Sygn. akt: KIO 526/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Patyk

Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Patrol Dogmat Spółka Cywilna M.P. R.K. w Elblągu, BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, D&S DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą Warszawie oraz Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu w postępowaniu prowadzonym przez Grudziądzki Park Przemysłowy Sp. z o.o. w Grudziądzu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Grupa Wena Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołujących – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Patrol Dogmat Spółka Cywilna M.P. R.K. w Elblągu, BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, D&S DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą Warszawie oraz Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Patrol Dogmat Spółka Cywilna M.P. R.K. w Elblągu, BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, D&S DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą Warszawie oraz Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Grudziądzki Park Przemysłowy Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołujących – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Patrol Dogmat Spółka Cywilna M.P. R.K. w Elblągu, BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, D&S DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą Warszawie oraz Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu na rzecz zamawiającego – Grudziądzkiego Parku Przemysłowego Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem 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.

Przewodnicząca: ……..

Sygn. akt: KIO 526/24

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

Zamawiający – Grudziądzki Park Przemysłowy Sp. z o.o. w Grudziądzu [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usług ochrony mienia i osób dla członków Grupy Zakupowej organizowanej przez GPP Sp. z o.o.* (znak postępowania: PN/31/23).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 grudnia 2023 r. pod numerem 00789141-2023.

W dniu 19 lutego 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Patrol Dogmat Spółka Cywilna M.P. R.K. w Elblągu, BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, D&S DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą Warszawie oraz Grupa Ochrony Dogmat Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w zw. z § 9 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 (zwanego dalej „rozporządzeniem”) poprzez odrzucenie

oferty Odwołującego i uznanie, że Odwołujący nie złożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych w postaci homologacji, podczas gdy zamknięty katalog podmiotowych środków dowodowych określony w ww. rozporządzeniu nie pozwala Zamawiającemu na żądanie dokumentu homologacji pojazdu jako podmiotowego środka dowodowego w celu potwierdzenia spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu;

2. § 9 rozporządzenia w zw. z art. 58 § 1 i § 3 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej podmiotowego środka dowodowego niewymienionego w rozporządzeniu pomimo, iż czynność winna zostać uznana za nieważną z mocy prawa jako sprzeczna z przepisami prawa;

3. art. 239 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż najkorzystniejszą ofertą w przedmiotowym postępowaniu jest oferta złożona przez Wykonawcę Grupa Wena sp. z o.o. z siedzibą
w Grudziądzu, podczas gdy prawidłowe dokonanie badania i oceny ofert winno prowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie ustanowionych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawili okoliczności faktyczne sprawy.

Następnie Odwołujący wskazali, iż Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Art. 128 ust. 6 ustawy Pzp zawiera delegację ustawową do określenia rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na tej podstawie zostało wydane rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy
i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. § 9 rozporządzenia określa katalog podmiotowych środków dowodowych spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Przedmiotowy katalog jest katalogiem zamkniętym.

Podkreślili, że Zamawiający nie ma prawa żądać, by wykonawca przedłożył jakiekolwiek dokumenty inne niż wymienione w § 9 rozporządzenia w celu weryfikacji spełniania przez wykonawcę warunku zdolności technicznej lub zawodowej. W konsekwencji zamawiający nie może żądać innych dokumentów w tym zakresie od wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a żądanie innego typu dokumentów przez zamawiającego w celu ich weryfikacji jest możliwe przed zawarciem umowy lub już
w trakcie jej wykonywania.

W ocenie Odwołujących Zamawiający nie miał podstawy do żądania dokumentu homologacji bankowozów na etapie weryfikacji spełniania warunków udziału
w postępowaniu. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Zamawiający mógł żądać wykazu narzędzi w postaci oświadczenia o dysponowaniu bankowozami posiadającymi homologację wraz ze wskazaniem podstawy ich dysponowania. Żądanie przedłożenia dokumentu homologacji bankowozów jest sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie jest istotne, czy zostało wskazane jako naruszenie Pzp przez wykonawców na etapie udostępnienia SWZ. Na podstawie art. 58 § 1 i § 3 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp „czynność prawna sprzeczna
z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana”. Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, iż nieważnością bezwzględną dotknięte jest żądanie Zamawiającego przedłożenia dokumentu homologacji bankowozów jako podmiotowego środka dowodowego niewskazanego w § 9 rozporządzenia na etapie weryfikacji warunków udziału Odwołującego w postępowaniu. Stwierdzenie nieważności tej czynności Zamawiającego implikuje konieczność uznania, że odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w związku z nieprzedłożeniem przez Odwołującego dokumentu homologacji jest niezgodna z przepisami ustawy.

Na marginesie wskazali, że pomimo zawarcia żądania przedłożenia dokumentu homologacji przez wykonawców w dokumentach zamówienia, zdaniem Odwołujących przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ni podlega unieważnieniu. Przesłanką obligatoryjnego unieważnienia postępowania zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp jest bowier obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieni umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym kontekście kluczowe jest stwierdzenie, że pomimo istnienia wad postępowania, to dzięki klauzuli salwatoryjnej wskazanej w art. 58 k.c. możliwym było odstąpienie przez Zamawiającego od żądania przedłożenia przez Odwołującego dokumentów homologacji pojazdów i poprzestanie na żądaniu złożeni wykazu narzędzi wraz ze wskazaniem podstawy ich dysponowania. Zatem wada ta, jako możliwa do usunięcia na etapi badania ofert, powoduje, że postępowanie nie podlega unieważnieniu.

Konsekwencją żądania przez Zamawiającego podmiotowego środka dowodowego niewymienionego w rozporządzeniu, a następnie odrzucenia oferty Odwołującego, jest wybór oferty złożonej przez Wykonawcę Grupa Wena sp. z o.o., pomimo, iż oferta ta powinna zostać sklasyfikowana niżej w rankingu ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Reasumując Odwołujący wskazali, iż rzetelne i zgodne z przepisami prawa przeprowadzenie postępowania przez Zamawiającego doprowadziłoby do konieczności uznania, iż Odwołujący złożyli wszelkie podmiotowe środki dowodowe, jakie Zamawiający mógł żądać od wykonawców, a tym samym potwierdził spełnianie warunków udziału

w postępowaniu. W wyniku naruszeń przepisów ustawy, Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę, która winna zostać sklasyfikowana niżej w rankingu ofert, a tym samym nie była najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych

w dokumentach zamówienia.

Zamawiający w dniu 1 marca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie Pzp, względnie - w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania - o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 4 marca 2024 r. pismo w sprawie złożył również Przystępujący. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu, ewentualnie w sytuacji braku podstaw do odrzucenia odwołania, o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego oraz Przystępującego o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie ustawowego terminu. Zamawiający i Uczestnik postępowania

argumentowali w szczególności, że zarzuty nie odnoszą się do czynności odrzucenia oferty Odwołujących, ani wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz dotyczą w istocie innych czynności Zamawiającego, tj. treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz wezwania Odwołujących do złożenia dokumentu homologacji dokonanego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że terminy na wniesienie odwołania od postanowień dokumentów zamówienia oraz czynności wezwania Odwołujących do uzupełnienia dokumentu homologacji już upłynęły.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie było podstaw do odrzucenia odwołania. Wskazać należy, iż w dniu 19 lutego 2024 r. Odwołujący wnieśli do Prezesa Izby odwołanie wobec czynności odrzucenia ich oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w związku z nieprzedłożeniem dokumentu homologacji pojazdów samochodowych przeznaczonych do transportu wartości pieniężnych (tzw. bankowozów),

a w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Grupa Wena Sp. z o.o.

z siedzibą w Grudziądzu, podczas gdy prawidłowo przeprowadzone badanie i ocena ofert winny skutkować wyborem oferty Odwołujących. Bezsporne było, że czynność odrzucenia oferty Odwołujących oraz wyboru oferty wykonawcy Grupa Wena Sp. z o.o. miały miejsce

w dniu 9 lutego 2024 r. Nie ulega zatem wątpliwości, iż przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Izba oceniła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Grupa Wena Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu [dalej „Przystępujący"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Odwołujących wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do Odwołujących oraz

zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołujących
z dnia 9 lutego 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Zamawiającego i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 marca 2024 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 9 lutego 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Grupa Wena Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp z uwagi na to, że Odwołujący nie przedłożyli podmiotowego środka dowodowego w postaci homologacji w wyznaczonym terminie (pomimo wcześniejszego wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 pzp).

W uzasadnieniu faktycznym ww. czynności Zamawiający wskazał, iż »*Zamawiający wraz z ofertą żądał od Wykonawców złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci homologacji.*

W rozdziale 5 SWZ (warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia) w punkcie 6 podpunkt 4) e) Zamawiający wskazał, że o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: ,,Warunkiem udziału w postępowaniu jest: dysponowanie co najmniej dwoma oznakowanymi nazwą Wykonawcy bankowozami, tj. posiadającymi wymaganą przepisami prawa homologację, tj. pojazdami samochodowymi przeznaczonymi do transportu wartości pieniężnych, oznaczone w zależności od konstrukcji i zabezpieczenia technicznego homologacją typu: A lub B lub C, stanowiącymi własność Wykonawcy."

W rozdziale 6 (wykaz podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych) w części dotyczącej podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający w punkcie 5 podpunkt 2) lit. d) myślnik drugi określił, że: Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 2 Ustawy PZP informuje, że każdy Wykonawca biorący udział w Postępowaniu jest obowiązany do złożenia<u>wraz z ofertą</u> aktualnych na dzień złożenia wszystkich poniższych Podmiotowych środków dowodowych.

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5, pkt 6 SWZ, Wykonawca złoży następujące podmiotowe środki dowodowe: w celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 SWZ: ,,- wykaz narzędzi, pojazdów, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, a także o ile jest to konieczne – wraz z homologacją wymaganą przez obowiązujące przepisy prawa, które spełniają warunki określone w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. b) - e) SWZ."

Jednocześnie w części dotyczącej przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający wskazał, że ,,nie dotyczy". Co oznacza, że Zamawiający jednoznacznie zrezygnował z żądania przedmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający w toku badania ofert stwierdził, że Wykonawca Konsorcjum Dogmat nie dołączył do oferty wymaganej postanowieniami SWZ - homologacji. Tym samym Zamawiający w dniu 24 stycznia 2024 roku, w trybie art. 128 ust. 1 pzp, zwrócił się do tego wykonawcy o uzupełnienie homologacji wymaganej przez obowiązujące przepisy prawa, która spełniają warunki określone w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. e) SWZ w terminie do dnia 26 stycznia 2024 roku.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, Wykonawca ten zignorował prośbę Zamawiającego i pismem z dnia 26 stycznia 2024 roku poinformował Zamawiającego, że: ,,Dokument homologacji nie jest podmiotowym środkiem dowodowym, nie jest on wymieniony w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy." Jednocześnie przy tym Konsorcjum Dogmat nie przedłożyło wymaganego dokumentu homologacji.

Zamawiający utrzymuje stanowisko, iż wymóg przedłożenia homologacji pojazdów jako podmiotowego środka dowodowego, jest wyraźnie zaznaczony w dokumentacji przetargowej i nie podlega zmianie po terminie składania ofert. Każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu zobowiązany był do zapoznania się z treścią SWZ i dostosowania do niej swojej oferty, w tym dołączenia wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego.

Zamawiający pragnie podkreślić, że wszelkie zastrzeżenia co do treści SWZ należało zgłaszać w wyznaczonych przez ustawę pzp terminach. Wykonawcy mieli możliwość zadawania pytań do treści SWZ oraz złożenia środków ochrony prawnej, aby wpłynąć na modyfikację treści dokumentów zamówienia przed upływem terminu składania ofert. Po tym terminie wszelkie postanowienia SWZ stają się ostateczne i wiążące dla wszystkich stron postępowania, bez możliwości ich zmiany czy interpretacji na korzyść jednej ze stron. Innymi słowy po terminie składania i otwarcia oferty nie ma możliwości wprowadzenia zmian do treści SWZ i obowiązuje ona w równym stopniu zarówno zamawiającego, jak i wykonawców. Nie jest dopuszczalna jakakolwiek modyfikacja warunku udziału w postępowaniu po upływie terminu składania czy też jego interpretacja oparta na niewyartykułowanych w dokumentach zamówienia intencjach zamawiającego (w szczególności dotyczy to dowolnej interpretacji dotyczącej dokumentu homologacji).

Zgodnie z zasadami równego traktowania uczestników postępowania oraz uczciwej konkurencji, Zamawiający nie może zignorować tego braku dokumentu homologacji, gdyż byłoby to równoznaczne z naruszeniem ustawy pzp. Tymczasem

Wykonawca jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, powinien mieć świadomość, jakie konsekwencje wiążą się z nieudzieleniem kompleksowych odpowiedzi w wymaganym zakresie.
Podsumowując, niezłożenie przez Konsorcjum Dogmat wymaganego dokumentu homologacji, mimo wyraźnych postanowień SWZ i wezwania do uzupełnienia tej brakującej dokumentacji, stanowi podstawę do odrzucenia oferty przez Zamawiającego.«

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w zw. z § 9 rozporządzenia w sprawie dokumentów, § 9 rozporządzenia w sprawie dokumentów w zw. z art. 58 § 1 i § 3 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 239 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie uzasadnione jest łączne odniesienie się do zarzutów odwołania z uwagi na wspólne okoliczności faktyczne stanowiące ich podstawę.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, 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. Jednocześnie zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. , i oraz z 2023 r.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Po myśli art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Stosownie do § 9 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w celu potwierdzenia spełniania 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:

1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty;

2) wykazu 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;

3) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;

4) opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych stosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy;

5) wykazu systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia publicznego;

6) oświadczenia o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie kontroli zdolności produkcyjnych lub zdolności technicznych wykonawcy, a w razie konieczności także dostępnych mu środków naukowych i badawczych, jak również środków kontroli jakości, z których wykonawca będzie korzystać - w przypadku gdy przedmiot zamówienia obejmuje produkty lub usługi o złożonym charakterze lub w szczególnie uzasadnionych przypadkach

w odniesieniu do produktów lub usług o szczególnym przeznaczeniu;
7) oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy;
8) wykazu środków zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia publicznego;
9) oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności kadry kierowniczej w ostatnich 3 latach, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie;
10) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami;
11) w przypadku dostarczania produktów:
a) próbek, opisów lub fotografii dostarczanych produktów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego,
b) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
12) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zarządzania jakością, w tym dostępności dla osób niepełnosprawnych, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zarządzania jakością opartych na odpowiednich seriach norm europejskich oraz certyfikowanych przez akredytowane jednostki;
13) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemu ekozarządzania i audytu, o którym mowa
w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekozarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS), uchylającym rozporządzenie (WE) nr oraz decyzje Komisji i (Dz.Urz. UE L 342 z 22.12.2009,, z późn. zm.), lub do innych norm zarządzania środowiskowego opartych na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych oraz certyfikowanych przez akredytowane jednostki.
Zgodnie z art. 58 § 1 KC, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek,
w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. Z kolei stosownie do § 3 art. 58 KC, jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.
Izba ustaliła, iż poza sporem było, że Odwołujący nie złożyli wraz z ofertą wymaganego w specyfikacji warunków zamówienia dokumentu homologacji bankowozów. Bezsporne było również, że rzeczony dokument nie został złożony przez Odwołujących
w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, co
w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, uznając tym samym, iż czynność odrzucenia oferty Odwołujących była prawidłowa. Wymaga podkreślenia, iż na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia przedmiotem oceny Izby mogła być jedynie czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. Tym samym zadaniem Izby była ocena, czy w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy zaistniały przesłanki warunkujące odrzucenie oferty Odwołujących zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, tj. brak złożenia przez Wykonawców żądanych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów. Poza oceną Izby była natomiast kwestia ukształtowania postanowień dokumentów zamówienia zgodnie

z przepisami prawa. Wskazać należy, iż postanowienia dokumentów zamówienia, które zdaniem wykonawcy naruszały obowiązujące przepisy, mogły być objęte odwołaniem wniesionym w terminie liczonym zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący mimo podnoszonych na obecnym etapie postępowania zastrzeżeń co do żądanego przez Zamawiającego dokumentu homologacji jako niemieszczącego się w katalogu podmiotowych środków dowodowych wskazanych w § 9 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie skorzystał z przysługujących mu w tym zakresie środków ochrony prawnej. Stawiając zarzut bezwzględnej nieważności tego postanowienia osadzony w treści art. 58 § 1 i § 3 KC, Odwołujący zmierzali w istocie do podważenia treści dokumentów zamówienia po upływie terminów na ich kwestionowanie. W ocenie Izby wniesienie w ustawowym terminie odwołania na postanowienie zawarte w Rozdziale 5 pkt 6 ppkt 4 lit. e) SWZ gwarantowało rozstrzygnięcie wszelkich wątpliwości co do brzmienia dokumentów zamówienia i ich zgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych. Odwołujący będący profesjonalistą winien mieć świadomość, iż możliwość uzyskania zamówienia zależna jest od jego aktywności oraz dokładania aktów należytej staranności na wcześniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, w tym zwłaszcza w chwili jego ogłoszenia. Brak zakwestionowania na odpowiednim etapie postępowania zapisów specyfikacji dotyczących katalogu podmiotowych środków dowodowych skutkuje tym, że powyższe postanowienia SWZ mają charakter wiążący przy ocenie

kwestionowanej przez Odwołujących czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty z powodu niezłożenia dokumentu homologacji bankowozów, po uprzednim wezwaniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż ukształtowanymi postanowieniami dokumentów zamówienia związani są wykonawcy, jak i Zamawiający, który dokonał weryfikacji sytuacji podmiotowej Odwołujących zgodnie z wymogami SWZ. Treść tych postanowień SWZ stanowi także – jak już wskazano - podstawę oceny czynności Zamawiającego w ramach wnoszonych środków ochrony prawnej. Przyjęcie stanowiska Odwołujących prowadziłoby w istocie do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. W oparciu o wskazane w treści SWZ m.in. warunki udziału w postępowaniu wykonawcy podejmują bowiem decyzję o wzięciu udziału

w postępowaniu. Dlatego też nie jest dopuszczalne dokonywanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o inne kryteria niż podane w ogłoszeniu

o zamówieniu oraz SWZ, jak oczekiwaliby tego na obecnym etapie Odwołujący. Z kolei czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu Odwołujących do złożenia dokumentu homologacji bankowozów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp była wyłącznie konsekwencją wiążących postanowień SWZ, która została zaakceptowana przez Wykonawców oraz co do której Wykonawcy nie wnieśli zastrzeżeń (tak Odwołujący

w punkcie 4 lit. a formularza oferty).

Wziąwszy pod rozwagę powyższe stwierdzić należy, iż Zamawiający po wyczerpaniu procedury określonej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wobec braku złożenia przez Odwołujących wymaganego w specyfikacji warunków zamówienia dokumentu homologacji, nie mógł postąpić inaczej niż odrzucając ofertę Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. Tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołujących była prawidłowa.

W konsekwencji wybór oferty wykonawcy Grupa Wena Sp. z o.o. nie naruszał przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……..