

Sygn. akt KIO 2886/21

WYROK

z dnia 25 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2021 r. przez **R. S. oraz K. S. – wspólników spółki cywilnej Tronix s.c. R. S. K. S. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Terenów Publicznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **K. J. oraz P. . - wspólników spółki cywilnej Aqualine K. J. P. P. s.c. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 1 oraz w pkt 2 odwołania, wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów.**
2. **Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez K. J. oraz P. P. - wspólników spółki cywilnej Aqualine K. J. P. P. s.c. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Prawo zamówień publicznych.**
3. **Kosztami postępowania obciąża K. J. oraz P. P. - wspólników spółki cywilnej Aqualine K. J. P. P. s.c. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez R. S.**

oraz K. S. – wspólników spółki cywilnej Tronix s.c. R. S. K. S. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

- 3.2. zasądza od **K. J. oraz P. P. - wspólników spółki cywilnej Aqualine K. J. P. P. s.c. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **R. S. oraz K. S. – wspólników spółki cywilnej Tronix s.c. R. S. K. S. z siedzibą w Warszawie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 7 500 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 579 i art. 580 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

Zarząd Terenów Publicznych z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na wykonanie prac konserwacyjnych oraz bieżących prac naprawczych instalacji, urządzeń i automatyki obiektu kubaturowego, zlokalizowanego na Skwerze Hoovera położonego przy ul. Krakowskie Przedmieście 60 A w Warszawie. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00096416.

W dniu 29 września 2021 r. R. S. oraz K. S. – wspólnicy spółki cywilnej Tronix s.c. R. S. K. S. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 274 ust. 3 ustawy Pzp przez wezwanie wykonawców K. J. oraz P. P. - wspólników spółki cywilnej Aqualine K. J. P. P. s.c. z siedzibą w Warszawie, dalej „Aqualine”, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w sytuacji, gdy w stosunku do uprzednio złożonych dokumentów nie zachodziła przesłanka braku ich aktualności;
2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez wezwanie Aqualine do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, w sytuacji gdy nie zostały spełnione przesłanki wezwania, tj. uprzedniego braku złożenia dokumentów, niekompletności tych dokumentów, ani obarczenia ich błędami;
3. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Aqualine, pomimo że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz nie złożył on w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnienie tego warunku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty złożonej przez Aqualine.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy K. J. oraz P. P. - wspólnicy spółki cywilnej Aqualine K. J. P. P. s.c. z siedzibą w Warszawie, dalej także „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 20 października 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wskazując, że uwzględnia odwołanie w części, tj. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty złożonej przez Aqualine.

Przystępujący złożył na posiedzeniu pismo procesowe, wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2) ustawy Pzp, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku, o oddalenie odwołania. Przystępujący złożył także oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, iż cofa zarzut wskazany w pkt 1 oraz w pkt 2 odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanego zarzutu zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert wykonawców, wezwań kierowanych do Przystępującego do złożenia dokumentów, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, unieważnieniu wyboru i dokonaniu ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 października 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odnosząc się do wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania w oparciu o art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, skład orzekający postanowił oddalić przedmiotowy wniosek. Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Przystępujący wskazywał, że w chwili wniesienia odwołania oferta Odwołującego nie była zabezpieczona wadium, a sam Odwołujący nie był związany ofertą. W związku z tym oferta Odwołującego nie może podlegać ocenie, ani zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zdaniem Przystępującego, Odwołujący utracił status wykonawcy w przedmiotowym

postępowaniu w chwili, gdy upłynął termin związania ofertą oraz oferta przestała być zabezpieczona wadium, zatem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania został określony w art. 505 ustawy Pzp, który stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują: wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, a także organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców - okoliczność bezsporna - odwołanie nie dotyczy ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia.

Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów, w odniesieniu do Odwołującego, Izba uznała, że należy on do jednej z wyżej wymienionych kategorii. Niewątpliwie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, zgodnie z którym przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący - wspólnicy spółki cywilnej jako osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, posiadając osobowość prawną w imieniu spółki, złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu – zatem są wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp.

Wbrew twierdzeniom Przystępującego brak przedłużenia terminu związania ofertą oraz wadium nie przesądza automatycznie o utracie statusu wykonawcy przez Odwołującego.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem 9 pkt 1 SWZ wykonawca jest związany ofertą od dnia upływu terminu składania ofert do dnia 7 sierpnia 2021 r. Stosownie do Rozdziału 20 pkt 1 SWZ wykonawca jest zobowiązany wnieść wadium na cały okres związania ofertą w wysokości 8.000 zł. Dalej, Izba ustaliła, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty, wnieśli wadium w wymaganej wysokości w formie pieniężnej oraz oświadczyli w pkt 8 formularza ofertowego, iż są związani ofertą od dnia upływu terminu składania ofert do dnia 7 sierpnia 2021 r. Zamawiający 30 lipca 2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Z dokumentacji postępowania wynika, iż zwrócił się 9 sierpnia 2021 r. do swojego zespołu do spraw finansowych o zwrot wadium poszczególnym wykonawcom. Równocześnie w dokumentacji postępowania nie znajduje się wniosek od jakiegokolwiek wykonawcy o zwrot wadium, ani wezwanie Zamawiającego do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Następnie, Izba ustaliła, że pismem z 15 września 2021 r.

Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a ponownego wyboru dokonał 24 września 2021 r.

W ocenie składu orzekającego brak jest podstaw do przyjęcia, iż podmiot zdefiniowany w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, będący osobą fizyczną, osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, który oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, z chwilą upływu terminu związania złożoną ofertą przestaje być wykonawcą mogącym składać środki ochrony prawnej. Podkreślić należy, że definicja ta nie ogranicza kręgu podmiotów, którym można przypisać status wykonawcy, wyłącznie do tych, którym termin związania ofertą nie upłynął. Dlatego też pomimo upływu terminu związania ofertą, okoliczność ta nie stanowi negatywnej przesłanki o charakterze formalnym, uniemożliwiającej takiemu wykonawcy wniesienie odwołania.

Zgodnie z art. 220 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający określa w dokumentach zamówienia termin związania ofertą przez wskazanie daty. Zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2, SWZ zawiera co najmniej termin związania ofertą. Stosownie do art. 307 ust. 1-4 ustawy Pzp Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą określonego w dokumentach zamówienia, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 30 dni. Przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W przypadku gdy zamawiający żąda wniesienia wadium, przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Do postępowań o wartości poniżej progów unijnych zastosowanie znajduje (stosownie do odesłania zawartego w art. 266 ustawy Pzp) art. 252 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia. Jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. W przypadku braku zgody, o której mowa w ust. 2,

zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.

Powyższe regulacje umożliwiają dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, w stosunku do której upłynął już termin związania ofertą, o ile wykonawca wyrazi na to zgodę. Upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę, tylko brak istnienia po jego stronie obowiązku zawarcia umowy. Natomiast wiąże się w zasadzie wyłącznie z negatywnymi konsekwencjami dla zamawiającego, w którego interesie leży sprawne i profesjonalne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Upływ terminu związania ofertą przesądza jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, a po stronie zamawiającego o braku pewności, co do stabilności oferowanych warunków. Nie oznacza jednak braku możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej – możliwość ta nadal istnieje, ale jest uzależniona od woli wykonawcy.

Powyższe potwierdza uzasadnienie projektu do ustawy, gdzie wskazano, że *Zawarte w ustawie rozwiązania prawne w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty wpisują się w potrzebę zapewnienia bardziej efektywnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym celu w art. 252 została przewidziana podstawowa zasada, iż zamawiający ma dokonywać wyboru najkorzystniejszej oferty w terminie związania ofertą, który został określony w dokumentach zamówienia, a więc maksymalnie w terminie 90 albo 120 dni od dnia upływu terminu składania ofert. Upływ terminu związania ofertą nie będzie stanowił podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, o ile wykonawca ten wyrazi pisemną zgodę na wybór jego oferty w okolicznościach upływu terminu związania ofertą. W przypadku braku wyrażenia zgody przez wykonawcę, zamawiający będzie miał obowiązek zwrócenia się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta otrzymała w kolejności najwyższą ocenę. Gdy kolejny wykonawca wyrazi zgodę na wybór jego oferty, zamawiający nie będzie musiał dokonywać ponownej oceny ofert opierając się na przeprowadzonej już ocenie, ale będzie mógł taką ocenę ponownie przeprowadzić, jeżeli uzna to za potrzebne. Proponowane rozwiązanie pozwoli na uniknięcie ryzyka unieważniania postępowań o udzielenie zamówienia i umożliwi zawieranie umów w sytuacjach, gdy nie było możliwe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą.* (Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624).

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego, że w chwili wniesienia odwołania oferta Odwołującego nie była zabezpieczona wadium należy wskazać, co następuje. Zgodnie z art. 98 ust. 1 Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności: 1) upływu terminu związania ofertą;

2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego; 3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia. Stosownie do ust. 2 Zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy: 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert; 2) którego oferta została odrzucona; 3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza; 4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia. Zgodnie z ust. 3 złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w ust. 2, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX.

Oznacza to, że złożenie wniosku przez wykonawcę, którego oferta nie została wybrana powoduje rozwiązanie stosunku prawnego, nawiązanego przez złożenie oferty, oraz utratę prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Ponadto złożenie takiego wniosku przez wykonawcę skutkuje odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Skoro w przedmiotowej sprawie taki wniosek nie został złożony przez Odwołującego (wadia zostały zwrócone samodzielnie przez Zamawiającego) to nie można twierdzić, że utracił on prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Wobec powyższego wniosek o odrzucenie odwołania został przez Izbę oddalony.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Izba nie podzieliła argumentacji Przystępującego co do braku wykazania interesu Odwołującego do wniesienia odwołania. Przystępujący podnosił, że oferta Odwołującego nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza z uwagi na to, że nie jest zabezpieczona wadium, a sam Odwołujący nie był związany ofertą w chwili wniesienia odwołania - wykonawca nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia, a tym samym ponieść szkody w wyniku działań, bądź zaniechań Zamawiającego. W ocenie Przystępującego, Odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie wykazał możliwości poniesienia szkody.

Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Przystępującego, brak pozostania w terminie związania, o czym już wspomniano powyżej, nie powoduje niemożliwości dokonania jej wyboru. Co za tym idzie nie można odmówić takiemu wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący jest podmiotem dążącym do uzyskania zamówienia

(o czym świadczy sam fakt wniesienia odwołania), a jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Powyższe potwierdził również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14, choć zapadły pod rządami poprzedniej ustawy, który orzekł, iż *Nie można w prosty mechaniczny sposób przenosić rozwiązań prawa cywilnego na prawo zamówień publicznych w zakresie skutków i konsekwencji upływu terminu związania ofertą. Z uwagi na tak doniosłe skutki przyjęcia oferty z kodeksu cywilnego (automatyczne zawarcie umowy) upływ terminu związania ofertą powoduje automatyczny, bezpowrotny upadek oferty. Jej przyjęcie po upływie terminu związania nie rodzi skutku w postaci zawarcia umowy, może być jedynie rozważane jako nowa oferta zamawiającego. Skutek wyboru oferty w rozumieniu prawa zamówień publicznych nie jest tak doniosły, tj. nie powoduje automatycznego zawarcia umowy, brak jest zatem podstaw aby tak doniosły był również skutek upływu terminu związania ofertą polegający na automatycznym, bezpowrotnym jej upadku.*

Ponadto, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 1 oraz pkt 2 odwołania, podlega umorzeniu, wobec wycofania na posiedzeniu przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie w pozostałym zakresie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Odwołujący podnosił, że z treści warunku udziału w postępowaniu wynika, że elementem niezbędnym dla projektu referencyjnego było wykazanie, że dana usługa została wykonana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert i wykonywana była w sposób ciągły przez minimum 6 miesięcy. Uzupełniona przez Przystępującego usługa nie była wykonywana przez minimum 6 miesięcy na dzień składania ofert, a okoliczność, że

na dzień uzupełniania dokumentu warunek 6 miesięcy jest spełniony pozostaje bez znaczenia.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem 14 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, Zamawiający żądał, aby wykonawca wykazał *wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich trzech (3) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej jednej usługi (w ramach jednej umowy) polegającej na konserwacji instalacji sanitarnej, wodno-kanalizacyjnej, CO, klimatyzacji, instalacji elektrycznej, w obiekcie użyteczności publicznej, wykonywanej w sposób ciągły przez minimum 6 miesięcy i o wartości nie mniejszej niż 40 000,00 zł brutto. Wykonane lub wykonywane usługi należy wykazać według załączonego wzoru, który stanowi załącznik nr 5 do SWZ. UWAGA: Pod pojęciem jedna usługa Zamawiający rozumie jedną zrealizowaną umowę lub umowę w trakcie realizacji, z zastrzeżeniem, że dla umów w trakcie realizacji Wykonawca musi wykazać usługi wykonane w ramach tej umowy o wartości określonej w warunku i ciągłości ich wykonywania przez 6 m-cy. W przypadku usług wykonywanych uznany zostanie zakres już należycie wykonany o wartości brutto nie mniejszej niż 40 000,00 złotych, przy założeniu, że usługa jest realizowana nieprzerwalnie przez okres minimum 6 miesięcy na rzecz jednego Zamawiającego, wraz z załączeniem dowodu, że została wykonana należycie, wydanym nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W przypadku usług zakończonych, dowód potwierdzający ich należyte wykonanie powinien być wystawiony po ich ukończeniu.*

Załącznik nr 5 do SWZ zawierał tabelę, składającą się z 6 kolumn, gdzie należało podać: Zleceniodawcę, Przedmiot Zamówienia Obiekt – nazwa i jego położenie, Datę wykonania, Wartość zł brutto oraz Zakres usług (należało wpisać zakres usług wykonywanych na poszczególnych obiektach potwierdzający spełnienie warunku udziału w przetargu, określonych w Rozdziale 14 SWZ).

Termin składania ofert ustalono na 9 lipca 2021 r. Przystępujący do oferty załączył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie na wezwanie Zamawiającego z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 14 lit. a) SWZ, złożył wykaz zamówień zawierający jedną usługę, dla Miejskiego Ogrodu Zoologicznego, załączając równocześnie referencje.

Dalej, Izba ustaliła, że 30 lipca 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Czynność ta została zaskarżona przez Odwołującego, który wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 2345/21), podnosząc m.in., że treść referencji przedstawionych przez Przystępującego nie odpowiada rzeczywistemu zakresowi

prac, jakie wykonano zgodnie z zawartymi umowami. Wskutek cofnięcia przez Odwołującego zarzutów w stosunku do innego wykonawcy (Amperix) oraz uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów w stosunku do Aqualine, przy braku sprzeciwu Aqualine, Izba postanowieniem z dnia 8 września 2021 r. umorzyła postępowanie odwoławcze.

Pismem z dnia 15 września 2021 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i w tym samym dniu wezwał ponownie Przystępującego na podstawie art. 274 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazując, iż z załączonych do odwołania dowodów wynika, że przedłożone referencje nie spełniają warunku określonego w Rozdziale 14 lit. a) SWZ. W odpowiedzi, Przystępujący ponownie złożył wykaz zamówień, w którym wskazał na inną usługę, realizowaną na rzecz Nowodworskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji, podając okres wykonania *01.03.2021 do 31.12.2021 r.* oraz załączając referencje wystawione przez Dyrektora Nowodworskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji (pismo z dnia 10 września 2021 r.), z których wynika, że Przystępujący w ramach jednej umowy nr 03/2021 zawartej w dniu 26.02.2021 r. przez okres 6 miesięcy wykonywał wskazane w treści tego pisma usługi. Pismem z 22 września Zamawiający zwrócił się do wystawcy referencji z zapytaniem na jaki okres została zawarta umowa i uzyskał odpowiedź, że na okres od 1 marca do 31 grudnia 2021 r.

Kwestią sporną pomiędzy Stronami było to, czy w przedmiotowym stanie faktycznym Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale 14 lit. a) SWZ, Odwołujący bowiem temu przeczył. W ocenie składu orzekającego zarzut odwołania w powyższym zakresie potwierdził się.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 125 ust. 1 i 3 ustawy Pzp do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Stosownie do art. 273 ust. 2 ustawy Pzp w trybie podstawowym oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, wykonawca dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

Z powyższego wynika wprost, że w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień

składania ofert, a zatem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert. Oznacza to, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert - już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia (ekonomiczny, finansowy, techniczny, zawodowy, czy też uprawnienia wymagane przez Zamawiającego i wskazane w SWZ). Natomiast podmiotowe środki dowodowe (zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 17 ustawy Pzp służą potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1) mają potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a składane na wezwanie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp powinny być aktualne na dzień ich złożenia. Wskazuje na to brzmienie ww. przepisu, który nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać, iż istotne i kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest to, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już na dzień składania ofert i stan ten musi trwać przez cały okres postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Podmiotowe środki dowodowe w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie zamawiającego muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty. Powyższe nie zmienia jednak faktu, że ich treść nie może podważać prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, wszystkie podmiotowe środki dowodowe, niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp czy na wezwanie z art. 274 ust. 3 ustawy Pzp, muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, które wykonawca złożył wraz z ofertą.

Zatem argumentacja Przystępującego dotycząca podania błędnej podstawy prawnej w wezwaniu kierowanym do niego przez Zamawiającego pozostaje bez znaczenia. Ponadto, profesjonalista jakim jest wykonawca, winien czerpać wiedzę co do zakresu wezwania nie z treści przywołanego przepisu, lecz z treści samego wezwania, gdyż to treść wezwania determinuje jego prawidłowość, a z treści wezwania z 15 września 2021 r. wprost wynika, że przedłożone pierwotnie referencje nie spełniają warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo, należy wskazać, iż czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów nie została zaskarżona przez Przystępującego.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy należy wskazać, że Przystępujący na wezwanie Zamawiającego, złożył wykaz zamówień wraz z referencjami, z których wynikało, iż realizacja usługi rozpoczęła się 1 marca 2021 r. (co

potwierdził również wystawca referencji w piśmie kierowanym do Zamawiającego) i wciąż trwa. Skoro rozpoczęcie świadczenia usługi miało miejsce 1 marca 2021 r., to na dzień składania ofert, tj. 9 lipca 2021 r., usługa wykonywana była jedynie przez 4 miesiące i kilka dni. Zatem, mimo że na moment uzupełniania dokumentów Przystępujący był w stanie powołać się na realizację ww. usługi, to nie potwierdził, że w dacie składania oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, posiadał doświadczenie w wykonywaniu usługi w sposób ciągły przez minimum 6 miesięcy. Złożone więc przez Przystępującego dokumenty nie potwierdzały, że w dacie składania ofert Przystępujący faktycznie legitymował się wymaganym doświadczeniem zawodowym. Wskazane pierwotnie usługi nie spełniały ww. warunku udziału w postępowaniu, z kolei wskazana następna usługa nie była wykonana przez minimum 6 miesięcy w dacie składania ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż oferta Przystępującego winna podlegać odrzuceniu z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w Rozdziale 14 lit a) SWZ oraz niezłożenie w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnienie tego warunku. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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: