

WYROK

z dnia 8 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2021 r. przez wykonawcę M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą K.M., EKO LUX Firma Usługowo Handlowa z siedzibą w Lesznie

w postępowaniu prowadzonym przez

Dzielnicowy Ośrodek Sportu i Rekreacji Dzielnicy Praga - Północ m.st. Warszawy

przy udziale wykonawcy AWIMA Spółka jawna B.W. z siedzibą w Józefowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą K.M., EKO LUX Firma Usługowo Handlowa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez M.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą K.M., EKO LUX, Firma Usługowo Handlowa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od M.K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą K.M., EKO LUX Firma Usługowo Handlowa na rzecz AWIMA Spółka jawna B.W. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2798/21

Zamawiający - Dzielnicowy Ośrodek Sportu i Rekreacji Dzielnicy Praga-Północ m.st. Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usługi sprzątania obiektów Dzielnicowego Ośrodka Sportu i Rekreacji Dzielnicy Praga-Północ m. st. Warszawy, z podziałem na trzy zadania” na podstawie ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 27 lipca 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00127529. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

#### I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - M.K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą K.M., EKO LUX Firma Usługowo Handlowa wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji wybór oferty wykonawcy Awima Sp. jawna B.W., zwanego dalej „Przystępującym”, jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędne zastosowanie i wezwanie Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy wykonawca złożył wraz z pismem z 13 sierpnia 2021 r. kompletny, niezawierający braków wykaz usług,
4. art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i umożliwienie Przystępującemu uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający stwierdził na podstawie wykazu usług złożonego wraz z pismem z 13 sierpnia 2021 r., że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i ponownej oceny ofert z uwagi na to, że Zamawiający wbrew przepisowi art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych nie odrzucił oferty Przystępującego, ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w części dotyczącej zadania nr 1 ofertę złożył Odwołujący i Przystępujący. 11 sierpnia 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do złożenia wykazu usług, o których mowa w punkcie 9.1.2.1 specyfikacji warunków zamówienia, według wzoru stanowiącego załącznik do specyfikacji warunków zamówienia oraz załączenia dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wraz z pismem z 13 sierpnia 2021 r. Przystępujący złożył podmiotowe środki dowodowe mające na celu potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykaz usług wraz z dołączonymi referencjami. W wykazie usług wymienił usługę sprzątania

obiektów basenowo-rekreacyjnych Ursynowskiego Centrum Sportu i Rekreacji. Z dołączonych referencji wystawionych przez dyrektora Ursynowskiego Centrum Sportu i Rekreacji wynika, że wykonawca zrealizował w terminie od 1 stycznia 2018 r. do 31 grudnia 2018 r. umowę

w zakresie kompleksowych usług czystości na trzech pływalniach mieszczących się przy ulicach: Koncertowej 4, Hirszfelda 11 i Pod Strzechą 4. Zgodnie z referencjami umowa ta została zrealizowana na łączną kwotę 747.883,84 zł brutto. Identyczną kwotę zrealizowanej usługi wykonawca przedstawił w wykazie usług.

Zamawiający uznał warunek udziału w postępowaniu za spełniony wobec przedstawienia w wykazie usług dwóch zamówień na usługi sprzątnięcia obiektów basenowo-rekreacyjnych o powierzchni wewnątrz obiektów ponad 1500 m<sup>2</sup> i o wartościach przewyższającej 300.000,00 zł brutto każde i 18 sierpnia 2021 r. dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1.

19 sierpnia 2021 r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego o ponowną weryfikację referencji Przystępującego jako niespełniających warunków udziału w postępowaniu przedstawiając zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania na kompleksowe utrzymanie czystości w obiektach Ursynowskiego Centrum Sportu i Rekreacji (z podziałem na zadania) i wyborze

oferty Przystępującego za ceny: dla zadania nr 1 - Koncertowa: 229.672,96 zł brutto, dla zadania nr 2 - Aqua Relaks: 286.573,76 zł brutto, dla zadania nr 3 - Hirszfelda: 231.637,12 zł brutto, dla zadania nr 4 - sprzątnięcie i utrzymanie czystości w hali Arena Ursynów: 8.933,16 zł brutto. Z odpowiedzi Ursynowskiego Centrum Sportu i Rekreacji wynika, że w 2018 r.

w zakresie sprzątnięcia zawarte były trzy osobne umowy na każdy obiekt oraz jedna umowa na sprzątnięcie w trakcie i po imprezach, łącznie zawarto cztery umowy.

Mając na uwadze powyższe oraz treść warunku, o którym mowa w punkcie 9.1.2.1. specyfikacji warunków zamówienia, Zamawiający stwierdził, że zachodzi konieczność ponownego badania wykazu usług Przystępującego i zwrócił się, na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, do Ursynowskiego Centrum Sportu i Rekreacji o przesłanie skanów umów zawartych z Przystępującym. Zgodnie z treścią przesłanych przez Ursynowskie Centrum Sportu i Rekreacji skanów umów zostały one zawarte na okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2018 r.: umowa nr 198/VIII/2017, zadanie nr 1, usługa w ZOS Koncertowa, ul. Koncertowa 3 na kwotę 229.672,96 zł brutto; umowa nr 199/VIII/2017, zadanie nr 2, usługa w ZOS Aqua Relaks, ul. Pod Strzechą 3 na kwotę: 286.573,76 zł brutto; umowa nr 200/VIII/2017, zadanie nr 3, usługa w ZOS Hirszfelda, ul. Hirszfelda 11 na kwotę: 231.637,12 zł brutto; umowa nr 201/VIII/2017, zadanie nr 4, usługa Arena Ursynów, ul. Pileckiego 122 na kwotę: 8.933,16 zł brutto. Zamawiający stwierdził, że suma wartości ww. umów pokrywa się z kwotą wskazaną w wykazie usług złożonym 13 sierpnia 2021 r. r. Dowodzi to twierdzenia, że kwota wymieniona w wykazie usług jest sumą kwot trzech zamówień (trzech umów), a nie kwotą jednego zamówienia (jednej umowy).

Zgodnie z punktem 9.1.2.1. specyfikacji warunków zamówienia o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej - w zakresie zadania nr 1 wykonawca musi wykazać, że przez minimum 6 miesięcy wykonał lub wykonuje minimum dwa zamówienia polegające na kompleksowym sprzątnięciu krytych obiektów basenowo-rekreacyjnych, krytych zespołów basenowych lub krytych pływalni o powierzchni wewnątrz obiektów minimum 1500 m<sup>2</sup> i wartości zamówienia minimum 300.000,00 zł brutto (wymagania odnośnie okresu realizacji, powierzchni i wartości dotyczą każdego z wykazywanych zamówień oddzielnie). Zamawiający uznał, że usługa sprzątnięcia w obiektach basenowo-rekreacyjnych w Ursynowskim Centrum Sportu i Rekreacji nie spełnia warunku udziału postawionego w postępowaniu, gdyż składa się z trzech zamówień (trzech umów), a wartość żadnego z nich nie wynosi minimum 300.000,00 zł brutto.

Jeżeli wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający odrzuca ofertę, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem jeśli zamawiający na podstawie ustanowionych warunków uznał, że wykonawca ich nie spełnia, to był zobligowany odrzucić ofertę wykonawcy.

W ocenie Odwołującego zachowanie Przystępującego polegające na niedozwolonym zsumowaniu trzech zamówień i przedstawieniu ich celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu należało ocenić jako zamierzone działanie wprowadzające w błąd, które miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - gdyby nie interwencja Odwołującego, w mocy utrzymałaby się decyzja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, w związku z powyższym Zamawiający powinien skorzysta z uprawnienia przysługującego mu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i wykluczyć Przystępującego

z postępowania. Przesłanka wykluczenia zawarta w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy wprowadzenia w błąd zamawiającego przy wykazywaniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Zamawiający, pomimo uznania, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, wezwał wykonawcę, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług.

W istocie wezwanie to zmierzało do wskazania przez wykonawcę innego zamówienia

polegającego na kompleksowym sprzątnięciu krytych obiektów basenowo-rekreacyjnych, krytych zespołów basenowych lub krytych pływalni o powierzchni wewnątrz obiektów minimum 1500 m<sup>2</sup> i wartości zamówienia minimum 300.000,00 zł brutto. Przystępujący złożył nowy wykaz usług wskazując na wykonanie, poza zamówieniem o wartości 304.517,27 zł brutto wykonanym na rzecz Dzielnicowego Ośrodka Sportu i Rekreacji Warszawa, zamówienie

o wartości 492.449,12 zł, które nie było ujęte w złożonym 13 sierpnia 2021 r. wykazie usług. Po dokonaniu oceny nowego wykazu usług Zamawiający stwierdził, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej określony w punkcie 9.1.2.1. specyfikacji warunków zamówienia, ponieważ wykazał wykonanie dwóch zamówień o wartości 304.517,27 zł brutto i 492.449,12 zł brutto udzielonych mu odpowiednio w latach 2019-2020 i 2018-2019 przez Zamawiającego, wypełniając wymagania zawarte w warunku. W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1, która to oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamiast dokonać odrzucenia oferty Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do „uzupełnienia” wykazu usług. Czynność ta była niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, ponieważ przepis art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadkach, gdy wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne, lub zawierają błędy. Wykładania językowa i celowościowa przepisu art. 128 ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że oświadczenia i dokumenty, z których nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie mogą być uznane za oświadczenia i dokumenty

niezłożone, niekompletne lub zawierające błędy. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. odpowiadająca art. 128 ustawy Prawo zamówień publicznych regulacja zawarta była w art. 26 ust. 3 i 4. Stosowanie przepisu art. 128 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno zatem odpowiadać zasadom wypracowanym w orzecznictwie unijnym, wydanym na tle obu dyrektyw, a także w orzecznictwie krajowym. Zasady stosowania przepisu art. 51 dyrektywy 2004/18/WE zostały podsumowane w wyroku TSUE z 4 maja 2017 r.

w sprawie C-387/14 Esaprojekt. W wyroku tym Trybunał wskazał, że z orzecznictwa unijnego wynika, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym, co do zasady, oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Trybunał zaznaczył jednak, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości nie stoją na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki. W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, żeby żądanie wyjaśnienia oferty nie prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty. Ponadto instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować kandydatów w sposób równy

i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano. Trybunał uznał, że art. 51 dyrektywy 2004/18/WE i zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania nie pozwalają na to, by wykonawca po upływie terminu składania ofert lub wniosków przedstawił w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumenty, których jego pierwotna oferta nie zawierała, takie jak umowa dotycząca zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy

zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. Takie uzupełnienie Trybunał Sprawiedliwości uznał za istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, warunkującą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty i przez to niedopuszczalną.

Zamawiający wzywając Przystępującego do „uzupełnienia” wykazu usług dokonał błędnego zastosowania tego przepisu, ponieważ wykonawca złożył 13 sierpnia 2021 r. wykaz, który był kompletny i nie zawierał braków, a Zamawiający na podstawie złożonego wykazu usług oraz wyjaśnień złożonych przez Ursynowskie Centrum Sportu i Rekreacji nie miał wątpliwości, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji powinien był odrzucić ofertę tego wykonawcy.

Zamawiający swoim działaniem naruszył także przepis art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych statuujący zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wywodzone jest bowiem z podejmowania przez zamawiającego w sposób niezajdujący uzasadnienia w określonych w dokumentach zamówienia wymaganiach lub przepisach prawa, a w konsekwencji uprzywilejowujący jednego wykonawcę lub krąg wykonawców kosztem defaworyzowania innych. Ponadto na etapie badania i oceny ofert zamawiający, w celu zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zobowiązany jest także do zweryfikowania, czy występują podstawy do odrzucenia oferty, określone w art. 226 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, a „uzupełnienie” wykazu usług w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy z wykazu usług oraz oświadczenia złożonego przez Ursynowskie Centrum Sportu i Rekreacji wynikało, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W ten sposób zamawiający uprzywilejował wykonawcę względem pozostałych uczestników postępowania.

## II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości odwołanie oraz unieważnia decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz dokona ponownej czynności badania i oceny ofert.

## III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Awima Sp. jawna B.W. Wykonawca wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania.

Zdaniem Przystępującego wskazane przez Odwołującego uchybienia oraz zarzuty są w całości bezpodstawne i nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym, jak i prawnym. Wskazana w odwołaniu argumentacja Odwołującego w zakresie rzekomego naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest całkowicie pozbawiona uzasadnienia prawnego i wynika najprawdopodobniej z błędnej interpretacji przez Odwołującego art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Standardową procedurą w ramach ustawy Prawo zamówień publicznych jest, zgodnie z art. 274 ust. 1, wezwanie przez zamawiającego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wezwanie na gruncie art. 274 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zostało wystosowane do Przystępującego 11 sierpnia 2021 r., a Przystępujący przedłożył Zamawiającemu wszelkie wymagane podmiotowe środki dowodowe w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Następnie, 23 sierpnia 2021 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług. Drugi wykaz usług został zweryfikowany przez Zamawiającego w sposób pozytywny,

a sam Odwołujący nie kwestionuje w odwołaniu, że z jego treści wynika to, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 wniosek

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przestanki unieważnienia postępowania.

Przepis art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi transpozycję regulacji zawartej w art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 76 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE. Zgodnie z tymi przepisami, jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą - chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej - zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem, że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości.

Przepis art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy sytuacji, w której wykonawca: 1. nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu; 2. są one niekompletne; 3. zawierają błędy; 4. wymagają wyjaśnienia ich treści. Określonym w art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przypadkom odpowiada nałożenie na zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy odpowiednio do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, ich poprawienia lub uzupełnienia. Natomiast art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje uprawnienie zamawiającego do żądania od wykonawców udzielenia wyjaśnień dotyczących treści wymienionych w tym przepisie oświadczeń lub dokumentów. Użycie w przepisie kategorycznego sformułowania „wzywa” oznacza, że zamawiający nie ma dowolności w stosowaniu tego przepisu. Jeśli w określonym stanie faktycznym zostanie spełniona jedna z przesłanek warunkująca

stosowania tego przepisu (tak jak w niniejszej sprawie), zamawiający ma obowiązek wezwać

wykonawcę do odpowiednio złożenia, poprawienia lub uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów. Zgodnie z art. 128 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w odpowiedzi na wezwanie wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień ich złożenia. Oznacza to, że środki te powinny obrazować bieżącą sytuację podmiotową wykonawcy na dzień złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych,

a jednocześnie powinny potwierdzać, że na ten dzień stan w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły w stosunku do stanu z dnia złożenia oświadczenia.

Jakkolwiek w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązuje zasada

niezmienności oferty, podmiotowe środki dowodowe nie stanowią pierwotnej treści oferty sensu stricto, co zostało wielokrotnie potwierdzone przez orzecznictwo oraz wyrażone na gruncie ustawowym przez wprowadzenie do porządku prawnego art. 128 ustawy Prawo zamówień publicznych, które obligatoryjnie nakazują wezwać wykonawcę do „uzupełnienia” podmiotowych środków dowodowych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na tym, że Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu usług, podczas gdy wykonawca złożył kompletny, niezawierający braków wykaz usług oraz w zakresie zarzutu 239 ustawy Prawo zamówień publicznych - z treści uzasadnienia wynika, że Odwołujący sformułował zarzut na mylnym utożsamieniu treści oferty (oferowany przedmiot zamówienia) z dokumentami i oświadczeniami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu (sytuacja podmiotowa wykonawcy). O ile potocznie można przyjąć, że ofertą są wszystkie dokumenty i oświadczenia składane zamawiającemu, to takie pojęcie oferty nie ma odzwierciedlenia w normach ustawy Prawo zamówień publicznych i aktach wykonawczych.

Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu prowadzi do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, przy czym wykluczenie wykonawcy jest czynnością ostateczną, a przed jej dokonaniem na zamawiającym ciążyą ustawowe obowiązki zmierzające do ustalenia, czy wykonawca wymaganych zdolności zawodowych nie posiada. W ustalonym stanie sprawy będą to obowiązki ustanowione w art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące wezwania do złożenia wyjaśnień co do przedłożonego wykazu osób, bądź jego uzupełnienia lub poprawienia.

Dopuszczalność zmiany dokumentów podmiotowych została wprost wyartykułowana przez ustawodawcę - z art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika ustawowy obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia lub

dokumentu, kiedy złożone oświadczenie, czy dokument, nie potwierdza spełnienia określonego warunku i takie uzupełnienie nierzadko prowadzi do zmiany wykazywanego potencjału, jak miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Wykładnia postulowana przez Odwołującego prowadziłaby do całkowitego braku możliwości uzupełnienia złożonych oświadczeń i dokumentów, kiedy możliwość taka wynika wprost z treści cytowanej normy. W treści odwołania Odwołujący swoją argumentacją wypacza zupełnie sens art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i przedstawia dowolną interpretację tej normy, która jest sprzeczna zarówno z wykładnią literalną, jak i stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w tym zakresie.

Nie można podzielić również argumentacji Odwołującego dotyczącej wyroku TSUE w sprawie C-387/14, która opiera się na selektywnym zacytowaniu fragmentów wyroku z pominięciem problemu prawnego, który był jego przedmiotem. Wyrok dotyczył bowiem dokumentów, których nie zawierała pierwotna oferta, takich jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności

i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia, a w wyniku uzupełnienia dokumentów zamawiający dowiedział się o zmianie sytuacji podmiotowej wykonawcy - zamówienie nie byłoby realizowane indywidualnie przez wykonawcę, a za pomocą innego podmiotu, na którego zasoby nie powołano się w ofercie. Trybunał uznał to za znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty, która w sposób nieuzasadniony potraktowałaby danego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów. W konsekwencji zmiana strony podmiotowej nie powinna być dopuszczalna na gruncie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Tym niemniej z analizowanych przepisów Trybunał nie wywiódł generalnego zakazu dokonania uzupełnienia o inne dokumenty czy oświadczenia, gdy okaże się, że pierwotnie złożone nie są wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wręcz przeciwnie - nie jest zabronione powoływanie się na własne doświadczenie (i inne kwalifikacje podmiotowe), nawet niewskazane wcześniej, w sytuacji niespełnienia warunków przez powołany podmiot trzeci.

W zakresie zarzutu 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - skoro nie budzi wątpliwości, że oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien dokonać na podstawie wykazu usług złożonego na wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wcześniejszy wykaz Zamawiający co prawda ocenił jako niepotwierdzający posiadania doświadczenia przez Przystępującego, natomiast to wykaz złożony w trybie naprawczym, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, stanowił podstawę do wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący nie kwestionuje okoliczności, iż Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu po uzupełnieniu wykazu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na umożliwieniu Przystępującemu uzupełnienia wykazu usług w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to wbrew temu co podnosi Odwołujący rażącym naruszeniem prawa, a tym samym zasad uczciwej konkurencji byłoby niezastosowanie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, kiedy ziściły się wszystkie przesłanki do wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu i dodatkowo nie zachodzą żadne przesłanki negatywne, o których mowa w tym przepisie. A zatem Zamawiający miał obowiązek wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu. Ustawodawca postępując się sformułowaniem „zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie” nie postawia wątpliwości, że nie jest to czynność pozostawiona do decyzji zamawiającego, a bezwzględny obowiązek wynikający wprost z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, Zamawiający zażądał uzupełnienia tych samych dokumentów tylko raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co tym bardziej zagwarantowało zachowanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący bezpodstawnie przyjmuje, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego z uwagi na fakt, iż w wykazie złożonym na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jedna z usług (świadczona na rzecz Ursynowskiego Centrum Sportu i Rekreacji) nie spełniała określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych jest możliwe dopiero po zastosowaniu procedury, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Zamawiającego wykaz zawierał błędy rozumiane w tym sensie, że w wykazie usług winny znaleźć się dwie usługi o wartości zamówienia minimum 300.000 zł brutto każda realizowane w ramach jednego zamówienia (jednej umowy), natomiast wartość jednej z usług wskazanych w pierwotnym wykazie przez Przystępującego była sumą kwot trzech zamówień (trzech umów). W komentarzu UZP wskazano, że dokumenty zawierające błędy „są to dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełnienia odpowiednich wymagań”. Zatem rozumowanie Przystępującego jest dokładnie takie samo, jak doktryny i orzecznictwa.

Jedynie w uzasadnieniu odwołania Odwołujący bezpodstawnie wskazuje, że działanie Przystępującego należało ocenić jako działanie wprowadzające w błąd oraz wskazuje, że Zamawiający powinien skorzystać z uprawnienia przysługującego mu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i wykluczyć go z postępowania. Przystępujący przeczy twierdzeniom Odwołującego dotyczącym wprowadzenia w błąd Zamawiającego, jednak Izba powinna pozostawić bez rozpatrzenia argumentację Odwołującego w tym zakresie, a to z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie sformułował w tym zakresie żadnego zarzutu. Przy czym Odwołujący pomija, że, aby Zamawiający mógł w ogóle badać kwestię wystąpienia tej przesłanki, najpierw musi ją określić w dokumentach zamówienia, przesłanka ta bowiem jest przesłanką fakultatywną. Natomiast Zamawiający takiej przesłanki nie przewidział. W rozdziale 8. specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający przewidział, oprócz obligatoryjnych przesłanek wykluczenia (art. 108 ust. 1), jedynie przesłankę fakultatywną określoną w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powoduje to, że badanie przez Izbę przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezprzedmiotowe.

Należy też uznać za bezpodstawne i nieudowodnione przez Odwołującego twierdzenia, że również pierwotnie złożony przez Przystępującego wykaz nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, Odwołujący nie wykazał faktu, że wykaz usług złożony 13 sierpnia 2021 r. zawierał nieprawdziwe informacje.

W związku z powyższym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i powinno zostać oddalone.

#### IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść specyfikacji warunków zamówienia, treść obu przedstawionych przez Przystępującego wykazów usług, treść wezwania do uzupełnienia wykazu usług oraz zakres umów zawartych przez

#### Przystępującego

z Ursynowskim Centrum Sportu i Rekreacji nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego oraz pism i stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła

i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego

niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

3. art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wezwanie Przystępującego do uzupełnienia wykazu usług w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału

w postępowaniu, podczas gdy wykonawca złożył kompletny, niezawierający braków wykaz usług,

4. art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie

i umożliwienie Przystępującemu uzupełnienia wykazu usług w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający stwierdził na podstawie

wykazu usług złożonego wraz z pismem z 13 sierpnia 2021 r., że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W treści odwołania Odwołujący wskazał także dodatkowo, że Zamawiający powinien skorzystać z uprawnienia przysługującego mu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i wykluczyć Przystępującego z postępowania ze względu na złożenie informacji wprowadzających w błąd.

Wskazane przepisy stanowią:

Art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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.

Art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

W rozdziale 9. „Informacje o warunkach udziału w postępowaniu”, punkt 9.1.2.1 specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, tj. w zakresie zadania nr 1 wykonawca musi wykazać, że przez minimum 6 miesięcy wykonał lub wykonuje minimum dwa zamówienia polegające na kompleksowym sprzątnięciu krytych obiektów basenowo-rekreacyjnych, krytych zespołów basenowych lub krytych pływalni o powierzchni wewnątrz obiektów minimum 1500 m<sup>2</sup> i wartości zamówienia minimum 300.000,00 zł brutto (wymagania odnośnie okresu realizacji, powierzchni i wartości dotyczą każdego z wykazywanych zamówień oddzielnie).

Przystępujący, na wezwanie z 11 sierpnia 2021 r., dokonane w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przedstawił wykaz usług, w którym zawarł dwie pozycje:

1. Zespół Basenowo-Rekreacyjny o powierzchni wewnątrz obiektu 5.319,00 m<sup>2</sup> i wartości 304.517,27 złotych brutto - usługa wykonywana na rzecz Dzielnicowego Ośrodka Sportu i Rekreacji Warszawa, która nie była kwestionowana oraz

2. Obiekty basenowo-rekreacyjne USCiR, powierzchnia wewnątrz obiektu 4.126,60 m<sup>2</sup>, usługa wykonywana na rzecz Ursynowskiego Centrum Sportu i Rekreacji. Na potwierdzenie należytego wykonania przedstawił pismo dyrektora Ursynowskiego Centrum Sportu i Rekreacji, z którego wynikało, że zrealizował w terminie od 01.01.2018 do 31.12.2018 r. umowę w zakresie kompleksowych usług czystości na 3 pływalniach: pływalnia Koncertowa, pływalnia Hirszfelda, pływalnia Moczydło; umowa została zrealizowana na łączną kwotę 747.883,84 zł brutto.

Jak następnie ustalił Zamawiający - czemu Przystępujący nie zaprzeczał, usługa dla Ursynowskiego Centrum Sportu i Rekreacji wskazana w punkcie 2. wykazu w rzeczywistości składała się z 3 osobnych umów obejmujących różne lokalizacje, nr: 198/VIII/2017, zadanie nr 1, usługa w ZOS Koncertowa na kwotę 229.672,96 zł brutto; 199/VIII/2017, zadanie nr 2, usługa w ZOS Aqua Relaks na kwotę: 286.573,76 zł brutto; 200/VIII/2017, zadanie nr 3, usługa w ZOS Hirszfelda na kwotę: 231.637,12 zł brutto.

W konsekwencji 23 sierpnia 2021 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 9.1.2.1 specyfikacji warunków zamówienia.

Wezwany do uzupełnienia wykazu usług Przystępujący nie zgodził się z Zamawiającym, że wskazana realizacja nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazując, że brak podstaw do twierdzenia, że z dokumentacji postępowania wynika, że jedną umowę należy postrzegać jako jedno zamówienie, a Zamawiający nie wyjaśnił, co należy rozumieć pod pojęciem „zamówienia”, Zamawiający dokonał takiej interpretacji dopiero na etapie wezwania do uzupełnienia. Niemniej Przystępujący przedstawił nowy wykaz usług, w którym zawarł dodatkową realizację dla Dzielnicowego Ośrodka Sportu i Rekreacji na kwotę 492.449,12 zł brutto, powierzchnia 5.319,00 m<sup>2</sup>, którą Zamawiający zaakceptował jako spełniającą postawiony warunek.

Jak widać już z porównania samej treści przepisu art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzutów odwołania, przepis ten nie ma w ogóle zastosowania w niniejszej sprawie, gdyż zarzuty nie odnoszą się do oceny oferty według kryteriów oceny ofert. Podstawą odwołania, której ewentualną konsekwencją może być naruszenie kolejnych przywołanych przepisów, jest naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne dokonanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu usług, tj. w sposób niezgodny z tym przepisem. Zgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 1, 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.

Jak wynika z treści art. 128 ust. 1, do uzupełnienia wzywa się wykonawcę, jeżeli przedstawione przez niego dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub w ogóle nie zostały złożone. Zdaniem Odwołującego dokumenty Przystępującego, które nie zawierają błędów (merytorycznych, formalnych, pisarskich), jak też są kompletne (zostały przedstawione

w całości, wypełniono wszystkie wymagane rubryki), lecz nie potwierdzają spełnienia

postawionego przez Zamawiającego warunku, nie podlegają dyspozycji tego przepisu.

Kwestia możliwości i zasad uzupełniania dokumentów od wielu lat jest analizowana przez

orzecznictwo, w tym w szczególności w stosunku do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., którego bezpośrednim następcą jest art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. - zarówno pod kątem zgodności z aktualnymi w danym

okresie przepisami, jak też zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

- i orzecznictwo to wypracowało jednolite stanowisko, że zarówno rzeczony przepis, jak

i zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadzą do wniosku, że

przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., a obecnie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy interpretować w ten sposób, że za „błędy” lub też „niekompletność” dokumentu należy uznać także sytuację, w której wykonawca w wykazie wykonanych przez siebie usług/dostaw/robót budowlanych, wykazie posiadanego sprzętu lub osób, którymi dysponuje itd. nie ujął zasobu, którym dysponuje, czyli np. wszystkich realizacji, które mógł wykazać, a które spełniają wymagania zamawiającego. Wykazywanie się własnymi zasobami, w tym własnym doświadczeniem, nawet jeśli nie zostało ujęte w pierwotnym dokumencie, nie budzi takich wątpliwości etycznych, jakie kilka lat temu odnosiły się do późniejszego wskazywania zasobów podmiotu trzeciego - co stało się podstawą przywołanego przez Odwołującego orzeczenia TSUE w sprawie C-387/14. Dodatkowo postawą przyjęcia takiej interpretacji było uznanie, że - skoro wykonawcy mogą przedstawić dokument brakujący, czyli w sytuacji, gdy nie podali w wykazie usług żadnej realizacji - nie byłoby równym traktowaniem wykonawców, gdyby tym, którzy złożyli dokument, odmówić jego uzupełnienia w przypadku, gdy podali np. jedną realizację lub jedną prawidłową realizację.

W związku z powyższym Izba uznała, że wezwanie Przystępującego do uzupełnienia wykazu usług było prawidłowe i nie ma podstawy do odrzucenia jego oferty na podstawie art.

226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jeśli chodzi zaś o wskazywaną przez Odwołującego możliwość wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, to,

jak słusznie zauważył Przystępujący, w niniejszym postępowaniu taka przesłanka wykluczenia w ogóle nie istnieje, ponieważ Zamawiający nie przewidział jej w specyfikacji

warunków zamówienia.

W obecnym stanie prawnym przesłanki wykluczenia zawarte w art. 109 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych są przesłankami fakultatywnymi, zależnymi od woli zamawiającego, którą to jednak wolę zamawiający musi wyrazić na wstępie postępowania - zgodnie bowiem z art. 109 ust. 2, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jak wskazano powyżej, Zamawiający w niniejszym postępowaniu takich podstaw wykluczenia nie wskazał.

Co zaś do samej kwestii możliwości uznania umów zrealizowanych przez Przystępującego dla Ursynowskiego Centrum Sportu i Rekreacji - Izba nie dokonywała analizy tej realizacji ze względu na fakt, że Zamawiający ostatecznie dokonał wyboru oferty Przystępującego na podstawie innych usług, a samo wezwanie do uzupełnienia Izba uznała za zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem jedynie na marginesie Izba wskazuje, że w przypadku tym ma zastosowanie interpretacja zawarta w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w przywołanej powyżej sprawie C-387/14 Esaprojekt, odpowiedź na pytanie nr 5: „Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich.” Zatem istotne są tu przede wszystkim same postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, jak też okoliczności zawarcia i realizacji poszczególnych umów - oraz na ile składają się one na jedną całość. Z przywołanych przez Strony okoliczności sprawy wynika, że Ursynowskie Centrum Sportu i Rekreacji wyłoniło Przystępującego

w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania przetargowego, w którym dopuszczono składanie ofert częściowych, zatem samo zawarcie jednej łącznej lub trzech osobnych umów mogło być już jedynie kwestią techniczną. Również z konstrukcji poświadczenia wykonania usługi wystawionego przez dyrektora Ursynowskiego Centrum Sportu i Rekreacji wynika, że powyższe było traktowane jako jedna usługa.

Tym samym nie jest wykluczone, że Zamawiający mógł również zaakceptować przedmiotową realizację jako spełniającą jego wymóg. Niemniej jednak Izba zauważa, że zgodnie z dobrymi obyczajami jest, aby wykonawca taką okoliczność zaznaczył zamawiającemu przedstawiając wykaz realizacji, aby zamawiający mógł dokonać własnej oceny, czy dana realizacja składająca się z kilku umów jego wymóg spełnia.

W związku z powyższym Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał zarzucanych Zamawiającemu naruszeń i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1, § 5, § 8 ust. 2 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 7.500 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane

z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący, a Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz: 1) zamawiającego albo 2) uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, albo 3) zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania.

W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 7.500 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący: .....