

Sygn. akt: KIO 3066/24

WYROK

Warszawa, dnia 18 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę J. O., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą J. O. F.H.U.G. O. z siedzibą w Końskich w postępowaniu prowadzonym przez Samorządowe Przedszkole w Radoszycach

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę J. O., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą J. O. F.H.U.G. O. z siedzibą w Końskich, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

wykonawcę J. O., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą J. O. F.H.U.G. O. z siedzibą w Końskich tytułem wpisu od odwołania,

kwotę 3 945 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści pięć złotych zero groszy) poniesioną przez Samorządowe Przedszkole w Radoszycach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę;

- 2.2. zasądza od odwołującego wykonawcy J. O., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą J. O. F.H.U.G. O. (ul. Partyzantów 12,

26-200 Końskie) na rzecz zamawiającego Samorządowego Przedszkola

w Radoszycach (ul. Sportowa 1A, 26-230 Radoszyce) kwotę 3 945 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Samorządowe Przedszkole w Radoszycach.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3066/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa cateringu dla dzieci Samorządowego Przedszkola w Radoszycach na rok szkolny 2024-2025”, nr referencyjny: 1/2024, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29.07.2024 r. pod nr 2024/BZP 00434493 przez Samorządowe Przedszkole w Radoszycach, ul. Sportowa 1A, 26-230 Radoszyce, zwane dalej „Zamawiającym”.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej „ustawy Pzp”.

Dnia 26.08.2024 r. (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożyła J. O., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą J. O. F.H.U.G. O., ul. Partyzantów 12, 26-200 Końskie, zwana dalej „Odwołującym”, wobec niezgodnej

z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na:

- a) odrzuceniu oferty wykonawcy F.H.U.G. O. J. O., ul. Partyzantów 12, 26-200 Końskie,
- b) wyborze wykonawcy ARKADIA J. K., ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 101, 26-220,

Stąporków, w sytuacji kiedy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą z uwagi na niezgodne z przepisami odrzucenie

oferty Odwołującego.

Odwołujący w pkt II odwołania zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp albowiem Zamawiający winien żądać od wykonawcy 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) w sytuacji kiedy z treści tego oświadczenia a także okoliczności faktycznych (Zamawiający potwierdzał treść i datę referencji telefonicznie) w sposób nie budzący wątpliwości wynika, iż błędna data na referencji wynika z oczywistej omyłki pisarskiej,
- b) art. 223 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp ponieważ Zamawiający nie poprawił oczywistej omyłki pisarskiej w treści oferty Odwołującego,
- c) art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy ARKADIA J. K. w sytuacji kiedy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) uchylenie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- b) uchylenie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy ARKADIA J. K.,
- c) przeprowadzenia ponownie czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał w szczególności:

„(...) (ii) W toku postępowania Odwołujący złożył na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 274 ust.1 dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. opisane art. 10 ust. 4 pkt. 1) i 2). Zgodnie z tym punktem SWZ: Podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy obejmują : wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, 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 przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (załącznik nr 5 do SWZ).

(iii) W takim stanie faktycznym, Wykonawca na opisane wyżej wezwanie przedłożył list referencyjny wystawiony przez „No i Fajnie” Żłobek i Przedszkole z którego to listu wynika, iż Odwołujący świadczy usługi poczynawszy od dnia 1 września 2023 roku do chwili obecnej. Dokument ten nie był opatrzony datą wystawienia.

(iv) Co istotne, Zamawiający po otrzymaniu tego dokumentu skontaktował się w dniu 12 sierpnia 2024 roku telefonicznie z pracownikiem „No i Fajnie” Żłobek i Przedszkole – Panią K. S. i potwierdzał treść i aktualność referencji. Już wówczas Zamawiający miał pełną wiedzę i świadomość iż złożone referencje potwierdzają spełnienie warunku przez Odwołującego.

Dowód: oświadczenie K. S.

Pomimo tego, Zamawiający zamiast wezwać Wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 128 pkt.4

ustawy pzp , wezwał go następnego dnia , tj. 13 sierpnia 2024 roku w trybie tegoż artykułu do uzupełnienia referencji wystawionych przez podmiot na rzecz, którego usługa jest wykonywana, ponieważ złożone na wezwanie referencje nie zawierają daty ich sporządzenia

co jest niezgodna z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.) § 9 ust. 1 pkt 2) oraz Specyfikacją Warunków Zamówienia art. 10 ust. 4 pkt. 2).

W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca przedłożył poprawioną referencję (zawierającą datę) z tym iż w dacie tej nastąpiła oczywista omyłka i zamiast roku „2024” została ona opatrzona rokiem „2004”. W konsekwencji Zamawiający wskazując iż data jest starsza niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit c) Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.).

(v) Z takim rozstrzygnięciem nie sposób się zgodzić.

Przedewszystkim w ocenie Odwołującego wskazując iż Zamawiający miał na tym etapie pełną

wiedzę o rzeczywistym terminie wykonywania usługi i dacie wystawienia referencji. Wiedział o omyłce obejmującej błędny rok (2004 zamiast 2024) a pomimo tego zamiast wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnienia odrzucił jego ofertę. Tymczasem w podobnym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2010-06-09, KIO 916/10 stwierdziła iż „w ocenie Izby jednoznacznie wskazywało to na omyłkowy charakter (Odwołujący podnosił, że był to rok 2009) i podlegało wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał. Zamawiający nie powinien był bez stosownej procedury wyjaśniającej uznawać, że w referencji zawarto informacje nieprawdziwe lub też, że referencja nie spełnia wymagań”. Co do zasady referencje nie stanowią dokumentu samodzielnego składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, których treść zamawiający może ustalać, lecz mają jedynie stwierdzać w zakresie robót budowlanych ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie. Wszystkie pozostałe informacje, w tym w zakresie wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, winny być zamieszczone w wykazie, ponieważ to on stanowi oświadczenie woli wykonawcy, za które ponosi on odpowiedzialność. W niniejszej sprawie brak jest wyraźnego wymogu przedstawienia wykazu, opierając się faktycznie w ocenie spełnienia wymogu na informacjach zawartych w referencjach. Tym bardziej zatem Zamawiający winien szczegółowo przeanalizować danych w nich zawartych

(vi) Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający powinien dokonać w takiej sytuacji poprawy oczywistej omyłki pisarskiej w treści złożonych przez Odwołującą dokumentów. Sytuacja ta jest klarowna od samego początku i nie może budzić wątpliwości Zamawiającego. Co więcej

w takiej sytuacji winien skorzystać z przysługującego mu prawa i na zasadzie art. art. 223 ust 2 pkt.1) ustawy prawo zamówień publicznych poprawić błędny rok „2004” na „2024”.

(vii) Mając zatem na uwadze całokształt niniejszej sprawy, sprowadzający się do faktu iż Wykonawca przedłożył dokument z którego w sposób nie budzący wątpliwości wynika termin jego wystawienia (omyłkowo wpisano rok 2004 zamiast 2024), czasookres wykonywania usługi zaś sam Zamawiający potwierdził telefonicznie treść referencji, to w ocenie Odwołującego brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty.”.

Zamawiający w dniu 27.08.2024 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz przy pomocy platformy na której prowadzone jest postępowanie) wezwał wraz kopia odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 12.09.2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył środkami komunikacji elektronicznej Zamawiający, w której oświadczył, że nie uwzględni w całości zarzutów w nim zawartych i wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości, z uwagi na brak zaistnienia przesłanek prowadzących do naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego, wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu, a tym samym niedokonaniu przez Zamawiającego czynności, która byłaby niezgodna z ustawą Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy F.H.U.G O. J. O. i wyborze wykonawcy ARKADIA J. K.,
2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów przedstawionego na rozprawie.

W dniu 12.09.2024 r. Odwołujący złożył środkami komunikacji elektronicznej pismo procesowe, w którym odniósł się do pisma Zamawiającego.

W dniu 13.09.2024 r. podczas rozprawy, w szczególności:

- 1) Odwołujący podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu i piśmie procesowym. Złożył dowód: pismo z dnia 26.08.2024 r. z Przedszkola „No i Fajnie”, które wystawiło sporne referencje

na potwierdzenie faktu, że 12.08.2024 r. Zamawiający potwierdzał datę wystawienia referencji i treść tych referencji, podkreślając, że nastąpiło to w roku 2024. Złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wraz z fakturą na kwotę 3 600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

- 2) Zamawiający podtrzymał stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie. Złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wraz ze spisem kosztów na kwotę 3 600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i 345,00 zł tytułem kosztów przejazdu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalili i zważyli, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, zaś wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody zawnioskowane w toku postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze

złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Odwołującego, a także stanowiska i oświadczenia stron, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ”, Zamawiający postawił między innymi warunki zamówienia w pkt 10. OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU WYKAZANIA BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA (PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE) w ppkt 4. 2):

„Podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy obejmują: 2) wykazu usług

wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również

wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, 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 przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (załącznik nr 5 do SWZ).”.

W dniu 07.08.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych: „Na podstawie art. 274 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. -Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazane i opisane w art. 8 ust. 2 pkt. b) i d) SWZ. Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca przedkłada dokumenty wskazane i opisane w art. 10

ust. 4 pkt. 1) i 2) Dokumenty należy przesłać do dnia 13.08.2024 roku do godziny 9.00 za pośrednictwem platformy zakupowej Sposób

sporządzenia dokumentów określa rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie.”.

W dniu 09.08.2024 r. Wykonawca przedłożył podmiotowe środki dowodowe, w tym List referencyjny, wystawiony przez „No i Fajnie” Żłobek i Przedszkole K. S., o treści:

„Firma F.H.U.G O. J. O. świadczy dla Przedszkola „No i fajnie” w Końskich, od dnia 01 września 2023 r. , usługi cateringowe polegające na przygotowaniu, dostarczeniu i podaniu posiłków (całodziennego wyżywienia) dla 55 dzieci w wieku 3-5 lat uczęszczających do punktu przedszkolnego i żłobka przy ul. Partyzantów 12. Usługa świadczona przez firmę „F.H.U.G O. J. O. jest pełna profesjonalizmu, posiłki są syte, smaczne oraz odpowiednio podane. Pracownicy Firmy są zaorganizowani, sumienni i zaangażowani, wywiązują się z powierzonych zadań. Z pełną odpowiedzialnością polecamy firmę „F.H.U.G O. .”, a także:

wpis do rejestru oraz wykaz usług, w którym w tabeli w Lp. 1 w kolumnie: „Nazwa podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonywane lub są wykonywane” podano: „Przedszkole „No i fajnie””, w kolumnie: „Przedmiot zamówienia” podano: „Usługa dożywiania”, w kolumnie: „Okres trwania umowy/świadczenia” podano: „01.09.23 nadal”, w kolumnie: „Wartość brutto usługi” podano: „170 000 zł”.

Pismem z dnia 13.08.2024 r. (na piśmie omyłkowo wskazano 2025 r.) Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego: „Na podstawie 8

art. 128 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) Zamawiający wzywa wykonawcę, do uzupełnienia złożonego podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w art. 10 ust. 4 pkt. 2) SWZ a mianowicie referencji sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi są wykonywane potwierdzające ich należyte wykonywanie. Dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia referencji wystawionych przez podmiot na rzecz, którego usługa jest wykonywana, ponieważ złożone na wezwanie referencje nie zawierają daty ich sporządzenia co jest niezgodna z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy

(Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.) § 9 ust. 1 pkt 2) oraz Specyfikacją Warunków Zamówienia art. 10 ust. 4 pkt. 2).

Poprawiony dokument należy przesłać do dnia 19.08.2024 roku do godziny 9.00 za pośrednictwem platformy zakupowej

Sposób sporządzenia dokumentów określa rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie.”.

W dniu 14.08.2024 r. Wykonawca przedłożył List referencyjny, wystawiony przez „No i Fajnie” Żłobek i Przedszkole K. S., z datą wystawienia: „Końskie, 31.07.2004” o treści: „Firma F.H.U.G O. J. O. świadczy dla Przedszkola „No i fajnie” w Końskich, od dnia 01 września 2023 r. do dnia dzisiejszego usługi cateringowe polegające na przygotowaniu, dostarczeniu i podaniu posiłków (całodziennego wyżywienia) dla 55 dzieci w wieku 3-5 lat uczęszczających do punktu przedszkolnego i żłobka przy ul. Partyzantów 12. Usługa świadczona przez firmę „F.H.U.G O. J. O. jest pełna profesjonalizmu, posiłki są syte, smaczne oraz odpowiednio podane. Pracownicy Firmy są zorganizowani, sumienni i zaangażowani, wywiązują się z powierzonych zadań. Z pełną odpowiedzialnością polecamy firmę „F.H.U.G O. .”.

Na podstawie ustawy Pzp:

1) art. 128 ust. 4: „4. 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.”;

2) art. 223 ust. 2 pkt 1:

„2. Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie,”

3) art. 239:

„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.”.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

W sprawie sporna była możliwość zastosowania wielokrotnego art. 128 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia w odniesieniu do dokumentu referencji, a to raz z podstawy w ustępie 1, a raz w ustępie 4 tegoż artykułu. Sporne było nadto, czy pierwotnie złożone referencje i następne, w uzupełnieniu, z naniesioną datą wystawienia (z rokiem 2004)

i zmianą treści referencji – wyrazu z „nadal” na sformułowanie „do dnia dzisiejszego”, odnoszą się do tego samego zamówienia referencyjnego, wykazanego w wykazie usług Odwołującego. Nadto w ocenie Odwołującego Zamawiający mógł sprostować, jak wskazywał Odwołujący oczywisty błąd w podanym roku wystawienia referencji na tej podstawie, że referencje stanowią ofertę Odwołującego i mogą podlegać poprawieniu oczywistej omyłki w ofercie.

Odnosząc się do powyżej przywołanych zarzutów odwołania:

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na obowiązek wykonawcy, wynikający z warunków zamówienia w SWZ i odpowiedniego rozporządzenia w przedmiocie złożenia referencji, wystawionych w okresie ostatnich trzech miesięcy (§ 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415, z późn. zm.): „1. W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 2) wykazu dostaw lub usług 10

wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a 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 przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;”).

Odwołujący nie zarzucał w odwołaniu Zamawiającemu, jak wyjaśniał również na rozprawie, zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (wezwanie Odwołującego do złożenia referencji ze wskazaniem daty ich wystawienia).

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył referencje z błędem, jak wskazywał, w dacie ich wystawienia co do

roku - zamiast roku „2024” wpisano rok „2004”.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego, że błędnie podano w referencjach rok 2004 jest zasadne, gdyż ponowne złożenie referencji nastąpiło na wezwanie Zamawiającego, powieliło treść uprzednio złożonych referencji w zakresie od kiedy usługa była świadczona – od dnia 01.09.2023 r. Zatem nie można wywodzić zdaniem Izby z faktu zmiany treści powtórnie złożonych referencji co do tego do kiedy usługa była świadczona (wcześniej „nadal”,

a następnie po uzupełnieniu „do dnia dzisiejszego”), że jest wątpliwość czy rok 2004 w dacie wystawienia referencji uzupełnionych był podany omyłkowo, czy też nie.

Powyższe nie zmienia jednak tego, że Zamawiający może jednokrotnie zwrócić się do Odwołującego o uzupełnienie referencji, a także tego, że referencje także jako składane do oferty po upływie terminu złożenia oferty, a także z uwagi na pochodzenie od podmiotu trzeciego, nie zaś wykonawcy, nie mogą stanowić w ocenie Izby treści oferty, podlegającej poprawieniu dozwolonych prawem omyłek.

Odnosząc się zaś do możliwości zastosowania art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, należy zauważyć, że mowa w tym przepisie o prawie Zamawiającego do wyjaśnień, nie zaś jego obowiązku w tym zakresie.

W ocenie Izby Odwołujący nie dołożył należytej staranności podczas czynności uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w odpowiedzi na wezwanie (referencji z wymaganymi elementami). Niniejsze odwołanie zmierza w istocie do obejścia obowiązku

Zamawiającego, wynikającego z przepisów ustawy Pzp co do jednokrotnego wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, gdyż dotyczy tego samego elementu – daty wystawienia referencji (w postępowaniu o udzielenie zamówienia: wezwaniu z dnia 13.08.2024 r. do uzupełnienia referencji na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - daty wystawienia referencji i w odwołaniu: zarzucane nie wezwanie do wyjaśnień na podstawie

art. 128 ust. 4 ustawy Pzp - daty wystawienia referencji - roku).

Odnosząc się do złożonego na rozprawie dowodu Odwołującego w postaci oświadczenia z dnia 26.08.2024 r. o kontakcie telefonicznym Zamawiającego z Przedszkolem „No i Fajnie” w dniu 12.08.2024 r. na potwierdzenie spełnienia danego warunku zamówienia przez Odwołującego, Izba zauważa, że dowód ten jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia z uwagi na to, że pierwotnie złożony dokument referencji w dniu 09.08.2024 r. nie miał wszystkich elementów – daty wystawienia (był niekompletny) i z tego powodu Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia referencji, jako że Zamawiający był na podstawie tegoż przepisu zobowiązany do wezwania do uzupełnienia niekompletnego dokumentu (bez daty wystawienia).

Izba związana jest przy orzekaniu zarzutami odwołania, przez co rozumie się także przytoczone fakty w odwołaniu, i nie orzeka w zakresie wykraczającym poza te zarzuty (art. 555 ustawy Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył zarzucanych mu w odwołaniu przepisów prawa.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 574 i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisyst. 2 zdanie pierwsze 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.). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7 500,00 zł i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący. W

związku z tym, iż Zamawiający złożył wniosek o zasądzenie uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego – wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) i kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę (345,00 zł), oraz złożył z tego tytułu spis kosztów, Izba zasądziła takie koszty na podstawie § 5 pkt 2 lit. a i b 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.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: