

WYROK
z dnia 18 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługowe Prowadzenie Ewidencji Do Celów Podatkowych A. S. w Torzymie, R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Usług Geodezyjnych R. P. w Koźuchowie, Biuro Usług Geodezyjnych S.C. R. P. i K. S. w Koźuchowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającą przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługowe Prowadzenie Ewidencji Do Celów Podatkowych A. S. w Torzymie, R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Usług Geodezyjnych R. P. w Koźuchowie, Biuro Usług Geodezyjnych S.C. R. P. i K. S. w Koźuchowie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługowe Prowadzenie Ewidencji Do Celów Podatkowych A. S. w Torzymie, R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Usług Geodezyjnych R. P. w Koźuchowie, Biuro Usług Geodezyjnych S.C. R. P. i K. S. w Koźuchowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługowe Prowadzenie Ewidencji Do Celów Podatkowych A. S. w Torzymie, R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Usług Geodezyjnych R. P. w Koźuchowie, Biuro Usług Geodezyjnych S.C. R. P. i K. S. w Koźuchowie na rzecz Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającej przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działając przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest regulacja stanów prawnych nieruchomości zarządzanych przez GDDKiA Zielona Góra. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 4 maja 2020 r. pod pozycją 535482. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługowe Prowadzenie Ewidencji do Celów Podatkowych A. S. w Torzymie, R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Usług Geodezyjnych R. P. w Koźuchowie, Biuro Usług Geodezyjnych S.C. R. P. i K. S. w Koźuchowie, dalej jako „Konsorcjum” albo „odwołujący”, którzy wnieśli odwołanie wobec tej czynności. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

„1) niewłaściwe rozstrzygnięcie poprzez nie uwzględnienie zapisów pkt 9.7.1) a) SIWZ w odniesieniu do złożenia oświadczenia przez Wykonawcę - Partner konsorcjum numer 1 - Biuro Usług Geodezyjnych R. P o należytych wykonaniu usług zamiast referencji wystawionych przez podmiot, na rzecz którego zostały wykonane prace okresowe lub ciągłe. Zamawiający w ogłoszonym SIWZ dopuścił możliwość składania oświadczeń. Zamawiający nie uwzględnił stanu epidemii jaki został wprowadzony ustawami;

2) niewłaściwe rozstrzygnięcie poprzez nie uwzględnienie zapisów pkt 9.7.1) a) SIWZ w odniesieniu do złożenia oświadczenia przez Wykonawcę - zasoby podmiotu współpracującego Biuro Obrotu i Wyceny Nieruchomości FILAR o należytych wykonaniu usług zamiast referencji wystawionych przez podmiot, na rzecz którego zostały wykonane prace okresowe lub ciągłe. Zamawiający w ogłoszonym SIWZ dopuścił możliwość składania oświadczeń. Zamawiający nie uwzględnił stanu epidemii jaki został wprowadzony ustawami;

3) w ciągu okresu rozstrzygania przetargu Zamawiający nie zwrócił się zgodnie z punktem 9.9 SIWZ do właściwych organów (w przypadku partnera nr 1 konsorcjum Biuro Usług GEODEZYJNYCH R. P do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze, Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa OT Gorzów Wlkp. oraz D. W. (ATC Development sp. z o.o. Wrocław) o potwierdzenie lub rozwianie wątpliwości, co do treści dokumentów lub ich wiarygodności tj. złożonych przez Wykonawcę oświadczeń;

4) w ciągu okresu rozstrzygania przetargu Zamawiający nie zwrócił się zgodnie z punktem 9.9 SIWZ do właściwych organów (w przypadku usług dotyczących wyceny do Starosty Sulęcińskiego o potwierdzenie lub rozwianie wątpliwości co do treści dokumentów lub ich wiarygodności tj. złożonych oświadczeń.

Odwolujący wniósł o nie wykluczanie Konsorcjum z postępowania, uwzględnienie odwołania i dokonania wyboru oferty Konsorcjum firm jako najkorzystniejszej oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta jest najkorzystniejszą ofertą na wykonanie prac w ramach tego postępowania. Wywodził, że zamawiający nie uwzględnił szczególnej sytuacji, jaka panowała w kraju, która została wprowadzona ustawami:

- a) z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw;
- b) z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2;
- c) z 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2.

Odwolujący podniósł, że obowiązywanie na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii, a wcześniej stanu zagrożenia epidemicznego z powodu rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2 („COVID-19”) powoduje, że z mocy prawa bieg terminów w postępowaniu administracyjnym nie rozpoczyna się, zaś bieg terminów rozpoczętych ulega zawieszeniu. Przez terminy w postępowaniu administracyjnym należy rozumieć terminy procesowe, a także terminy prawa materialnego. Dopiero w przypadku odwołania stanu epidemii lub ewentualnie wprowadzonego w jego miejsce stanu zagrożenia epidemicznego, terminy, które nie uległy rozpoczęciu rozpoczynają swój bieg, natomiast terminy, które uległy zawieszeniu, biegą dalej. Rozpoczęcie biegu terminów, jak i kontynuowanie terminów zawieszonych następuje z mocy prawa.

Zauważył, że sam zamawiający dostrzegł skalę istniejącego zagrożenia epidemicznego poprzez fakt, że otwarcie ofert odbyło się bez udziału uczestników postępowania przetargowego, o czym pełnomocnik został poinformowany w biurze podawczym w momencie składania przetargowej. Zagrożenie epidemiczne okazało się na tyle duże, że zamawiający potrzebował ponad 12 tygodni zamiast 4 na ogłoszenie wyboru oferty.

Sytuacja stanu zagrożenia epidemicznego w okresie od zamieszczenia ogłoszenia o przetargu 4 maja 2020 r. do 19 maja 2020 r., w którym upływał termin składania ofert, spowodowała utrudniony dostęp do organów administracji oraz innych instytucji, uniemożliwiając wykonawcy w terminie dwóch tygodni zgromadzenie zaświadczeń, dlatego zostały złożone oświadczenia. Odwołujący wskazał, że poczynił starania mające na celu pozyskanie referencji składając w 5 maja 2020 r. stosowne wnioski do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze, Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa OT Gorzów Wlkp., D. W. (ATC Development sp. z o.o. we Wrocławiu) oraz do starosty Sulęcińskiego. W tym czasie brak było możliwości uzyskania potwierdzenia złożenia wniosku w sekretariacie, ponieważ wnioski zostały wrzucone do skrzynek lub pudełek wystawianych przez te instytucje, a następnie przechodziły kilkudniową kwarantannę. Organy administracji, sądy we wskazanym okresie nie potwierdzały wpływu składanych podań i wniosków. Sytuacja tak przyczyniała się do zaginięć składanych wniosków, co też miało miejsce w tym przypadku.

Zdaniem odwołującego ze względu na to, że zamawiający w pkt 9.7.1) a) SIWZ dopuścił składanie z uzasadnionej przyczyny oświadczeń jako formy równorzędnej do referencji, zwłaszcza w przypadku usług ciągłych, odwołujący złożył oświadczenia. Opisana sytuacja zasługuje na uznanie za szczególnie uzasadnioną z przyczyn obiektywnych.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 15 września 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że odwołujący nie spełnia przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w dniu wniesienia odwołania nie był związany złożoną przez siebie ofertą. Powołał zarządzenie Nr 25/2020 Prezesa Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z 21 maja 2020 r. oraz ogłoszenie nr 3/2020 Starosty Sulęcińskiego z 22 maja 2020 r. na okoliczność możliwości uzyskania przez odwołującego niezbędnych dokumentów i obiegu dokumentów w warunkach epidemii.

Odwołujący w pisemnej replice na odpowiedź na odwołanie podtrzymał żądania odwołania. Wskazał, że odwołanie wniósł w terminie ustawowym. Podniósł, że droga postępowania administracyjnego została wprowadzona przez Starostę Sulęcińskiego od 25 maja 2020 r. - po 6 dniach od daty otwarcia ofert, zaś zmiana organizacji pracy Sądu Rejonowego w Zielonej Górze obowiązywała od 21 maja 2020 r. - po 3 dniach od daty otwarcia ofert. Potwierdził, że termin związania ofertą minął, po ustawowym terminie 30 dni i dobrowolnych dwóch kolejnych okresach 30 dniowych. Zauważył, że w tym czasie ze względu na panujące zagrożenie epidemiologiczne nie odbyły się wybory Prezydenta RP.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Nie stawiał się odwołujący prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 7.2.3) lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ”, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy spełniający warunek posiadania doświadczenia w należyтым wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- dwóch usług, których przedmiotem były prace geodezyjne o wartości co najmniej 50.000 zł brutto;
- jednej usługi, której przedmiotem była wycena nieruchomości o wartości co najmniej 10.000 zł.

Zamawiający ustalił, że jeżeli kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie będzie wykonywało część zamówienia, do której zamawiający opisał warunek, każdy z nich musi wykazać, że posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie w zakresie części zamówienia przewidzianego do wykonania przez niego.

W związku z tym opisany warunek zostanie uznany za wykazany, gdy:

- spełniony będzie w całości przez jednego z wykonawców, który będzie realizował niniejsze zamówienie;
- spełniony będzie przez dwóch wykonawców, z których każdy będzie realizował dany element zamówienia, przy czym każdy z elementów musi być spełniony w całości przez tego wykonawcę, który będzie ten element realizował.

Zamawiający w pkt 9.6. SIWZ przewidział, że najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jest to tzw. procedura odrzucona, o której mowa w art. 24aa Pzp.

Zgodnie z pkt 9.7.1) lit. a) SIWZ wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany był do złożenia na wezwanie zamawiającego: wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

19 maja 2020 r. zamawiający stworzył oferty. W postępowaniu złożono trzy oferty:

1. Konsorcjum G4 GEODEZJA Sp. z o.o. w Krakowie, G4 GEODEZJA M. J. w Krakowie z ceną 852.144 zł;
2. „GIK” Przedsiębiorstwo Geodezyjne i Kartograficzne P D. w Starym Mieście z ceną 588.247 zł 50 gr ;
3. Odwołujący z ceną 572.442 zł

Cena miała 60% udział w ocenie ofert, okres gwarancji jakości i rękojmi 40%.

Wszyscy wykonawcy jako okres gwarancji jakości i rękojmi wskazali 48 miesięcy.

Zamawiający jako najkorzystniejszą ocenił ofertę odwołującego i pismem z 30 czerwca 2020 r. wezwał go w trybie art. 26 ust. 2 Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi odwołujący złożył wykaz wykonanych usług. W celu wykazania warunku dotyczącego doświadczenia w zakresie usługi, której przedmiotem była wycena nieruchomości, odwołujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - J. R. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Obrót i Wyceny Nieruchomości FILAR J. R., jednak nie przedstawił dowodów potwierdzających należyte wykonanie umowy. W wykazie zostały wskazane prace geodezyjne wykonane przez R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Usług Geodezyjnych R. P. również bez dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług. R. P. złożył własne oświadczenia o należyтым wykonaniu umów, co odwołujący uzasadniał sytuacją związaną z pandemią COVID-19, która uniemożliwiła mu pozyskanie niezbędnych dowodów mających potwierdzić należyte wykonanie usług. W wykazie została wskazana również usługa wykonana przez R. P. na rzecz zamawiającego, potwierdzona protokołem odbioru końcowego, oraz dwie usługi wykonane przez A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługowe Prowadzenie Ewidencji Do Celów Podatkowych A. S. w Torzymie na rzecz R. P. .

Pismem z 9 lipca 2020 r. zamawiający działając w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu wezwania, że złożenie przez wykonawcę oświadczenia własnego dopuszczalne jest jedynie w sytuacjach szczególnych odpowiednio uzasadnionych niemożliwością uzyskania poświadczenia od odbiorcy usług.

W odpowiedzi odwołujący złożył dwie referencje wystawione przez R. P. A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługowe Prowadzenie Ewidencji Do Celów Podatkowych A. S. w Torzymie oraz wskazał, że „w tym okresie zachodził brak możliwości przepływu informacji w organach administracji oraz utrudniony ich obieg spowodowany odbywaniem kwarantanny epidemiologicznej”.

Pismem z 14 sierpnia 2020 r. zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp uzasadniając to brakiem złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych celem wykazania warunku w zakresie doświadczenia.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie o treści przywołanej we wstępnej części uzasadnienia.

Pismem z 21 sierpnia 2020 r. Prezes Izby wezwał odwołującego do uzupełnienia braków formalnych odwołania: dowodu uiszczenia wpisu w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania, pełnomocnictwa, dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej odwołanie do reprezentowania odwołującego, dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu, pisma zawierającego uzupełnienie braków formalnych odwołania poprzez wskazanie czynności, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, wskazanie zaniechania, któremu zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, przedstawienie zarzutów, określenie żądania, co do rozstrzygnięcia odwołania, wskazanie okoliczności faktycznych, uzasadniających wniesienie odwołania, wskazanie okoliczności prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania, wskazanie dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Prezes Izby pouczył w wezwaniu, że w przypadku nieusunięcia braków formalnych odwołania lub niedołączenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od doręczenia wezwania, odwołanie zostanie zwrócone. Odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

W odpowiedzi odwołujący uzupełnił pełnomocnictwo.

Prezes Izby nie dokonał zwrotu odwołania, lecz wyznaczył skład orzekający i skierował je na posiedzenie niejawne.

Przedstawione ustalenia zostały dokonane na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba poddała ocenie odpowiedź odwołującego na wezwanie Prezesa Izby do uzupełnienia braków formalnych odwołania. Odwołujący uzupełnił pełnomocnictwo przez złożenie umowy konsorcjum zawartej przed dniem składania ofert - 15 maja 2020 r. § 1 ust. 2 umowy ustanawia Pana B. S., który podpisał odwołanie, do działania w charakterze pełnomocnika lidera Konsorcjum. Wpis był załączony do odwołania. Odwołujący nie odniósł się do pozostałych elementów wezwania, w którym Prezes Izby

powielił regulacje art. 180 ust. 3 Pzp.

Izba uznała, że odwołanie nie podlega zwrotowi.

Zgodnie z art. 187 ust. 7 Pzp kompetencje Prezesa Izby w związku ze stwierdzeniem braków formalnych przysługują składowi orzekającemu. W ocenie Izby przepis ten nie tylko upoważnia skład orzekający do wezwania wykonawcy do uzupełnienia braków formalnych, do uzupełnienia których nie wezwał Prezes Izby, ale przede wszystkim stanowi podstawę do oceny przez skład orzekający, czy odwołanie zostało dotknięte brakami i istnieje podstawa do wezwania lub uzupełnienia braków odwołania.

W okolicznościach sprawy z lektury uzasadnienia odwołania jasno wynika, że odwołujący nie zgadza się z czynnością wykluczenia go z postępowania oraz, że powodem czynności wykluczenia było złożenie własnych oświadczeń odwołującego zamiast dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wystawionych przez podmioty, na rzecz których usługi te były wykonane. Podane przez odwołującego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania dostatecznie identyfikują zarzuty i pozwalają na rozpoznanie odwołania. Podstawą do wezwania do uzupełnienia braków odwołania zgodnie z art. 187 ust. 3 in fine Pzp jest brak możliwości nadania odwołaniu prawidłowego biegu i rozpoznania go przez Izbę, zatem w sytuacji, gdy wiadomo jaką czynności i z jakiego powodu kontestuje wykonawca, odwołanie może być rozpoznane. W tej sytuacji odwołanie nie podlega zwrotowi pomimo braku odpowiedzi wykonawcy na wezwanie do uzupełnienia braków odwołania.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Ustanie stanu związania odwołującego złożoną ofertą budziło daleko idące rozbieżności w orzecznictwie. Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil i Saferoad Kabex sprzeciwił się nakładaniu na wykonawców sankcji, która wyraźnie nie wynika z dokumentacji przetargowej, a jej źródłem jest wyłącznie wykładnia niejasnego przepisu prawa krajowego. Uznając to stanowisko wyrażone w odniesieniu do instytucji terminu związania ofertą i konsekwencji upływu tego terminu, Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, a skoro złożył ofertę, która może być uznana za najkorzystniejszą, może również ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Pkt 9.7.1) lit. a) SIWZ powiela § 2 ust. 4 pkt 2) rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), dalej jako „rozporządzenie w sprawie dokumentów”. Przepis ten stanowi, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Skomplikowana redakcja przepisu nastęrcza trudności w jego prawidłowym odczytaniu zwłaszcza dla osób i podmiotów, które nie są stałymi uczestnikami rynku zamówień publicznych. Dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania znaczenie mają wymagania dotyczące dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług. W tym zakresie § 2 ust. 4 pkt 2) rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, że po pierwsze: dowody te mają określać, czy dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Po drugie: dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw lub usług mogą być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane. Po trzecie, oświadczenie wykonawcy może stanowić dowód potwierdzający należyte wykonanie lub wykonywanie usług, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów.

Omówione elementy przepisu wskazują błędne poglądy zaprezentowane przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania. Przede wszystkim własne oświadczenie wykonawcy nie jest dopuszczone w szczególności w przypadku świadczeń o charakterze ciągłym. Ustawodawca bowiem w odniesieniu do nich pozwala na powołanie się na usługi, które jeszcze są wykonywane przez

wykonawcę, czyli pozwala na powołanie się na doświadczenie wynikające z umów będących w trakcie realizacji, jeszcze nie zakończonych. Dla porządku jedynie należy w tym miejscu zauważyć, że usługi geodezyjne i kartograficzne nie przewidują świadczenia wykonawcy o charakterze ciągłym. Świadczenie wykonawcy polega bowiem co do zasady na osiągnięciu konkretnego rezultatu, a rozmiarów tego świadczenia nie określa czas (por. wyrok z 26 czerwca 2020 r. KIO 866/20). Na gruncie przepisów prawa cywilnego umowy na usługi geodezyjne i kartograficzne mogą być zbliżone w swoim charakterze prawnym do umowy o dzieło (art. 627-646 k.c.) albo zawierać elementy umowy o świadczenie usług, o których mowa w art. 750 k.c. i umów o dzieło. Natomiast na gruncie przepisów ustawy umowy na usługi geodezyjne i kartograficzne zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 10 Pzp są usługami.

§ 2 ust. 4 pkt 2) rozporządzenia w sprawie dokumentów nie ogranicza katalogu dowodów, które mogą zostać złożone przez wykonawcę. Przepis wskazuje referencje jako dokument podstawowy, jednak na równych zasadach traktuje każdy inny dokument, z którego będzie wynikać należyte wykonanie usług. Ten element przepisu odwołujący odczytał prawidłowo na etapie postępowania, gdyż wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp złożył zamawiającemu protokół odbioru końcowego potwierdzający prawidłowe wykonanie umowy. Natomiast nie zasługuje na uwzględnienie wynikająca z uzasadnienia odwołania teza, że do wydawania referencji potwierdzających należyte wykonanie usług znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 ze zm.). Udzielanie zamówień publicznych regulują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych oraz wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych m.in. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zgodnie z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Kodeks postępowania administracyjnego nie ma zatem zastosowania w procedurze udzielania zamówień publicznych, w tym również w odniesieniu do uzyskania referencji lub innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług.

Dla rozstrzygnięcia odwołania najbardziej istotna jest przesłanka zaistnienia uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, która pozwala wykonawcy na zastąpienie referencji oświadczeniem własnym. Obiektywny charakter przyczyn, dla których wykonawca nie może uzyskać dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług oznacza, że są to przyczyny zrozumiałe, dotyczące okoliczności niezależnych od wykonawcy uzasadniających brak możliwości uzyskania referencji lub dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Fakt zaistnienia przyczyn uniemożliwiających uzyskanie dokumentów przez wykonawcę powinien być możliwy do oceny i weryfikacji w konkretnych okolicznościach faktycznych. Nie może wynikać wyłącznie z subiektywnego przekonania wykonawcy i opierać się wyłącznie nie jego twierdzeniu.

Należy zatem przyznać rację zamawiającemu, że odwołujący, który złożył oświadczenie własne, powinien był zwrócić się do odbiorcy usług o wydanie stosownego dokumentu oraz wykazać zamawiającemu, że podjął starania zmierzające do uzyskania takiego dokumentu. Zdaniem odwołującego uzyskanie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług było możliwe jedynie w okresie od dnia ogłoszenia o zamówieniu do dnia otwarcia ofert. Tymczasem z brzmienia art. 26 ust. 2 Pzp wynika, że dokumenty składane zamawiającemu mają być aktualne na dzień ich złożenia. Aktualność w myśl tego przepisu oznacza potwierdzenie stanu należytego wykonania usługi i w odniesieniu do świadczeń okresowych lub ciągłych najwcześniejszą datę ich wystawienia. Przepis w § 2 ust. 4 pkt 2) rozporządzenia w sprawie dokumentów dopuszcza zatem złożenie przez wykonawcę referencji lub innego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług o dacie wystawienia późniejszej niż data składania ofert.

Najbardziej istotne jest jednak, że odwołujący nie wykazał braku możliwości złożenia zamawiającemu dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Jeżeli odwołujący nie mógł uzyskać referencji, chociaż na ich uzyskanie miał co najmniej 58 dni od zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, mógł i powinien był posłużyć się innym dokumentem, przykładowo protokołem odbioru lub fakturą. Twierdzenie odwołującego o zaginięciu złożonych wniosków o wydanie referencji nie uzasadnia zatem posłużenia się oświadczeniem własnym. Nawet jeśli rzeczywiście wnioski zostały zagubione, co Izba uznaje za mało prawdopodobne, odwołujący miał czas na ich ponowne złożenie, przy czym mógł wykorzystać również faks lub mail. Z informacji z otwarcia ofert odwołujący powinien był pobrać wiedzę, że jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą, co powinno skłonić go już na tym etapie do przygotowania wymaganych oświadczeń i dokumentów. Jak wyjaśnił zamawiający, wykonawcy mogli uczestniczyć w czynności otwarcia ofert oddzieleni szklaną szybą od osób, które dokonywały otwarcia ofert.

W ocenie Izby stan sprawy był jednak taki, że odwołujący co najwyżej raz wystąpił z pisemnym wnioskiem o wydanie referencji. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu wskazującego na jakąkolwiek próbę uzyskania referencji.

Nie można wykluczyć, że takie zachowanie odwołującego wynika z nieznajomości procedury udzielania zamówień publicznych oraz trudnościami ze zrozumieniem przepisów. Nieznajomość prawa nie może jednak przemawiać na korzyść wykonawcy, który ubiega się o zamówienie publiczne w zakresie swojej działalności gospodarczej.

W ocenie Izby zamawiający nie był zobowiązany do wystąpienia w trybie § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów do podmiotów, na rzecz których odwołujący wykonywał usługi. Przepis ten stanowi, że jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. Literalne § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazuje na uprawnienie zamawiającego w przypadku wątpliwości dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów. Natomiast odwołujący chciałby, by zamawiający samodzielnie pozyskał dowody potwierdzające należyte wykonanie przez odwołującego usług służących wykazaniu warunków udziału w postępowaniu. Do takiego działania zamawiający nie jest zobowiązany.

Izba uznała, że nawet w sytuacji epidemii i zmienionej w związku z nią organizacji pracy organów administracji i sądów odwołujący mógł i powinien był podjąć działania zmierzające do uzyskania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Długi czas prowadzenia przez zamawiającego postępowania nie przemawia za stanowiskiem odwołującego. Przeciwnie, skutkiem tego odwołujący uzyskał więcej czasu na złożenie dokumentów niezbędnych do wyboru jego oferty. Brak wykazania przez odwołującego podjęcia działań zmierzających do uzyskania tych dokumentów od podmiotów, na rzecz których wykonał usługi wskazane w wykazie, oznacza, że nie może on posłużyć się oświadczeniem własnym.

Odwolanie podlega zatem oddaleniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący:

Przewodniczący: