

WYROK

z dnia 25 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Marek Bienias
Danuta Dziubińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych P. K.”, Goszków 33/1, 74-505 Mieszkowice oraz działający jako zarządca sukcesyjny na rachunek „Zakładu Usług Leśnych J. K. w spadku”, Goszków 33/1, 74-505 Mieszkowice oraz S. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MATIMAR, Siekierki 16, 74-520 Cedynia,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Mieszkowice, ul. Moryńska 1, 74-505 Mieszkowice,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, tj. konsorcjum: P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych P. K.”, Goszków 33/1, 74-505 Mieszkowice oraz działający jako zarządca sukcesyjny na rachunek „Zakładu Usług Leśnych J. K. w spadku”, Goszków 33/1, 74-505 Mieszkowice oraz S. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MATIMAR, Siekierki 16, 74-520 Cedynia, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego, tj. konsorcjum: P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych P. K.”, Goszków 33/1, 74-505 Mieszkowice oraz działający jako zarządca sukcesyjny na rachunek „Zakładu Usług Leśnych J. K. w spadku”, Goszków 33/1, 74-505 Mieszkowice oraz S. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MATIMAR, Siekierki 16, 74-520 Cedynia, na rzecz zamawiającego: Skarb Państwa- Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Mieszkowice, ul. Moryńska 1, 74-505 Mieszkowice, kwotę 5 103 zł 89 gr (słownie: pięć tysięcy sto trzy złote osiemdziesiąt dziewięć zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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 2098/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Mieszkowice, ul. Moryńska 1, 74-505 Mieszkowice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług leśnych w Nadleśnictwie Mieszkowice, związanych z usuwaniem skutków lokalnej klęski - leśnictwa: Brwice i Witniczka w 2022 r.”, numer referencyjny: SA.270.1.6.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej w dniu 30.05.2022 r., nr 2022/S 103- 289523.

Pismem z dnia 05.08.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako

najkorzystniejszej oferty konsorcjum: Zakład Usług Leśnych P. E. oraz Zakład Usług Leśnych KROKUS H. P. .

W dniu 10.08.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych P. K.”, Goszków 33/1, 74-505 Mieszkowice oraz działający jako zarządca sukcesyjny na rachunek „Zakładu Usług Leśnych J. K. w spadku”, Goszków 33/1, 74-505 Mieszkowice oraz S. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MATIMAR, Siekierki 16, 74-520 Cedynia (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. konsorcjum pomimo, że nie wniosło ono wadium w sposób prawidłowy,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. konsorcjum, pomimo że nie złożyło ono w przewidzianym terminie, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, podmiotowego środka dowodowego w postaci referencji, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„W KWESTII NIEPRAWIDŁOWEJ GWARANCJI WADIALNEJ

1. Konsorcjum złożyło w postępowaniu gwarancję wadialną, która nie zabezpieczyła skutecznie prawa Nadleśnictwa do uzyskania zapłaty wadium. Wada gwarancji polega na tym, że uniemożliwia ona ściągnięcie środków od gwaranta w pełnym okresie związania ofertą. (...)

3. Na zabezpieczenie wadium Konsorcjum przedstawiło gwarancję wystawioną przez Uniqa

TU S.A. Zgodnie z postanowieniami dokumentu, gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić wskazaną kwotę w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego, pisemnego wezwania (§2.2. gwarancji). Wezwanie do zapłaty powinno być pod rygorem nieważności podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu

beneficjenta (§3.1. gwarancji). Zgodnie z §3.2. gwarancji, wezwanie należy dostarczyć na adres Gwaranta przy ul. Gdańskiej 132 w Łodzi. Gwarancja wygaśnie z końcem dnia 28 września 2022r., jeżeli wezwanie do zapłaty nie zostanie dostarczone gwarantowi w tym terminie (§4 gwarancji).

4. Analiza postanowień gwarancji prowadzi do wniosku, że okres ochrony interesów beneficjenta, wymagany w postanowieniach Specyfikacji, jest faktycznie krótszy niż żądany przez Zamawiającego. Wynika to z warunków stawianych przez gwaranta odnośnie sposobu sformułowania i przesłania wezwania do zapłaty. Wezwanie musi bowiem w formie pisemnej dotrzeć do siedziby ubezpieczyciela w Łodzi do końca dnia 28 września 2022r. Wobec wymogów gwaranta, nie istnieje realnie możliwość skorzystania przez beneficjenta z gwarancji w pełnym okresie ochrony wobec czasu potrzebnego na dostarczenie wezwania do zapłaty. Oświadczenie o powstałych warunkach do wypłaty musiałyby zostać wyrażone w taki sposób, aby zdążyło pojawić się we wskazanym miejscu w terminie, co z kolei powoduje, że ochrona interesów zamawiającego przypadająca na dzień 28 września 2022r. jest iluzoryczna, faktycznie nie istnieje. W rezultacie zabezpieczenie konieczne do realizacji funkcji wadium nie pozostaje w dyspozycji Nadleśnictwa przez wymagany czas. (...)

W KWESTII SPÓŹNIONEGO PRZEDSTAWIENIA PODMIOTOWEGO ŚRODKA DOWODOWEGO

6. Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji, jednym z warunków udziału w postępowaniu było posiadanie doświadczenia w postaci zrealizowanych usług z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości 500.000 zł brutto. Zamawiający zobowiązał oferentów do złożenia w powyższym zakresie wykazu usług oraz, jako dowodu potwierdzającego ich należyte wykonanie, stosownych referencji. W oświadczeniu JEDZ członkowie Konsorcjum powołali się na doświadczenie wynikające z usług zrealizowanych na rzecz Nadleśnictwa Trzciel w okresie od dnia 1 stycznia 2021r. do dnia 31 października 2021r. Taki sam czasowy zakres referencyjny usług został określony w wykazie - załączniku nr 9 do SWZ złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 lipca 2022r. Wraz z wykazem Konsorcjum złożyło referencje z dnia 3 lutego 2022r., z których wynikało jednak, że umowa z Nadleśnictwem Trzciel miała trwać do końca 2021r.

W związku z powyższym, mając na uwadze wewnętrzną sprzeczność dokumentacji przedstawionej przez Konsorcjum, Nadleśnictwo pismem z dnia 21 lipca 2022r. wezwało oferentów do udzielenia wyjaśnień odnośnie rozbieżności. Zamawiający oczekiwał jednoznacznego wskazania, na jaki okres referencyjny wykonanych usług Konsorcjum powołuje się dowodząc wymagane doświadczenia.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Konsorcjum wyjaśniło, że wykazując wymagane doświadczenie powołuje się na cały okres umowy obowiązującej w Nadleśnictwie Trzciel. Wraz z pismem datowanym na 25 lipca 2022r. nie przedstawiono jednak żadnego dowodu potwierdzającego prawidłowość realizacji usług we wskazanym, wydłużonym okresie referencyjnym (1 stycznia - 31 grudnia 2021). Wręcz przeciwnie, Konsorcjum przedstawiło dodatkowe referencje datowane na dzień 10 listopada 2021r., przy czym wciąż ich ramy czasowe nie korespondowały ze wskazanymi w załączniku nr 9 do SWZ.

Co do pełnego okresu referencyjnego deklarowanych usług wykonawca, wbrew wymaganiom Specyfikacji, złożył jedynie własne oświadczenie o należytych świadczeniach. Uzupełniające, jeszcze jedne referencje Konsorcjum dostarczyło do Nadleśnictwa dopiero w odpowiedzi na ponowne wezwanie Zamawiającego datowane na dzień 2 sierpnia 2022r. Tym samym Konsorcjum faktycznie, wbrew powszechnie przyjętej w orzecznictwie zasadzie „jednokrotnego wezwania”, skorzystało z dodatkowej szansy przedstawienia podmiotowego środka dowodowego. Dokument ten, trzeci z kolei spośród wszystkich referencji złożonych przez Konsorcjum, powinien jednak trafić do akt postępowania ostatecznie wraz z udzieleniem odpowiedzi na pierwsze wezwanie, tj. wraz z pismem Konsorcjum z dnia 25 lipca 2022r. Należy zatem dojść do wniosku, że w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, w ramach zasady „jednokrotnego wezwania”, Konsorcjum nie przedstawiło wymaganego podmiotowego środka dowodowego.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty ww. konsorcjum oraz jej odrzucenia.

Pismem z dnia 23.08.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 672) obejmujące prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna.

W pkt 7.1.4) a) specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „swz”) zamawiający wskazał, że warunek zdolności technicznej lub zawodowej spełni wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy), na podstawie jednej lub większej ilości umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto.

W pkt 9.2. swz zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:

a) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat (wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu (rodzaju wykonanych usług), dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług) i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wzór wykazu wykonanych usług stanowi Załącznik nr 9 do SWZ).

b) dowodów określających, czy wskazane przez wykonawcę w wykazie usługi w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodami, o których mowa powyżej są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

W pkt 11 swz wskazano, że:

11.1. Zamawiający wymaga wnieścia wadium w wysokości 50.000,00 zł. Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert i utrzymywać nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy Pzp.

11.4. Z treści wadium wnoszonego w formie: gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczeń udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości powinno wynikać bezwarunkowe, na pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy PZP.

W pkt 12.1. swz zamawiający wskazał, że wykonawca związany jest ofertą przez 90 dni od dnia upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 28.09.2022 r.

W postępowaniu ofertę złożył odwołujący oraz konsorcjum: Zakład Usług Leśnych P.

E. oraz Zakład Usług Leśnych KROKUS H. P. (dalej: konsorcjum „Pabin”). Konsorcjum P. dołączyło do oferty gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium wystawioną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A, w której wskazano m.in.:

§1 pkt 1. Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty maksymalnie do sumy gwarancyjnej określonej w § 1.

§ 3 pkt 1. Wezwanie do zapłaty winno być pod rygorem nieważności podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta ze wskazaniem podstawy tego uprawnienia oraz zawierać wskazanie rachunku bankowego Beneficjenta, na który ma nastąpić zapłata z niniejszej gwarancji.

2. Wezwanie do zapłaty należy doręczyć na adres Gwaranta: UNIQA TU S.A., Centrum Pomocy, Roszczenia z Gwarancji, ul. Gdańska 132, 90-520 Łódź.

§ 4 Niniejsza gwarancja ważna jest w okresie od 01 lipca 2022 r. do 28 września 2022 r. włącznie (zwanym dalej „okresem ważności gwarancji”) i wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli wezwanie do zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta nie zostanie doręczone Gwarantowi w ww. terminie.

Pismem z dnia 08.07.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum P. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia.

W odpowiedzi konsorcjum P. złożyło m.in. wykaz usług, w którym wskazało dwie usługi (po jednej wykonanej przez każdego z konsorcjantów) wykonywane na rzecz Nadleśnictwa Trzciel w okresie: 08.01.2021 r. - 31.10.2021 r. o wartości 809.169,22 zł brutto oraz 718.019,92 zł brutto. Do wykazu dołączono referencje z dnia 03.02.2022 r., w których Nadleśnictwo Trzciel wskazało m.in. wartość usług wykonanych przez każdego z członków konsorcjum na podstawie umowy zawartej na okres 08.01.2021 r. - 31.12.2021 r.

Pismem z dnia 21.07.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum P. do złożenia wyjaśnień, wskazując jednocześnie swoje wątpliwości dotyczące złożonego wykazu i referencji:

„Przedłożona przez Konsorcjum referencja, wystawiona przez Nadleśnictwo Trzciel w dniu 03.02.2022 r. potwierdza należyte wykonanie wskazanych w wykazie usług za okres od 08.01.2021 do 31.10.2021 r., podczas gdy z jej treści wynika, że umowa, której dotyczą wskazane w wykazie usługi została zawarta na okres 08.01.2021 do 31.12.2021 r. Poza tym w wykazie wykonanych usług Konsorcjum również podało, że wskazane w nim usługi były wykonywane w okresie 08.01.2021r. do 31.10.2021r. W związku z powyższym zachodzi wątpliwość, dlaczego przedłożona przez Konsorcjum referencja oraz informacje zawarte w wykazie wykonanych usług dotyczą okresu od 08.01.2021 do 31.10.2021r., skoro umowa, na podstawie której te usługi były realizowane została zawarta na okres 08.01.2021 do 31.12.2021r. i w dniu wystawienia referencji tj. 03.02.2022r. powinna być już zrealizowana? Jeżeli usługi wskazane w wykazie wykonanych usług zgodnie z zawartą umową były realizowane do dnia 31.12.2021r., to Konsorcjum powołując się na doświadczenie zdobyte w związku z realizacją tej umowy powinno było wskazać jako datę wykonania wskazanych usług - 31.12.2021r. Konsorcjum nie wykazywało doświadczenia w realizacji usług w zakresie gospodarki leśnej, które jeszcze realizuje. Referencja została wystawiona w dniu 03.02.2022 r. czyli kiedy umowa, której dotyczy powinna być już wykonana. Dlaczego więc przedłożona referencja nie potwierdza należytego wykonania umowy realizowanej do dnia 31.12.2021r., tylko do dnia 31.10.2021r.”

Pismem z dnia 25.07.2022 r. konsorcjum P. złożyło wyjaśnienia: „Wykonawca nie jest autorem referencji. Umowa, jak i prace były wykonywane w okresie od 08.01.2021 r. do

31.12.2021 r. Referencje przedłożone w przetargu zostały wcześniej pozyskane na potrzeby innego przetargu organizowanego w lutym 2022. Nadleśnictwo Trzciel podczas wystawiania referencji w dniu 03.02.2022 r., powołało się na wcześniej wydane już referencje, które pozyskane zostały w dniu 10.11.2021 r., dlatego obejmują zakres od 08.01.2021 r. do

31.10.2021 r. Jednakże jako Wykonawcy oświadczamy, że nasze usługi wykonywane były w sposób należyty do końca trwania umowy tj. do dnia 31.12.2021 r. W załączeniu przesyłamy ww. referencje pozyskane w dniu 10.11.2021 r.” Konsorcjum P. dołączyło też do wyjaśnień referencje z dnia 10.11.2021 r.

Pismem z dnia 02.08.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum P. do uzupełnienia poprawionego wykazu wykonanych usług w zakresie dat wykonania wskazanych w nim usług oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług. W uzasadnieniu zamawiający wskazał: „Na podstawie udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień można stwierdzić, że przedłożony przez niego wykaz wykonanych usług sporządzony wg załącznika nr 9 do SWZ zawiera nieprawidłowe daty wykonania wskazanych w nim usług tj. od 08.01.2021 do 31.10.2021, podczas gdy wskazane w nim usługi były realizowane na rzecz Nadleśnictwa Trzciel w okresie od 08.01.2021 r. do 31.12.2021 r. Z kolei przedłożona referencja nie potwierdza, że w całym okresie realizacji tj. od 08.01.2021 r. do 31.12.2021 r. wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należyście. Przedłożona przez Wykonawcę referencja powinna potwierdzać należyte wykonanie wskazanych w/w wykazie usług za okres od dnia 08.01.2021 do

31.12.2021 r., a nie za okres 08.01.2021 do 31.10.2021 r., kiedy usługi te były jeszcze wykonywane. Wskazane przez Wykonawcę usługi zostały wykonane w dniu 31.12.2021 r. i Wykonawca powinien był przedłożyć dowody potwierdzające ich należyte wykonanie za cały okres ich realizacji, a nie do dnia 31.10.2021 r.”

W odpowiedzi konsorcjum P. złożyło wykaz usług oraz referencje z dnia 03.08.2022 r. z datami wykonywania usług: 08.01.2021 r. - 31.12.2021 r. oraz wartościami wykonywanych usług: 963.929,31 zł brutto i 782.037,41 zł brutto.

Pismem z dnia 05.08.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum P. .

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 97 ust. 1 i 5 ustawy Pzp:

1. Zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.

5. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki nieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz pkt 14 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

14) wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Odnosząc się do kwestii wniesienia wadium przez konsorcjum P., w pierwszej

kolejności należy zauważyć, że podniesiony w odwołaniu zarzut nie dotyczy w istocie tego, czy złożona gwarancja ubezpieczeniowa obejmuje okres związania ofertą. Okres ten bowiem został w gwarancji prawidłowo wskazany. Problem poruszony w odwołaniu dotyczy natomiast tego, kiedy zamawiający będzie mógł wystąpić do gwaranta z roszczeniem w przypadku wystąpienia przesłanek zatrzymania wadium i czy opisana w gwarancji procedura wystąpienia z tym roszczeniem, tj. konieczność pisemnego zgłoszenia roszczenia w terminie związania ofertą, zabezpiecza ofertę w tym okresie, a zwłaszcza w ostatnim dniu tego okresu.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że kwestia procedury wystąpienia do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium nie została uregulowana w przepisach ustawy Pzp. Przepisy ustawy nie rozróżniają także terminu związania ofertą od terminu wystąpienia do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium. Art. 97 ust. 5 ustawy Pzp stanowi jedynie, że wadium utrzymuje się nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą (z zastrzeżeniem wyjątków). Przepis ten nakłada zatem na wykonawców obowiązek wniesienia wadium na cały okres związania ofertą, co w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej oznacza, że gwarancja musi zachowywać ważność przez cały ten okres. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują natomiast żadnych obowiązków w kontekście procedury wystąpienia z żądaniem zapłaty wadium. Stąd też w sytuacji, gdy gwarant - jak w niniejszym przypadku - zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty maksymalnie do sumy gwarancyjnej, co do zasady nie ma podstaw prawnych do kwestionowania postanowień gwarancji dotyczących wystąpienia z roszczeniem przez zamawiającego.

Dodatkowo należy podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wprost przewidział w pkt 11.4. swz, że: „Z treści wadium wnoszonego w formie: gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczeniach udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej

Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, powinno wynikać bezwarunkowe, na pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą [podkreślenie własne KIO], zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy PZP”. Tym samym w niniejszej sprawie sam zamawiający doprecyzował, że treść gwarancji wadium powinna przewidywać zgłoszenie roszczenia wypłaty wadium w terminie związania ofertą, a odwołujący tego postanowienia swz nie kwestionował. Powyższe przesądza o tym, że treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez konsorcjum P. i wskazującej na konieczność dotarcia wezwania do zapłaty wadium do gwaranta najpóźniej w ostatnim dniu okresu związania ofertą, jest prawidłowa.

Nie można także zgodzić się z oceną odwołującego dotyczącą wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22.04.2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 13/22. Wyrok ten rzeczywiście nie odnosi się do stanu faktycznego identycznego jak w przedmiotowej sprawie, gdyż dotyczy sytuacji, w której zamawiający przewidział w swz możliwość zgłoszenia żądania zapłaty wadium po upływie terminu związania ofertą. Niemniej jednak nie można pominąć, że ww. wyrok Sądu Okręgowego dotyczy kwestii prawidłowości treści gwarancji wadium w kontekście procedury wystąpienia z żądaniem zapłaty wadium i terminu związania ofertą. Należy zatem podkreślić, że w orzeczeniu tym Sąd podzielił stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku z dnia 17.12.2021 r., sygn. akt KIO 3482/21 i wskazał, że „art. 97 ust. 5 p.z.p. określa cezurę czasową dla utrzymania wadium, co w praktyce oznacza, że gwarancja wadium powinna zachowywać ważność do końca terminu związania ofertą, zamawiający zaś wywołał skutek prawnie zakazany w postaci konieczności zabezpieczenia oferty wadium ponad ten termin”. Tym samym Sąd uznał za niedopuszczalne postanowienia swz skutkujące koniecznością utrzymywania wadium przez okres dłuższy niż termin związania ofertą, a także ocenił postanowienia przewidujące ważność gwarancji wadium w okresie związania ofertą jako wystarczające. W tym zakresie wywody poczynione przez Sąd odnoszą się także do niniejszej sprawy, zwłaszcza w związku z podniesioną przez odwołującego argumentacją, że konieczność zgłoszenia żądania wypłaty wadium w terminie związania ofertą czyni zabezpieczenie oferty iluzorycznym w ostatnim dniu tego terminu. Jak wynika z ww. wyroku, stanowisko Sądu Okręgowego jest w tym zakresie odmienne.

Wobec poczynionych ustaleń, w tym treści art. 97 ust. 5 ustawy Pzp i treści pkt 11.4. swz, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do uznania gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez konsorcjum P. za wadliwą, co oznacza, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestii złożenia przez konsorcjum P. podmiotowego środka dowodowego w postaci referencji, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w przypadku żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie

spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający wzywa wykonawcę do ich złożenia na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie - w przypadku braku złożenia lub wadliwości złożonych przez wykonawcę środków - zamawiający wzywa do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Należy przy tym zauważyć, że wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, zatem dopiero wyczerpanie procedury wynikającej z tego przepisu, daje podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli nie złożył on, nie poprawił lub nie uzupełnił wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Przy czym zgodnie z jednolitą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może być skierowane do wykonawcy tylko raz w zakresie danej informacji, oświadczenia lub dokumentu.

Wobec opisanego stanu prawnego należy zatem zwrócić uwagę na chronologię wydarzeń w niniejszym postępowaniu:

- 1) 08.07.2022 r. - wezwanie w oparciu o art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych; w odpowiedzi konsorcjum P. złożyło wykaz usług i referencje z datami wykonania usług niepokrywającymi się z okresem obowiązywania umowy, na podstawie której usługi te były wykonywane,
- 2) 21.07.2022 r. - wezwanie w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu usług i referencji; w odpowiedzi konsorcjum P. wskazało jako przyczynę niewłaściwego wskazania dat treść poprzednich referencji z 10.11.2021 r., na których niezasadnie oparł się wystawca referencji i na potwierdzenie tego faktu dołączyło z własnej inicjatywy te właśnie referencje z 10.11.2021 r.,
- 3) 02.08.2022 r. - wezwanie w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia poprawionego wykazu usług w zakresie dat wykonania tych usług oraz w zakresie dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług; w odpowiedzi konsorcjum P. złożyło poprawiony wykaz usług oraz nowowystawione referencje z właściwymi, tj. zbieżnymi z okresem obowiązywania umowy, datami wykonania tych usług.

W świetle powyższego przede wszystkim należy zwrócić uwagę na to, że każde z ww. wezwań zamawiającego było oparte na innej podstawie prawnej i dopiero ostatnie z nich z dnia 02.08.2022 r. zostało skierowane do konsorcjum P. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Dopiero też w tym ostatnim wezwaniu zamawiający żądał od ww. wykonawcy „uzupełnienia poprawionego wykazu wykonanych usług w zakresie dat wykonania wskazanych w nim usług oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w nim usług”.

Podstawą prawną wcześniejszego wezwania z dnia 21.07.2022 r. był natomiast art. 128 ust. 4 ustawy Pzp i w wezwaniu tym zamawiający żądał od konsorcjum P. jedynie wyjaśnień dotyczących rozbieżności w datach obowiązywania umowy i wykonania usług. To, że konsorcjum P. udzielając odpowiedzi na ww. pismo jednocześnie dołączyło z własnej inicjatywy referencje z dnia 10.11.2021 r., nie zmienia faktu, że zamawiający w piśmie tym wzywał wykonawcę wyłącznie do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

Z powyższego wynika, że odwołujący niezasadnie utożsamia treść pisma z dnia 21.07.2022 r. z wezwaniem do uzupełnienia poprawionego wykazu usług i referencji. Jak wskazano już wyżej, wezwania z dnia 21.07.2022 r. i z dnia 02.08.2022 r. były oparte na różnych podstawach prawnych i zawierały różne żądania zamawiającego. Dopiero wezwanie z dnia 02.08.2022 r. było skierowane do konsorcjum P. w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i zamawiający żądał w nim uzupełnienia poprawionego wykazu usług i referencji. Tym samym niezasadny jest też zarzut odwołującego, jakoby w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia zasady jednokrotnego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Konsorcjum P. zostało bowiem tylko jeden raz wezwane do uzupełnienia wykazu usług i referencji na podstawie tegoż przepisu, tj. w piśmie z dnia 02.08.2022 r.

Wobec powyższych ustaleń należy stwierdzić, że konsorcjum P. zostało jednokrotnie wezwane do uzupełnienia podmiotowych dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia i uzupełniło je w wyznaczonym terminie, zatem nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach

procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a), b) i d) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

KIO 2098/22