białystok, przy realizacji zadania pn. „Opracowanie dokumentacji Projektowych na przebudowę dróg w ramach zagospodarowania poscaleniowego w obrębie wsi Eliaszuki, Planta i Mikłaszewo w gminie Narewka, powiat hajnowski.”

Pismem z dnia 20 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania, w tym m.in. o odrzuceniu oferty złożonej przez Wykonawcę Usługi Wykonawczo Projektowe A. K.. W treści ww. pisma Zamawiający wskazał, co następuje.

„Zamawiający na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (...) unieważnia (...) postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie „Opracowanie dokumentacji projektowych na przebudowę dróg w ramach zagospodarowania poscaleniowego w obrębie wsi Eliaszuki, Planta, Mikłaszewo w gminie Narewka, powiat hajnowski”. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 odrzuca się ofertę firmy Via Ambra G. (...),

gdyż nie została przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego i nie jest możliwa weryfikacja podpisów elektronicznych. Ponadto na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz pkt 5 odrzuca się ofertę złożoną przez wykonawcę: Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. (...) jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (brak jest złożonego razem z ofertą pisemnego zobowiązania w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia. Cena trzeciej oferty przewyższa kwotę jaka Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. (...) Zamawiający na podstawie art. 255 pkt 2 i 3 ustawy może unieważnić postępowanie na każdym późniejszym po otwarciu ofert etapie do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 odrzuca się ofertę firmy Via Ambra G. (...), gdyż nie została przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego i nie jest możliwa weryfikacja podpisów elektronicznych. Ponadto na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz pkt 5 odrzuca się ofertę złożoną przez wykonawcę: Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. (...) jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (brak jest złożonego razem z ofertą pisemnego zobowiązania w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia).

Cena trzeciej oferty przewyższa kwotę jaka Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający unieważnia niniejsze postępowanie ze względu na fakt, że dwie oferty podlegały odrzuceniu natomiast cena trzeciej przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. (...).”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowisko Zamawiającego złożone na piśmie, jak również stanowiska stron podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ad 1, 3, 4 i 7.

Izba uznała, że zarzuty Odwołującego oznaczone punktami 1, 3, 4 oraz 7 odwołania zasługują na uwzględnienie.

W myśl przepisu art. 280 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający zapewnia, na stronie internetowej prowadzonego postępowania, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ – w przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2 – nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 281 ust. 2 pkt 2 i 3, w przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2, SWZ zawiera również (odpowiednio):

2. Informację o warunkach udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający je przewiduje;
3. Informację o podmiotowych środkach dowodowych, jeżeli zamawiający będzie wymagał ich złożenia.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że takie żądania Zamawiającego, jak wykaz dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganie wykluczeniu Zamawiający zobowiązany jest zamieścić w treści SWZ. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że Specyfikacja Warunków Zamówienia jest podstawowym dokumentem w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – to w oparciu o jej zapisy Wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia przygotowują ofertę. Jest to więc dokument o charakterze kluczowym dla przebiegu postępowania, którego zapisy wiążą zarówno Wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia, jak również Zamawiającego. Z tego też względu warunki zamówienia (co stanowi pojęcie szersze niż warunki udziału w postępowaniu) powinny zostać opisane w SWZ w sposób jednoznaczny, spójny i wyczerpujący (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 484 i 815.).

Izba ustaliła, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający dokonał negatywnej weryfikacji oferty złożonej przez Odwołującego – Wykonawcę Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. – z uwagi na niezłożenie wraz z ofertą pisemnego zobowiązania w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia.

Tymczasem wzmianka o ww. „zobowiązaniu” została zawarta w rozdziale IV pkt 1.2. SWZ – zatem w miejscu poświęconym opisowi warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie zawarł żądania złożenia ww. dokumentu – zobowiązania geodety – w wykazie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganie wykluczeniu.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Zamawiający nie był uprawniony do żądania od Wykonawców

ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia „pisemnego zobowiązania w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia” na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w pierwszej kolejności z uwagi na fakt, że takie żądanie nie zostało skutecznie wyrażone w treści SWZ.

Jeśli bowiem Zamawiający żąda złożenia dokumentów weryfikowanych przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert w zakresie tego, czy Wykonawca wykazał, że spełnia ustanowiony w SWZ warunek udziału w postępowaniu, to żądanie takie powinno zostać w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazane w treści SWZ – miejscem właściwym do tego jest rozdział poświęcony wykazowi oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganie wykluczeniu. W okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu zawarł wzmiankę o potwierdzeniu dysponowania osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne pisemnym zobowiązaniem geodety (...), jednak z treści rozdziału V SWZ zawierającego wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganie wykluczeniu nie wynika żądanie ww. dokumentu. Zamawiający zawarł tam natomiast żądanie złożenia wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług lub kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wg załącznika nr 4 do SWZ).

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że dokument przywołany przez Zamawiającego w treści opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne (rozdział IV SWZ pkt 1.2) – tj. pisemne zobowiązanie w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia – nie jest dokumentem wskazanym w katalogu dokumentów służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej – zawartym w treści Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy jako dokument służący potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z § 9 ww. rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty;

2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;

3) wykazu 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; Dziennik Ustaw – 5 – Poz. 2415;

4) opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych stosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy;

5) wykazu systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia publicznego;

6) oświadczenia o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie kontroli zdolności produkcyjnych lub zdolności technicznych wykonawcy, a w razie konieczności także dostępnych mu środków naukowych i badawczych, jak również środków kontroli jakości, z których wykonawca będzie korzystał – w przypadku gdy przedmiot zamówienia obejmuje produkty lub usługi o złożonym charakterze lub w szczególnie uzasadnionych przypadkach w

odniesieniu do produktów lub usług o szczególnym przeznaczeniu;

7) oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy;

8) wykazu środków zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia publicznego;

9) oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności kadry kierowniczej w ostatnich 3 latach, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie;

10) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami;

11) w przypadku dostarczania produktów: a) próbek, opisów lub fotografii dostarczanych produktów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego, b) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;

12) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zarządzania jakością, w tym dostępności dla osób niepełnosprawnych, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zarządzania jakością opartych na odpowiednich seriach norm europejskich oraz certyfikowanych przez akredytowane jednostki;

13) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemu ekozarządzania i audytu, o którym mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekozarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS), uchylającym rozporządzenie (WE) nr 761/2001 oraz decyzje Komisji 2001/681/WE i 2006/193/WE (Dz. Urz. UE L 342 z 22.12.2009, str. 1, z późn. zm.3)), lub do innych norm zarządzania środowiskowego opartych na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych oraz certyfikowanych przez akredytowane jednostki.

Izba uznała zatem, że zarzut określony w punkcie 3. i 4. odwołania zasługuje na uwzględnienie z uwagi na fakt, że Zamawiający nie jest uprawniony do wymagania od Wykonawców złożenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumentów, których nie zażądał skutecznie w treści SWZ oraz które nie zostały wyszczególnione w treści Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23

grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy jako dokumenty służące potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonując wzmianki o „pisemnym zobowiązaniu w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia” w treści opisu warunku udziału w postępowaniu zawartego w rozdziale IV pkt 1.2. SWZ istotnie posłużył się nomenklaturą nawiązującą do nomenklatury ustawowej, jednak dokonał tego w sposób błędny. Ustawa Pzp przewiduje możliwość żądania „zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia” jednak dotyczy to sytuacji, gdy Wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Zgodnie z przepisem art. 118 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Natomiast na potrzeby potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji, gdy Wykonawca nie polega w tym zakresie na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, lecz na zasobach własnych (dysponowanie bezpośrednio), Zamawiający nie jest uprawniony żądać zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w przepisie art. 118 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec potwierdzenia się zarzutu wskazanego w punkcie 3. i 4. odwołania Izba uznała, że na uwzględnienie zasługuje także zarzut wskazany w punkcie 1. odwołania (dotyczący naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty i nieproporcjonalny) oraz w punkcie 7. odwołania (naruszenie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na to, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w sytuacji, gdy nie potwierdziła się wskazana przez Zamawiającego przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego). Zarzuty zawarte w punktach oznaczonych numerami 1. oraz 7. odwołania Izba uznała za zasługujące

na uwzględnienie jako zarzuty o charakterze wynikowym – wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 3. i 4. odwołania. Izba podzieliła także stanowisko Odwołującego wyrażające się w uznaniu, że Zamawiający w sposób nieuprawniony żądał przedstawienia umowy z geodetą w treści wezwania z dnia 10 stycznia 2022 r. Izba stwierdziła, że taki wymóg po pierwsze nie został ustanowiony w treści SWZ, a po drugie, nie jest przewidziany w treści Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy jako dokument służący potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem w przedmiotowym stanie faktycznym na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie był uprawniony do żądania od ww. Wykonawcy przedstawienia umowy zawartej z geodetą.

Ad 2.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 2. odwołania – naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń, jeśli Zamawiający uznał, że nie zostały one złożone lub są niekompletne lub zawierają błędy – Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą do ustaleń Izby w zakresie ww. zarzutu jest uznanie, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający w ogóle nie był uprawniony do żądania od Odwołującego na potwierdzenie dysponowania osobą posiadającą uprawnienia geodezyjne pisemnego zobowiązania w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia, co zostało uargumentowane powyżej. Skoro zatem Zamawiający nie był uprawniony do żądania kwestionowanego dokumentu w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, to nie był również zobowiązany do wzywania Odwołującego w tym zakresie do uzupełnienia kwestionowanego dokumentu w przypadku jego niezłożenia. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym zakresie Izba uznała zatem za niezastępujący na uwzględnienie.

Ad 5 i 6.

W odniesieniu do zarzutów wskazanych w punkcie 5. i 6. odwołania Izba ustaliła, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Zamawiający w treści pisma z dnia 20 stycznia 2022 r. wskazał, co następuje:

„(...) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz pkt 5 odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę: Usługi Wykonawczo Projektowe A. K. (...) jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (brak jest złożonego razem z ofertą pisemnego zobowiązania w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia”.

Zgodnie z treścią art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W tym miejscu należy wskazać, że obowiązek informacyjny nałożony na Zamawiającego należy uznać za spełniony w przypadku zamieszczenia uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności odrzucenia oferty. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający wskazał jako podstawę prawną dwie przesłanki – przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Na potwierdzenie wystąpienia ww. przesłanek odrzucenia oferty Zamawiający podał tę samą okoliczność faktyczną – brak złożonego razem z ofertą pisemnego zobowiązania w formie oryginału geodety do podjęcia współpracy przy realizacji zamówienia. Wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty, zarówno prawne jak i faktyczne, istotnie zostało sformułowane w sposób lakoniczny, jednak w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Izba uznała je za wystarczające do spełnienia obowiązku informacyjnego ciążącego na Zamawiającym. Podkreślenia wymaga, że obowiązek informacyjny nałożony na Zamawiającego na mocy art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp związany jest ściśle z uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej. Na gruncie przedmiotowej sprawy Odwołujący, odnosząc się do podstawy odrzucenia jego oferty wskazanej w treści pisma z dnia 20 stycznia 2022 r., złożył skutecznie odwołanie i podniósł zarzuty m.in. wobec czynności polegającej na odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie wskazanej przez Zamawiającego w treści pisma z dnia 20 stycznia 2022 r.

Wydając postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła treść art. 557 ustawy Pzp, art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 oraz § 7 ust. 2 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 od odwołania.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 557 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła.

W niniejszej sprawie, spośród rozpoznanych zarzutów, cztery zostały przez Izbę uwzględnione, a trzy oddalone. Dlatego też kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego w części 4/7 i Odwołującego w części 3/7. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 7.500 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 7.500 zł tytułem wpisu, tymczasem odpowiadał za nie jedynie w wysokości 3/7 tej kwoty. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4.286 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Jednocześnie Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów, a jak wskazano wyżej, powinien ponieść je w wysokości 4/7 kwoty wpisu od odwołania. Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 4.286 zł powoduje zatem także poniesienie przez Zamawiającego kosztów, jakie powinien ponieść w świetle wyniku postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania, podstawie art. 557 ustawy Pzp, art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 oraz § 7 ust. 2 pkt 1), jak również § 7 ust. 3 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 od odwołania.

Przewodniczący