

WYROK
z dnia 7 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „RADEX” U. T. Spółka jawna z siedzibą w Ornece;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Miasta i Gminy Ryn;**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „RADEX” U. T. Spółka jawna z siedzibą w Ornece oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **11 467,72 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt dwa grosze), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Olsztynie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Ryn (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dowóz dzieci do szkół w Rynie na podstawie biletów miesięcznych w roku szkolnym 2020/ 2021”, znak sprawy: ZP.271.20.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 557535-N-2020 w dniu 2 lipca 2020 r.

W dniu 30 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „RADEX” U. T. Spółka jawna z siedzibą w Ornećie** (dalej „odwołujący” lub „RADEX”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 i art. 180 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu polegających na: wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ponieważ w ocenie zamawiającego nie wykazał on spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu tj. nie przedłożył dokumentów aktualnych na dzień składania ofert, podczas gdy faktycznie odwołujący warunki te spełnia, na potwierdzenie czego złożył stosowne dokumenty aktualne na dzień ich złożenia tj. 12 sierpnia 2020 r., zgodnie z normą art. 26 ust. 2 ustawy Pzp oraz dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem oferty odwołującego oraz zaniechaniu wyboru oferty RADEX jako najkorzystniejszej.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że dokumenty składane w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp muszą być aktualne na dzień składania ofert, podczas gdy zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp dokumenty mają być aktualne na dzień ich złożenia, co doprowadziło do błędnego przyjęcia, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie oferty odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy spełnia on warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu;
3. art. 91 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odwołującego;
4. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż zmiana w wykazie pojazdów skierowanych do realizacji (oświadczenie żądane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu) stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty, podczas gdy zmiana w wykazie pojazdów nie jest zmianą w treści oferty i jest dopuszczalna na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uzupełnienie wykazu;
5. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie do złożenia dokumentów zbędnych (kserokopie dowodów rejestracyjnych, zaświadczenie z ZUS aktualne na dzień składania ofert, opłacona polisa OC aktualna na dzień składania ofert).

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

W Ogłoszeniu o zamówieniu (Punkt III.1) i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Punkt V) - dalej „SIWZ” zamawiający opisał warunki udziału odnoszące się do kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Z kolei w celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu zamawiający żądał przedłożenia, wraz z ofertą, aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (Punkt VII. 1 SIWZ).

Z kolei na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wykonawcy, zamawiający żądał przedłożenia dokumentu w postaci zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych

płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu” (punkt VII 2.2.1.2 SIWZ).

Zamawiający pismem z 10 sierpnia 2020 r. wezwał odwołującego do przedłożenia wyżej wskazanych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału oraz niepodlegania wykluczeniu. Odwołujący przedłożył żądane przez zamawiającego dokumenty, aktualne na dzień ich złożenia tj. 12 sierpnia 2020 r. Pismem z 18 sierpnia 2020 r. zamawiający, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia: (1) Zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne na dzień składania ofert; (2) Dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 200 000,00 zł. (słownie: dwieście tysięcy złotych); (3) Wykazu posiadanych pojazdów skierowanych do wykonania zamówienia oraz ich aktualnych badań technicznych (kserokopii dowodów rejestracyjnych). Żądanie powyższych dokumentów co do pkt 1 i 2 uzasadnił tym, że powinny one potwierdzać spełnienie warunków na dzień składania ofert tj. 22 lipca 2020 r. Natomiast odnośnie pkt 3 zamawiający wskazał, że odwołujący przedłożył wykaz, w którym trzy pojazdy są inne niż te wskazane w dniu składania oferty, a pojazd o nr rej. W·OT 63770 ma nieaktualne badania techniczne. Jednocześnie wezwał do uzupełnienia załącznika nr 7 do SIWZ.

W odpowiedzi na powyższe pismo, odwołujący pismem z 20 sierpnia 2020 r. przesłał stosowne zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS potwierdzające, że nie zalega z opłacaniem składek, Załącznik nr 7 do SIWZ - zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, Załącznik nr 4 do SIWZ - wykaz pojazdów wraz z kopią dowodów rejestracyjnych pojazdów skierowanych do wykonywania zamówienia z informacją o aktualnym badaniu technicznym, aktualną polisę ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Jednocześnie odwołujący poinformował zamawiającego, że zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z wyżej wskazanego przepisu wprost wynika, iż dokumenty składane przez wykonawców mają być aktualne na dzień ich złożenia. Pomimo otrzymania żądanych wyjaśnień i dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia, zamawiający pismem z 20 sierpnia 2020 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty.

Powyższa decyzja, w ocenie odwołującego, jest niezgodna z obowiązującymi przepisami. W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że w chwili obecnej nie ma

w ustawie przepisu prawa pozwalającego na żądanie od wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 2 lub 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentów aktualnych na dzień składania ofert. Zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Złożone przez wykonawcę dokumenty wypełniały normę art. 26 ust. 2 ustawy Pzp tj. były aktualne na dzień ich złożenia. W orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że dokumenty składane w wyniku wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp mają być aktualne na dzień złożenia tych oświadczeń lub dokumentów, co oznacza, że mogą być one wystawione po dacie składania ofert, gdyż istotne jest aby stan spełnienia warunków i niepodlegania wykluczeniu był utrzymany również na moment ich złożenia (tak między innymi KIO w wyroku o sygn. akt KIO 1137/17, wyroku o sygn. akt KIO 1550/19, wyroku o sygn. akt KIO 1385/19).

Treść pisma z 20 sierpnia 2020 r. o wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty odwołującego wskazuje również na błędne zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przedłożył nowy wykaz pojazdów, wraz z dowodami rejestracyjnymi. Taką zmianę zamawiający uznał za niedozwoloną zmianę treści oferty. W ocenie odwołującego, zmiana dokonana w dokumencie składanym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie jest zmianą treści oferty. Wykaz pojazdów nie jest treścią oferty, gdyż był żądany na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepis art. 87 ustawy Pzp nie dotyczy dokumentów podmiotowych (które są uzupełniane i wyjaśniane na podstawie art. 26 ustawy Pzp), a jedynie treści oferty (czyli np. formularza ofertowego, który obejmuje przedmiot zamówienia). Należy również podkreślić, że w przypadku uznania racji zamawiającego tj. potwierdzenia stanowiska o braku możliwości uzupełnienia wykazu pojazdów w ustawie nie powinno być przepisu nakazującego wezwać do uzupełnienia tj. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Na marginesie odwołujący wskazał, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zażądanie dokumentów zbędnych tj. niezgodnych z treścią Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) - dalej „rozporządzenie ws. dokumentów”. Działania zamawiającego w zakresie żądania dokumentów w postępowaniu są ograniczone przepisami ww. rozporządzenia. Jak podkreśla się w orzecznictwie żądanie dokumentów zbędnych nie jest jedynie uchybieniem o charakterze formalnym. Jak wskazano w wyroku

NSA II GSK 919/13: „Zawarte w SIWZ, żądania złożenia na potwierdzenie posiadanych uprawnień, dokumentu w innej formie, nieprzewidziany przepisem obowiązującego prawa, który nie był wymagany i niezbędny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie może być uznane za naruszenie o charakterze formalnym, nie wywołujące skutków finansowych. Okoliczność polegająca na zawarciu w SIWZ, żądań dołączenia przez wykonawców oryginałów (lub kopii) dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień budowlanych oraz przynależność do właściwej Izby Inżynierów budownictwa, w miejsce przewidzianego oświadczenia o posiadaniu wymaganych uprawnień - a więc uproszczonej formy dokumentu - ocenić należy nie inaczej, jak tylko naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania.” W innym wyroku sąd stwierdził, że: „Jeżeli polski ustawodawca korzystając z przyznanej w tym zakresie swobody wprowadził wymóg przedłożenia jedynie oświadczenia o posiadanych kwalifikacjach, to żądanie złożenia na potwierdzenie posiadanych uprawnień, dokumentu w innej formie, niż przewidziana przepisem obowiązującego prawa, który nie był wymagany i niezbędny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie może być uznane za nieistotne naruszenie o charakterze formalnym, które nie wywołuje skutków finansowych dla budżetu UE.” (Wyrok NSA II GSK 2846/15). Obecnie obowiązujące regulacje nie pozwalają na żądanie kserokopii dowodów rejestracyjnych pojazdów, ani opłaconej polisy OC.

Zamawiający, 1 września 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, 6 października 2020 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i treścią SIWZ, treścią oferty odwołującego, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a RADEX, informacją o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty, a także po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na nie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Stosownie do zestawienia ofert objętego informacją z otwarcia ofert, oferta odwołującego zajęła pierwotnie trzecią pozycję w rankingu ofert, ustalonym na podstawie kryteriów oceny ofert. Jednakże po wykluczeniu i odrzuceniu ofert wykonawców zajmujących pierwszą i drugą pozycję, oferta odwołującego stała się pierwsza w rankingu. Gdyby zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści złożonego odwołania, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W razie sanacji zaskarżonych czynności i zaniechań zamawiającego, odwołujący może uzyskać przedmiotowe zamówienie. Jednocześnie odwołujący doznaje szkody w postaci utraty możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne oraz utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ, oferty odwołującego, korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a RADEX w toku prowadzonego postępowania, informacji o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale III SIWZ jest świadczenie usług polegających na dowożeniu uczniów wraz z opieką i odwożeniu do punktu zbiorczego w miejscu zamieszkania. Ponadto zamawiający zawarł w SIWZ wymagania, że autobusy (busy) które wskaże wykonawca, służące realizacji zadania były nie starsze niż 20 lat i posiadały elektrycznie otwierane drzwi (Rozdział III, pkt 1.12.). W tym samym rozdziale, pkt 1.17. zapisano, że wykonawca zobowiązuje się do świadczenia usługi przewozowej pojazdami spełniającymi wymagania szczegółowe jak dla pojazdów do przewozu dzieci i młodzieży szkolnej oraz, że posiada wymagane dokumenty potwierdzające kwalifikacje kierowcy i właściwy stan techniczny pojazdów, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2013 r., poz. 1414 ze zm.). Przewoźnik, w razie awarii własnego autobusu zobowiązany jest zapewnić pojazd zastępczy do przewozu uczniów, odpowiednio przystosowany do wykonania przewozu, sprawny technicznie i oznakowany.

Ponadto, Izba ustaliła, że zamawiający w Rozdziale V SIWZ opisał warunki, jakie spełniać winni wykonawcy biorący udział w postępowaniu dotyczące: (1) Kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. (1.1.) Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału

w postępowaniu, (1.2.) Wykonawca posiada aktualny wypis z właściwego rejestru (dokument dopuszczający oferenta do obrotu prawnego w zakresie objętym zamówieniem), (1.3.) Wykonawca posiada licencję, o której mowa w art. 5 Ustawy z 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2140 ze zm.); 2.Sytuacji finansowej. (2.1.) Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie wykonywania usług przewozowych na kwotę nie mniejszą niż 200.000,00 zł. (słownie: dwieście tysięcy złotych 0/100). 3. 3. Zdolność techniczna lub zawodowa. 3.1. Wykonawca dysponuje pojazdami lub będzie dysponować pojazdami w okresie wykonywania zamówienia, które skieruje do jego realizacji.

Następnie w Rozdziale VII SIWZ wskazano jakie oświadczenia i dokumenty będzie zobligowany złożyć wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Zgodnie z pkt 1 zamawiający w celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu zażądał przedłożenia, wraz z ofertą, aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. W pkt 3 opisane zostały dokumenty, które składane miały być na wezwanie zamawiającego, na potwierdzenie okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z pkt 3.1. W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, zamawiający żąda następujących dokumentów: (3.1.1) aktualny wypis z właściwego rejestru (dokument dopuszczający oferenta do obrotu prawnego w zakresie objętym zamówieniem), (3.1.2) kopie licencji, o której mowa w art. 5 Ustawy z 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2019 r., poz. 2140, ze zm.). 3.2. W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej zamawiający żąda następujących dokumentów: (3.2.1) dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 200 000,00 zł. (słownie: dwieście tysięcy złotych), (3.2.2.) jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć dokumentów dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może złożyć inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. 3.3 W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żąda następujących dokumentów: (3.3.1.) Wykonawca przedstawi wykaz posiadanych pojazdów skierowanych do wykonania zamówienia oraz aktualne badania techniczne (załącznik nr 4 do SIWZ).

Kryteria, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty zostały opisane w Rozdziale XIV SIWZ. Zamawiający ustalił następujące kryteria wyboru oraz ich wagi: kryterium I - cena za wykonanie zamówienia 60%, kryterium II - wiek pojazdów - 20%, kryterium III - czas podstawienia pojazdu zastępczego - 20%.

Dalej Izba ustaliła, że wykonawcy w toku prowadzonego postępowania zadawali pytania do treści SIWZ, między innymi dotyczące załącznika nr 4, prosząc o doprecyzowanie: „Czy z ofertą oprócz załącznika nr 3 wykonawca ma złożyć załącznik nr 4 wraz z aktualnymi dowodami rejestracyjnymi czy tylko na wezwanie zamawiającego. W formularzu oferty widnieje zapis w pkt 8.2. wykaz pojazdów jako integralna część oferty, a w SIWZ Rozdziale VII punkt 3 Wykaz dokumentów i oświadczeń, które wykonawca składa w postępowaniu na wezwanie zamawiającego na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy. W punkcie 3.3.1. wykonawca przedstawi wykaz posiadanych pojazdów skierowanych do wykonania zamówienia oraz ich aktualne badania techniczne (załącznik nr 4 do SIWZ)”. Na zadane pytanie, zamawiający udzielił odpowiedzi, na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: „Do oferty należy złożyć wykaz posiadanych pojazdów skierowanych do wykonania zamówienia oraz ich aktualne badania techniczne (załącznik nr 4 do SIWZ)”.

Izba ustaliła ponadto, że odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, załączając do formularza oferty wykaz posiadanych pojazdów (zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ).

Następnie zamawiający pismem z 10 sierpnia 2020 r. wezwał RADEX do złożenia, w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, dokumentów potwierdzających okoliczności opisane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi na powyższe, odwołujący złożył dokumenty: zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego dot. niezalegania w podatkach z dnia 22 lipca 2020 r., zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Olsztynie Inspektoratu w Lidzbarku Warmińskim o niezaleganiu w opłacaniu składek z dnia 24 lipca 2020 r. oraz wykaz pojazdów - załącznik nr 4 do SIWZ. Jak ustalił skład orzekający złożony wykaz pojazdów zawierał inne pojazdy, niż wykaz złożony wraz z ofertą. Jednocześnie jeden z wymienionych w wykazie pojazdów – marki Higer Scania nie posiadał aktualnych badań technicznych.

Zamawiający wezwał następnie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z 18 sierpnia 2020 r., do złożenia między innymi następujących dokumentów: zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, potwierdzającego że nie zalega on z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, przy czym zaznaczył że złożone zaświadczenie powinno potwierdzać spełnianie warunków na dzień składania ofert tj. 22 lipca 2020 r.; dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej

w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienie na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 200 000,00 zł. (złożona kopia polisy ubezpieczeniowej obejmuje okres ubezpieczenia od 12 sierpnia 2020 r., a powinna potwierdzać spełnianie warunków na dzień składania ofert tj. 22 lipca 2020 r.); wykazu posiadanych pojazdów skierowanych do wykonania zamówienia wraz z aktualnymi badaniami technicznymi dla tych pojazdów (w wezwaniu zamawiający podniósł, że z otrzymanego wykazu wynika, że trzy pojazdy wymienione w wykazie złożonym w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, są inne niż pojazdy wskazane w dniu składania ofert, prosząc o wyjaśnienie tej zmiany; zwrócił również uwagę, że badania techniczne jednego z pojazdów są nieaktualne; ponadto wskazał, że pojazdy wymienione w wykazie mają status prawny jako użyczenie - w związku z czym wezwał do przedstawienia zobowiązania do oddania do dyspozycji RADEX tych zasobów – zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ). Jak ustaliła Izba w odpowiedzi na to wezwanie odwołujący przedstawił dokumenty: zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Olsztynie Inspektoratu w Lidzbarku Warmińskim o niezaleganiu w opłacaniu składek z dnia 19 sierpnia 2020 r.; kopię polisy obejmującej okres od 12 sierpnia 2020 r. do 11 sierpnia 2021 r. oraz wykaz pojazdów - załącznik nr 4 do SIWZ, wraz z kopią dowodów rejestracyjnych dla tych pojazdów, informacją o ich aktualnym badaniu technicznym, zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów – załącznik nr 7 do SIWZ. Wyjaśnił ponadto, że trzy pojazdy wskazane w dniu składania ofert musiały zostać zagospodarowane do realizacji innego zadania, jednakże zgłoszone obecnie są równie komfortowe i bezpieczne co pojazdy poprzednio zgłoszone.

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z 20 sierpnia 2020 r. poinformował RADEX o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu złożonej przez niego oferty. Wskazał na treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp argumentując, że odwołujący nie spełnił warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, albowiem przedłożył kopię polisy obejmującej okres od 12 sierpnia 2020 r. do 11 sierpnia 2021 r. a zatem obejmującej okres po terminie składania ofert. Ponadto złożony przez niego wykaz pojazdów, który RADEX uzupełnił na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – zawierał inny pojazd i dokument z badań technicznych. W treści pisma informującego o wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty odwołującego wskazano również przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w kontekście zmiany treści wykazu pojazdów (załącznik nr 7 do SIWZ).

Odwołujący nie zgodził się z tą decyzją zamawiającego, wnosząc odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że jak ustalono na podstawie akt niniejszej sprawy, jedną z podstaw wykluczenia odwołującego z postępowania była okoliczność, że złożona przez niego polisa OC, mająca potwierdzać, że odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 200 000,00 zł. została wystawiona po terminie składania ofert. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przyznał, że w treści wezwania, które skierował do RADEX w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp błędnie zastosował „język ustawy” sprzed nowelizacji ustawy z 22 czerwca 2016 r., jednakże jak zauważył nie miało to żadnego znaczenia faktyczno-prawnego, ponieważ w jego ocenie odwołujący i tak zostałby wykluczony z postępowania, a w konsekwencji jego oferta odrzucona, ponieważ zmieniał treść oferty niezgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym kontekście jedynie należy nadmienić, że przedmiotowa polisa jest dokumentem, składanym w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej (wynika to zarówno z §2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia ws. dokumentów, jak też z zapisów Rozdziału VII SIWZ - pkt 3.2.1).

W przypadku, gdy zamawiający zastosuje w postępowaniu procedurę wynikającą z art. 24 aa ustawy Pzp wstępnym potwierdzeniem, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz, że nie istnieją wobec niego podstawy do wykluczenia go z postępowania - jest dokument JEDZ/ oświadczenie (w zależności od wartości szacunkowej zamówienia), które ma potwierdzać te okoliczności na moment upływu terminu składania ofert. Z kolei składane w trybie art. 26 ust. 2 Pzp dokumenty i oświadczenia stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych, czy to w treści oświadczenia czy też w dokumencie JEDZ a przez fakt, że przedłożone dokumenty są aktualne na dzień ich złożenia potwierdzają, że stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę i brak podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły. Wymaganie, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, składając wraz z ofertą dokument JEDZ/ oświadczenie jednocześnie dysponował kompletem dokumentów, potwierdzających spełnienie wymagań i brak podstaw wykluczenia nie później niż na dzień składania ofert, byłoby zaprzeczeniem celu nowelizacji ustawy, jakim było odformalizowanie i uproszczenie procedur przetargowych. Nie można zatem wykluczyć sytuacji, w której

aktualnym na dzień jego złożenia będzie również dokument opatrzony datą przypadającą po upływie terminu składania ofert. W takim przypadku istotne jest bowiem to, czy potwierdza on spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień upływu tego terminu.

Urząd Zamówień Publicznych (dalej „UZP”) w opinii pt. „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp” zwraca uwagę, że za oświadczenia lub dokumenty „aktualne” należy uznać takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia. Innymi słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie teraźniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności - adekwatnie do całego toku postępowania. UZP zwraca również uwagę, że „Oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać, że teraz (w czasie teraźniejszym) stan faktyczny jest taki, o jakim zaświadcza dokument. Złożenie przez wykonawcę takiego oświadczenia lub dokumentu wskazuje, że ten stan, o którym zaświadcza dane oświadczenie lub dokument, nie uległ zmianie od dnia składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.” Dalej w opinii UZP stwierdza wprost, że bez znaczenia jest data wystawienia dokumentu przez wykonawcę, jeśli ten potwierdza istniejący stan rzeczy. Tym samym wystawienie dokumentu z datą po terminie otwarcia ofert jest bez znaczenia dla uznania przez zamawiającego tego dokumentu za aktualny.

Drugą okolicznością, podnoszoną przez zamawiającego w piśmie z 20 sierpnia 2020 r., w którym informował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty był fakt dokonania zmiany w treści załącznika nr 7 do SIWZ (wykaz pojazdów).

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest poinformowanie wykonawców o tym, którzy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania oraz o tych, których oferty zostały odrzucone oraz powodach podjętych czynności - podając uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji. Dostrzec należy, że lektura pisma zamawiającego z 20 sierpnia 2020 r. (kierowanego do odwołującego, jak też innych wykonawców, ubiegających się o to zamówienie) prowadzi do wniosku, że zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania z tej przyczyny, że ten przedłożył, na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykaz pojazdów, w którym wskazał inny pojazd i inny dokument z badań technicznych. Ta okoliczność miała świadczyć, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp. Jednocześnie zamawiający powołał się na treść przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp informując, że ten nie dopuszcza dokonywania zmian w treści złożonej oferty, mając na myśli okoliczność, że treść składanego przez odwołującego wykazu pojazdów była zmieniana

trzykrotnie (pierwszy wykaz złożony został wraz z ofertą, drugi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, a następnie trzeci - w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Nie ulega wątpliwości, nie kwestionuje tej okoliczności również odwołujący, że zamawiający wymagał w SIWZ, aby każdy wykonawca złożył wykaz pojazdów wraz z ofertą. Tej właśnie kwestii dotyczy pytanie wykonawcy i udzielona odpowiedź, na które zamawiający powoływał się w swoim piśmie procesowym wywodząc, że z odpowiedzi na zadane pytanie wynikał zakaz dokonywania zmian w treści tego dokumentu. Zauważyć należy, że wykonawca RADEX złożył przedmiotowy wykaz, załączając go do oferty. Dane zawarte w tym dokumencie posłużyły zamawiającemu do oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert, w wyniku czego odwołującemu przyznane zostały punkty, a jego oferta uplasowała się na trzeciej pozycji w rankingu.

Następnie zamawiający ponownie poprosił o złożenie tego załącznika, gdyż jak twierdził na rozprawie oczekiwał jedynie jego uzupełnienia o dokumenty w postaci aktualnych badań technicznych dla tych pojazdów, które wcześniej zostały wymienione wraz ze złożoną ofertą. To jednak oczekiwanie zamawiającego co do tego, że oświadczenie jakich pojazdów zamierza użyć wykonawca przedstawione w pierwotnym wykazie nie mogło zostać zmienione w toku postępowania - nie znajduje oparcia w dokumentacji postępowania. Z treści SIWZ (Rozdział VII pkt 3.3) wynika natomiast, że załącznik nr 4 (wykaz pojazdów skierowanych do wykonania zamówienia oraz aktualne badania techniczne) miał zostać złożony ponownie, tym razem w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Słusznie zatem zamawiający powołał się na treść przepisu art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wzywając do jego przedłożenia, a następnie w sytuacji gdy uznał, że zawiera on błędy, wezwał do jego uzupełnienia w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie można jednak przyjąć, że wykaz ten, skoro miał służyć potwierdzeniu, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, stanowił jednocześnie treść oferty.

Tym samym oceniając spełnienie przez RADEX warunków udziału w postępowaniu, weryfikacji podlegał jedynie wykaz złożony w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, następnie uzupełniony oraz załączone do niego dokumenty w postaci aktualnych badań technicznych. Jeśli dokumenty te nie potwierdzały spełnienia warunku opisanego w SIWZ - zamawiający mógłby podjąć decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Argumentacja zamawiającego jest jednak inna. Podejmując decyzję o wykluczeniu, powołując się na treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wskazuje jednocześnie na dokonaną przez odwołującego zmianę treści złożonej oferty. Zamawiający nie precyzuje jednak w treści samego pisma informującego o wykluczeniu odwołującego z postępowania, w jakim zakresie ta zmiana miała być dokonana. W odpowiedzi na odwołanie wyjaśnia,

że zmiany tej upatruje w tym, że kolejno składane załączniki zawierały inne pojazdy, pomijając przy tym, że tylko pierwszy załącznik złożony został wraz z ofertą, zaś kolejne wykazy pojazdów w procedurze wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Wyjaśnienia zamawiającego potwierdzają, że błędnie wskazuje on na zmianę treści oferty w przypadku, gdy dochodzi do uzupełnienia dokumentu, który jest składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Taka zmiana jest możliwa, gdyż uzupełniając dokumenty na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący był uprawniony do przedstawienia nowego wykazu, zawierającego inne pojazdy. Z treści pisma zamawiającego z 20 sierpnia 2020 r. wynika natomiast, że powodem wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 - a zatem za brak spełnienia warunków - była zmiana treści wykazu złożonego na wezwanie a art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie uzasadnił jednak jaki warunek udziału w tym postępowaniu nie został spełniony, czy też jakich dokumentów potwierdzających ich spełnienie - wykonawca RADEX nie przedłożył.

Jeśli zaś zamawiający uważał, że odwołujący nie miał podstaw dla dokonania zmiany w wykazie na etapie dokonywania weryfikacji czy spełnia warunki udziału i ta okoliczność stanowiła faktycznie podstawę decyzji zamawiającego - winien to uzasadnić, podając zarówno uzasadnienie prawne jak i faktyczne swojej decyzji w taki sposób, aby odwołujący mógł odnieść się do faktycznych podstaw wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie z uwagi na okoliczność, że odwołujący, jak wynika z treści odwołania „na marginesie” wskazał, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zażądanie dokumentów zbędnych tj. niezgodnych z treścią rozporządzenia ws. dokumentów, Izba wskazuje, iż zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wykonawcy przysługuje odwołanie wyłącznie wobec czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; określenia warunków udziału w postępowaniu; wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; odrzucenia oferty odwołującego; opisu przedmiotu zamówienia a także dokonania przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym, w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych, wykonawcy nie przysługuje odwołanie od ustalenia przez zamawiającego takiego katalogu dokumentów, których żąda on na potwierdzenie spełnienia warunków, a które w ocenie wykonawcy są niezgodne z treścią rozporządzenia ws. dokumentów. Ustawodawca, takiego uprawnienia odwołującemu nie przypisał.

Ponadto, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu zarzuty te odnoszą się do treści tych dokumentów albowiem żądanie w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zostało sformułowane w treści Ogłoszenia o zamówieniu i w SIWZ, a te zostały opublikowane na stronie internetowej zamawiającego 2 lipca 2020 r.

Z powyższych powodów zarzut ten należało pozostawić bez rozpoznania.

W związku z tym, że skład orzekający uznał, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego pozostałych przepisów, wskazywanych w treści złożonego odwołania, orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący: