Sygn. akt: KIO 3414/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2024 r. przez wykonawcę J. C. działającego pod firmą Solarwat J. C. z siedzibą w Sokółce w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Grabowo

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy w części, uznając za uzasadniony:

zarzut nr 1) i nr 4) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu 128 ust.1 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej ustawą Pzp, w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp,

uznając za nieuzasadniony:

zarzut nr 2) i nr 3) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 dawnej ustawy Pzp, a obecnie art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp,

2. Nakazuje Zamawiającemu Gminie Grabowo unieważnienie czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty wykonawcy S. B. działającego pod firmą S. B. Usługi Instalacyjne z siedzibą w Giżycku oraz nakazuje temu Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: J. C. działającego pod firmą

Solarwat J. C. z siedzibą w Sokółce oraz Zamawiającego Gminę Grabowo i:

4. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: J. C. działającego pod firmą Solarwat J. C. z siedzibą w Sokółce tytułem wpisu od odwołania,

5. Zasądza od Gminy Grabowo na rzecz wykonawcy J. C. działającego pod firmą

Solarwat J. C. z siedzibą w Sokółce kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset

pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą rozdzielone koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

6. Znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania odwoławczego

poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący……

Sygn. akt: KIO 3414/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Gmina Grabowo wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Modernizacja oświetlenia ulicznego w miejscowościach na terenie Gminy Grabowo", numer referencyjny: GWŚ.271.7.2024, numer na platformie zakupowej Z50/46346.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dnia 28 sierpnia 2024 r. w Biuletynie Informacji Publicznej pod numerem 2024/BZP 00475327.

W dniu 12 września 2024r. Odwołujący: J. C. działający pod firmą Solarwat J. C. z siedzibą w Sokółce powziął

wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy S. B. działającego pod firmą S. B. Usługi Instalacyjne z siedzibą w Giżycku.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 17 września 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej podając następujące uzasadnienie:

„( …)1. Niezgodność terminu wykonania usług w wykazie zrealizowanych usług.

W dokumencie pn. Załącznik nr 5_do_swz_wykaz_wykonanych_robot budowlanych, który stanowił podmiotowy środek dowodowy składany na wezwanie Zamawiającego wykonawca którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, w rubryce "termin wykonania" podał datę 01.12.2024 r., natomiast data wystawienia referencji na które powołuje się wykonawca to 01.12.2021 r. Ta rozbieżność wskazuje, że usługi te mogły być błędnie opisane lub referencje są niekompletne i nie odzwierciedlają rzeczywistego stanu.

2. Brak dat rozpoczęcia i zakończenia robót budowlanych w referencjach.

Wybrany wykonawca przedstawił referencje, w których nie podano daty rozpoczęcia i zakończenia robót budowlanych. Zamawiający w dokumentacji przetargowej jasno określił, że referencje muszą dotyczyć robót wykonanych w okresie ostatnich 3 lat. Brak daty rozpoczęcia i zakończenia uniemożliwia sprawdzenie, czy usługi rzeczywiście spełniają wymóg czasowy. W związku z tym istnieje podejrzenie, że referencje mogą dotyczyć prac starszych niż 3 lata, co dyskwalifikuje ofertę wykonawcy. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, oferta, która nie odpowiada warunkom zamówienia, powinna zostać odrzucona.

3. Brak formuły potwierdzającej należyte wykonanie robót i rekomendacji w referencjach.

Referencje przedstawione przez wybranego wykonawcę nie zawierają formuły potwierdzającej należyte wykonanie robót ani rekomendacji dla wykonawcy, co jest wymaganym elementem referencji przy tego typu zamówieniach. W referencjach znajduje się

jedynie informacja o "potwierdzeniu zrealizowania prac w wyniku podpisanej umowy". Brak informacji o jakości wykonanych prac oraz brak rekomendacji nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że wykonawca zrealizował usługi w sposób należyty i prawidłowo zakończył. Zgodnie z wymogami Zamawiającego, referencje powinny potwierdzać, że prace zostały wykonane należycie, co ma kluczowe znaczenie dla oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. W związku z tym oferta powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

4. Uzupełnienie dokumentów po ogłoszeniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z informacjami dostępnymi w dokumentacji postępowania, wybrany wykonawca uzupełnił jeden z wymaganych podmiotowych środków dowodowych – Załącznik nr 8 „Oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego potwierdzające brak podstaw wykluczenia z postępowania” w dniu 12.09.2024 o godz. 11:10:11 natomiast informacja o wyborze oferty ukazała się na platformie zamawiającego w dniu 12.09.2024 o godz. 08:07:08. Stąd wynika jednoznaczny wniosek, że wykonawca nie dostarczył podmiotowego środka dowodowego w wymaganym przez zamawiającego terminie. Art. 128 ust. 1 PZP zezwala na uzupełnienie brakujących dokumentów, ale musi to nastąpić przed ogłoszeniem wyboru najkorzystniejszej oferty. Uzupełnienie dokumentów po tej dacie jest naruszeniem przepisów PZP oraz zasad równego traktowania wykonawców ( art. 16 pkt 1) Pzp.(…)”.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty firmy S. B. usługi instalacyjne

ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

2. Dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem naruszeń wskazanych w

niniejszym odwołaniu.

3. Wykluczenie oferty firmy S. B. Usługi Instalacyjne z postępowania

przetargowego z uwagi na niezgodność z wymaganiami formalnymi.

4. Zasądzenia na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Ponadto wnosił on o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie ich powołania w postępowaniu przed Izbą.

Pismem z dnia 27 września 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie,, wnosząc o jego oddalenie w całości, podając następujące uzasadnienie:

1) „Niezgodność terminu wykonania usług w wykazie zrealizowanych usług.” Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w Załączniku 5 w rubryce „termin wykonania” omyłkowo wpisał datę 01.12.2024.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 29 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1716/21 "Zauważenia wymaga, iż przez omyłkę pisarską uznaje się niezamierzoną niedokładność nasuwającą się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń, np. błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo - redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym", w tej sytuacji Zamawiający uznał w/w datę za omyłkową, a przyjął prawidłową datę z przedłożonych referencji tj. 01.12.2021 r.

2) „Brak dat rozpoczęcia i zakończenia robót budowlanych w referencjach" Referencje nie muszą zawierać dat rozpoczęcia, zakończenia prac. Daty weryfikuje Zamawiający kontaktując się z wystawiającym referencje bądź w oparciu o protokół odbioru.

3) „Brak formuły potwierdzającej należyte wykonanie robót i rekomendacji w referencjach".

Referencje, jako sam dokument z góry zakłada należyte wykonanie prac i zadowolenie z wykonanych robót. Na potwierdzenie przytaczam wyrok KIC z dnia 28 marca 2018 r., sygn.. akt KIO 459/18, w którym wskazano iż: „z duża dozą staranności należy przyjmować dokument o nazwie Referencja potwierdzający wykonanie zamówienia, w którym nie ma wprost pozytywnej oceny świadczenia w tym przypadku świadczenia usługi." oraz wyrok KIO z dnia 16 lipca 2019 r. (sygn.. akt KIO 1274/19). Należy również zauważyć, że referencje mają za zadanie potwierdzać należyte wykonanie konkretnego zamówienia, a wykonawcy nie mają wpływu na ich treść, gdyż te wystawiane są przez podmiot od nich niezależny (wyrok KIO z 21 marca 2023 r., sygn. akt KIO 609/23).

4) „Uzupełnienie dokumentów po ogłoszeniu wyboru najkorzystniejszej oferty" Przedmiotowe środki — wykonawca musi dopełnić obowiązku dostarczenia na etapie składania oferty lub uzupełnienia przed podpisaniem umowy. Podmiotowe środki — zamawiający może o nie poprosić ale w tym samym czasie może wykonawcę zaprosić do podpisania umowy. Z uwagi na ich charakter, który nie jest ceno twórczy ani podkreślający cechy zamawianego sprzętu, usługi. Zamawiający nie określił terminu uzupełnienia dokumentów. Wykonawca uzupełnił dokumenty w najszybszym możliwym terminie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, podmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę S. B. działającego pod firmą S. B. Usługi Instalacyjne z siedzibą w Giżycku,

informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 września 2024 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 27 września 2024 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 27 września 2024 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić w części, uznając za uzasadniony: zarzut nr 1) i nr 4) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu 128 ust.1 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej ustawą Pzp, w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, uznając za nieuzasadniony: zarzut nr 2) i nr 3) - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 dawnej ustawy Pzp, a obecnie art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.128 ust.1 i ust.4 ustawy Pzp w związku z art.16 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie zarzutu nr 1 i nr 4 i jednocześnie takich naruszeń prawa przez Zamawiającego nie stwierdziła w pozostałym zakresie.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty wykonawcy S. B. działającego pod firmą S. B. Usługi Instalacyjne z siedzibą w Giżycku na zasadzie dawnego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a obecnego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z tego powodu, że treść oferty tego wykonawcy była niezgodna z warunkami zamówienia, a także czy Zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę w trybie przepisu art.128 ust.4 ustawy Pzp i wyjaśnić treść złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych, a następnie wezwać go na zasadzie przepisu art.128 ust.1 ustawy Pzp do złożenia nowych podmiotowych środków dowodowych lub ich poprawienia.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Zamawiający w ust.2 rozdziału IX SWZ postanowił, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 57 ustawy, wykonawca składa na wezwanie Zamawiającego następujące dokumenty: Wykaz dostaw lub 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 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 (załącznik nr 5 do SWZ).

Izba ustaliła, że wykonawca S. B. Usługi Instalacyjne z siedzibą w Giżycku w następstwie wezwania Zamawiającego z dnia 10.09.2024 r. powyższy wykaz wraz z referencją złożył.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy w odniesieniu do zarzutu nr 1 Izba doszła do przekonania, że podana w wykazie realizowanych usług (załącznik nr 5 do SWZ) przez wykonawcę konkurencyjnego data 1.12.2024 została podana błędnie w sposób kolidujący z datą 23.04.2021 r. wskazaną w referencji Gminy Kruklanki wystawionej w dniu 01.12.2021 r.

Jednocześnie stwierdzono, że z protokołu nr 3/2021 odbioru robót podstawowych wykonania dla zadania „Modernizacja oświetlenia ulicznego w miejscowości Jeziorowskie, Kruklanki i Żywki" z dnia 11.08.2021 r. wynika, że roboty referencyjne rozpoczęto w dniu 23.04.2021 r. i zakończono w dniu 29.07.2021 r., podczas gdy termin ogłoszenia zamówienia w niniejszym przetargu był w dniu 28.08.2024 r., a termin składania ofert był do dnia 5 września 2024 r.

Wobec tego – zdaniem Izby – Zamawiający powinien wyjaśnić te wszystkie rozbieżności w celu ustalenia czy został złożony prawidłowy podmiotowy środek dowodowy w zakresie trzyletniego okresu wykonanych robót, a zatem czy został spełniony warunek, o którym mowa w pkt 2 rozdziału IX SWZ i w zależności od ustaleń wezwać wykonawcę do złożenia nowego podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu i dowodów potwierdzających realizację zamówienia referencyjnego.

W ocenie Izby - bezzasadne są zarzuty nr 2 i nr 3, które się nie potwierdziły z tego względu, że były skierowane przez Odwołującego przeciwko podmiotowym środkom dowodowym, rozumianym jako treść oferty.

Zgodnie z przepisem art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Według zapatrywania Izby – powyższe wnioskowanie Odwołującego jest wadliwe z tego powodu, że podmiotowy środek dowodowy nie stanowi treści oferty, a jest on składany na wezwanie zamawiającego już po złożeniu oferty.

Poza tym zarzuty nr 2 i nr 3 odwołania przedstawione przez Odwołującego miały charakter najdalej idący i zmierzały bezpośrednio do wyeliminowania oferty wykonawcy konkurencyjnego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy podmiotowe środki dowodowe podlegają uzupełnieniu lub/i wyjaśnieniu w trybie przepisu art.128 ustawy Pzp i dopiero po wyczerpaniu tej procedury możliwe byłoby zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub przepisu art. 226 ust.1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp stosownie do którego zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę 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.

Ostatecznie, za zasadny Izba uznała również zarzut nr 4 jako, że Zamawiający nie skierował do konkurenta Odwołującego wezwania w trybie przepisu art.128 ust.1 ustawy Pzp do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art.125 ust.1 ustawy Pzp, które to wezwanie zawierałoby wyznaczony termin do złożenia tego dokumentu.

Ustawodawca w art.128 ust.1 ustawy Pzp postanowił, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w 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(…).

Powyższy przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący i Zamawiający nie ma uprawnienia do zaniechania realizacji powyższej procedury w sytuacji nieprzedłożenia przez wykonawcę oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust 1 ustawy Pzp w zakresie podstaw wykluczenia.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić w części, zaś w pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznała za nieuzasadnione.

W odniesieniu do kosztów postępowania odwoławczego należy wskazać, że zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) cyt. wyżej rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Jednocześnie w ust. 3 powołanego wyżej przewidziano, że w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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

Przewodniczący:……