Sygn. akt: KIO 249/23

WYROK

z dnia 8 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant:

Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 lutego 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2022 r. przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Urząd Miasta i Gminy Piaseczno

przy udziale wykonawcy: AG-COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 19 stycznia 2023 r., unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, 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 zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 249/23

Uzasadnienie

Urząd Miasta i Gminy Piaseczno (dalej „zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp" pn. „Utrzymanie porządku i czystości na terenie Gminy Piaseczno" (dalej „postępowanie" lub „zamówienie"); znak sprawy zamawiającego: 23/2022. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 marca 2022 r., pod numerem 2022/S 056-146881.

W dniu 27 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie (dalej „odwołujący" lub „PUK"), od czynności podjętej przez zamawiającego w postępowaniu, a polegającej na bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 2 c oraz art. 226 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu, w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wpłynęły dwie oferty. Zamawiający uznał ofertę PUK za najkorzystniejszą i na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę pismem z 23 maja 2022 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z wezwaniem, odwołujący złożył wymagane dokumenty w dniu 2 czerwca 2022 r. Następnie zamawiający ogłosił wybór oferty PUK, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Firma, która złożyła konkurencyjną ofertę wniosła odwołanie na wybór oferty PUK zarzucając, że zawiera ona rażąco niską cenę, a w konsekwencji powinna zostać odrzucona. Izba, wyrokiem w sprawie o sygn. akt: KIO 2372/22, nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, co miało związek z kwestią ceny.

Następnie zamawiający, pismem z 7 października 2022 r. poinformował o wykonaniu wyroku Izby, w szczególności o unieważnieniu wcześniej dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwał PUK do złożenia uzupełniającego wyjaśnienia, dotyczącego zaoferowanej przez wykonawcę ceny, co uczynił pismem z 17 października 2022 r. Zamawiający uznał następnie, że powtarzając czynność badania oferty PUK powinien wezwać odwołującego do ponownego złożenia podmiotowych środków dowodowych, co w ocenie odwołującego jest nieporozumieniem.

Pismem z 29 listopada 2022 r., a więc ponad miesiąc po wyjaśnieniu przez odwołującego kwestii rażąco niskiej ceny, zamawiający wezwał odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Jako podstawę żądania wskazano art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący, pismem z 9 grudnia 2022 r. wskazał, że złożył już w dniu 2 czerwca 2022 r. wszystkie wymagane dokumenty podmiotowe i wnosił o ich uwzględnienie.

W dniu 20 grudnia 2022 r. zamawiający ponownie wezwał odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wskazując tym razem jako podstawę prawną art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że przepis ten dotyczy uzupełniania dokumentów i ma zastosowanie „jeżeli wykonawca nie złożył (…) podmiotowych środków dowodowych (…) lub są one niekompletne lub zawierają błędy (…)". Żadna z tych okoliczności w niniejszej sprawie nie występuje. Podmiotowe środki dowodowe złożone w dniu 2 czerwca 2022 r. były już przedmiotem badania zamawiającego przed ogłoszeniem wyniku postępowania i zostały uznane za kompletne oraz potwierdzające brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powyższe nie zostało zakwestionowane w trakcie postępowań odwoławczych. Oznacza to, że decyzja zamawiającego w zakresie kwalifikacji PUK, jest poprawna, wiążąca i nie wymagająca powtarzania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przepisy ustawy Pzp nie rozróżniają różnych aspektów badania ofert, ani różnych podstaw ich odrzucania, stąd wyrok Izby nakazujący powtórzenie czynności badania ofert. Jednak wykonując wyrok należy uwzględnić fakt, iż odwołanie kwestionuje konkretne decyzje podjęte przez zamawiającego, a KIO orzeka w zakresie objętym odwołaniem. W analizowanym przypadku Izba rozważała zarzuty dotyczące wyjaśniania rażąco niskiej ceny oferty PUK, i tego tylko dotyczył wyrok.

W konsekwencji, odwołujący podkreślił, że w niniejszej sprawie nie ma żadnych powodów do powtarzania kwalifikacji wykonawców, czyli czynności badania podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie ponownej analizy podmiotowych środków dowodowych. Gdyby nawet przyjąć, że zamawiający w wykonaniu wyroku KIO powinien powtórzyć wszystkie czynności składające się na badanie ofert, a więc również kwalifikację wykonawców, nie ma podstaw do żądania od odwołującego ponownego składania podmiotowych środków dowodowych. Dokumenty te zostały już złożone i zamawiający może, jeśli uważa to za stosowne, ponownie je przeanalizować. Dokumenty te były i nadal pozostają zgodne z przepisami, aktualne na dzień ich złożenia i jako takie powinny zostać zweryfikowane. Ustawa Pzp nie wymaga, aby dokumenty były aktualne na dzień ich badania, lecz na dzień ich złożenia. Oznacza to, że nawet w przypadku powtórzenia kwalifikacji wykonawców, po kilku miesiącach od złożenia dokumentów podmiotowych ustawa Pzp ani nie zmusza, ani nie upoważnia zamawiającego do ponownego ich żądania. Również Izba w wydanym wyroku nie wspomina o konieczności wezwania PUK do ponownego złożenia podmiotowych środków dowodowych. Fakt, iż w międzyczasie upłynął okres czasu powodujący, że z dzisiejszego punktu widzenia np. zaświadczenie z urzędu skarbowego czy ZUS było wystawione wcześniej niż 3 miesiące, niczego nie zmienia. Odwołujący wykazał, że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia i nadal spełnia warunki udziału w postępowaniu. Złożone wcześniej, na wezwanie zamawiającego, dokumenty podmiotowe pozostają zatem aktualne.

Odwołujący wskazał następnie, że pismem z 30 grudnia 2022 r. odwołujący raz jeszcze wyjaśnił, że nie ma podstaw żądania ponownego złożenia podmiotowych środków dowodowych, zwłaszcza na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Pomimo powyższego, zamawiający pismem z 19 stycznia 2023 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty konkurencyjnej, co odwołujący kwestionuje w niniejszym odwołaniu.

Nie jest prawdą, że odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów czy oświadczeń, co zostało wskazane jako podstawa odrzucenia oferty. Wszystkie wymagane dokumenty zostały bowiem złożone dnia 2 czerwca 2022 r.

W dalszej części odwołujący wskazał również, że kolejną podstawą odrzucenia oferty odwołującego, wskazaną w piśmie zamawiającego, jest art. 226 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, zgodnie z którym odrzuca się ofertę, jeśli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór

jego oferty po upływie terminu związania ofertą. Odwołujący przypomniał, że przepis ten odnosi się do procedury opisanej w art. 252 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej

oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty.

Zamawiający wezwał pismem z 22 listopada 2022 r. odwołującego do przedłużenia związania ofertą. Zamawiający nie wskazał terminu przedłużenia. Odwołujący w odpowiedzi przedłużył termin związania ofertą do dnia 28 grudnia 2022 r. uznając, że jest to czas pozwalający zamawiającemu na zawarcie umowy. Czas ten upłynął, a zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w terminie związania ofertą. Odwołujący przypomniał, że w takiej sytuacji, zgodnie z art. 252 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty powinien wezwać PUK do wyrażenia zgody na wybór jego oferty. Dopiero w sytuacji, gdyby odwołujący nie wyraził takiej zgody, jego oferta powinna zostać odrzucona. Jednak zamawiający nigdy nie wezwał odwołującego do wyrażenia zgody na wybór jego oferty. Odwołujący nie miał nawet możliwości wyrażenia, bądź nie, takiej zgody. Nie ma więc podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Podsumowując, odwołujący podkreślił, że nie zachodzi żadna podstawa odrzucenia jego oferty, w szczególności ani wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 2 c, ani w art. 226 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przystąpił wykonawca: AG-COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „przystępujący" lub „AG-COMPLEX").

Zamawiający w dniu 7 lutego 2023 r., działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Wykonawca PUK złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Zamawiający dokonał czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego pomimo, że w ocenie odwołującego nie zaistniała żadna z podstaw odrzucenia, wskazana w piśmie informującym o dokonaniu tej czynności, wskazana w ustawie Pzp. Gdyby zarzuty odwołania potwierdziły się, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, a on sam miałby szansę na wykonanie zamówienia i osiągnięcie zysku z tytułu jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości.

W zakresie podnoszonych przez odwołującego zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W dniu 19 stycznia 2023 r. zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego. W tym samym piśmie zamawiający poinformował, że oferta PUK została odrzucona, zaś jako podstawę prawną odrzucenia wskazał przepisy art. 226 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 c ustawy Pzp. W zakresie

pierwszej z podstaw wskazał, że PUK nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą. Wykonawca wyraził zgodę na wybór oferty do dnia 28 grudnia 2022 r. Z kolei w zakresie drugiej przesłanki odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał, że pismem z 29 listopada 2022 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, w odpowiedzi na co wykonawca przesłał jedynie pismo wyjaśniające. W konsekwencji zamawiający ponownie wezwał PUK do złożenia dokumentów w piśmie z 20 grudnia 2022 r. Wykonawca nie przesłał żądanych dokumentów, ponownie składając jedynie wyjaśnienia.

Izba, na podstawie akt sprawy ustaliła ponadto, że zamawiający wezwał PUK do złożenia podmiotowych środków dowodowych, pismem z 23 maja 2022 r., w odpowiedzi na co wykonawca ten złożył wymagane dokumenty w piśmie z 2 czerwca 2022 r.

Zamawiający dokonał następnie wyboru oferty PUK w dniu 9 czerwca 2022 r., którą to czynność zaskarżył AG-COMPLEX, zarzucając zamawiającemu, że ten naruszył przepisy: (1) art. 239 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez PUK w sytuacji, gdy zamawiający nie wykonał orzeczenia KIO 1640/22 z dnia 11 lipca 2022 r. i nie dokonał czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i bez ww. unieważnienia wyboru, dokonał ponownego

wyboru oferty PUK, która nie jest ofertą najkorzystniejszą; (2) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia złożonych przez PUK uzupełniających wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy wykonawca nie poczynił takiego zastrzeżenia wraz ze złożonymi wyjaśnieniami i załącznikami przy piśmie z dnia 1 sierpnia 2022 r.; (3) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PUK z uwagi na to, że zawiera rażącą niską cenę. Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 26 września 2022 r., wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 2372/22 uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego odwołania i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 31 sierpnia 2022 r., unieważnienie czynności badania i oceny ofert, dokonanych po wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 czerwca 2022 r. oraz wykonanie wyroku KIO 1640/22: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 9 czerwca 2022 r. i powtórzenie czynności badania ofert, w tym wezwanie PUK w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia uzupełniających wyjaśnień wraz z dowodami, dotyczących zaoferowanej ceny ofertowej we wskazanym w sentencji zakresie. Pozostałe zarzuty odwołania Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Wykonując powyższy wyrok KIO, zamawiający pismem z 7 października 2022 r. poinformował o unieważnieniu wcześniej dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Odwołujący złożył takie wyjaśnienia w piśmie z 17 października 2022 r.

Ponadto, powołując się na przepis art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wezwał PUK pismem z 29 listopada 2022 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień złożenia, w zakresie wskazanym w Części III ust. 2 A specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyznaczając wykonawcy termin do 9 grudnia 2022 r. W odpowiedzi na powyższe PUK wskazał, że dokumenty wymienione w wezwaniu zostały już wcześniej przez niego złożone w piśmie z 2 czerwca 2022 r. Zauważył, że przedmiotowe postępowanie, pomimo dwukrotnego złożenia odwołania przez innego uczestnika, pozostaje tym samym postepowaniem, a tym samym uznane powinny być dokumenty, składane wcześniej na wezwanie zamawiającego.

Zamawiający ponownie wezwał PUK do złożenia dokumentów podmiotowych w piśmie z 20 grudnia 2022 r., wskazując jako podstawę prawną art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Argumentował, że dokumenty złożone przez niego w dniu 2 czerwca 2022 r. są nieaktualne na dzień składania oświadczenia tj. pisma z 29 listopada 2022 r., które to zamawiający przesłał do wykonawcy. Stwierdził ponadto, że nie może uznać dokumentów złożonych uprzednio jako spełniających wezwanie zamawiającego, gdyż zgodnie z wyrokiem KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 2373/22 został zobowiązany do unieważnienia poprzednich czynności oraz do powtórzenia czynności badania i oceny ofert. PUK z tą argumentacją się nie zgodził, w piśmie z 30 grudnia 2022 r. poinformował, że wskazana przez zamawiającego podstawa prawna wezwania jest nieprawidłowa, gdyż wskazywany przepis nie stanowi podstawy do ponownego wezwania wykonawcy do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, jeśli te już zostały wcześniej złożone w postępowaniu. Zwrócił też uwagę, że Izba w swoim wyroku nie nakazała zamawiającemu wystąpienia do wykonawcy o ponowne złożenie przedmiotowych dokumentów, a jedynie wezwanie do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Z kolei dokumenty podmiotowe, którymi zamawiający dysponuje, są aktualne na dzień ich złożenia i na ich podstawie zamawiający może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, że pomimo złożonych wyjaśnień, zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty PUK, o czym poinformował wykonawcę w piśmie z 19 stycznia 2023 r.

W ocenie Izby zarzuty odwołania potwierdziły się. Trafnie odwołujący zarzucił zamawiającemu, że odrzucając jego ofertę, dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych w treści wniesionego odwołania.

Odnosząc się do przesłanki odrzucenia oferty, opisanej w art. 226 ust. 1 pkt 2 c ustawy Pzp w pierwszej kolejności przypomnieć należy, że ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnienie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń. Nie budzi w niniejszej sprawie wątpliwości, że odwołujący został dwukrotnie wezwany przez zamawiającego do złożenia dokumentów podmiotowych, których ten nie przedłożył, powołując się jednocześnie na dokumenty złożone przez niego w odpowiedzi na wcześniejsze, analogiczne wezwanie w czerwcu 2022 r.

Istota sporu w niniejszej sprawie sprowadzała się zatem do oceny, czy zamawiający kierując do wykonawcy PUK kolejne wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych, powołując się w pierwszym piśmie na przepis art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, w kolejnym na art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, miał podstawę żądać, aby ten ponownie wszystkie przedłożone wcześniej w tym postępowaniu dokumenty przedstawił, a co za tym idzie czy brak ich przedłożenia winien skutkować sankcją w postaci odrzucenia oferty odwołującego. Na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco z przyczyn opisanych poniżej.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że zamawiający konieczność skierowania powtórnego wezwania upatrywał w orzeczeniach, wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 11 lipca 2022 r., sygn. KIO 1640/22, jak też w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2022 r. sygn. KIO 2373/22, który to jak twierdził, wyraźnie nakazywał zamawiającemu unieważnienie wszystkich czynności badania i oceny ofert, dokonanych po wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 31 sierpnia 2022 r. i z dnia 9 czerwca 2022 r. W konsekwencji zamawiający twierdził, że był on zobowiązany dokonać ponownie wszystkich czynności badania i oceny ofert, a nie dokonywać ich w sposób częściowy. Z taką argumentacją nie sposób się zgodzić. Izba, w wydanych orzeczeniach istotnie nakazała powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert, ale powyższe dotyczyło wyłącznie tych czynności, które zamawiający wykonał wadliwie, a zatem czynności badania oferty PUK pod kątem występowania rażąco niskiej ceny. Podkreślić należy, że zarzuty podnoszone w odwołaniach nie dotyczyły i nie kwestionowały w żaden

sposób przeprowadzonej przez zamawiającego oceny w zakresie czy to spełnienia przez PUK warunków udziału w postępowaniu, czy też przesłanek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Powyższe oznacza, że pomimo konieczności dokonania przez zamawiającego dodatkowych czynności w postaci wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, pozostałe czynności są ważne i pozostają w mocy pomimo, że zgodnie z sentencją wyroku KIO zamawiającemu nakazano powtórzenie czynności w postępowaniu. Innymi słowy, dokonana przez zamawiającego wcześniej kwalifikacja PUK pozostaje poprawna, wiążąca, a zatem nie wymagała powtarzania jako, że zarzuty stawiane przez AG-COMPLEX do tej kwalifikacji się nie odnosiły.

Nie sposób także podzielić argumentacji zamawiającego, który zauważył, że w związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonując kolejnej oceny złożonych ofert stwierdził, że dokumenty te straciły ważność w związku z treścią przepisów rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, a w konsekwencji konieczne było skierowanie do odwołującego wezwania w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp pomimo, co sam przyznał, odwołujący powyższe dokumenty złożył wcześniej w dniu 2 czerwca 2022 r. W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, że choć trafnie wskazał zamawiający, iż cytowane rozporządzenie określa ściśle terminy, określające ważność składanych dokumentów, nie oznacza to jednak, że po upływie tych terminów zamawiający zobligowany jest ponownie wzywać wykonawców do ich złożenia z tego powodu, że te straciły swoją ważność.

Powyższe podejście oznaczałoby, że w przypadku postępowań trwających dłużej, każdorazowo w przypadku upływu terminu ważności złożonych dokumentów, zamawiający ponownie byłby zmuszony wzywać wykonawcę do ich ponownego przedłożenia. Powodowałoby to kolejne przedłużanie się trwającej procedury udzielenia zamówienia i byłoby nieuzasadnione. Podkreślić należy także, że zamawiający bada poprawność i aktualność dokumentów podmiotowych na dzień ich złożenia, przy czym jako oświadczenia lub dokumenty „aktualne" należy rozumieć takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia. Innymi słowy dokumenty aktualne potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie ich przedłożenia) występuje.

W tym miejscu należy także odnieść się do argumentacji zamawiającego, który na rozprawie zwracał uwagę, że z treści innej oferty przedłożonej przez PUK zamawiającemu, w innym postepowaniu wynika, że wykonawca ten nie opłaca terminowo składek na ubezpieczenia społeczne, a powstała zaległość wynosi ponad 600 tys. zł. Tym

samym, jak stwierdził, zaległość ta musiała już istnieć wcześniej, także w dacie kiedy odwołujący odmówił ponownego przedłożenia dokumentów. Odnosząc się do tych twierdzeń w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że wezwania kierowane do PUK datowane były na 29 listopada 2022 r. i 20 grudnia 2022 r., a więc w czasie kiedy zamawiający nie miał wiedzy o tym, że taka sytuacja ma miejsce (jak sam stwierdził wiedzę taką powziął z treści oferty złożonej w lutym br.). Jeśli jednak nawet w dacie, kiedy kierował stosowne wezwanie, posiadałby informacje dotyczące istniejących zaległości, to należy zauważyć, że przesłanką, którą winien wskazać zamawiający byłby art. 126 ust. 3 ustawy Pzp. Ten właśnie przepis wprowadził ustawodawca, dając uprawnienie zamawiającemu, aby ten jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, w każdym czasie mógł wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich, lub niektórych, podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Przepis ten umożliwia więc weryfikację rzetelności wykonawcy na każdym etapie postępowania przy czym, co należy zaznaczyć, nie może być jednak postrzegany jako narzędzie do mnożenia dokumentów w postępowaniu. Zamawiający kierując do wykonawcy wniosek o potwierdzenie aktualności oświadczeń i dokumentów musi mieć uzasadnione podstawy, że złożone dokumenty są już nieaktualne. I nie chodzi tu, w ocenie Izby, o datę ich wystawienia, ale o aktualność informacji zawartych w tych dokumentach. Odnosząc to do informacji zawartych w zaświadczeniu wystawionym przez ZUS zamawiający może żądać nowych informacji (nowego dokumentu), jeśli ma uzasadnione podstawy do przyjęcia, że takie zaległości występują. Jednakże zamawiający winien to w treści wezwania wyraźnie wyartykułować, wskazując prawidłową podstawę prawną wezwania, jak też precyzując jakie wątpliwości i odnośnie jakich dokumentów ma, oraz wezwać wykonawcę do przedłożenia tych konkretnych, wskazanych dokumentów.

Taka sytuacja jednak nie miała miejsca w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, należało zatem uznać, że wezwanie odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów, wystosowane dwukrotnie przez zamawiającego, nie miało podstawy prawnej. Wykonawca PUK wszystkie dokumenty podmiotowe, wymagane postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia przedłożył już wcześniej, w odpowiedzi na wezwanie, w dniu 2 czerwca 2022 r. W konsekwencji nie zaistniały też podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 c ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie wystąpiła również przesłanka odrzucenia oferty PUK z przyczyn opisanych w art. 226 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po terminie związania ofertą. Zamawiający nie wykazał, że takie okoliczności w przedmiotowym postępowaniu miały miejsce.

Jak ustalił skład orzekający na podstawie akt sprawy, zamawiający pismem z 22 listopada 2022 r. wystąpił do odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, nie wskazując żadnego terminu do kiedy wykonawca powinien ten termin przedłużyć. Odwołujący wyraził taką zgodę do dnia 28 grudnia 2022 r., co jak trafnie zauważył powinno być terminem wystarczającym na zawarcie umowy w prowadzonym postępowaniu.

Następnie zamawiający odrzucił ofertę PUK na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp stwierdzając, że odwołujący wyraził zgodę na wybór swojej oferty do dnia 28 grudnia 2022 r., a do tego terminu wybór ten nie nastąpił. Z treści pisma odwołującego wywiódł, że ten był zainteresowany wyborem jego oferty, jako najkorzystniejszej, wyłącznie do dnia 28 grudnia 2022 r., gdyż sam ten termin zadeklarował. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśniał także, że nie wystąpił do PUK o przedłużenie tego terminu, na podstawie art. 252 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ po dniu 28 grudnia 2022 roku, oferta odwołującego straciła status oferty najkorzystniejszej, z uwagi na to, że ten nie przedłożył na wezwanie

zamawiającego podmiotowych środków dowodowych.

Z powyższym nie sposób się zgodzić. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że upływ terminu związania ofertą nie oznacza automatycznego odrzucenia oferty wykonawcy. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający wezwał wprawdzie do przedłużenia tego terminu pismem z 22 listopada 2022 r., jednakże nie wskazał żadnej daty, do kiedy odwołujący winien ten termin przedłużyć. Nie może zatem wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy, który samodzielnie ocenił, że wystarczającym terminem na zakończenie postępowania i zawarcie umowy będzie 28 grudnia 2022 r.

Ponadto, przepisy znowelizowanej ustawy Pzp, nie zakazują zamawiającemu zawarcia umowy z wykonawcą nawet w przypadku, kiedy termin związania ofertą już upłynął. W myśl art. 252 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający wzywa w takim wypadku wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, do wyrażenia przez niego zgody na wybór jego oferty, we wskazanym przez zamawiającego terminie. Dopiero w przypadku braku wyrażenia

takiej zgody, ustawodawca przewidział sankcję w postaci odrzucenia oferty, w oparciu o przywołany przez zamawiającego przepis.

Skoro zatem zamawiający nie wystąpił do odwołującego z wnioskiem o wyrażenie zgody na zawarcie umowy, nie dał mu możliwości wypowiedzenia się czy wolę taką wyraża, czy też nie - nie zaszły też przesłanki do odrzucenia jego oferty.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając w poczet kosztów wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł. i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł., na podstawie faktury złożonej przez odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: ……