Sygn. akt: KIO 3779/23

WYROK
z dnia 5 stycznia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Justyna Tomkowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 stycznia 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 grudnia 2023 roku**
przez wykonawcę **IZBRUK M.R. Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą w Dziedzicach** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Koluszki z siedzibą w Koluszkach**
przy udziale wykonawcy **BUD-AN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kaliszu** (Przystępujący), uczestnika zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1.Oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – IZBRUK M.R. Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą w Dziedzicach i:**
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **IZBRUK M.R. Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą w Dziedzicach** tytułem wpisu od odwołania, kwotę
3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2.zasądza od Odwołującego - **IZBRUK M.R. Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą w Dziedzicach** na rzecz Zamawiającego – **Gminy Koluszki z siedzibą w Koluszkach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony 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 3779/23

UZASADNIENIE

Zamawiający:Gmina Koluszki z siedzibą w Koluszkach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Poprawa warunków obsługi i rozwoju istniejących terenów inwestycyjnych na terenie gminy Koluszki". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/ S 168-529475
W dniu 18 grudnia 2023 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 – dalej jako „ustawa Pzp"), w zakresie zadania nr 1, odwołanie złożył wykonawca IZBRUK M.R. Zakład Ogólnobudowlany z siedzibą w Dziedzicach (dalej jako „Odwołujący").

Data podjęcia informacji o podstawie do wniesienia odwołania to 6 grudnia 2023 r. - informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego. Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający odrzucił jego ofertę wadliwie, z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, na podstawie art. 226 ust. 1, pkt 2 lit. c ustawy Pzp, ponieważ złożone przez niego podmiotowe środki dowodowe dotyczące podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwo Usługowo Budowlane RAWO P.R. mają być nieaktualne. Tymczasem przedłożone dokumenty są aktualne, zaś podmiot trzeci posiada doświadczenie odpowiadające warunkom udziału w postępowania oraz nie podlega wykluczeniu
z postępowania.

Natomiast jeśli uznać, że Zamawiający prawidłowo ocenił, że podmiotowe środki dowodowe dotyczące podmiotu trzeciego są nieaktualne, przed odrzuceniem oferty Odwołującego winien był wezwać do ich uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Wynika to z okoliczności, że podmiotowe środki dowodowe uznane przez Zamawiającego za nieaktualne dotyczą podmiotu trzeciego, którym Odwołujący po terminie składania ofert
w trybie art. 122 Pzp zastąpił pierwotnie objęty ofertą podmiot trzeci oraz że Zamawiający
w toku postępowania nie zastosował wezwania do uzupełnienia z art. 128 ust. 1 Pzp
w związku z błędami w podmiotowych środkach dowodowych dotyczących nowego podmiotu trzeciego.

Zatem gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny ofert - uznałby, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, jako że dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego są aktualne, ewentualnie wezwałby Odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotu trzeciego. Wówczas Odwołujący odpowiednio uzyskałby zamówienie (bowiem jego oferta nie podlega odrzuceniu, spełnia on warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania) lub co najmniej zachowałby możliwość uzyskania przedmiotowego (w związku z możliwością uzupełnienia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego). W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego, Odwołujący utracił możliwość prawidłowego wykonania zamówienia, uzyskania zysku ekonomicznego oraz potwierdzeń prawidłowego wykonania zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. art. 128 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że podmiotowe środki dowodowe dotyczące podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane RAWO P.R. są nieaktualne, mimo że są one aktualne, zaś podmiot trzeci posiada doświadczenie odpowiadające warunkom udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania - co doprowadziło do nieudzielenia zamówienia wykonawcy, który zaoferował najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu;
2. ewentualnie — w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 - art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane RAWO P.R., mimo że podmiotowe środki dowodowe uznane przez Zamawiającego za nieaktualne dotyczą podmiotu trzeciego, którym Odwołujący w trybie art. 122 ustawy Pzp zastąpił pierwotnie Objęty oferta podmiot trzeci oraz że Zamawiający w toku postępowania nie zastosował wezwania do uzupełnienia z art, 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z błędami w podmiotowych środkach dowodowych dotyczących nowego podmiotu trzeciego;
Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
2)przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu
z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3)wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane RAWO P.R.;
4)wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Poprawa warunków obsługi
i rozwoju istniejących terenów inwestycyjnych na terenie gminy Koluszki". Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 Pzp. Zamówienie podzielone jest na 2 zadania. Odwołanie dotyczy zadania nr 1.

Ofertę w postępowaniu w zakresie zadania nr 1 złożył m.in. Odwołujący. Zaoferował on najniższą cenę (39 857 048,47 zł) oraz długość udzielonej gwarancji i rękojmi na poziomie analogicznym jak pozostali wykonawcy (60 miesięcy).

Pierwotnie w ofercie Odwołujący założył poleganie na potencjale podmiotu trzeciego RAWO Infrastruktura Sp. z o. o. w zakresie doświadczenia. W ramach złożonego wykazu wykonanych robót budowlanych Odwołujący powołał się na następujące doświadczenie:
a)zadanie pn. „Budowa dróg gminnych na terenie gminy Grodziec" wykonane na rzecz Gminy Grodziec (powołane jako doświadczenie własne Odwołującego);
b)zadanie pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 3074P Sierakowo - Słomczyce - Piotrowice" wykonane na rzecz Zarządu Dróg Powiatowych w Słupcy (powołane jako doświadczenie własne Odwołującego);
c)zadanie pn. „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy i Miasta Warta - budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach zadania: Kompleksowa rozbudowa infrastruktury kanalizacyjnej w obszarze aglomeracji Warta" wykonane na rzecz Zakładu Wodociągów i kanalizacji w Warcie Sp. z o. o. (powołane jako doświadczenie podmiotu trzeciego RAWO Infrastruktura Sp. z o.o.);

d)zadanie pn. „Rozdzielenie kanalizacji na kanalizację sanitarną i deszczową w ciągu ul. Ogrodowej, Placu Kościuszki, ul. J. Słowackiego, ul. Targowej i na ul. Malinie
w Pleszewie" w ramach zadania „Rozdzielenie kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz przebudowa sieci wodociągowej na terenie miasta Pleszewa" wykonane na rzecz Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o. o. z siedzibą w Pleszewie (powołane jako doświadczenie podmiotu trzeciego RAWO Infrastruktura Sp. z o. o.).

W dniu 21.11.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia powołanego jako doświadczenie podmiotu trzeciego RAWO Infrastruktura Sp. z o. o. dotyczącego zadania
pn. „Poprawa gospodarki wodnościekowej na terenie Gminy i Miasta Warta - budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach zadania: Kompleksowa rozbudowa infrastruktury kanalizacyjnej w obszarze aglomeracji Warta" wykonanego na rzecz Zakładu Wodociągów i kanalizacji w Warcie Sp. z o. o. Zamawiający w wezwaniu wskazał,
że zadanie realizowane było przez konsorcjum firm Rawo Infrastruktura Sp. z o.o. Sp. K. oraz Przedsiębiorstwo Usługowo - Budowlane RAWO P.R. a dołączone do oferty zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia jest podpisane przez firmę RAWO Infrastruktura Sp. z o.o.

W związku z powyższym Zamawiający zażądał przedłożenia dokumentów, które roboty w ramach wskazanego zadania wykonał podmiot trzeci RAWO Infrastruktura
Sp. z o.o. Wskazał, że dokumenty powinny potwierdzać, że podmiot trzeci realizował roboty, a tym samym spełnia warunki udziału w postępowaniu zawarte w SWZ polegające na budowie nowej lub przebudowie istniejącej kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o wartości robót brutto nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł. Wskazał na konieczność wyodrębnienia
i wykazania jaka była wartość robót polegających na budowie nowej lub przebudowie istniejącej kanalizacji sanitarnej lub deszczowej.

Pismem z dnia 30.11.2023 r. Odwołujący oświadczył, że dokonuje zastąpienia podmiotu trzeciego RAWO Infrastruktura Sp. z o. o. innym podmiotem trzecim (Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane RAWO P.R.) w związku z tym,
że pierwotny podmiot trzeci odstąpił od zobowiązania do udostępnienia zasobów oraz że Zamawiający powziął wątpliwości co do doświadczenia podmiotu trzeciego.

Również dnia 30.11.2023 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 122 ustawy Pzp Odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego RAWO Infrastruktura Sp. z o. o. innym podmiotem trzecim lub samodzielnie wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów podmiotowych odpowiednio dla Wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby, na które się powołuje.

W dniu 4.12.2023 r. Odwołujący złożył dokumenty podmiotowego dotyczące siebie oraz podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane RAWO P.R.. Odwołujący złożył między innymi:
- informację z KRK z dnia 12.04.2023 r. dotyczącą P.R.;
- Wykaz wykonanych robót budowlanych obejmujący m.in. zadanie pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami wraz z przebudową sieci wodociągowej w m. Psary Małe" wykonane przez podmiot trzeci Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane RAWO P.R. na rzecz Gminy Września;
- Referencje z dnia 16.08.2018 r. dotyczące zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej
z przyłączami wraz z przebudową sieci wodociągowej w m. Psary Małe" wykonanego przez podmiot trzeci Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane RAWO P.R. na rzecz Gminy Września.

W dniu 6.12.2023 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał, że złożone podmiotowe środki dowodowe potwierdzające brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu są nieaktualne z następujących względów:
- załączone dokumenty poświadczają, że zadanie pod nazwą „Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami wraz z przebudową sieci wodociągowej w miejscowości Psary Małe" zrealizowane były w 2017 roku, a w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału
w postępowaniu wymagane są zadania, które zostały zrealizowane nie wcześniej niż
w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert;
- załączona informacja z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące P.R. wystawiona jest w dniu 12.04.2023 r. a wymagane jest informacja sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem.

<u>1. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 128 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp</u>

Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Dokumenty złożone przez Odwołującego są aktualne, zaś podmiot trzeci Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane

RAWO P.R. legitymuje się doświadczeniem odpowiadającym wymaganiom określonym w warunku udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania.

W przypadku doświadczenia podmiotu trzeciego dotyczącego zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami wraz z przebudową sieci wodociągowej w m. Psary Małe" należy wskazać, że prace budowlane w ramach tego zadania wykonywane były jeszcze w marcu 2019 r. Polegały one m.in. na naprawie uszkodzonej rury PCV na sieci kanalizacyjnej oraz kolana 900 zamontowanego na sieci kanalizacyjnej. Na potwierdzenie Odwołujący przedłożył dowód w postaci korespondencji między podmiotem trzecim a zamawiającym.

Tym samym przedmiotowe doświadczenie podmiotu trzeciego odpowiada wymaganiom określonym w treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VI pkt 4 lit. b) SWZ. Doświadczenie to dotyczy prac wykonywanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (6.10.2023 r.). Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej dla możliwości powołania się na doświadczenie nie jest konieczne, aby cały okres realizacji zamówienia przypadał w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert oraz wystarczające jest jeśli prace te zakończyły się tym okresie (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.05.2023 r., sygn. akt KIO 1176/23 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.03.2016 r., sygn. akt KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIC 228/16).

W świetle powyższego Zamawiający bezzasadnie uznał, że złożone przez Odwołującego dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego są nieaktualne oraz że jego doświadczenie dotyczące zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami wraz z przebudową sieci wodociągowej w m. Psary Małe" nie odpowiada wymogom określonym w warunku udziału w postępowaniu z rozdziale VI pkt 4 lit. b) SWZ. W takich okolicznościach Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Jednocześnie podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z postępowania. Przedłożona przez Odwołującego informacja z Krajowego Rejestru Karnego dotycząca P.R. datowana jest na 12.04.2023 r. Jest ona zatem aktualna w rozumieniu art. 128 ust. 2 Pzp; jako że obejmuje informacje o sytuacji podmiotowej podmiotu trzeciego na moment składania ofert w postępowaniu. Wystawiono ją w terminie 6 miesięcy przed terminem składania ofert w postępowaniu, który przypadał na dzień 6.10.2023 r..

Zgodnie z art. 128 ust. 2 ustawy Pzp składane podmiotowe środki dowodowe mają być aktualne na dzień ich złożenia, przy czym mają one obrazować sytuację podmiotową wykonawcy na dzień złożenia oraz jednocześnie mają potwierdzać, że sytuacja podmiotowa wykonawcy nie uległa zmianie i ma charakter ciągły od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP wraz ofertą.

Zwrócić przy tym uwagę należy, że w systemie zamówień publicznych przez wiele lat za aktualną uznawano informację z Krajowego Rejestru Karnego wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania w postępowaniu. Taki stan prawny istniał w okresie obowiązywania ustawy Pzp z 2004 r. na gruncie przepisów wykonawczych do tej ustawy (par. 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, par. 3 ust. 1 pkt 5-7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, par. 2 ust. 1 pkt 5 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane).

Na gruncie aktualnie obowiązującego stanu prawnego uzasadnia to przyjęcie, że informacja z KRK aktualna jest zarówno jeśli wystawiono ją nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, jak również gdy wystawiono ją nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem (par. 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy).

W konsekwencji złożona przez Odwołującego informacja z KRK dotycząca P.R. jest aktualna oraz potwierdza, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z postępowania. W takich okolicznościach Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

2. Zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp

W toku postępowania Odwołujący w dniu 30.11.2023 r. zastąpił w trybie z art. 122 ustawy Pzp podmiot trzeci RAWO Infrastruktura Sp. z o. o. innym podmiotem trzecim Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane RAWO P.R. Związane to było z odstąpieniem przez pierwotny podmiot trzeci od zobowiązania do udostępnienia zasobów oraz wątpliwościami

zgłoszonymi przez Zamawiającego w stosunku do doświadczenia tego podmiotu.

Zamawiający również dnia 30.11.2023 wezwał Odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego lub samodzielnego wykazania, że spełnia warunku udziału
w postępowaniu oraz złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego.

Odwołujący w dniu 4.12.2023 r. przedłożył dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego, a w tym m.in. dokumenty, które Zamawiający uznał za nieaktualne (informacja
z KRK dotycząca P.R., wykaz wykonanych robót budowlanych oraz referencje dotyczące zadania pn. ,Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami wraz
z przebudową sieci wodociągowej w m. Psary Małe").

Mimo że Zamawiający uznał dokumenty za nieaktualne - przed odrzuceniem oferty Odwołującego nie wezwał go do ich uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem skoro Odwołujący dokonał zastąpienia podmiotu trzeciego w toku postępowania, Zamawiający powinien był umożliwić mu uzupełnienie dokumentów podmiotowych dotyczących nowego podmiotu, jeśli złożone dokumenty zawierały błędy. Natomiast Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego bez zastosowania wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz wbrew zasadzie 1-krotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, czym pozbawił go możliwości potwierdzenia, że doświadczenie nowego podmiotu trzeciego spełnia warunki udziału w postepowaniu oraz że nie podlega on wykluczeniu
z postępowania.

Takie postępowanie Zamawiającego pozostaje sprzeczne z przepisami art. 128 ust. 1 i 122 ustawy Pzp oraz określoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasadą prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący uważa odwołanie za zasadne oraz Odwołujący wnosił o jego uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę
w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy oraz odrzucenie oferty Odwołującego godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, że Odwołujący utracił interes
w uzyskaniu zamówienia, ponieważ nie przedłużył terminu związania ofertą oraz terminu ważności wadium. Podstawa odrzucenia oferty, którą zbadać miała Izba związana była
z odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia,
o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału
w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Choć Zamawiający wskazywał, że wezwał Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą oraz ważności wadium, nie dokonał jeszcze odrzucenia oferty na tej podstawie. Dostrzeżenia wymaga, iż art. 226 ustawy Pzp przewiduje aż 3 odrębne podstawy odrzucenia oferty związane z zagadnieniem terminu związania ofertą, przedłużeniem tego terminu i ważnością wadium (pkt 12) wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą; pkt 13) wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą; pkt 14) wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3). Dodatkowo zauważyć należy, iż Zamawiający nie kwestionował, że istnieje możliwość wyboru oferty, której termin związania minął, jeżeli dany wykonawca wyrazi na taki wybór zgodę.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca BUD-AN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kaliszu. Izba uznała zgłoszenie za skuteczne i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że z oferty Odwołującego wynikało, że polegał on będzie na zasobach podmiotu trzeciego, RAWO Infrastruktura
Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi. Zakres zasobów udostępnianych Wykonawcy obejmował *zdolność techniczną lub*

zawodową, tj. wiedzę i doświadczenie - dwie realizacje polegające na: budowie nowej lub przebudowie istniejącej kanalizacji sanitarnej lub deszczowej
o wartości robót brutto nie mniejszej niż : 3.000.000,00 zł słownie: trzy miliony złotych każda realizacja:
(1) Nazwa zadania: Rozdzielenie kanalizacji na kanalizację sanitarną i deszczową w ciągu ul. Ogrodowej, Plac Kościuszki, ul. J. Słowackiego, ul. Targowej i ul. Malinie w Pleszewie. Wartość zadania: 5.468.174,68; termin wykonania: lipiec 2021.
(2) Nazwa zadania: Poprawa gospodarki wodno ściekowej na terenie Gminy i Miasta Warta. Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach zadania: Kompleksowa rozbudowa infrastruktury kanalizacji w obszarze aglomeracji Warta; Wartość zadania: 13.376.879,30 zł brutto; termin wykonania: grudzień 2020 r.

W zobowiązaniu podmiotu trzeciego wskazano, że firma RAWO zrealizuje część zamówienia poprzez jego wykonanie w ramach podwykonawstwa na podstawie umowy cywilno-prawnej. Okres realizacji: przez cały okres realizacji inwestycji. Firma RAWO udostępniła zasoby poprzez przedłożenie jako środków dowodowych w postępowaniu w celu korzystania z nich przez Wykonawcę – w przypadku wyboru jego oferty w przedmiotowym postępowaniu i udzielenia mu zamówienia - przy wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, w dniu 6 listopada 2023 roku wezwał Odwołującego, na podstawie
art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia, zgodnie z rozdziałem XII ust. 6 SWZ, podmiotowych środków dowodowych, w tym między innymi:
- informacja z KRK sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;
- wykazu robót budowlanych, spełniającego wymagania określone w rozdziale VI SWZ wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonanie, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty zostały wykonanie należycie.

Odwołujący, w dniu 17 listopada 2023 roku złożył dokumenty, w tym wykaz robót
i referencje wystawione przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Warcie dla zadania „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy i Miasta Warta – budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach zadania: Kompleksowa rozbudowa infrastruktury kanalizacyjnej w obszarze aglomeracji Warta", o wartości 13 376 879,30 zł brutto, wykonywane od 08.01.2018 r. do 29.12.2020 r.

Zamawiający, pismem z dnia 21 listopada 2023 roku, na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia brakujących dokumentów praz wyjaśnień potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zaznaczył, że brakuje informacji z KRK sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem dla podmiotu trzeciego, a także zauważył, że zadanie referencyjne realizowane było
w konsorcjum, w związku z powyższym Zamawiający zażądał przedłożenia dokumentów, które roboty w ramach konsorcjum wykonał podmiot udostępniający Odwołującemu zasoby, wraz z wyodrębnieniem wartości robót. Ponadto pokreślono, że wymienione dokumenty powinny być podpisane podpisem kwalifikowanym przez podmiot udostępniający zasoby,
w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą.

Odwołujący, złożył dokument w postaci informacji z KRK dla Pana P.R. datowany na 12 kwietnia 2023 roku. Ponadto Odwołujący wskazał, że firma RAWO Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi wykonała zakres prac spełniający warunki udziału
w postępowaniu w zakresie udostępnionych zasobów. Zakres prac wykonanych podczas inwestycji pn. „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy i Miasta Warta. Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach zadania: Kompleksowa rozbudowa infrastruktury kanalizacji w obszarze aglomeracji Warta" - sieci kanalizacyjne wraz z robotami drogowymi – 3.900.000,00 zł brutto. Ponownie przedstawiono referencje dotyczące przedmiotowej inwestycji.

Dodatkowo, w piśmie tym Odwołujący przedstawił oświadczenie, z którego wynikało, że istnieje możliwość wymiany podmiotu na inny zgodnie z zapisem SWZ IX punkt 7 *„Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału*
w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający zażąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału
w postępowaniu" jeśli Zamawiający nie uzna, że firma RAWO Sp. z o. o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie udostępnienia zasobów.

W dniu 28 listopada 2023 roku, Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie do zadania referencyjnego dotyczącego budowy kanalizacji sanitarnej i deszczowej w obszarze aglomeracji Warta, ponownie zaznaczając,
że powyższą inwestycję realizowało konsorcjum firm, żądając by Odwołujący wyjaśnił, które roboty w ramach

konsorcjum na zadaniu wykonała firma udostępniająca zasoby.
Odwołujący, w dniu 30 listopada 2023 roku, przesłał oświadczenie, że firma RAWO Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi musi odstąpić od zobowiązania innego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów. Odwołujący zaznaczył,
że referencje, które otrzymał od Spółki budzą wątpliwości Zamawiającego, co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, dlatego podjęto decyzję o zmianie podmiotu na następujący Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane RAWO P.R.
z siedzibą w Tuliszkowie. Na potwierdzenie warunków złożono: zobowiązanie innego podmiotu do oddania zasobów, dokumenty potwierdzające wykonanie robót wraz z wykazem robót, gdzie przedstawiono następującą inwestycję referencyjną: „Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami wraz z przebudową sieci wodociągowej w m. Psary Małe", wykonaną na rzecz zamawiającego – Gminy Września, za 3 216 082, 93 zł brutto, w okresie od 26/07/2017 do 21/12/2017 wraz z referencjami potwierdzającymi dane zawarte
w Wykazie robót i potwierdzającymi należyte wykonanie prac. Złożono również informację
z KRK dla Pana P.R. datowaną na 12/04/2023 roku.
Zamawiający, w dniu 30 listopada 2023 roku, poinformował Odwołującego,
że podmiot udostępniający zasoby firma RAWO Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi nie potwierdziła spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wskazane roboty referencyjne. Dlatego też Zamawiający, na podstawie art. 122 oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego, by ten zastąpił ten podmiot innym podmiotem albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki. Dalej Zamawiający dodał, że Odwołujący poinformował,
że zastępuje podmiot innym podmiotem ale jednocześnie załączył niekompletne dokumenty. Zamawiający przywołał w wezwaniu jakie dokumenty winien złożyć wykonawca, w tym informację z KRK sporządzoną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem jej złożenia,
a także poprawiony wykaz robót budowlanych (jeżeli zaszły w nim zmiany związane
z potwierdzeniem spełnienia warunków) spełniający wymagania określone w rozdziale VI SWZ.
Odwołujący, w dniu 4 grudnia 2023 roku przedstawił komplet dokumentów tożsamych pod względem treści z dokumentami złożonymi Zamawiającemu w dniu 30 listopada 2023 roku.

Po analizie dokumentów, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ złożone przez Wykonawcę podmiotowe środki dowodowe potwierdzające brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu są nieaktualne tj :
1)Załączone dokumenty poświadczają, że zadanie pod nazwą „Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami wraz z przebudową sieci wodociągowej w miejscowości Psary Małe" zrealizowane było w 2017 roku, a w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału
w postępowaniu wymagane są zadania, które zostały zrealizowane nie wcześniej niż
w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert.
2)Załączone zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego Pana P.R. wystawione jest w dniu 12.04.2023 r, a wymagane jest zaświadczenie sporządzone nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem.

Jako podstawę prawną wskazano art. 226 ust. 1 punkt 2 c ustawy Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu w całości.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 128 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący podnosił, że wskazana przez niego inwestycja pn. Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami wraz z przebudową sieci wodociągowej w m. Psary Małe, która polegała na budowie kanalizacji sanitarnej i wodociągowej o wartości 3 216 082,93 zł brutto potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Z twierdzeniami tymi nie można się zgodzić. Dostrzeżenia wymaga, iż w Wykazie robót Odwołujący zaznaczył, że inwestycja wykonywana było w okresie od 26.07.2017 r. do 21.12.2017 r. Takie same daty wykonywania prac potwierdzono w dołączonej do wykazu referencji wystawionej przez Burmistrza Gminy Września. Podane informacje były spójne i jednoznaczne. Odwołujący nie zaprzeczał, że wskazany okres nie mieści się w 5 latach wyznaczonych warunkiem udziału
w postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący innych dokumentów świadczących
o wykonywaniu prac w innych terminach niż podane w Wykazie, w postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiającemu nie przedstawił. Zamawiający, bazując na posiadanych dokumentach nie mógł uznać, że wskazane roboty budowalne potwierdzają spełnianie ustalonego warunku udziału w postępowaniu, którego treści
i zakresu Odwołujący nie kwestionował. Wobec tożsamych i jednoznacznych oświadczeń złożonych w Wykazie robót i referencjach, Zamawiający nie miał podstaw przyjąć,

że to zadanie wypełnia cechy warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie miał także podstaw, by zwracać się do podmiotu, który wystawił referencje, nie było bowiem wątpliwości, by zakładać, że prace wykonywano w innych terminach niż podane
w dokumentach, którymi Zamawiający dysponował.

Odwołujący wraz z odwołaniem złożył dodatkowe dokumenty, z których w jego ocenie wynikać ma, że prace na zadaniu referencyjnym wykonywane były także w 2019 roku,
co oznaczałoby, że pozycja Wykazu potwierdza spełnianie warunku udziału. Zauważyć należy przede wszystkim, iż Odwołujący dokumentów tych nie przedstawił Zamawiającemu, choć miał taką szansę. Następnie, w ocenie Izby ocena merytoryczna treści tych dokumentów nie daje podstaw, by uznać je za potwierdzające tezy prezentowane
w odwołaniu. Złożone wraz z odwołaniem jedno z pism adresowane jest do Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. we Wrześni. Nie jest to podmiot, który wykonywał inwestycję referencyjną. Zatem wnioskować można, iż po zakończeniu inwestycji, sieć wraz
z przyłączami przekazana została do zarządzania spółce miejskiej, do której obowiązków należy bieżące utrzymanie i eksploatacja sieci. Ponadto, z pism wynika, że wykonawca przeprowadził wizję lokalną i inspekcję TV, w wyniku których stwierdzono wymienione
w piśmie usterki, naprawa usterek będzie miała miejsce w określonym w piśmie terminie. Treść ta wskazuje raczej na wykonywanie przez wykonawcę działań gwarancyjnych czy serwisowych, a nie związanych z kontynuacją robót budowlanych na danej inwestycji.
Jak celnie zauważył na rozprawie Zamawiający, ze złożonego materiału nie wynika także,
że prace te zostały wykonane i odebrane. Owszem, Izba podziela stanowisko, że *zgodnie*
z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej dla możliwości powołania się na doświadczenie nie jest konieczne, aby cały okres realizacji zamówienia przypadał w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert oraz wystarczające jest jeśli prace te zakończyły się tym okresie, tym niemniej nie jest to przypadek, który zaistniał
w przedmiotowej sprawie. Złożone przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają,
że w 2019 roku na inwestycji były wykonywane czy kontynuowane dodatkowe roboty budowlane.

Konkludując, w ocenie Izby przedstawiona w Wykazie robót inwestycja nie potwierdzała spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany był więc do uznania oferty Odwołującego za nieprawidłową.

Co do poprawności złożonej przez Odwołującego informacji z KRK dla Pana P.R., datowanej na 14 kwietnia 2023 roku, to zgodnie z art. 128 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia. Izba w pełni podziela i przyjmuje za własną argumentację i wykładnię przepisów przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego. Dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący kilkukrotnie składał dokument dotyczący tej samej osoby, zawsze był to ten sam dokument, opiewający na tę samą datę. Zamawiający też kilkukrotnie w kierowanych do Odwołującego wezwaniach zwracał Wykonawcy uwagę, że dokument ten uznać należy za nieaktualny, wskazywał jednocześnie przyczynę takiego stanu. Na argumentację tę Odwołujący pozostał bierny i ciągle posługiwał się tym samym dokumentem.

Biorąc pod uwagę przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych do tej ustawy,
w ocenie Izby Zamawiający słusznie uznał, że informacja z KRK sporządzona na datę
12 kwietnia 2023 roku nie spełnia wymogów ustawowych. Jak wynika ze stanowiska doktryny i orzecznictwa, składane podmiotowe środki dowodowe powinny być **aktualne na dzień ich złożenia**, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień. Wymogu tego nie należy identyfikować z datą składania ofert. Nawet gdyby uznać twierdzenia odwołania za prawidłowe, to biorąc pod uwagę brzmienie przepisów ustawy Pzp i § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, to przepisy te należy odczytywać w następujący sposób: informacja z KRK ma być sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem i jednocześnie ma być aktualna na dzień jej złożenia. Sformułowania „przed jej złożeniem" nie należy odnosić do terminu składania ofert, choćby ze względu na użytą w przepisie składnię zdania. Moment złożenia odnosi się do informacji a nie oferty.

<u>Zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp podlegał oddaleniu w całości.</u>

Odwołujący był kilkukrotnie wzywany do złożenia wyjaśnień oraz do uzupełnienia dokumentów zawierających błędy. Prawdą jest, iż Odwołujący dokonał zmiany podmiotu udostępniającego zasoby na inny podmiot. Nie można jednak w przedmiotowej sprawie pominąć, że osoba, dla której przedstawić należało stosowane informacje z KRK była tą samą osobą. Zawsze należało przedstawić zaświadczenie dla Pana P.R.. Odwołujący był wezwany do uzupełnienia tożsamego dokumentu już
w listopadzie 2023 roku. Odwołując, wobec jasnego stanowiska Zamawiającego, zdawał sobie sprawę, że Zamawiający uznaje przedstawiany dokument za nieaktualny, a mimo to konsekwentnie składano dokument datowany na 12 kwietnia

2023 roku. Zamawiający
w wezwaniu z 30 listopada 2023 roku, po zmianie podmiotu udostępniającego zasoby, kierując do Odwołującego kolejne pismo zaznaczył, że złożone dokumenty mają niekompletny charakter i są nieaktualne w zakresie informacji z KRK. W ocenie Izby treść takiego wezwania wyczerpuje obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów,
w przypadku gdy zawierają one błędy lub są niekompletne. Wykonawca otrzymał więc szansę na naprawienie, uzupełnienie, doprecyzowanie lub skompletowanie stosownych informacji lub dokumentacji w odpowiednim terminie, z której nie skorzystał. Kierowanie kolejnych wezwań naruszałoby zasady prowadzenia postępowania odnoszące się do równego traktowania wykonawców.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania
i oddaliła odwołanie, nie dopatrując się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 i 17 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie dokonał oceny ofert w sposób arbitralny i prawidłowo ocenił ofertę Odwołującego, a jej wynik prowadzić musiał do odrzucenia oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:

……