

**WYROK**

**z dnia 18 marca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2022 r. przez wykonawcę **CinematicVR Sp. z o.o., ul. Klementyny Hoffmanowej 19, 35-016 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Urząd Pracy w Rzeszowie, ul. Adama Stanisława Naruszewicza 11, 35-055 Rzeszów**

przy udziale wykonawcy **Avatarel Sp. z o.o., ul. Żurawia 71, 15-540 Białystok** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **CinematicVR Sp. z o.o., ul. Klementyny Hoffmanowej 19, 35-016 Rzeszów** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: **siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy**) uiszczoną przez wykonawcę **CinematicVR Sp. z o.o., ul. Klementyny Hoffmanowej 19, 35-016 Rzeszów** 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 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

Wojewódzki Urząd Pracy w Rzeszowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę wykonania aplikacji multimedialnych VR oraz filmów w technologii 360 stopni wraz z dostawą sprzętu do ich odtwarzania”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 stycznia 2022 r.

W dniu 2 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca CinematicVR Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, tj.:

1. czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Wykonawcy Avatarel sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, zwanego dalej „wykonawcą Avatarel”, albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówieni, zwaną dalej „SWZ”,
2. czynność wezwania Wykonawcy Avatarel, pismem z dnia 21 lutego 2022 roku, znak: WO-ZP.2311.1.2022.IMS, do poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie wykazu wykonanych usług w celu potwierdzenie spełniania kryteriów selekcji,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) i pkt 5) ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy Avatarel, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków (kryteriów selekcji) udziału w postępowaniu,
2. art. 128 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawcy Avatarel w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie wykazu usług wykonanych, jedynie w celu potwierdzenia spełniania kryteriów selekcji (złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji - art. 128 ust. 3 ustawy Pzp),
3. art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, a winna zostać odrzucona, brak dokonania wyboru oferty Odwołującego, która jest dla Zamawiającego ofertą najkorzystniejsza z punktu widzenia kryteriów oceny ofert, w tym kryteriów selekcji określonych w specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. orzeczenie o naruszeniu przez Zmawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 25 lutego 2022 roku polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
2. nakazanie Zmawiającemu powtórzenia czynności badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty i w ramach tej czynności nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Avatarel jako niespełniającej kryteriów z SWZ,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od niego na rzecz Odwołującego zwrotu opłaty od niniejszego odwołania oraz ew. poniesionych kosztów zastępstwa przez fachowego pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający wbrew temu przepisowi wezwał Wykonawcę Avatarel do poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie wykazu usług, gdyż wykonawca ten w złożonym na wezwanie Zamawiającego wykazie usług wskazał tylko jedną usługę (z dwóch koniecznych) w tabeli pierwszej, wiersz 1 „Muzeum Wirtualne Antoine’a Cierplikowskiego”, potwierdzającą spełnianie tego warunku. Usługa wykazana w tabeli pierwszej wierszu 2 – Wykonanie aplikacji interaktywnych i multimedialnych na potrzeby realizacji projektu pn. „Muzea ponad granicami – etap II” – nie potwierdza spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, dlatego że została wykonana po upływie terminu składania ofert w prowadzonym postępowaniu.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Wykonawca Avatarel pismem z dnia 23 lutego 2022 r. wskazał na zupełnie inną usługę w zamian zakwestionowanej przez Zamawiającego, a to zamiast w/w usługi na rzecz Centrum Spotkań Europejskich Światowid w Elblągu podał usługę wykonaną na rzecz aCADemia M. G. .

Nadto dodał, że Zamawiający ma prawo do prowadzenia postępowania wyjaśniającego i dogłębnej analizy dokumentów składanych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia jednak zgodnie z treścią wyżej powołanego przepisu złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji. Jako kryteria selekcji należy przez to rozumieć obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w konkursie, w celu ograniczenia liczby wykonawców albo uczestników konkursu, niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu albo w konkursie, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert wstępnych lub ofert, do negocjacji lub dialogu albo do złożenia prac konkursowych. W przypadku niniejszego postępowania chodzi o kryteria potwierdzające posiadanie doświadczenie. Oznacza to, że dokumenty dotyczące spełniania selekcji nie będą mogły być uzupełniane, jak dalej podniósł, te błędy nie będą naprawiane w trybie uzupełniania dokumentów. W tym kontekście można stwierdzić

z całą stanowczością, że nastąpiło naruszenie po stronie Zamawiającego – niejako Zamawiający dążył swoim nielegalnym wezwaniem do potwierdzenia kryteriów selekcji, a w świetle art. 128 ust. 3 ustawy Pzp nie mógł tego robić. W tym świetle czynność Zamawiającego polegająca na skierowaniu wezwania i wyborze najkorzystniejszej oferty powinna zostać uznana za niezgodną z prawem, a tym samym oferta wykonawcy Avatarel winna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami SWZ (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c i pkt 5 ustawy Pzp) jako niezawierająca w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym oferta Wykonawcy (jako jedyna pozostała w postępowaniu) winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza (art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp).

W dniu 3 marca 2022 r. Zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienia o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania oraz informacją o możliwości zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego.

W dniu 5 marca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Avatarel zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale 7 „Warunki udziału w postępowaniu”, pkt 2.4. SWZ podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotycząc zdolności technicznej lub zawodowej, tzn. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

2.4.1. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwie usługi polegające na wykonaniu aplikacji w technologii VR/AR do odtwarzania na goglach, wykorzystującej w pełni wirtualne środowisko 3D z zastosowaniem animacji, o wartości nie mniejszej niż 60 000,00 złotych brutto każda (słownie złotych: sześćdziesiąt tysięcy).

2.4.2. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu aplikacji typu wirtualna rzeczywistość zawierającej filmy 360 stopni do odtwarzania na goglach VR, o wartości nie mniejszej niż 300 000,00 zł (słownie: trzysta tysięcy złotych) brutto.

Pismem z dnia 24 stycznia 2022 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Avatarel, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Wykonawca Avatarel, pismem z dnia 26 stycznia 2022 r., złożył m.in. „WYKAZ USŁUG”, w którym wyspecyfikował trzy usługi: usługę zrealizowaną na rzecz Gminy Miasta Sieradz (Muzeum Wirtualne Antoine’a Cierplikowskiego) (poz. 1 wykazu), usługę zrealizowaną na rzecz Centrum Spotkań Europejskich Światowid w Elblągu (Wykonanie aplikacji interaktywnych i multimedialnych na potrzeby realizacji projektu pn. „Muzea ponad granicami – etap II”) (poz. 2 wykazu) i usługę zrealizowaną na rzecz aCADemia Marta Gac („Epickie 360” – aplikacja do odtwarzania filmów 360 na goglach VR (poz. 3 wykazu).

Zamawiający, pismem z dnia 8 lutego 2022 r., działając na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Avatarel, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych podmiotowych środków dowodowych – usług wyspecyfikowanych w wykazie, w tym w zakresie usługi wskazanej w wierszu 2 podał, że z Listu referencyjnego wystawionego przez Centrum Spotkań Europejskich Światowid w Elblągu nie wynika jasno czy projekt został w ogóle zakończony.

Wykonawca Avatarel, pismem z dnia 9 lutego 2022 r., złożył wyjaśnienia dotyczące usług wyspecyfikowanych w złożonym wykazie, odnosząc się do usługi wskazanej w pozycji 2 wykazu, tj. dotyczącej „Wykonania aplikacji interaktywnych i multimedialnych na potrzeby realizacji projektu pn. „Muzea ponad granicami – etap II”, załączył do wyjaśnień referencje od Centrum Spotkań Europejskich Światowid w Elblągu, które – jak podał – w jasny sposób wskazują, że projekt został ukończony.

Zamawiający, pismem z dnia 21 lutego 2022 r., działając na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Avatarel, do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, że warunek określony w punkcie 2.4.1. spełnia tylko jedna z usług wskazanych w wykazie, tj. usługa zrealizowana na rzecz Gminy Miasta Sieradz (Muzeum Wirtualne Antoine’a Cierplikowskiego) (poz. 1 wykazu). Wobec powyższego wezwał wykonawcę do złożenia uzupełnionego wykazu ponieważ „usługa wykazana w tabeli pierwszej wiersz 2 – Wykonanie aplikacji interaktywnych i multimedialnych na potrzeby realizacji projektu pn. „muzea ponad granicami – etap II” – nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu dlatego, że została wykonana po upływie terminu składania ofert w prowadzonym postępowaniu.

Wykonawca Avatarel, pismem z dnia 23 lutego 2022 r., złożył „WYKAZ USŁUG”, w którym wyspecyfikował jedną usługę, usługę wykonaną na rzecz aCADemia M. G. („Prezentacja VR nieruchomości”).

W dniu 24 lutego 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Avatarel jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 128 ustawy Pzp stanowi:

1. 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.

2. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

3. Złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.

Z powyższego przepisu wynika, że Zamawiający w określonych okolicznościach zobowiązany jest do wezwania wykonawców do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń. Obowiązek ten dotyczy przy tym wyłącznie dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez zamawiającego, do których złożenia wykonawca był wzywany na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp albo art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. Tak więc w wyniku zastosowania tej instytucji wykonawca może złożyć brakujący dokument, uzupełnić brakujące informacje lub poprawić dokument. Celem tego przepisu jest bowiem ograniczenie sytuacji, w których prawidłowa merytorycznie oferta miałaby być odrzucona z powodu braków i błędów w złożonych dokumentach.

Przekładając powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający wskazał w SWZ dokumenty jakie wykonawca zobowiązany jest złożyć celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć „WYKAZ USŁUG”. Taki dokument wykonawca Avatarel złożył. Wskazał w nim trzy usługi, z których usługa wskazana w tabeli pierwszej wierszu 2 oraz dotycząca jej referencja wzbudziła wątpliwości Zamawiającego. Wątpliwości te związane były z terminem jej wykonania. A w konsekwencji nie potwierdziła spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu (poprzez wskazanie innej usługi spełniającej postawiony warunek udziału w postępowaniu).

Zamawiający, stwierdzając tego rodzaju brak, miał obowiązek zwrócić się do wykonawcy najpierw o wyjaśnienie powstałych wątpliwości (takie wątpliwości powstały bowiem z uwagi na to, że referencyjna usługa była nadal wykonywana w terminie składania ofert), a następnie o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a więc wykazu zawierającego wszystkie wymagane przez SWZ informacje (dwie usługi spełniające postawiony warunek), jak również dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie wyspecyfikowanej usługi. Z obowiązku tego Zamawiający jest zwolniony jedynie w sytuacjach ściśle określonych w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wtedy gdy mimo złożenia brakujących lub wadliwych dokumentów oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo też konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Jednak żadna z enumeratywnie wymienionych okoliczności nie wystąpiła w przedmiotowym stanie faktycznym. Tym samym niedopuszczalnym byłoby takie działanie, jak oczekuje tego

Odwołujący, polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy Avatarel do złożenia uzupełnionego „WYKAZU USŁUG” i w konsekwencji odrzucenie jego oferty.

Odwołujący błędnie bowiem utożsamia czynności dokonywane przez Zamawiającego w otwartym trybie postępowania (postępowanie prowadzone jest bowiem w trybie podstawowym) z postępowaniem albo konkursem, celem których jest ograniczenie liczby wykonawców lub uczestników konkursu niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu albo w konkursie, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert wstępnych lub ofert do negocjacji lub dialogu albo do złożenia prac konkursowych. W świetle przepisów ustawy Pzp inną kwestią jest bowiem spełnianie warunków udziału w postępowaniu, inną zaś ocena w celu wyłonienia grupy wykonawców, których zamawiający zaprosi do składania ofert w ramach kryteriów selekcji. Oznacza to, że dyspozycja art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie obejmuje dokumentów, jakie wykonawca składa w celu uzyskania odpowiedniej punktacji, służącej zakwalifikowaniu go w postępowaniach dwuetapowych do grona wykonawców, których zamawiający zaprosi do składania oferty. Obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczy jedynie dokumentów składanych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zaś po to, by uzyskać taką lub inną punktację warunkującą zaproszenie do składania oferty. Taka sytuacja w niniejszym stanie faktycznym nie ma miejsca. Przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem prowadzonym w trybie podstawowym, otwartym, przeznaczonym dla jak najszerszego kręgu wykonawców a dokumenty złożone w tym postępowaniu nie są składane celem potwierdzenia spełniania kryteriów selekcji.

Tym samym stwierdzić należy, że zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....