

Sygn. akt: KIO 482/23

WYROK
z dnia 8 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 6 marca 2023 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2023 r. przez wykonawcę **PLASTPIPE Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Czarnkowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Kopalnię Soli "Wieliczka" Spółka Akcyjna, z siedzibą w Wieliczce,**

przy udziale wykonawcy **ELPLAST+ Sp. z o.o., z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucić ofertę wykonawcy ELPLAST+ sp. z o.o., z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i pkt 5 ustawy Pzp oraz dokonać ponownego badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Kopalnię Soli "Wieliczka" Spółka Akcyjna, z siedzibą w Wieliczce** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PLASTPIPE Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Czarnkowie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego **Kopalni Soli "Wieliczka" Spółka Akcyjna, z siedzibą w Wieliczce** na rzecz wykonawcy **PLASTPIPE Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Czarnkowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 20 lutego 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PLASTPIPE Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Czarnkowie (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Kopalni Soli w Wieliczce (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i c) w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty ELPLAST+ sp. z o.o. pomimo iż wezwana na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia przedmiotowych wniosków dowodowych, przedłożyła dokumenty, które nie potwierdzają warunków opisanych w SWZ w zakresie obejm stalowych ocynkowanych;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ELPLAST+ sp. z o.o. pomimo że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. wykonawca nie wykazał posiadania na dzień składania ofert przez oferowany produkt certyfikatu bezpieczeństwa pozwalającego na używanie oferowanych obejm stalowych ocynkowanych w podziemnych wyrobiskach górniczych. Wraz z ofertą nie przedłożył także DTR, a przez swoje działanie Wykonawca wprowadził świadomie Zamawiającego w błąd co do posiadania wymaganych przedmiotowych środków dowodowych;
- 3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi bezpodstawne dokonanie wyboru oferty ELPLAST+ sp. z o.o., która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty ELPLAST+ sp. z o.o., odrzucenia oferty ELPLAST+ sp. z o.o., powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu, obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego, w tym zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa rur PE i kształtek montażowych o podwyższonej wytrzymałości”. Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego w ramach tzw. procedury odwróconej. Przedmiotem zamówienia są dostawy rur PE

(polietylenowych), kształtek montażowych i obejm stalowych ocynkowanych dopuszczonych do obrotu na rynku wewnątrzspółnotowym (CE), spełniających wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczególnych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1118), posiadających certyfikat wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą, potwierdzający możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego.

Zamawiający w pkt 3.6. SWZ wskazał, że oferowany przedmiot ma:

- 1) spełniać wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczególnych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1118) oraz
- 2) posiadać certyfikat znaku bezpieczeństwa wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą potwierdzający możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego.

W pkt V SWZ Zamawiający wskazując przedmiotowe środki dowodowe, które winny być obligatoryjnie złożone wraz z ofertą zażądał:

- certyfikatu znaku bezpieczeństwa- certyfikat wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą, potwierdzający możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego;
- dokumentacji techniczno-ruchowej oferowanych produktów (dalej jako DTR).

W treści SWZ Zamawiający przewidział możliwość wezwania Wykonawców do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Odwołujący wskazał, że w toku postępowania Wykonawcy składali zapytania do treści SWZ. W treści wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2023 r., odpowiadając na pytanie nr 2 „Czy obejmy stalowe ocynkowane muszą posiadać certyfikat wydany przez jednostkę certyfikującą potwierdzający możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego ?” Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 19 stycznia 2023 r.

Odwołujący wskazał, że wykonawca ELPLAST+ sp. z o.o. zaoferował m.in. obejmy stalowe ocynkowane w postaci tzw. zawiesi. Dla oferowanego w tym zakresie produktu Wykonawca wraz z ofertą nie przedłożył ani wymaganego certyfikatu bezpieczeństwa, ani dokumentacji techniczno - ruchowej.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 25 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę ELPLAST+ sp. z o.o. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci certyfikatu bezpieczeństwa. Przedmiotowy środek dowodowy winien być uzupełniony zgodnie z wezwaniem do dnia 2 lutego 2023 r. Pismem z dnia 1 lutego 2023 r. ELPLAST+ sp. z o.o. przedłożył Certyfikat GIG nr B/2749/2023 oraz Dokumentację Techniczno-Ruchową zawiesi stalowych do podwieszania rur polietylenowych. DTR nie była przez Wykonawcę załączona wraz z ofertą. Wykonawca nie został wezwany do jej uzupełnienia, ale uzupełnił dokument z własnej inicjatywy.

Odwołujący wskazał, że z treści przedłożonego przez tego wykonawcę certyfikatu wynika, że obowiązuje on od dnia 31 stycznia 2023 r., a zatem w okresie nie obejmującym terminu składania ofert. Nie jest jasne dlaczego Zamawiający nie wezwał ELPLAST+ sp. z o.o. do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci DTR. Jeżeli przyczyną braku wezwania było uznanie przez Zamawiającego, że przedłożone przez ELPLAST+ sp. z o.o. wraz z ofertą dokumenty zawierają DTR dla obejm, to nie był uprawniony do wezwania, a Wykonawca nie był uprawniony do uzupełnienia. Powinna w takim przypadku podlegać ocenie DTR przedłożona wraz z ofertą, a ponieważ nie potwierdza spełniania przez oferowany przez Wykonawcę produkt wymagań Zamawiającego w zakresie obejm stalowych ocynkowanych jego oferta winna być odrzucona.

Odwołujący wskazał, że art. 107 ustawy Pzp dotyczący uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych nie zawiera wprost wskazanej daty na jaką uzupełniane przedmiotowe środki dowodowe winny być aktualne. Nie budzi jednak wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu, wymagania Zamawiającego określone w SWZ muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Powyższa zasada znajduje potwierdzenie w przepisach Prawa zamówień publicznych. Pojęcia „aktualności” dokumentu nie można mylić z momentem, w którym wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia. Zarówno przedmiotowe środki dowodowe, jak i warunki podmiotowe mają być wykazane na dzień składania ofert. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 7 pkt 20 Pzp, przedmiotowe środki dowodowe dotyczą oferowanego przedmiotu zamówienia, a ich zadaniem jest potwierdzenie, że oferowane dostawy, spełniają wymagania stawiane przez Zamawiającego oraz są zgodne z kryteriami oceny ofert i wszystkimi warunkami odnoszącymi się do realizacji zamówienia. Dokumenty przedmiotowe mają pomóc w weryfikacji poprawności merytorycznej złożonej oferty. Aby Wykonawca mógł przystąpić do postępowania, musi posiadać produkt, którego oczekuje Zamawiający. Dopiero gdy Wykonawca posiada i zaoferuje przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego, Zamawiający może badać czy wykonawca spełnia

pozostałe warunki zamówienia. W ocenie Odwołującego, wykonawca ELPLAST+ sp. z o.o. przystępując do postępowania nie posiadał produktu oczekiwanego przez Zamawiającego. Dopiero po złożeniu oferty przystąpił do procesu certyfikacji i uzyskał dopuszczenie obejmujące zastosowanie w podziemnych wyrobiskach górniczych. De facto nie był więc podmiotem uprawnionym do udziału w przedmiotowym postępowaniu, a na pewno nie był uprawniony do złożenia oświadczenia, że oferuje przedmiot zamówienia zgodny z warunkami określonymi w SWZ, bowiem nie posiadał dla obejmującego stanowiska dopuszczenia do zastosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych.

W ocenie Odwołującego, w każdym przypadku, jeśli zamawiający zażąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca zobowiązany jest złożyć je wraz z ofertą. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający podkreślił, że żąda przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych obligatoryjnie wraz z ofertą. Stosownie do treści art. 107 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Możliwość złożenia dokumentów przedmiotowych później, tj. na wezwanie zamawiającego nie oznacza, że konieczność ich posiadania, czy też aktualność tych dokumentów zostaje „odroczone”, zmieniona. Dokumenty winny w jednoznaczny sposób potwierdzać, że najpóźniej w dniu składania ofert oferowany przez wykonawcę produkt spełniał wymagania określone w SWZ. Momentem potwierdzenia spełnienia warunków przedmiotowych w postępowaniu jest dzień złożenia oferty, tj. uzupełniany dokument może mieć datę aktualną na dzień uzupełnienia, ale powinien potwierdzać spełnienie warunków w dacie otwarcia oferty. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2022 r. sygn. akt: KIO 1200/22, wyrok z dnia 18 listopada 2021 r. sygn. akt: KIO 3221/21.

W ocenie Odwołującego, w świetle przepisów ustawy Pzp nie jest dopuszczalne uznanie za prawidłowe legitymowanie się przez Wykonawcę dokumentem wymaganym przez Zamawiającego jako przedmiotowy środek dowodowy, składany wraz z ofertą, a uzyskanym i obowiązującym po terminie składania ofert (tu prawie dwa tygodnie po terminie składania ofert). Wedle wymagań Zamawiającego oferowane produkty miały nie tylko spełniać wymagania określone w rozporządzeniu i warunkujące zastosowanie produktów w podziemnych wyrobiskach, ale wymagały on też by posiadały certyfikat dopuszczający je do oczekiwanego zastosowania. Zatem by przeszły już proces certyfikacji potwierdzony w sprawozdaniach z przeprowadzonych odpowiednich badań. W uzupełnieniu brak jest dokumentu potwierdzającego spełnienie powyższych warunków w okresie 19.01.2023 r. do

31.01.2023 r. Wymaganie to pominął, zbagatelizował, lub zbyt liberalnie potraktował Zamawiający dokonując oceny oferty ELPLAST+ sp. z o.o. uznając przedłożony przez ELPLAST+ sp. z o.o. certyfikat za prawidłowy, przez co dokonał wyboru oferty, co do której nie uzupełniono właściwych dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań Zamawiającego, a oferta jest tym samym w rzeczywistości niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający pominął także, że wraz z ofertą Wykonawca nie przedłożył wymaganej dokumentacji techniczno – ruchowej. A jeżeli uznał, że została złożona i z tej przyczyny nie wezwał do uzupełnienia, to dokonał błędnej oceny przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów techniczno – ruchowych, gdyż nie potwierdzały one wymagań opisanych w SWZ w zakresie obejm stalowych – ocynkowanych. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 11 stycznia 2022 r. sygn. akt: KIO 3753/21.

Zdaniem Odwołującego dokument jaki przedstawił ELPLAST+ sp. z o.o. dotyczy okresu ważności od 31 stycznia 2023 r. Sytuacja ta wyłącza zatem nawet domniemanie, które można by przyjmować w oparciu o przywołane powyżej stanowisko KIO. Z treści tego dokumentu jasno wynika, że ELPLAST+ sp. z o.o. składając ofertę nie posiadał produktu oczekiwanego przez Zamawiającego, a dopiero w trakcie postępowania uzupełniał brakujące badania i uzyskał certyfikat. Uprawnienie do stosowania w podziemnych wyrobiskach nabył dopiero w dniu 31 stycznia 2023 r. Jeżeli w/w Wykonawca w okresie obejmującym dzień składania ofert posiadał odpowiedni certyfikat, który utracił ważność, to odpowiadając na wezwanie Zamawiającego winien taki dokument przedstawić wskazując zachowanie ciągłości, przez cały wymagany okres. Przedstawił natomiast Certyfikat GIG nr B/2749/2023, który nie potwierdza posiadania przez oferowany przedmiot cech wymaganych przez Zamawiającego. Przyjęcie takiego certyfikatu za prawidłowy i dokonanie z uwzględnieniem tego dokumentu oceny oferty ELPLAST+ sp. z o.o. świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców i zmianie warunków zamówienia na etapie oceny ofert, naruszeniu zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, że w dacie składania ofert, oferta ELPLAST+ sp. z o.o. nie spełniała wymagań Zamawiającego, nie odpowiadała merytorycznym warunkom zamówienia. Składając ofertę i przez to oświadczając, że oferowany przedmiot jest zgodny z SWZ wprowadził zamawiającego w błąd. Uznać przy tym należy, że wprowadzenie w błąd nastąpiło przez w pełni świadome działanie Wykonawcy, bowiem musiał mieć wiedzę iż nie posiada wymaganego przez Wykonawcę certyfikatu i nie może przedłożyć przedmiotowych środków dowodowych. W toku uzupełnienia dokumentów w trybie art. 107 Pzp brak ten nie został sanowany. Wystąpiły tym samym kumulatywne przesłanki odrzucenia oferty ELPLAST+ sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i c) oraz pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 18 lipca 2022 r. KIO 1501/22, wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2022 r., KIO 1392/22.

Zdaniem Odwołującego, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym dokumentach zamówienia warunkom. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 Prawa zamówień publicznych należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oferta Wykonawcy ELPLAST+ sp. z o.o. jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia, jako taka winna być odrzucona.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa rur PE i kształtek montażowych o podwyższonej wytrzymałości”. Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego w ramach tzw. procedury odwróconej. Przedmiotem zamówienia są dostawy rur PE (polietylenowych), kształtek montażowych i obejm stalowych ocynkowanych dopuszczonych do obrotu na rynku wewnątrzspółnotowym (CE), spełniających wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczególnych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1118), posiadających certyfikat wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą, potwierdzający możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 3.6. SWZ wskazał, że oferowany przedmiot ma:

- 3) spełniać wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1118); oraz
- 4) posiadać certyfikat znaku bezpieczeństwa wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą potwierdzający możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego.

Izba ustaliła, że w pkt V SWZ Zamawiający wskazując przedmiotowe środki dowodowe, które winny być obligatoryjnie złożone wraz z ofertą zażądał:

- certyfikatu znaku bezpieczeństwa - certyfikat wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą, potwierdzający możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego;
- dokumentacji techniczno-ruchowej oferowanych produktów (dalej jako DTR).

Izba ustaliła, że w treści SWZ Zamawiający przewidział możliwość wezwania Wykonawców do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Izba ustaliła, że w toku postępowania Wykonawcy składali zapytania do treści SWZ. W treści wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2023 r., odpowiadając na pytanie nr 2 „Czy obejmą stalowe ocynkowane muszą posiadać certyfikat wydany przez jednostkę certyfikującą potwierdzający możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego ?” Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Izba ustaliła, że termin składania ofert został wyznaczony na dzień 19 stycznia 2023 r.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

„ Dostawa rur PE i kształtek montażowych o podwyższonej wytrzymałości”.		
Nr	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Wartość
	Plastpipe Sp.z o.o. sp.k, ul. Chodzieska 31 , 64-700 Czarnków NIP: PL 8792667148	479 085,00 PLN
2	ELPLAST+ sp. z o.o., ul. Niepodległoś ci 8, 44-336 Jastrzębie- Zdrój NIP: PL 6331971812	464 199,54 PLN
3	Carbospec M. J. Spółka Jawna, ul. Zabrska 2d, 44-177 Paniówki NIP: PL 6351732683	591 166,29 PLN

Izba ustaliła, że wykonawca ELPLAST+ sp. z o.o. zaoferował obejmy stalowe ocynkowane dopuszczone do obrotu na rynku wewnątrzspółnotowym (CE), spełniające wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1118), posiadające certyfikat wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą, potwierdzający możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego. W załączniku nr 2 wykonawca wskazał, że oferuje obejmy stalowe ocynkowane wraz z łańcuchem montażowym, kompletem śrub, podkładek i nakrętek umożliwiające zabudowę rurociągu PN 25-32, Ø 180mm x 6000mm.

Izba ustaliła również, że w Załączniku nr 1 do oferty wykonawca ELPLAST+ sp. z o.o. oświadczył w pkt 3 ppkt. 1), że zamówienie będzie wykonane bez udziału podwykonawców, natomiast w pkt 3 ppkt 2) wykonawca wskazał podwykonawcę do wykonania obejm stalowych ocynkowanych — firmę Profi M Tec PSG Silesia sp. z o.o. s. k.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 25 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ELPLAST+ sp. z o.o. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci certyfikatu bezpieczeństwa. Zamawiający wskazał: *„Działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych Kopalnia Soli „Wieliczka” Spółka Akcyjna z siedzibą w Wieliczce, Park Kingi 1, wzywa do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w postaci certyfikatu dla zaoferowanych obejm stalowych ocynkowanych. Zgodnie z częścią V SWZ, Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, w tym certyfikatu znaku bezpieczeństwa - certyfikat wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą, potwierdzający możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego. Zgodnie z wyjaśnieniami treści SWZ z dnia 13.01.2023 r. (pytanie nr 2 i odpowiedź), Zamawiający żądał certyfikatu zarówno dla rur jak i dla obejm stalowych ocynkowanych oferowanych przez wykonawcę. W Państwa ofercie brak certyfikatu ze znakiem bezpieczeństwa wydanego przez właściwą jednostkę certyfikującą, potwierdzającego możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych na: „Obejma rury 0180” zgodnie z załączonym do oferty rysunkiem technicznym. W związku powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie właściwego certyfikatu ze znakiem bezpieczeństwa wydanego przez właściwa jednostkę certyfikującą, potwierdzającego możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych na: „Obejma rury Ø180” zgodnie z załączonym do oferty rysunkiem technicznym (...).*

Izba ustaliła, że pismem z dnia 1 lutego 2023 r. wykonawca ELPLAST+ przedłożył Certyfikat GIG nr B/2749/2023 oraz Dokumentację Techniczno-Ruchową zawiesi stalowych do podwieszania rur polietylenowych. Izba ustaliła, że złożona przez wykonawcę DTR nie była przez Wykonawcę załączona wraz z ofertą. Wykonawca nie został wezwany do jej uzupełnienia, ale uzupełnił dokument z własnej inicjatywy.

Izba ustaliła, że z treści przedłożonego przez wykonawcę ELPLAST+ certyfikatu wynika, że obowiązuje on od dnia 31 stycznia 2023 r.

Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający pismem z dnia 8 lutego 2023 r. wezwał wykonawcę ELPLAST do złożenia wyjaśnień dotyczących Załącznika nr 1 do oferty. Zamawiający wskazał m.in. (...) *na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych Kopalnia Soli Wieliczka” z siedzibą w Wieliczce, Park Kingi 1 wzywamy Państwa do złożenia wyjaśnień w zakresie poniżej wymienionych dokumentów, które złożyli Państwo w trakcie postępowania:*

- *Certyfikatu nr B/2749/2023 w zakresie nazwy i adresu producenta;*
- *Dokumentu JEDZ w zakresie części III „Podstawy wykluczenia” D „INFORMACJE DOTYCZĄCE PODWYKONAWCÓW, NA KTÓRYCH ZDOLNOŚCI WYKONAWCA NIE POLEGA”;*

Załącznika nr 1 do elektronicznego formularza oferty w zakresie pkt 3) odnośnie podwykonawców. Zamawiający, w trakcie analizy przesłanych dokumentów dostrzegł niespójności, w zakresie określenia przez Państwa podwykonawcy. W załączniku nr 1 do elektronicznego formularza oferty zaznaczyli Państwo, że zamówienie zostanie wykonane bez udziału podwykonawców ale wskazali Państwo podwykonawcę do wykonania obejm stalowych ocynkowanych wraz z łańcuchem montażowym, kompletem śrub, nakrętek i podkładek umożliwiających zabudowę rurociągu oraz podali Państwo dane firmy podwykonawczej. W Certyfikacie nr B/2749/2023 jako producenta zawiesi stalowych (obejm dwudzielnych, łańcuchów elementów złącznych) do podwieszania rur polietylenowych, wskazano ELPLAST+ Sp. z o.o., ul. Niepodległości 8, 44-336 Jastrzębie-Zdrój, a w dokumencie JEDZ w części III D w rubryce dotyczącej Podwykonawstwa „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?” zaznaczyli Państwo opcję „NIE”. W związku z powyższym, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień czy będą Państwo korzystali z pomocy podwykonawcy podczas realizacji zadania oraz potwierdzenia kto jest producentem zawiesi stalowych (obejm dwudzielnych, łańcuchów elementów złącznych) do podwieszania rur polietylenowych.”

W odpowiedzi na w/w wezwanie, wykonawca ELPLAST+ złożył wyjaśnienia w dniu 9 lutego wskazując: „(...) Wysłany wraz z ofertą załącznik nr 1 do SWZ zawierał błąd polegający na tym, że w pkt 3. ppkt. 1) wskazano, że zamówienie będzie wykonane bez udziału podwykonawców, natomiast w pkt. 3. ppkt. 2) wskazano podwykonawcę do wykonania obejm stalowych ocynkowanych — firmę Profi M Tec PSG Silesia sp. z o.o. S.K. Oświadczamy, że nie będziemy zlecać osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia. Producentem zawiesi stalowych do podwieszania rur i kształtek polietylenowych Ø 180 mm objętych przedmiotowym postępowaniem będzie ELPLAST+ Sp. z o.o. Zawiesia będą wykonane na podstawie Certyfikatu GIG Nr B/1749/2023, zgodnie z Dokumentacją Techniczno-Ruchową Instrukcją Stosowania Nr EL-99-1/12023 „Zawiesia stalowe do podwieszania polietylenowych rur i kształtek w zakładach górniczych”.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 13 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy ELPLAST+.

Izba zważyła co następuje:

Zdaniem Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego okazały się zasadne, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Należy wskazać na wstępie, że zgodnie z art. 107 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Ponadto, zgodnie z art. 128 ust. 1 i 2 ustawy 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. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

Izba dostrzega różnice redakcyjne w treści art. 107 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w stosunku do przepisów art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp. Zauważyć należy, że art. 107 ustawy Pzp nie odwołuje się do aktualności dokumentów przedmiotowych składanych przez wykonawcę w wyniku wezwania do uzupełnienia, jak to ma miejsce w art. 128 ust. 2 ustawy Pzp. Kierując się celem, jakiego służy instytucja przedmiotowych środków dowodowych, jak również celem, jaki przyświecał ustawodawcy przy kształtowaniu treści art. 107 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – Izba stoi na stanowisku, iż możliwe jest przedstawienie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia, o ile uzupełnione dokumenty potwierdzają prawdziwość pierwotnych oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie.

Wskazać należy, że w myśl definicji zawartej w art. 7 pkt 20 ustawy Pzp przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Celem złożenia przedmiotowych środków dowodowych jest zatem potwierdzenie, że oferowany produkt (przedmiot świadczenia) jest zgodny z ustalonymi wymaganiami i że taki właśnie produkt zamawiający otrzyma w ramach realizacji zamówienia. Ustawodawca w sposób jednoznaczny wskazał, że przedmiotowe środki dowodowe składane są wraz z ofertą. Tym samym to na moment złożenia oferty wykonawca winien dysponować dokumentacją potwierdzającą spełnienie wymagań Zamawiającego wskazanych w SWZ. Takie stanowisko wynika również z uzasadnienia rządowego projektu ustawy Pzp (Druk sejmowy nr 3624 źródło: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>), „przedmiotowe środki dowodowe są środkami służącymi zweryfikowaniu poprawności merytorycznej złożonej oferty. Oznacza to, że zamawiający musi mieć możliwość zapoznania się z nimi już na etapie badania oferty, a nie dopiero na etapie weryfikowania podmiotowego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. W takim bowiem przypadku może się okazać, że po wyborze oferty najwyżej ocenionej zajdzie konieczność jej odrzucenia na podstawie niezgodności z dokumentami zamówienia. Z tego tytułu na gruncie art. 107 ust. 1 ustawy ustanowiono nową regulację dotyczącą składania przedmiotowych środków dowodowych odmienną od tej, która dotyczy obowiązku składania środków podmiotowych. Zamawiający żąda bowiem złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą.”

Ustawodawca zdecydował się zatem na określenie wcześniejszego momentu składania przedmiotowych środków dowodowych w stosunku do podmiotowych środków dowodowych,

ponieważ mają one zasadnicze znaczenie dla oceny prawidłowości oferty w jej warstwie merytorycznej i ustalenia, który z wykonawców powinien zostać poddany kwalifikacji podmiotowej jako ten, którego ofertę oceniono najwyżej. I o ile ustawodawca dopuścił możliwość uzupełnienia takich przedmiotowych środków dowodowych, to uzupełnione dokumenty muszą potwierdzać stan na moment złożenia oferty. Przyjęcie odmiennej interpretacji, jak chciałaby Zamawiający i Przystępujący w analizowanym stanie faktycznym, stałoby w oczywistej sprzeczności z art. 16 ustawy Pzp i wynikającej z niej zasady równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferują produkt, którego parametrów nie może potwierdzić na moment złożenia oferty z uwagi na brak stosownej certyfikacji, natomiast może brak taki usunąć przez swego rodzaju „konwalidację” na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp i uzyskanie wymaganych dokumentów po terminie składania ofert byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Izba podkreśla, że każdy z wykonawców jest zobowiązany złożyć ofertę zgodną z postanowieniami SWZ oraz potwierdzić zgodność oferowanych produktów w sposób wymagany przez zamawiającego na moment złożenia oferty. Izba zgadza się z Zamawiającym, że formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie, jednak szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, i dążenie do pełnej realizacji zasady równego traktowania wykonawców zobowiązuje zamawiających do stosowania zasad wynikających w ustawy Pzp w jednakowy sposób do wszystkich wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji. Niewątpliwie ustawodawca wskazał, że na moment składania ofert wszyscy wykonawcy są zobowiązani potwierdzić zgodność oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w sposób określonych w SWZ. Wszyscy wykonawcy mają taki sam przedział czasowy na złożenie oferty i dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych produktów z wymaganiami wskazanymi w SWZ. Termin ten wynika ze SWZ. Gdyby dopuścić możliwość przesunięcia potwierdzenia takiej zgodności z etapu złożenia oferty na moment uzupełnienia dokumentów w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wówczas to Zamawiający decydowałby arbitralnie ile czasu wyznaczyć poszczególnym wykonawcom na uzupełnienie dokumentów, tym samym rodziłoby to potencjalne ryzyko nierównego traktowania wykonawców. Nie trudno hipotetycznie wyobrazić sobie scenariusz, w którym wykonawca nie składa przedmiotowych środków dowodowych (gdyż na moment złożenia oferty nie jest w ich posiadaniu), nieformalnie umawia się z zamawiającym, że potrzebuje dodatkowego czasu na zdobycie wymaganych certyfikatów. Zamawiający zwleka z badaniem i oceną ofert, zapewniając wykonawcy taki dodatkowy czas. Po uzyskaniu certyfikatu w „okresie badania ofert”, zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów. Wykonawca czyni zadość wezwaniu, gdyż wymagany dokument uzyskał w dodatkowym terminie. Aby uniknąć właśnie takich sytuacji, ustawodawca wskazał jednoznacznie, że

wykonawca ma potwierdzić, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania zamawiającego na moment złożenia oferty, w sposób określony w SWZ. Możliwość ich uzupełnienia, choć dopuszczona przez ustawodawcę, nie może spowodować, że przesuwają się moment potwierdzenia spełnienia wymagań tj. z okresu złożenia oferty na dzień uzupełnienia dokumentów. Uzupełnione w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp dokumenty muszą potwierdzać, że na moment złożenia oferty oferowany produkt spełniał wymagania wskazane w SWZ. Zatem, w przypadku spornego certyfikatu powinno wynikać, że obowiązywał on co najmniej od dnia 19 stycznia 2023 r.

W analizowanym stanie faktycznym, za bezsporne uznać należy to, że Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych. W pkt V „Przedmiotowe środki dowodowe” SWZ Zamawiający wskazał, że wykonawcy mają złożyć wraz z ofertą certyfikat znaku bezpieczeństwa - certyfikat wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą, potwierdzający możliwość zastosowania przedmiotu zamówienia w podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego oraz dokumentację techniczno-ruchową oferowanych produktów (dalej jako DTR). Okolicznością bezsporną jest również to, że termin składania został określony w SWZ na dzień 19 stycznia 2023 r. Tym samym, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie wymagań na dzień 19 stycznia 2023 r.

Dalej Izba wskazuje, że również bezsporną okolicznością w sprawie jest to, że wykonawca ELPLAST+ wraz z ofertą nie złożył wymaganego certyfikatu dla obejmującej stalowej ocynkowanej w postaci tzw. zawiesi. Wymagany certyfikat wykonawca złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. W złożonym certyfikacie jednoznacznie zostało wskazane, że obowiązuje on od dnia 31 stycznia 2023 r. Tym samym, wykonawca ELPLAST+ nie potwierdził zgodności zaoferowanych obejm z wymaganiami Zamawiającego na dzień złożenia oferty. Jak Izba wskazała powyżej, wykładania przepisów art. 107 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp wymaga od wykonawców złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą, co należy interpretować w ten sposób, że dokumenty te mają potwierdzać spełnienie wymagań zamawiającego na dzień złożenia oferty. Przesunięcie terminu potwierdzenia na dzień uzupełnienia dokumentów nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, a jego dopuszczenie rodzi ryzyko naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, co Izba wyjaśniła powyżej.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego dokumentacji DTR, Izba wskazuje co następuje. Po pierwsze, z postanowień SWZ w sposób jednoznaczny wynika, że wykonawca miał obowiązek złożenia DTR dla oferowanego przedmiotu zamówienia. Obejmy składają się na

przedmiot zamówienia w analizowanym stanie faktycznym, zatem każdy z wykonawców był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą DTR dla obejm. Po drugie, złożony przez wykonawcę ELPLAST+ DTR w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2023 r. dla obejm stalowej ocynkowanej potwierdza prawidłowość stanowiska Odwołującego, że wykonawca wymaganego dokumentu DTR dla obejm wraz z ofertą nie złożył. Dokumentu tego nie mógł złożyć, bowiem DTR stanowi załącznik do wymaganego certyfikatu i podlega weryfikacji w ramach procesu certyfikacji. A skoro wykonawca ELPLAST+ nie złożył certyfikatu, to nie mógł złożyć DTR. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego i Zamawiającego, że złożony DTR dla rur i kształtek montażowych dotyczy również obejm. Taki wniosek nie wynika z treści złożonych DTR, a tym bardziej z postanowień SWZ. Ze złożonego dokumentu w sposób oczywisty wynika, że dotyczy on rur oraz kształtek. Fakt, że w jego treści jest wzmianka dotycząca obejm nie oznacza, że jest to DTR obejmujący swoim zakresem obejm. Już z pkt 1 złożonego DTR wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że dotyczy on rur oraz kształtek. Stąd też, zdaniem Izby, stanowisko Zamawiającego jakoby złożony DTR wraz z ofertą obejmował również objemu jest nieprawidłowe. Po trzecie, Izba stoi na stanowisku, że wykonawca ELPLAST+ złożył wymagany dokument w odpowiedzi na wezwanie z dnia 25 stycznia 2023 r. Dokument ten stanowił załącznik do złożonego certyfikatu. Nie ma większego znaczenia dla sprawy czy wykonawca złożył go samodzielnie czy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia certyfikatu. Istotne dla sprawy jest to czy potwierdził on spełnienie wymagań Zamawiającego na dzień składania ofert. Zdaniem Izby, skoro Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą certyfikatu i DTR dla oferowanych produktów, a wykonawca ELPLAST+ złożył wymagany certyfikat dla objemu ważny od dnia 31 stycznia 2023 r., to DTR stanowiący załącznik do tego certyfikatu obowiązuje od tego daty. Zamawiający wymagał bowiem złożenia DTR dla oferowanego produktu, a więc produktu certyfikowanego. Taki produkt certyfikowany został przez wykonawcę ELPLAST+ zaoferowany dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Certyfikowany produkt wraz z niezbędnym DTR funkcjonował dopiero od dnia 31 stycznia 2023 r. i ta data może być uznana za datę złożenia wymaganych przedmiotowych środków dowodowych. To z kolei stoi w sprzeczności z postanowieniami SWZ. Wykonawca był bowiem zobowiązany do złożenia przedmiotowym środków dowodowych wraz z ofertą, a więc w dniu 19 stycznia 2023 r.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu i nakazał Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucić ofertę wykonawcy ELPLAST+ oraz dokonać ponownego badania i oceny ofert.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: