

## WYROK

z dnia 16 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **13 grudnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **1 grudnia 2021 r.**

przez wykonawcę: **Cpoint sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu pn. *Plan Zrównoważonej Mobilności Miejskiej dla Kielc i Kieleckiego Obszaru Funkcjonalnego* (SUMF KOF) wraz z wykonaniem strategicznej oceny oddziaływania na środowisko i promocją - (CPV): 71241009-9 – *Studia wykonalności, usługi doradcze, analizy* (nr postępowania All.271.23.2021)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Kielce**

orzeka:

**1.Oddala odwołanie.**

**2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

### Uzasadnienie

Gmina Kielce {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Plan Zrównoważonej Mobilności Miejskiej dla Kielc i Kieleckiego Obszaru Funkcjonalnego* (SUMF KOF) wraz z wykonaniem strategicznej oceny oddziaływania na środowisko i promocją - (CPV): 71241009-9 – *Studia wykonalności, usługi doradcze, analizy* (nr postępowania All.271.23.2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 10 września 2021 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/S\_154 pod nr 00176840/01.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

26 listopada 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o odrzuceniu oferty złożonej przez Cpoint sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz unieważnieniu powyższego postępowania o udzielenie zamówienia.

1 grudnia 2021 r. Cpoint sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Cpoint” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy {dalej: „rozporządzenie”} – przez nieprawidłowe stwierdzenie, że Cpoint nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale X pkt 1.4.1. SWZ z uwagi na niezłożenie na żądanie Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń (w zakresie wskazanym w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty) na potwierdzenie spełniania tego warunku.

2.Art. 255 pkt 2 – przez unieważnienie postępowania z powodu nieprawidłowego uznania, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

3.Art. 239 – przez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Cpoint.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia odrzucenia oferty Cpoint.

2.Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

3.Nakazania ponownej oceny oferty Odwołującego.

W ramach uzasadnienia powyższe zarzuty zostały sprecyzowane przez powołanie się na następujące okoliczności.

{okoliczności faktyczne}

Przebieg badania spełniania przez C-point warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy zawartego w rozdziale X pkt 1.4.1.

Wykonawca musi wykazać, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przygotował co najmniej dwie analizy dotyczące transportu, nie będące studium wykonalności, Planem zrównoważonego rozwoju publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu Ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, Analizą kosztów i korzyści związanych z wykorzystywaniem autobusów zeroemisyjnych w rozumieniu Ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, z których każda łącznie:

- dotyczyła obszaru o liczbie ludności minimum 150 tysięcy mieszkańców;
  - zawierała badania jakościowe na próbie przynajmniej 20 osób;
  - zawierała badania ilościowe na próbie przynajmniej 250 osób; z czego przynajmniej jedna dotyczyła badań ruchu;
- w tym:
- przynajmniej jedna obejmowała konsultacje społeczne;
  - przynajmniej jedna obejmowała strategiczną ocenę oddziaływania na środowisko;
  - przynajmniej jedna dotyczyła również transportu publicznego;

• przynajmniej jedna uwzględniła kwestie interakcji między transportem i zagospodarowaniem przestrzennym.

W przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, Wykonawca winien przedstawić, wraz z niniejszym oświadczeniem zawartym w załączniku nr 2a do SWZ, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby (wzór Załącznik nr 2 b do SWZ), potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ) lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Cpoint w oświadczeniu zawartym w pkt 4. oferty oraz w załączniku nr 2a do SWZ (oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu) wskazał, że spełnia powyższy warunek dzięki poleganiu na zdolnościach podmiotu trzeciego, tj. R. K. – Doradztwo Gospodarcze, Krzaki Czaplinkowskie {dalej: „R. K.”}. Wraz z ofertą Cpoint złożył ww. oświadczenie podmiotu trzeciego oraz jego zobowiązanie do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia

W odpowiedzi na 1. wezwanie Zamawiającego z 12 października 2021 r. Cpoint 15 października 2021 r. złożył wyjaśnienia oraz uzupełnione oświadczenie R. K. jako podmiotu trzeciego (załącznik nr 3 do SWZ).

Pismem Zamawiającego z 20 października 2021 r. Cpoint, którego oferta została najwyżej oceniona, został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym na potwierdzenie spełniania warunku udziału określonego w rozdziale X pkt 1.4.1. SWZ.

W ramach odpowiedzi z 25 października 2021 r. Cpoint złożył m.in. wykaz wykonanych wcześniej usług (załącznik nr 2 do pisma) oraz oświadczenie R. K. potwierdzające zrealizowanie przez niego projektów wymienionych w tym wykazie usług, w którym wyjaśnił on, że wszystkie wymienione tam projekty zostały wykonane w sposób należyty i odebrane w terminie przez zamawiającego, zaś oświadczenie – jako zastępujące podmiotowe środki dowodowe, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia – wystawione zostało w związku z brakiem możliwości otrzymania listu referencyjnego od zamawiającego, co dopuszczalne jest w świetle ww. przepisu rozporządzenia.

Ponadto Cpoint załączył wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego (załącznik nr 3 do pisma), w którym wskazano wykształcenie oraz doświadczenie zawodowe R. K. związane z realizacją przez niego usług wymienionych w wykazie usług.

Pismem z 2 listopada 2021 r. Zamawiający ponownie wezwał Cpoint do złożenia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania należytego wykonania przez R. K. usług wymienionych w wykazie usług złożonym 25 października 2021 r. albo wykazania przyczyn i udowodnienia braku możliwości uzyskania tych środków (referencji lub innych dokumentów podmiotu, na rzecz którego usługi te wykonano).

W odpowiedzi Cpoint złożył oświadczenie, o którym mowa w § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, oraz w szczególności następujące wyjaśnienia: Wykonane zostały przez R. K. na rzecz dwóch podmiotów (Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrkowska 104 Łódź 90-926 oraz Stowarzyszenie Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot, ul. Długi Targ 39/40 80-830 Gdańsk) w ramach podmiotu R. K. – Doradztwo Gospodarcze świadczącego usługi na rzecz firmy Deloitte (00-133 Warszawa, Al. Jana Pawła II 22), dalej łącznie zwanych Stronami. Z firmą Deloitte R. K. związany był przez okres kilkunastu lat, w roku 2016 zmienił się charakter współpracy pomiędzy Stronami, R. K. stał się Partnerem Kontraktowym na podstawie umów o świadczenie usług – prowadząc od tej pory działalność gospodarczą pod firmą R. K. Doradztwo Gospodarcze, wystawiając firmie Deloitte faktury, w całości opłacone, będąc podmiotem zewnętrznym.

Na uzasadnienie przyczyny braku możliwości uzyskania referencji lub innych dokumentów o podobnym charakterze jako podmiotowych środków dowodowych: Wykonawca składa oświadczenie, ponieważ z przyczyn obiektywnych i niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać referencji, z uwagi na nagłe i nieoczekiwane rozwiązanie i zakończenie współpracy pomiędzy Stronami w roku 2019. Po rozwiązaniu współpracy pomiędzy Stronami trwał wielowątkowy spór, który zakończył się wyjaśnieniem wszelkich różnic w oglądzie sytuacji i wyczerpał wszelkie roszczenia, wzajemne oczekiwania, a także zamknął stosunki prawne i komunikację pomiędzy Stronami. Porozumienie zawarte pomiędzy stronami ma charakter poufny. (...) We wrześniu 2020 roku, R. K. działający pod firmą R. K. – Doradztwo gospodarcze zwrócił się skutecznie w formie pisemnej do Deloitte, o wydanie protokołów odbioru prac, zatem dołożył starań w odniesieniu do dokonania czynności zmierzających do pozyskania dokumentów – także w odniesieniu do projektów wskazanych w wykazie usług, stanowiącym Załącznik nr 2 do oferty, ale oczekiwanych dokumentów nie otrzymał. Następnie kilka miesięcy później relacje pomiędzy Stronami ustały, a wszelka dokumentacja w tej sprawie jest poufna.

Ponadto Cpoint do wyjaśnień dołączył aktualne linki do strony internetowej międzynarodowej firmy doradczej Deloitte oraz print screeny z tych stron, na których dwie z trzech usług, wskazanych w wykazie usług są zaprezentowane jako bezpośrednio zrealizowane przez R. K.

Niezależnie od powyższego Zamawiający – działając na podstawie art. 128 ust. 5 pzp, wystąpił bezpośrednio do Deloitte Consulting S.A. w Warszawie, która pismem z 18 listopada 2021 r. potwierdziła wymagane postanowieniami SWZ doświadczenie R. K., a ponadto oświadczyła, że ...nie wnosi żadnych zastrzeżeń w zakresie należytego wykonania przez R. K. obowiązków powierzonych mu w ramach wskazanych wyżej projektów.

R. K. był w czasie współpracy z Deloitte jednocześnie pełnomocnikiem Deloitte do prac projektowych i – na zasadach wyłączności – obsługiwał w tej spółce sprawy kontraktów publicznych, gdyż prowadził w niej sektor „Public”.

Zamawiający – który prowadził poprzednio dwa postępowania na świadczenie podobnych usług (pn. „Strategia Rozwoju Miasta Kielce 2030+ w kierunku Smart City” oraz „Strategia promocji Miasta Kielce 2030”), gdzie formułowane były podobne warunki udziału w postępowaniu – nie kwestionował wykazania spełniania przez Cpoint tych warunków praktycznie taki sam sposób, jak w przedmiotowym postępowaniu.

{okoliczności prawne}

Jak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 4 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2671/17: Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia (...). Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia.

Co więcej, z powyższego uzasadnienia wynika wprost, że z „obiektywnym” charakterem przyczyny uniemożliwiającej wykonawcy uzyskanie dokumentów z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), jak i tożsamym z nim „niezależnym” charakterem tych przyczyn, o którym mówi § 9 ust. 1 pkt 2 obowiązującego aktualnie rozporządzenia, mamy do czynienia wtedy, gdy wykonawca nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem podjął środki w celu ich pozyskania, ale okazały się one

nieskuteczne, a więc nie było możliwe ich pozyskanie pomimo zachowania należytej staranności. Potwierdza to Izba w wyroku z 3 marca 2014 r. sygn. akt: KIO 191/14, KIO 192/14, KIO 200/14, KIO 202/14, KIO 205/14: *Przyczyny obiektywne to każde powody niezależne od wykonawcy.*

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów wskazanych w pkt 1. listy zarzutów. Odwołujący podsumował, że ponieważ R. K. podjął starania zmierzające do pozyskania protokołów odbioru prac, ale tych dokumentów nie otrzymał, był uprawniony do złożenia oświadczenia zastępującego dokumenty i dowody, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia (podmiotowe środki dowodowe).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 13 grudnia 2021 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności wskazując na następujące okoliczności oraz podnosząc następującą argumentację.

Zamawiający następująco zrelacjonował przebieg badania przez Cpoint warunku udziału, o którym mowa w odwołaniu.

Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający żądał przedstawienia podmiotowych środków dowodowych w postaci m.in. wykazu usług zrealizowanych w okresie ostatnich 5 lat, 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 lub są wykonywane, 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 sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

Do złożenia takiego wykazu wraz z załączonymi dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień Zamawiający wezwał na podstawie art. 274 ust. 1 pzp. W odpowiedzi 25 października Cpoint złożył dokument w postaci wykazu usług, z tym że zamiast dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia złożył oświadczenie, że dokumentów takich (referencji) uzyskać nie, nie wskazując jakichkolwiek przeszkód uniemożliwiających ich pozyskanie.

Wobec powyższego Zamawiający 2 listopada 2021 r. wezwał Cpoint, w trybie przewidzianym w art. 128 pzp, do złożenia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na okoliczność potwierdzenia, że wykazane usługi były wykonane należycie, a w przypadku, gdy nie jest w stanie uzyskać takich dokumentów, alternatywnie do wykazania przeszkód i udowodnienia przyczyny niemożności uzyskać takich dokumentów.

W odpowiedzi z 2 listopada 2021 r. Cpoint nie złożył kolejne oświadczenie, że przedstawione w wykazie projekty zostały wykonane należycie, a ponadto twierdził, że:

- projekty te wykonane zostały przez osobę fizyczną R. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „R. K. – Doradztwo Gospodarcze” {dalej również: „R. K.”}, który miał realizować te usługi na rzecz dwóch podmiotów publicznych, tj. Urzędu Miasta Łodzi oraz Stowarzyszenia Obszar Metropolitalny Gdańsk-Gdynia-Sopot;
- wymagane dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu usługi R. K. realizował jako partner kontraktowy Deloitte Consulting S.A. {dalej: „Deloitte”}, które było stroną umów zawartych z tymi podmiotami sektora finansów publicznych, na podstawie umowy o świadczenie usług;
- działając jako R. K. – Doradztwo Gospodarcze wystawiał za świadczone usługi faktury bezpośrednio dla Deloitte;
- ponieważ w czasie realizacji ww. usług reprezentował Deloitte, będąc uprawnionym w jego imieniu zarazem do składania oświadczeń woli, jak i do odbioru prac, działając jednocześnie jako pełnomocnik i wykonawca nie mógł wystawić sobie potwierdzeń odbioru, więc należy uznać, że takie dokumenty nie były sporządzane;
- w 2020 r. R. K. zwrócił się o uzyskanie protokołów odbioru wykonanych prac;
- R. K. prace na rzecz Deloitte realizował także jako pracownik Deloitte, a charakter współpracy z Deloitte zmienił się w 2016 r., gdyż to właśnie wtedy stał się partnerem kontraktowym Deloitte, prowadząc od tej pory działalność gospodarczą i świadcząc dla Deloitte usługi na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Ponieważ treść powyższych wyjaśnień wzbudziła jedynie szereg kolejnych wątpliwości, na podstawie art. 128 ust. 5 pzp Zamawiający 15 listopada 2021 r. zwrócił się bezpośrednio do Deloitte o potwierdzenie, że R. K., na którego zasobach polega Cpoint, wykonał wykazane usługi w sposób należyty.

W odpowiedzi Deloitte oświadczyło, co następuje:

- R. K., *prowadzący obecnie działalność gospodarczą jako R. K. – Doradztwo Gospodarcze, uczestniczył w wykonaniu przez Deloitte usług w ramach wskazanych w tym piśmie projektów,*
- *nie wnosi zastrzeżeń co do należytego wykonania przez R. K. powierzonych mu obowiązków, w ramach realizacji (przez Deloitte) wskazanych projektów.*

Na podstawie tak zebranych informacji Zamawiający zważył, co następuje.

Cpoint nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na okoliczność, że R. K. podjął próbę uzyskania protokołów odbioru lub referencji, a taka próba okazała się nieskuteczna (np. wniosku o wydanie referencji z potwierdzeniem jego nadania lub prezentatą doręczenia, potwierdzenia nadania wiadomości mailowej).

Cpoint nie podjął nawet próby wykazania jakości świadczonych usług za pomocą dowodów pośrednich, od podmiotów publicznych, dla których Deloitte bezpośrednio realizowało usługi, które zobowiązane są do udzielenia wszelkich informacji co do świadczonych na ich rzecz usług jako informacji publicznej.

Cpoint popada w sprzeczność twierdząc jednocześnie, że R. K. występował o wydanie protokołów odbioru, które nie mogły zostać sporządzone, gdyż działając jako pełnomocnik Deloitte nie mógł ich sporządzać.

Jeżeli R. K. z własnej i nieprzymuszonej woli zawarł poufne porozumienie z Deloitte, na mocy którego zakończono wszelkie stosunki prawne, a następnie z tej przyczyny nie może uzyskać jakichkolwiek dokumentów. Mając na względzie rzymską zasadę *volenti in fit iniuria* należy uznać, że skoro z własnej woli takie porozumienie zawarł, nie może się nim teraz zastrzegać jako okolicznością od niego niezależną, która uniemożliwia mu uzyskanie potwierdzenia należytego wykonania usług.

Z oświadczenia Deloitte (który odpowiedział na wezwanie Zamawiającego jakby owego poufnego porozumienia nie było) nie wynika, w jakim charakterze R. K. uczestniczył, w jakiej części działał jako pracownik, a w jakiej jak przedsiębiorca i w ogóle nie można z niego wnioskować, w jakim zakresie R. K. (w jakiegokolwiek formie prawnej) usługi te miał realizować.

Zamawiający podniósł, że ponieważ posiłkowanie się przez wykonawcę oświadczeniem własnym zamiast referencjami stanowi wyjątek od zasady, który nie może być interpretowany rozszerzająco, wykonawca winien udokumentować, że istnieją niezależne od niego przyczyny uniemożliwiające uzyskanie referencji (w odpowiedzi na odwołanie zacytowano stosowne fragmenty z uzasadnień wyroków Izby wydanych: 31 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1183/20, 25 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2271/19, 18 września 2020 r. sygn. akt KIO 2019/20).

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że skoro Cpoint nie złożył podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji lub innych równoważnych dokumentów, a przy tym nie udowodnił niemożności uzyskania takich oświadczeń (a nawet nie wykazał podjęcia próby ich uzyskania), nie zachodziła szczególna przesłanka, pozwalająca na zastępcze posłużenie się oświadczeniem własnym w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takim stanie rzeczy Zamawiający zobowiązany był zastosować dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c pzp, a dalsze czynności były jedynie dalszą konsekwencją tej czynności.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutami odrzuceniem jego oferty i w konsekwencji unieważnieniem całego postępowania, może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Pismem z 20 października 2021 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 274 ust. 1 pzp, wezwał Cpoint do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wymienionych w rozdziale XI pkt 4. ppkt 2) lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia {dalej: „SWZ”} na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy określonego w rozdziale X pkt 1.4.1. SWZ: wykazu usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do niniejszego pisma, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

W odpowiedzi z 25 października 2021 r. Cpoint złożył sporządzony według wzoru otrzymanego od Zamawiającego wykaz usług, w którym wskazał 3 analizy dotyczące transportu jako wykonane na rzecz Urzędu Miasta Łodzi (poz. 1. i 3.) oraz Stowarzyszenia Obszaru Metropolitalnego Gdańsk-Gdynia-Sopot (poz. 2), na potwierdzenie należytego wykonania tych usług załączając oświadczenie pana R. K. z 25 października 2021 r., w tym o tym, że dokument ten został sporządzony w związku z brakiem możliwości uzyskania listu referencyjnego od Zamawiającego.

W sprawie niesporna było, że zamawiającymi usługi objęte wykazem byli Urząd Miasta Łodzi (de facto Miasto Łódź) oraz Stowarzyszenie Obszaru Metropolitalnego Gdańsk-Gdynia-Sopot.

Pismem z 2 listopada 2021 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 pzp, wezwał Cpoint do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. X pkt 1.4.1. SWZ, tj.:

1) złożenia dowodów określających, czy usługi wskazane w Wykazie usług, jako wykonane przez podmiot udostępniający zasoby tj. R. K. – Doradztwo Gospodarcze, zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli WW. podmiot z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy, przy czym należy wykazać te przyczyny oraz udowodnić brak możliwości uzyskania wymaganych dokumentów, albo

2) złożenia nowego Wykazu usług zawierającego inne usługi wykonane przez podmiot: R. K. – Doradztwo Gospodarcze wraz z załączeniem wymaganych dowodów należytego wykonania usług.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że w myśl art. 122 pzp, jeżeli zdolności zawodowe ww. podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Cpoint warunków udziału w postępowaniu, może on zastąpić ten podmiot innym podmiotem, albo wykazać, że samodzielnie spełnia warunek udziału dot. doświadczenia wykonawcy.

Wówczas należy złożyć nowy wykaz usług, zawierający usługi wykonane przez nowy podmiot, z załączeniem wymaganych wyżej dowodów należytego wykonania tych usług, a w przypadku zastąpienia dotychczasowego podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem, także:

a) oświadczenie nowego podmiotu udostępniającego zasoby, na formularzu stanowiącym załącznik nr 2b do SWZ,

b) zobowiązanie nowego podmiotu udostępniającego zasoby, na formularzu stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ.

Zamawiający zamieścił również obszerne uzasadnienie, w którym wskazał powody, dla których nie uznał, że Cpoint nie wykazał przyczyn niezależnych od R. K. – Doradztwa Gospodarczego, pozwalających na złożenie oświadczenia własnego tego podmiotu w miejsce dokumentów potwierdzających należyłą realizację wykazanych usług, sporządzonych przez podmioty, na rzecz których usługi te zostały wykonane.

Niesporna jest okoliczność, że w odpowiedzi na to wezwanie Cpoint nie złożył ani dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług objętych wykazem przez odpowiednio Miasto Łódź i Stowarzyszenie Obszaru Metropolitalnego Gdańsk-Gdynia-Sopot, ani nie próbował wykazać spełniania warunku na jeden z alternatywnych sposobów wskazanych w powyższym wezwaniu Zamawiającego. Zamiast tego w piśmie z 5 listopada 2021 r. Cpoint zawarł wyjaśnienia {powtórzone później w większości w treści odwołania}, powodów, dla których nie może uzyskać referencji od „firmy Deloitte”, w jednym miejscu podtrzymując, że R. K. wykonał usługi na rzecz Miasta Łodzi i Stowarzyszenia Obszaru Metropolitalnego Gdańsk-Gdynia-Sopot, jednocześnie twierdząc, po raz pierwszy, że zostały one wykonane ...w ramach podmiotu R. K. - Doradztwo Gospodarcze świadczącego usługi na rzecz firmy Deloitte (00-133 Warszawa, Al. Jana Pawła II 22)...

Reasumując, Izba ustaliła, że Cpoint nie uczynił zadość wezwaniu do uzupełnienia wystosowanemu w trybie art. 128 ust. 1 pzp, a jednocześnie nie złożył żadnych wyjaśnień odnośnie braku złożenia referencji lub innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie analiz objętych wykazem usług – którego treści nie zmienił, nie uzupełnił i nie poprawił – pochodzących od Miasta Łodzi i Stowarzyszenia Obszaru Metropolitalnego Gdańsk-Gdynia-Sopot.

Natomiast bez znaczenia dla sprawy jest to, że z w toku postępowania odwoławczego z pola widzenia Zamawiającego, który wdał się w spór wywołany odwołaniem, najwyraźniej zniknęła treść podtrzymanego przez Cpoint wykazu usług, który nigdzie nie wspomina o „firmie Deloitte”, a tym bardziej nie wskazuje jej jako odbiorcy usług wykonanych przez R. K. – Doradztwo Gospodarcze.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przy czym nie budzi wątpliwości, że obejmuje to również sytuację niewykazania spełniania tych warunków, pomimo uprzedniego zastosowania art. 128 ust. 1 pzp. Zgodnie z tym przepisem 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.

Przy czym zgodnie z wypracowanym w doktrynie i orzecznictwie jednolitym stanowiskiem (na tle analogicznej regulacji zamieszczonej poprzednio w art. 26 ust. 3 ustawy pzp z 2004 r.) taka procedura uzupełnienia lub poprawienia dokumentów może być, z uwagi na zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zastosowana tylko jednokrotnie w odniesieniu do tego samego braku pierwotnie złożonych oświadczeń lub dokumentów.

W okolicznościach tej sprawy zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), jest nie tylko bezzasadny, ale wręcz bezprzedmiotowy.

W konsekwencji za bezzasadne należy uznać zarzuty naruszenia pozostałych przepisów wskazanych na wstępie odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 8 ust. 2 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. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się, na zasadzie § 5 ust. 1 rozporządzenia, uiszczony przez niego wpis.