

**WYROK**  
**z dnia 10 listopada 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2022 r. przez wykonawcę „Izan+” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Łódzką

**orzeka:**

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę „Izan+” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez wykonawcę „Izan+” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

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 z późn. 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

W dniu 24 października 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy „Izan+” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pod nazwą „Usługa sprzątanina w budynkach Wydziału FTIMS PŁ (B14 i B15) oraz obsługi szatni” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Politechnikę Łódzką (dalej jako „Zamawiający”), na zaniechanie wezwania A. S. - K., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Abra P. K. w spadku do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a także na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- „1. art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z § 6 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. Poz. 2452) w zw. z rozdziałem XVI SWZ poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia podmiotowego środka dowodowego, tj. poświadczenia z dnia 4 lipca 2022 r., wystawionego przez Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi, w sytuacji gdy przedłożone przez Wykonawcę poświadczenie nie zostało opatrzone przez Wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
2. art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) w zw. z rozdziałem XV pkt 5 punkt pierwszy SWZ poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia treści podmiotowego środka dowodowego, tj. poświadczenia z dnia 4 lipca 2022 r., wystawionego przez Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi, w sytuacji gdy:
  - a) treść tego poświadczenia zawiera sprzeczność w zakresie tego, czy usługa jest usługą nadal wykonywaną, czy jednak już wykonaną,
  - b) a w przypadku, gdy usługa jest nadal wykonywana, to dlaczego poświadczenie potwierdza należyte wykonywanie usługi do dnia do dnia 31 maja 2022 roku, a nie do dnia wystawienia tego poświadczenia”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- „a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) wezwanie Wykonawcy Abra P. K. w spadku do złożenia podmiotowego środka dowodowego, tj. poświadczenia wykonania usługi sprzątnięcia budynków użyteczności publicznej o powierzchni sprzątnięcia nie mniejszej niż 1 000 m<sup>2</sup> wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat – które zostanie sporządzone w odpowiedniej formie;
- c) wezwanie Wykonawcy do wyjaśnienia treści poświadczenia z dnia 4 lipca 2022 r., wystawionego przez Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi, tj. wyjaśnienia czy usługa jest nadal wykonywana, a jeśli tak, to czy usługa jest należycie wykonywana również w okresie po 31 maja 2022 roku”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 września 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00337102/01.

W pkt XI Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) zatytułowanym „Opis sposobu przygotowania ofert” w ust. 4 określono, że „Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć poniższe dokumenty pod rygorem nieważności w formie elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym: (...) c) W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający żąda następujących podmiotowych środków dowodowych: • wykazu min 2 usług sprzątnięcia budynków użyteczności publicznej o powierzchni sprzątnięcia nie mniejszej niż 1 000 m<sup>2</sup> 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 usługi zostały wykonane lub są

wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy 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. Okresy ostatnich 3 lat liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert w postępowaniu.”

W pkt XIII SWZ zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu” w ust. 1 Zamawiający określił, że „Zgodnie z art. 57 Ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: a) nie podlegają wykluczeniu, tj. wykażą brak podstaw do wykluczenia z postępowania b) spełniają warunki udziału w postępowaniu O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: a) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym: b) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: c) sytuacji ekonomicznej lub finansowej: d) zdolności technicznej lub zawodowej.”.

W pkt XV SWZ zatytułowanym „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie zobowiązany jest złożyć Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania” w ust. 5 określono, że „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający żąda następujących podmiotowych środków dowodowych: • wykazu min 2 usług sprzątnia budynków użyteczności publicznej o powierzchni sprzątnia nie mniejszej niż 1 000 m<sup>2</sup> 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 usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy 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. Okresy ostatnich 3 lat liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert w postępowaniu.”.

A. S. - K., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Abra P. K. w spadku (dalej jako „Wykonawca”), złożyła ofertę w Postępowaniu, wraz z którą złożyła dokument zatytułowany „Wykaz usług/Oświadczenie” o treści „ Oświadczam, iż w okresie ostatnich 3 lat Firma ABRA P. K. świadczyła usługi sprzątania budynków użyteczności publicznej o powierzchni sprzątania nie mniejszej niż 1 000 m<sup>2</sup>, tj: 1. Zarząd Dróg i Transportu Łódź ul. Piotrkowska 173 od 01.01.2021 do 31.12.2022r. łączna powierzchnia sprzątania 3 058, 90 m<sup>2</sup>, wartość umowy 269 010,96 zł brutto. W załączeniu referencje. 2. Politechnika Łódzka Wydział Fizyki Technicznej, Informatyki i Matematyki Stosowanej, Łódź ul. Wólczańska 215 – Referencje na miejscu. Oświadczam, że należycie wykonuję powierzone mi usługi sprzątania.”. Wraz ofertą Wykonawca nie złożył referencji ani innego dokumentu sporządzonego przez Zarząd Dróg i Transportu z siedzibą w Łodzi określającego, że usługa wymieniona w dokumencie zatytułowanym „Wykaz usług/Oświadczenie” została należycie wykonana bądź jest należycie wykonywana, w formie elektronicznej ani cyfrowego odwzorowania takiego dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

W dniu 5 października 2022 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę do „do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci: 1. wykazu min. 2 usług sprzątania budynków użyteczności publicznej o powierzchni sprzątania nie mniejszej niż 1 000 m<sup>2</sup> 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 usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy 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. Okresy ostatnich 3 lat liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert w postępowaniu.”.

W dniu 7 października 2022 roku Wykonawca złożył cyfrowe odwzorowanie dokumentu datowanego na 4 lipca 2022 r. zatytułowany „Poświadczenie” o treści „Zarząd Dróg i Transportu z siedzibą w Łodzi przy ul. Piotrkowskiej 173 niniejszym zaświadcza, że firma ABRA P. K. w spadku z siedzibą w Łodzi przy ul. Eugeniusza 22, 93-487 Łódź, w okresie od dnia 31 grudnia 2020 r. do dnia 31 grudnia 2022 r. realizuje usługę sprzątnia wewnątrz pomieszczeń i budynków, będących w użytkowaniu Zarządu Dróg i Transportu przy ul. Piotrkowskiej 171, 173, 175, ul. Tuwima 36, ul. Mazowieckiej 4 oraz w dwóch kontenerach usytuowanych przy ul. Papierniczej i al. Włókniarzy w Łodzi o łącznej powierzchni 3058,90 m<sup>2</sup>. Zgodnie z umową nr 263.68/DZ.2020 z dnia 31 grudnia 2020 r. do obowiązków Wykonawcy w miejscu i czasie wykonywania usługi należy m.in.: - właściwa opieka nad mieniem Zamawiającego; - zabezpieczanie pomieszczeń polegające w szczególności na zamknięciu drzwi i okien, zabezpieczaniu kluczy oraz pomieszczeń przed dostępem osób trzecich; - przestrzeganie przepisów BHP i PPOŻ; - zapewnienie własnych środków czystości oraz sprawnego i bezpiecznego sprzętu do realizacji usługi sprzątnia; - dostarczanie środków czystości oraz środków higienicznych w ilościach niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia, zapewniając ciągłość dostaw; - posiadanie atestów na wszystkie środki używane do wykonania usługi dopuszczających do użytkowania w pomieszczeniach, w których przebywają ludzie; - pokrywanie szkód spowodowanych użyciem nieodpowiednich środków myjących i czyszczących w wyniku czego nastąpiło zniszczenie lub nieprzydatność do dalszego użytkowania czyszczonych powierzchni; - ponoszenie odpowiedzialności za działania osób, którym zleci wykonanie usług określonych w przedmiocie zamówienia, w szczególności za zniszczenia mienia lub niedopełnienie obowiązków. Łączna wartość wynagrodzenia za wykonane usługi sprzątnia od dnia podpisania umowy do dnia 31 maja 2022 r. wyniosła 179 340,64 zł brutto. Usługi od dnia podpisania umowy do dnia 31 maja 2022 r. realizowane były w sposób należyty, rzetelny, z zachowaniem umówionych terminów. Firma posiadała personel, który z właściwym zaangażowaniem wykonywał powierzone obowiązki oraz dysponował środkami czystości o dobrej jakości. Prace były prowadzone zgodnie z oczekiwaniami Zarządu Dróg i Transportu.”, opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym A. S. - K.

W dniu 30 września 2022 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy w Postępowaniu.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, w szczególności że odwołanie nie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w tym postępowaniu oraz przedstawioną w trakcie rozprawy w dniu 7 listopada 2022 roku, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie konieczne jest wskazanie, że zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw, „w sprawach wynikających z prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku zarządca sukcesyjny posługuje się dotychczasową firmą przedsiębiorcy z dodaniem oznaczenia „w spadku””, zaś stosownie do art. 21 ust. 1 ww. ustawy „zarządca sukcesyjny działa w imieniu własnym, na rachunek właściciela przedsiębiorstwa w spadku”. Wobec powyższego w sytuacji, gdy w związku ze śmiercią P. K., który prowadził działalność gospodarczą pod nazwą Abra P. K., ustanowiono zarząd sukcesyjny, a A. S. - K. powołano na zarządcę sukcesyjnego, osobą posługującą się firmą „Abra P. K. w spadku” jest A. S. - K. W konsekwencji należy ją uznać za wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

Nie był uzasadniony zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w związku z § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie w związku z rozdziałem XVI SWZ.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, „jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania”. Stosownie zaś do § 6 2 ww. rozporządzenia, „w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe

środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej”.

W sytuacji, gdy na opisane powyżej wezwanie Zamawiającego z dnia 5 października 2022 roku w dniu 7 października 2022 roku Wykonawca złożył cyfrowe odwzorowanie dokumentu datowanego na 4 lipca 2022 r. zatytułowanego „Poświadczenie”, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym A. S. - K., nie sposób uznać, że Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę do złożenia tego dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, do której to czynności był zobowiązany na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, a tym samym że naruszył ten przepis.

Podnoszone przez Odwołującego na rozprawie wywody dotyczące możliwości uznania dokumentu datowanego na 4 lipca 2022 r. zatytułowanego „Poświadczenie” za dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi, w sytuacji, gdy jego cyfrowe odwzorowanie opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym zostało złożone w dniu 7 października 2022 r. nie mogły być przez Izbę brane pod uwagę z uwagi na treść art. 555 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, przy czym, jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 roku wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22, „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy”.

W odwołaniu wniesionym w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wskazywał na okoliczności dotyczące daty złożenia przez Wykonawcę Zamawiającemu cyfrowego odwzorowania dokumentu datowanego na 4 lipca 2022 r. zatytułowanego „Poświadczenie” jako na okoliczności wskazujące na naruszenie przepisów Pzp w związku z zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp, skutkiem czego nie stanowiły one zarzutu, co do którego Izba mogła orzekać.

Z tych samych względów nie mogły być brane pod uwagę twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający udostępniając mu protokół Postępowania z załącznikami nie przekazał mu opisanego wyżej wezwania z 5 października 2022 r. ani złożonego w dniu 7



października 2022 r. cyfrowego odwzorowania dokumentu datowanego na 4 lipca 2022 r. zatytułowanego „Poświadczenie”, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym A. S. - K., a także, iż z przedmiotowego protokołu nie wynika, że Zamawiający w dniu 5 października 2022 r. wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2022 r. nie zostało wniesione na czynność udostępnienia protokołu Postępowania bądź załącznika do niego czy zaniechanie udostępnienia tego protokołu bądź załącznika do niego.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp w związku z § 9 ust. 1 pkt 2 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 „w związku z rozdziałem XV pkt 5 punkt pierwszy SWZ” również nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 Pzp, „zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu”. Stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia, „w celu potwierdzenia spełnienia 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: 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”.

Jak wynika z treści odwołania, naruszenia tych przepisów Odwołujący upatrywał w zaniechaniu zażądania od Przystępującego wyjaśnień dotyczących treści dokumentu

datowanego na 4 lipca 2022 r. zatytułowanego „Poświadczenie” wobec istnienia wątpliwości, czy usługa, o której mowa w tym dokumencie, jest należycie wykonywana w sytuacji, gdy podmiot, na rzecz którego usługa jest wykonywana, poświadczył należyte jej wykonywanie do 31 maja 2022 r., a nie do dnia wystawienia dokumentu.

Mając na uwadze treść art. 124 Pzp, zgodnie z którym „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający: 1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia; 2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji” oraz art. 16 pkt 3) Pzp, stosownie do którego „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny”, stwierdzić należy, że zamawiający może żądać złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wyłącznie wtedy, gdy określił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i tylko w zakresie niezbędnym do potwierdzenia spełniania tych warunków. W konsekwencji art. 128 ust. 4 Pzp uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wtedy, gdy wyjaśnienia te są niezbędne dla dokonania oceny, czy wykonawca spełnia te warunki.

Nie może ulegać wątpliwości, że w ust. 1 pkt XIII SWZ zatytułowanego „Warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający nie sformułował jakiegokolwiek konkretnego warunku udziału w Postępowaniu, ograniczając się w istocie do powtórzenia w tym postanowieniu treści art. 57 Pzp i art. 112 ust. 2 Pzp. To, że Zamawiający określił warunek udziału w Postępowaniu dotyczący doświadczenia (polegający na wykazaniu wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich 3 lat (licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert w Postępowaniu) dwóch usług sprzątania budynków użyteczności publicznej o powierzchni sprzątania nie mniejszej niż 1 000 m<sup>2</sup>) strony postępowania odwoławczego zdają się wywodzić wyłącznie z treści pkt XV ust. 5 SWZ oraz pkt XI ust. 4 SWZ, zawartych w postanowieniach, w których zawarto odpowiednio wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie zobowiązany jest złożyć wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz opis sposobu przygotowania ofert.

W ocenie Izby treść art. 134 ust. 1 Pzp, określającego, co musi zawierać specyfikacja warunków zamówienia, w którym jako odrębne elementy takiej specyfikacji wymieniono „informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia” (pkt

8), „wykaz podmiotowych środków dowodowych” (pkt 9) oraz „opis sposobu przygotowywania oferty” (pkt 14) uzasadnia uznanie, że Zamawiający zobowiązany jest odrębnie określić (opisać) warunki udziału w postępowaniu, podmiotowe środki dowodowe, których złożenia żąda, jak i sposób przygotowywania oferty.

Z powyższego wynika, że warunek udziału w postępowaniu musi być określony w taki sposób, aby było możliwe zweryfikowanie, czy podmiotowe środki dowodowe, których zamawiający żąda na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, są niezbędne do potwierdzenia spełniania tych warunków. W konsekwencji zawarcie w specyfikacji warunków zamówienia postanowień określających, że zamawiający żąda złożenia określonego podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu należy uznać za niewystarczające dla uznania, że został określony warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunek udziału w Postępowaniu nie może więc wyłącznie wynikać pośrednio z postanowienia SWZ zawierającego wykaz podmiotowych środków dowodowych, których zamawiający będzie żądał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu czy opis sposobu przygotowania oferty.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że Zamawiający nie określił warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego doświadczenia. W konsekwencji nie był on uprawniony do żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania takiego warunku - wykazu usług oraz załączeniem dowodów określających, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Co za tym idzie, Zamawiający nie był uprawniony do żądania wyjaśnienia od Wykonawcy treści złożonego przezeń treści dokumentu datowanego na 4 lipca 2022 r. zatytułowanego „Poświadczenie”.

Nawet gdyby przyjąć, że warunek udziału w postępowaniu może być określony wyłącznie poprzez zawarcie w specyfikacji warunków zamówienia postanowień zawierających wykaz podmiotowych środków dowodowych czy opis sposobu przygotowania ofert (i nie być odrębnie określony w specyfikacji warunków zamówienia), wobec treści pkt XV ust. 5 SWZ oraz pkt XI ust. 4 SWZ należałoby uznać, że warunkiem udziału w Postępowaniu jest wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich 3 lat (licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert w Postępowaniu) dwóch usług sprzątania budynków użyteczności publicznej o powierzchni sprzątania nie mniejszej niż 1 000 m<sup>2</sup>, i nie jest przy tym wymagane, aby każda z tych usług była wykonywana przez określony czas. W konsekwencji wykazanie spełnienia tego warunku wymagało wyłącznie wykazania, że

wykonawca należycie wykonał bądź wykonuje przez jakikolwiek czas dwie usługi sprzątania budynków użyteczności publicznej o powierzchni sprzątania nie mniejszej niż 1 000 m<sup>2</sup>.

Odwołujący nie kwestionował, że wymieniona w złożonym przez Przystępującego dokumencie zatytułowanym „Wykaz usług/Oświadczenie” usługa sprzątania na rzecz Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi stanowiła usługę sprzątania budynków użyteczności publicznej o powierzchni sprzątania nie mniejszej niż 1 000 m<sup>2</sup>. W sytuacji zatem, gdy z treści dokumentu datowanego na 4 lipca 2022 r. zatytułowanego „Poświadczenie” wynika, że usługa ta była należycie wykonywana w okresie od dnia podpisania umowy do dnia 31 maja 2022 r., treść tego dokumentu pozwalała na dokonanie oceny, czy Przystępujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu, a tym samym nie sposób przyjąć, że budziła wątpliwości uzasadniających żądanie na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp wyjaśnić co do treści tego dokumentu.

Wobec powyższego brak jest podstaw do uznania, że nie żądając od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści tego dokumentu, Zamawiający nie dokonał czynności, do której był zobowiązany art. 128 ust. 4 Pzp w związku z § 9 ust. 1 pkt 2 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, a więc że naruszył te przepisy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1), § 5 pkt 1) oraz § 8 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 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 7.500 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis. § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 7.500 złotych,

a wobec oddalenia odwołania zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia koszty postępowania ponosi Odwołujący.

**Przewodniczący:** .....