

Sygn. akt: KIO 3521/22

WYROK
z dnia 12 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2022 r. przez Odwołującego – **PHU Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Legnica**, Plac Słowiański 8, 59-220 Legnica

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność unieważnienia postępowania, unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wezwać Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń w JEDZ w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Legnica, w trybie podstawowym bez negocjacji na świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Legnica (sygn. postępowania: IM. RZP.271.6.1.12.46.2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.11.2022 r., 2022/S 229-660223, wobec zaniechania wezwania do uzupełnienia oświadczenia w JEDZ, czynności przedwczesnego odrzucenia oferty własnej i unieważnienia postępowania z 19.12.2022 r., Wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o., wniósł w dniu 29.12.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3521/22).

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pzp przez jego niezastosowanie i tym samym zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia/poprawienia/uzupełniania złożonego przez niego w formie jednolitego dokumentu (JEDZ) oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp), a właściwie tylko oświadczenia w drugim z wymienionych zakresów, gdyż tylko w nim Zamawiający dostrzegł braki, gdy tymczasem wystosowanie takiego wezwania było obowiązkiem Zamawiającego z uwagi na zidentyfikowanego przez niego braki w dokumencie JEDZ złożonym przez Odwołującego w terminie składania ofert;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 128 ust. 1 i art. 16 pzp poprzez zastosowanie pierwszego z powołanych przepisów, a tym samym odrzucenie oferty Odwołującego bez wyznaczenia mu terminu na złożenie/poprawienie/uzupełnienie JEDZ (oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp), zapewne z uwagi na przyjęcie przez Zamawiającego niewłaściwej wykładni ów przepisu w ramach której Zamawiający niezasadnie utożsamiał „przewidziany termin” (powołany we wstępnej części art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) z terminem otwarcia ofert, gdy tymczasem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) pzp należy wyklądać łącznie z art. 128 ust. 1 pzp, co oznacza, że Zamawiający mógłby odrzucić ofertę Odwołującego dopiero gdyby ten nie zastosował się do wezwania złożenia/poprawienia/uzupełnienia JEDZ w wyznaczonym ku temu terminie („przewidzianym terminie” w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c), co w przedmiotowym przypadku nie miało miejsca z uwagi na zaniechania wystosowania takiego wezwania przez Zamawiającego względem JEDZ złożonego przez Odwołującego;
3. art. 255 pkt 3 pzp (mając na względzie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 128 ust. 1 i art. 16 pzp) poprzez jego zastosowanie i unieważnienie

przedmiotowego postępowania przetargowego z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty, czy też najniższej ofert, rzekomo przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdy tymczasem cena ofertowa w niesłusznym (z uwagi na powyżej wskazane naruszenia) odrzuconej ofercie Odwołującego, a więc cena najkorzystniejszej oferty, czy też oferty z najniższą ceną, jest niższa niż budżet Zamawiającego o 34.387,20 zł – Odwołujący zaoferował bowiem wykonanie zamówienia za 8.343.648,00 zł zaś Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia 8.378.035,20 zł, co w konsekwencji oznacza, że powołana przez Zamawiającego przyczyna unieważnienia postępowania w rzeczywistości nie istnieje.

Odwołująca wniosła o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania ofert i wezwanie Odwołującego do złożenia/poprawienia/uzupełnienia JEDZ (oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu) w zakresie zidentyfikowanych przez Zamawiającego błędów.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na obowiązek wezwania Wykonawcy do uzupełnienia/złożenia/poprawienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp, zarówno w sytuacji gdy Wykonawca nie złożył oświadczenia w terminie składania ofert w ogóle oświadczenia (dokumentu JEDZ), jak i wtedy, gdy Wykonawca co prawda złożył to oświadczenie, ale jest ono niekompletne lub zawiera błędy (wyrok KIO z 7.07.2022 r., sygn. akt KIO 1642/22).

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c pzp należy odczytywać łącznie z art. 128 ust. 1 i 3 pzp – co oznacza, iż zamawiający aby odrzucić ofertę musi najpierw wezwać wykonawcę do złożenia (poprawienia/uzupełnienia) oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu lub o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. „Przewidziany termin”, wskazany w przepisie, którego niezachowanie stanowi przesłankę odrzucenia oferty w myśl art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c pzp nie może być utożsamiany z „terminem składania ofert” wskazanym w swz, lecz tylko i wyłącznie z „terminem” wyznaczonym w ramach wezwania z art. 128 ust. 1 pzp (wyrok KIO z 17.03.2022 r, sygn. akt KIO 551/22).

W sprawie nie wystąpiły sytuacje, które w myśl art. 128 ust 1 pzp zwalniałyby Zamawiającego z obowiązku wezwania do uzupełnienia oświadczenia.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków nie formułowano w pismach procesowych, jak i na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz i ofertę Odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła.

W pkt VI IDW Zamawiający wskazał przedmiotowe środki dowodowe opisane, jako wymagania, których spełnienia oczekuje od wykonawcy, a dotyczące pojazdów, w tym w odniesieniu do minimum 2 pojazdów, które spełniają wymagania ustawy z dnia 11.01.2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (pkt 1) oraz pojazdów do odbierania odpadów komunalnych wyposażonych w silniki spełniające normy EURO: w tym 75% pojazdów minimum EURO 4 lub wyższej, w tym dwa pojazdy minimum EURO 6 (pkt2). Zamawiający w pkt 2 wskazał na zasady punktacji w kryterium wyboru ofert (40%). Punkty przyznawane miały być za pojazdy wyposażone w silniki spełniające normę EURO 5 (od 3 w górę). W pkt 3 rozdziału Zamawiający wskazał dokumentację techniczną producenta danego pojazdu do odbierania odpadów komunalnych lub inne dokumenty potwierdzające, że zaproponowane w ofercie pojazdy do odbierania odpadów komunalnych wyposażone są w silniki spełniające ww. wymagane i punktowane w ramach kryteriów wyboru ofert minimalne normy EURO. Zamawiający zaakceptuje inne przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające, że samochody spełniają wymagania określone w pkt VI IDW. W pkt 4 rozdziału VI IDW Zamawiający wskazał:

Jeżeli Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, i pomimo jego złożenia oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania – art. 107 ust. 2. i 3. uPzp. Zamawiający może też żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych – art. 107 ust. 4. uPzp.

W rozdziale IX IDW ppkt 1.2 opisane zostały warunki udziału w postępowaniu, w tym dotyczące posiadania uprawnień (pkt 1.2.1), wpisu do rejestru BDO (pkt 1.2.2), sytuacji ekonomicznej lub finansowej (pkt 1.2.3), zdolności technicznej lub zawodowej (1.2.4). W ramach ostatniego z warunków Zamawiający wymagał zarówno doświadczenia zawodowego (pkt 1.2.4.1 lit a i b), jak i dysponowania pojazdami (pkt 1.2.4.2). Zamawiający w tabeli opisał rodzaje pojazdów i ich ilości minimalne konieczne do realizacji usługi odbioru odpadów (łącznie 26 pojazdów). Pod tabelą Zamawiający wskazał m.in. na konieczność zapewnienia, iż *Co najmniej 75% samochodów realizujących zamówienie powinno być wyposażonych w silniki spełniające min. normę EURO 4 lub wyższą (EURO 5, EURO 6). Zamawiający wymaga aby co najmniej 2 szt. pojazdów opisanych w tabeli powyżej wiersz nr 2 i nr 3 wyposażone były w silniki spełniające normę EURO 6.*

Ocena spełnienia warunków według przedłożonych przez Wykonawcę: *podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy określonych w pkt. XII IDW. Informacje dotyczące JEDZ-a - patrz pkt. X IDW .*

Wraz z ofertą należało złożyć formularz JEDZ wypełniając oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 i 2 uPzp w zakresie podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt IX ppkt 1.2 IDW.

Do oferty należało również załączyć załącznik nr 5 i 9 do IDW.

Następnie Zamawiający wskazała w lit. B, iż

Na podstawie art. 126 ust.1 uPzp, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia poniższych Podmiotowych Środków Dowodowych: (...), wśród których wymienione zostały: informacja z banku, załącznik nr 3 do IDW (wykaz usług wraz z referencjami), załącznik nr 4 do IDW (wykaz osób), załącznik nr 6 do IDW (wykaz narzędzi), załącznik nr 7 do IDW (oświadczenie o aktualności oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 uPzp w JEDZ), kserokopia uprawnień, kserokopia wpisu do Rejestru BDO, załącznik nr 10 do IDW.

W lit. C Zamawiający wskazał: *Jeżeli wykonawca nie złożył JEDZ-a, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, Zamawiający wezwie Wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

W rozdziale XIX IDW w wymaganiach dotyczących oferty Zamawiający wskazał m.in. w pkt 7, iż

Oferta winna zawierać wszystkie podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia wymagane w IDW w formie pisemnej lub w formie dokumentowej, podpisane elektronicznym podpisem kwalifikowanym. Oświadczenia, załączniki lub dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie załączników do IDW mają być sporządzone według tych wzorów co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.

W rozdziale XXII IDW Zamawiający powtórzył opis zasad oceny w kryterium dotyczącym pojazdów (waga 40%).

Zgodnie z rozdziałem IV IDW pkt 11 Zamawiający przewidział odwróconą kolejność badania i oceny ofert – art. 139 ust. 1 uPzp.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty.

Odwołujący wraz z formularzem ofertowym złożył formularz JEDZ oraz załączniki nr 5 i 9 do IDW. Wykonawca wypełnił formularz JEDZ zaznaczając odpowiednie odpowiedzi na pytania, bez szczegółowego opisu. W części IV lit. B (sytuacja finansowa i ekonomiczna), C (zdolność techniczna i zawodowa) nie zostały zamieszczone opisy – zaznaczono tylko odpowiedzi na pytania.

Pismem z dnia 19.12.2022 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Ustawy oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Ustawy, jako złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125, lub przedmiotowego środka dowodowego, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, iż złożony w terminie składania ofert wraz z ofertą JEDZ nie został prawidłowo wypełniony w pełnym zakresie – oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 2 Ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził brak oświadczeń Wykonawcy o tym, że:

- posiada min. 26 pojazdów do realizacji zadania, w tym 75% pojazdów wyposażonych w silniki spełniające normę min. EURO 4 lub wyższą – w tym dwa pojazdy wyposażone w silniki spełniające normę EURO 6, co naruszało pkt VI i IX pkt 1.2 ppkt 1.2.4.2 oraz pkt X ppkt 1.2 IDW. Zgodnie z pkt X wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zobowiązany był do złożenia wraz z formularzem oferty:

„A. 1) Oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 i 2 uPzp tj. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ), w zakresie: (...) 1.2 spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w pkt IX ppkt 1.2 IDW ...”

- posiada wymagane doświadczenie zawodowe, tj. wykonał/li, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje/ją, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie usługi związane z przedmiotem zamówienia tj.:

a) jedną usługę odbioru odpadów, wykonywaną na rzecz właścicieli nieruchomości w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, która obejmowała odbiór niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, o łącznej masie minimum 20.000 Mg oraz

b) jedną usługę polegającą na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z rejonów zabudowy wielorodzinnej (np. spółdzielni mieszkaniowych lub wspólnot mieszkaniowych), obejmująca co najmniej 5000 lokali mieszkalnych

co naruszać miało pkt IX pkt 1.2 ppkt 1.2.4.1 oraz pkt X ppkt 1.2 IDW – Rozdział 2 SWZ;

- posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej:

Uprawnienia do wykonywania działalności polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2021 poz. 888 tj) i aktualny wpis do Rejestru BDO prowadzonego przez właściwego Marszałka Województwa zgodnie z ustawą z dnia 17 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r., poz. 779 z późn. zm.) w zakresie podmiotów transportujących odpady, w zakresie kodów odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia,

co naruszać miało pkt IX pkt 1.2 ppkt 1.2.1 i 1.2.2 oraz pkt X ppkt 1.2 IDW – Rozdział 2 SWZ.

- znajduje się w sytuacji ekonomicznej lub finansowej zapewniającej bezpieczną realizację zamówienia:

musi posiadać sytuację ekonomiczną i finansową zapewniającą bezpieczną realizację zamówienia w całym jego okresie, tj. posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości min. 1.000.000,00 zł na realizację powyższego zamówienia potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w ww. wysokości min. 1.000.000,00 zł

co naruszać miało pkt IX pkt 1.2 ppkt 1.2.3 IDW – Rozdział 2 SWZ.

Odwołanie w całości podlegało uwzględnieniu.

Na wstępie należy odnotować, iż zapisy swz (IDW) nie były spójne w opisie sposobu przygotowania oferty oraz przyjętej procedurze odwróconej – badania i oceny ofert w trybie art. 139 Ustawy. Zamawiający zamieścił bowiem wprost postanowienia o tym, iż do złożenia podmiotowych środków dowodowych wykonawca zostanie wezwany, co oznaczało, iż wraz z ofertą składany miał być sam JEDZ oraz załączniki nr 5 i 9 do IDW (rozdział X lit. A). Jednocześnie w opisie sposobu przygotowania oferty wymagał złożenia wszystkich dokumentów, co nie odpowiadało wcześniejszym postanowieniom, w szczególności zapisom rozdziału IX i X IDW.

Konsekwencje braku staranności Zamawiającego w przygotowaniu dokumentów zamówienia nie mogą obciążać wykonawców, co w niniejszej sytuacji nastąpiło w odniesieniu do Odwołującego, który załączył do oferty, zgodnie z rozdziałem X lit A, tylko te dokumenty, które zostały tu wskazane. Zgodnie z dalszymi postanowieniami, pozostałe dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (podmiotowe środki dowodowe), wykonawca miała składać na wezwanie Zamawiającego, w wyznaczonym terminie, na podstawie art. 126 ust. 1 Ustawy.

W świetle tych postanowień, Zamawiający nie mógł uznać, iż brak w ofercie podmiotowych środków dowodowych oznaczał, iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Kwestią zasadniczą w sprawie stało się odniesienie do znaczenia oświadczeń składanych w JEDZ, w szczególności w części IV *kryteria kwalifikacji*. Wykonawca wypełniając tą część JEDZ potwierdzić miał spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w rozdziale IX pkt 1.2 IDW, w drodze oświadczenia, o jakim mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Podobnie Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego odnosił się do braków oświadczenia, o jakim mowa w tym przepisie. Zamawiający błędnie jednak zinterpretował znaczenie tego oświadczenia, wskazując na przyjęte w IDW kryterium pozacenowe o wadze 40% i dotyczące samochodów wyposażonych w silniki spełniające normę EURO 5.

Zamawiający na rozprawie tłumaczył, iż w JEDZ należało opisać potencjał techniczny, co stanowić miało przedmiotowy środek dowodowy, a w związku z ustalonym kryterium oceny ofert, oświadczenie w JEDZ nie mogło podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 107 ust 3 Ustawy.

Stanowisko to należało ocenić, jako nieodpowiadające postanowieniom IDW, w których opis pojazdów stanowił załącznik nr 6 (wykaz narzędzi), składany na wezwanie Zamawiającego, jako podmiotowy środek dowodowy, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponieważ był to załącznik wskazany na potrzeby oceny spełnienia warunku

udziału w postępowaniu, opisanego w rozdziale IX pkt 1.2 ppkt 1.2.4.2, jako podmiotowy środek dowodowy, wezwanie do jego uzupełnienia kierowane być powinno w oparciu o przepis art. 128 Ustawy. Zgodnie z art. 128 ust 3 Ustawy *Złożenie, uzupełnieniu lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust 1, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.* Kryteria selekcji zgodnie z definicją ustawową stanowią 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 składania ofert wstępnych lub ofert, do negocjacji lub dialogu albo do złożenia prac konkursowych. Tym samym oświadczenia składane w JEDZ w części IV dotyczyły oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust. 1 w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i podlegały uzupełnieniu na podstawie art. 128 ustawy.

W sytuacji, gdy ten sam dokument – oświadczenie służyć ma potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu i jednocześnie dotyczy treści oferty ocenianej w kryterium oceny ofert, orzecznictwo, w tym sądowe wskazuje, iż podlega ono uzupełnieniu w zakresie koniecznym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przepisy ustawy nie wyłączają bowiem obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia, o jakim mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, jeżeli nie zachodzi wyłączenie z art. 128 ust. 3 Ustawy. Przykładowo można wskazać na wyrok Izby z 22.10.2019 r., sygn. akt KIO 2002/19, który choć dotyczy stosowania art. 26 ust. 3 Ustawy to zachowuje swoją aktualność w odniesieniu do kwestii badania znaczenia dokumentów składanych w postępowaniu.

Jak podnosi się w orzecznictwie, próbka może służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z SIWZ, sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów, zwartościowaniu cechy tego przedmiotu według przyjętych kryteriów pozacenowych, a wreszcie - zbadaniu, czy oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W tym ostatnim przypadku mamy do czynienia z dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, w postaci próbki, który to dokument podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast w sytuacji, gdy próbka traktowana jest w kategorii treści oferty, nie podlega ona uzupełnieniu, zaś próba dopełnienia oferty o niezależną do niej próbkę, bądź zamiany próbki nie spełniającej wymagań postawionych w SIWZ, skutkuje uznaniem, że mamy do czynienia z ofertą niezgodną z SIWZ bądź następczą - po terminie składania ofert zmianą oferty, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (por. m.in. wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1937/15, wyrok KIO z dnia 9 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1496/13, wyrok KIO z

dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2511/13). W konsekwencji, odnosząc się do przewidzianej dla próbki roli w postępowaniu należy każdorazowo ustalić, jakimi intencjami kierował się zamawiający, wprowadzając wymóg załączenia jej do oferty. Przyjmuje się, że w tej mierze rozstrzygające są postanowienia SIWZ opracowanej na użytek konkretnego postępowania (por. m.in. wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2511/13, wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1937/15).

Podniesiony przez Zamawiającego argument o braku możliwości uzupełnienia oświadczenia w JEDZ z uwagi na jego znaczenie dla oceny ofert w kryterium oceny ofert, nie mógł się ostać w zestawieniu z orzecznictwem, ale przede wszystkim treścią przepisu art. 128 Ustawy. Również na gruncie poprzedniej regulacji art. 26 ust. 3 Ustawy, który to przepis dotyczył wszystkich dokumentów, nie tylko składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w orzecznictwie wyraźnie wskazywano na znaczenie dokumentu dla ustalenia treści oferty. Przykładowo w wyroku z 5 kwietnia 2019 r., sygn. akt III Ca 285/19, Sąd Okręgowy w Łodzi wskazał, że *w sytuacji, kiedy nie został spełniony jeden z warunków przewidzianych w SIWZ w postaci przedstawienia przez wykonawcę dokumentu określonego w art. 25 ust. 1 pkt 2 u.z.p., odnoszącego się do przedmiotu zamówienia i mającego zaświadczać, że przedmiot opisany w ofercie odpowiada wymaganiom postawionym przez zamawiającego dla przedmiotu zamówienia, a wykonawca, pomimo stosownego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 u.z.p., żądanych dokumentów nie uzupełnił w wyznaczonym terminie, ich brak powinien skutkować odrzuceniem jego oferty z mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2 u.z.p. Choć dokonanie wstępnej oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ na potrzeby ustalenia listy rankingowej odbywa się na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie, zawierającego zobowiązanie się wykonawcy do świadczenia zgodnego z wymaganiami zamawiającego, to jednak później zgodność ta zostaje zweryfikowana w oparciu o dokumenty składane w trybie art. 26 ust. 1 u.z.p.*

Przenosząc powyższe na przedmiot sporu, należy odnotować, iż oświadczenia składane w JEDZ nie stanowiły treści oferty identyfikującej przedmiot świadczenia, ale służyły wstępnemu potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co Zamawiający następnie miał weryfikować w oparciu o dokumenty składane na jego żądanie w odniesieniu do oferty najwyższej ocenionej. Bez tego oświadczenia Zamawiający nie mógł dokonać weryfikacji podmiotowej wykonawcy, jak również przesądzić o niezgodności oferty z wymaganiami przedmiotu zamówienia. Zamawiający w tej sytuacji zobowiązany był wezwać do uzupełnienia oświadczeń w JEDZ i dopiero po wyczerpaniu tej procedury może przystąpić do oceny ofert i badania jej zgodności z wymaganiami.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, *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.

Zamawiający błędnie zastosował przesłankę odrzucenia oferty identyfikując, jako termin przewidziany - termin na składanie ofert. Brak złożenia oświadczenia w JEDZ, podlegający uzupełnieniu w terminie wskazanym przez Zamawiającego, mógł prowadzić do wyczerpania przesłanki ustawowej, po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia brakującego oświadczenia. Ponieważ Zamawiający nie podjął się czynności, do której zobowiązują go przepisy Ustawy, nie mógł następnie wywodzić skutku, który wiąże się z brakiem reakcji na wezwanie do uzupełnienia.

Na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie dokonał oceny ofert w kryterium, tym samym skład orzekający nie może odnieść się do postanowień IDW opisujących kryteria, co do których skuteczności zgłaszał uwagi Odwołujący. To Zamawiający zobowiązany jest najpierw dokonać oceny ofert, co może dopiero stanowić podstawę przyszłych zarzutów Odwołującego lub drugiego wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 15.000,00 zł. oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego, w wysokości dopuszczalnej przepisami rozporządzenia.

Przewodniczący: