

Sygn. akt: KIO 93/25

WYROK

Warszawa, dnia 11 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa
Irmina Pawlik
Michał Pawłowski

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2025 roku przez Odwołującego **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Województwo Lubelskie**

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 5.2; 5.3; 5.4; 5.6 oraz 5.7 petitum odwołania,
2. oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 4 002,50 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwa złote pięćdziesiąt groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę oraz wynagrodzeniem pełnomocnika,
 - 3.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 002,50 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwa złote pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Zamawiającego związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę oraz wynagrodzeniem 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 93/25

Uzasadnianie

Zamawiający - Województwo Lubelskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. : „Zakup nowoczesnego, bezemisyjnego taboru kolejowego, wyposażonego w urządzenia pokładowe ERTMS”, nr ref. OPIV.272.50.2024.MSY (dalej jako: „Postępowanie”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 roku (t.j. Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320 ze zm.) Prawo zamówień publicznych, dalej jako: „ustawa Pzp” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S 138/2024 z dnia 17 lipca 2024 r.

W dniu 10 stycznia 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy - zwanego dalej „Odwołującym” wobec niezgodnych z przepisami czynności oraz zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu, polegających na nieuprawnionym odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp (i w związku z tym unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp) i w związku z tym zatrzymaniu przez Zamawiającego wadium wniesionego przez Odwołującego na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie niniejszego przepisu, mimo iż Odwołujący w toku Postępowania złożył podmiotowe środki dowodowe, zaś negatywna ocena przez Zamawiającego takich złożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych nie odpowiada dyspozycji ww. przepisu, przewidującego sankcję w postaci odrzucenia oferty w przypadku niezłożenia przez wykonawcę określonych dokumentów lub oświadczeń (pkt 5.1 petitum odwołania);
2. art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia niniejszego przepisu przy badaniu i ocenie oferty Odwołującego, co do zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie ww.

przepisu, mimo iż oferta Odwołującego zawierała błędy w obliczeniu ceny wobec wpisania w Formularzu ofertowym ceny nieuwzględniającej podatku VAT w prawidłowej wysokości i wpisania w Formularzu ofertowym ceny netto zamówienia zamiast ceny brutto (pkt 5.2 petitum odwołania);

3.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia niniejszego przepisu przy badaniu i ocenie oferty Odwołującego, co do zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie ww. przepisu, mimo iż oferta Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie określonych w Formularzu ofertowym oraz w Rozdziale XIII ust. 2 i ust. 7 SWZ wymogów podania ceny brutto za wykonanie zamówienia podstawowego oraz objęcia ceną ofertową podaną w Formularzu ofertowym wszystkich kosztów i składników jakie trzeba będzie zapłacić za całość przedmiotu zamówienia (pkt 5.3) petitum odwołania;

4.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp w zw. z art. 126 ust. 1 Pzp i art. 128 ust. 1 pkt 1 Pzp

w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp, będące konsekwencją bezzasadnego wszczęcia procedury wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a następnie procedury wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, mimo iż oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, a Postępowanie unieważnieniu, bez względu na złożenie lub uzupełnienie przez Odwołującego żądanych podmiotowych środków dowodowych (pkt 5.4 petitum odwołania);

5.art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez nieuprawnione, dokonane

z nadużyciem praw Zamawiającego i celu instytucji wadium, zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego, gdy w stanie faktycznym sprawy nie ziszczyły się przesłanki zatrzymania wadium opisane w art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, zaś Zamawiający nie wykazał ziszczenia się takich przesłanek, w szczególności nie miała miejsca sytuacja, w której:

a)Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 128 ust. 1 Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych;

b)zarzucany przez Zamawiającego brak złożenia podmiotowych środków dowodowych spowodował brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej, jako że wobec oferty Odwołującego zachodziły inne podstawy jej odrzucenia z Postępowania, a tym samym nawet w przypadku złożenia podmiotowych środków dowodowych niebudzących zastrzeżeń Zamawiającego, oferta Odwołującego musiałaby podlegać odrzuceniu, a Postępowanie podlegałoby unieważnieniu;

(pkt 5.5 petitum odwołania);

6.ewentualnie: art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia niniejszego przepisu przy badaniu i ocenie oferty Odwołującego, co do zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie ww. przepisu, mimo iż w toku Postępowania Zamawiający powziął informacje o tym, że kwota wpisana w Formularzu ofertowym stanowiła w rzeczywistości obliczoną przez Odwołującego cenę netto za wykonanie zamówienia podstawowego, nie zaś cenę brutto, a tym samym oferta złożona przez Odwołującego nie uwzględnia wszystkich wymaganych dokumentami zamówienia kosztów oraz ryzyk związanych z realizacją zamówienia;

(pkt 5.6 petitum odwołania);

7.ewentualnie: art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny wpisanej w Formularzu ofertowym, w sytuacji, gdy:

a)cena wpisana w Formularzu ofertowym jest istotnie niższa od wartości wskazywanej Zamawiającemu przez Odwołującego w ramach prowadzonych przez Zamawiającego rozeznarń cenowych, pomimo znanej Zamawiającemu

i wskazywanej przez Odwołującego dynamiki wzrostowej cen za wykonanie przedmiotu zamówienia w niewielkich odstępach czasowych, jak również jest istotnie niższa od innych oferowanych na rynku cen za wykonanie analogicznego przedmiotu zamówienia;

b)w toku Postępowania Zamawiający powziął informacje o tym, że cena wpisana

w Formularzu ofertowym stanowiła w rzeczywistości obliczoną przez Odwołującego cenę netto za wykonanie zamówienia podstawowego, nie zaś cenę brutto;

(pkt 5.7 petitum odwołania)

wskutek czego Zamawiający winien powziąć uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez Odwołującego zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz

prawidłowości skalkulowania ceny oferty przez Odwołującego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1.nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania;
- 2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3)unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego;
- 4)dokonania ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu, w tym:
 - a)uwzględnienia przez Zamawiającego przy ponownym badaniu i ocenie oferty Odwołującego zaistnienia podstawy odrzucenia oferty z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp;
 - b)w przypadku uwzględnienia zarzutu ad. 5.6: przeprowadzenia procedury wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w Formularzu ofertowym

2.Zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego;

3.Odwołujący wnosi nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji Postępowania) oraz dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Gdyby bowiem Zamawiający nie dopuścił się naruszeń i zaniechań szczegółowo opisanych w treści niniejszego odwołania, oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp, a co najmniej nie doszłoby do bezzasadnego zatrzymania przez Zamawiającego wadium wniesionego przez Odwołującego wobec stwierdzenia braku ziszczenia się przesłanek do takiego zatrzymania.

Odwołujący dysponuje interesem w złożeniu odwołania i ponosi szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów prawa. Podkreślenia wymaga, że w przeciwieństwie do przepisu art. 179 ust. 1 poprzednio obowiązującego Prawa zamówień publicznych (ustawy z dnia 29.01.2004 r.), aktualny przepis ustawy stanowi

o konieczności posiadania przez podmiot wnoszący odwołanie interesu w uzyskaniu „zamówienia”, a nie interesu w uzyskaniu „danego zamówienia”. Interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, jest tym samym interpretowany szeroko

i nie jest on ograniczony do przypadków, gdy uzyskanie zamówienia przez podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej mogłoby nastąpić jedynie w ramach postępowania

o udzielenie zamówienia, w którym następuje wniesienie tego środka. Potwierdza to tym samym, że przez „zamówienie”, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, nie należy rozumieć danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz dany przedmiot zamówienia, niezależnie od tego, w którym postępowaniu (tym samym czy powtórzonym) jest ono udzielane.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że art. 505 ust. 1 Pzp posługuje się sformułowaniem „ma lub miał interes”, co wskazuje, że ustawodawca przewidział prawo do korzystania ze środków ochrony zarówno w sytuacji, gdy podmiot je składający w dalszym ciągu ma interes w uzyskaniu zamówienia w ramach tego samego postępowania, jak i gdy taki interes miał, ale z jakichś przyczyn ustał on w danym postępowaniu i odnosi się on szerzej do konkretnego przedmiotu zamówienia, które podmiot może uzyskać wskutek ponownego przeprowadzenia nowego postępowania dotyczącego tego samego świadczenia.

Odwołujący dysponuje zatem tzw. szerokim interesem, którego posiadanie w świetle poglądów orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (vide: wyroki z dnia 05.04.2016 r., C-689/13, oraz z dnia 04.07.2013 r., C-100/12) i Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) oraz Sądu Zamówień Publicznych, a także aktualnego brzmienia art. 505 ust. 1 Pzp, wypełnia wymóg dot. posiadania interesu we wniesieniu odwołania. Jak bowiem wskazano w:

- a)wyroku KIO z dnia 28.05.2019 r. (KIO 873/19): „W świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych, pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego, zawartą w art. 2 pkt 13 p.z.p. Niezależnie od liczby postępowań o udzielenie zamówienia – o tożsamym przedmiocie, które prowadzone są przez tego samego zamawiającego – dopóki nie zostanie zawarta umowa, to jest to ubieganie się o to samo – dane zamówienie publiczne i do tego czasu wykonawca ma interes w jego uzyskaniu, rozumiany jako możliwość wykonania zamówienia publicznego w kolejnym, nowym postępowaniu”;
- b)wyroku KIO z dnia 23.03.2021 r. (KIO 649/21; podobnie również wyrok z dnia 26.07.2021 r., KIO 1952/21): „Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy,

czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Podkreślenia wymaga, że interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia nie należy utożsamiać wyłącznie z „danym postępowaniem”. Ustawodawca posługuje się określeniem „interesu w uzyskaniu zamówienia”, które jest pojęciem szerszym od pojęcia samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie każde postępowanie kończy się udzieleniem zamówienia. Zamówienie może zostać udzielone w wyniku przeprowadzenia kilku postępowań, z których dopiero ostatnie, może zakończyć się udzieleniem zamówienia.”

c) wyroku KIO z dnia 08.03.2021 r. (KIO 446/21): „w świetle wykładni pronunijnej art. 179 ust. 1 Pzp (obecnie art. 505 ust. 1 nPzp) w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. i 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz. U. L 335, s. 31) należy uznać,

że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt 13 Pzp, tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym,

a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Tym samym interes w uzyskaniu danego zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy, która dotyczy nabywanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Jeśli istnieje tożsamość przedmiotu zamówienia, to niezależnie od liczby postępowań

o udzielenie zamówienia publicznego, które są prowadzone przez zamawiającego, dopóki nie zostanie zawarta umowa, to jest to, ubieganie się o dane zamówienie publiczne i tym samym wykonawca ma interes w jego uzyskaniu (tak: wyrok KIO z dnia 5 września 2016 r. sygn. akt KIO 1556/16; podobnie wyrok KIO z dnia 22 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2099/16, wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2358/17). Wywodzić z tego należy, że interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia nie jest ograniczony jedynie do uzyskania zamówienia w ramach danego postępowania, ale również do uzyskania zamówienia w ramach postępowania wszczętego po skutecznym unieważnieniu postępowania, w którym nie było możliwe wyłonienie oferty najkorzystniejszej.”;

d) wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 07.04.2022 r. (XXIII Zs 2/22): „Należy zwrócić uwagę, że art. 505 ust. 1 pzp wymaga wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, a nie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jak miało to miejsce na gruncie art. 179 ust. 1 starego pzp. (...) w ocenie sądu okręgowego z uwagi na brzmienie art. 505 ust. 2 Pzp interes w uzyskaniu zamówienia powinien być interpretowany szeroko jako odnoszący się nie do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu

o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania (taka wykładnia została w całości zaaprobowana przez KIO w wyr. z 23.3.2021 r., KIO 578/21, KIO 579/21, Legalis).”

Wskutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, Odwołujący ponosi nadto szkodę polegającą na zatrzymaniu przez Zamawiającego wniesionego przez Odwołującego wadium w wysokości 1.000.000 zł (słownie: jeden milion złotych). Na dzień wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający wystąpił bowiem do poręczyciela Odwołującego – Bydgoskiego Funduszu Poręczeń Kredytowych sp. z o.o. z siedzibą

w Bydgoszczy (dalej: Poręczyciel), z żądaniem zapłaty wadium w ww. wysokości. Tym samym, po zrealizowaniu przez Poręczyciela ww. żądania, Poręczyciel wystąpi bezpośrednio

do Odwołującego o zapłatę ww. należności. Odwołujący ponosi zatem realną szkodę majątkową wskutek nieprawidłowych działań i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

W dniu 22 listopada 2024 r. nastąpiło otwarcie ofert w Postępowaniu, wskutek którego stwierdzono, że jedyną ofertę złożył Odwołujący, w którego ofercie (Formularzu ofertowym)- wskazano cenę brutto za 1 EZT (elektryczne zespoły trakcyjne) w wysokości 33.900.000,00 zł, natomiast cenę brutto za 4 EZT w wysokości 135.600.000,00 zł.

Niezwłocznie po otwarciu ofert w Postępowaniu Odwołujący dostrzegł, iż w Formularzu ofertowym w pozycji „Cena brutto zamówienia podstawowego” omyłkowo, w wyniku niezamierzonego działania (błędu ludzkiego), podano błędną cenę, tj. cenę netto zamówienia podstawowego (33.900.000,00 zł dla jednego pojazdu (EZT) i 135.600.000 zł dla całego zamówienia podstawowego), zamiast ceny brutto zamówienia podstawowego, która powinna była wynosić 41.697.000,00 zł dla jednego pojazdu (EZT) (166.788.000 zł dla całego zamówienia podstawowego). Przedmiotowa nieprawidłowość w treści oferty miała charakter niezamierzony i zaistniała wyłącznie na skutek błędu w obliczeniu ceny

pracownika Odwołującego zajmującego się przygotowaniem oferty. W związku z powyższym w dniu 25.11.2024 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo, w którym poinformował go o zaistniałych okolicznościach, wskazując w tym zakresie m.in. na fakt uprzedniego przedstawienia już Zamawiającemu przez Odwołującego (w ramach prowadzonej przez Zamawiającego procedury rozeznania cenowego) ceny brutto jednego pojazdu w wysokości 37.515.000 zł (zaznaczając jednocześnie na możliwość wzrostu tej kwoty), tj. na okoliczności potwierdzające zaistnienie błędu w obliczeniu ceny w ofercie Odwołującego.

Zamawiający nie podjął żadnych działań w związku z otrzymanym pismem Odwołującego ani posiadaną przez Zamawiającego (zarówno na skutek pisma Odwołującego, jak i przeprowadzonego przez Zamawiającego rozeznania cenowego) wiedzą co do błędu w obliczeniu ceny zaistniałego w ofercie Odwołującego. W dniu 29.11.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp oraz pozostałych podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący w dniu 10 grudnia 2024 r. udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, składając żądane dokumenty.

W dniu 11 grudnia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych w zakresie:

- 1) **informacji z Krajowego Rejestru Karnego** (w formie elektronicznej) w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy dotyczącej podmiotu zbiorowego, sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;
- 2) **wykazu dostaw wykonanych** (w formie elektronicznej), a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 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**

Pismem z dnia 17 grudnia 2024 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przedkładając – wedle swego rozeznania – posiadane przezeń podmiotowe środki dowodowe, o których przedłożenie Zamawiający wezwał Odwołującego w piśmie z dnia 11 grudnia 2024 r., tj. informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą podmiotu zbiorowego, Wykaz dostaw wraz z referencją.

W dniu 31 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, oraz który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że:

„Zamawiający na podst. art. 126 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 2 ustawy w dniu 29 listopada 2024r. wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych wraz z oświadczeniem, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ).

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, w dniu 10 grudnia 2024 r. przekazał niekompletne dokumenty, w których brakowało informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy dotyczącej podmiotu zbiorowego, a także wykazu dostaw wykonanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, wraz z dowodami określającymi, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 12 grudnia 2024 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy wezwał Wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wskazując jednocześnie, że ww. dokumenty nie zostały przedłożone wraz z poprzednią korespondencją. W swym wezwaniu Zamawiający zawarł dokładne informacje dotyczące wymagań związanych z przedkładanymi dokumentami, tj.: że informacja z KRK winna być sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem, natomiast wykaz dostaw potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu powinien zawierać dostawę wykonaną w okresie ostatnich 5 lat (analogiczne informacje zawarte były w dokumentach zamówienia oraz w wezwaniu z dnia 29 listopada 2024 r.).

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w dniu 17 grudnia 2024 r. przekazał Zamawiającemu dokumenty:

1) Informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą spółki z dnia 16 lutego 2024 r.

2) Wykaz dostaw, w którym przedstawił dostawę wykonaną na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego z siedzibą w Rzeszowie zakończoną w dniu 30 sierpnia 2018 r. wraz z dowodem potwierdzającym należyte wykonanie dostawy do dnia 30 sierpnia 2018 r.

Zarówno informacja z KRK jak i wykaz dostaw nie spełnia warunków stawianych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Informacja z KRK nie spełnia wymogu sporządzenia jej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem, natomiast dostawa wskazana przez Wykonawcę nie została zrealizowana w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, a tym samym Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca został wezwany w trybie art. 128 ust. 1 ustawy i powtórzenie tej czynności nie było możliwe. Wielokrotnie orzecznictwo KIO wskazywało na zakaz wzywania więcej niż jeden raz do uzupełniania, w tym samym zakresie, dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej nr KIO 3263/24 z dnia 7 października 2024 r. „Jak bowiem wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku, lub tego samego błędu dotyczącego określonego oświadczenia, lub dokumentu. Ponowienie wezwania o takiej samej treści prowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.”. Również KIO w swym wyroku z dnia 16 grudnia 2021 r. nr 3511/21 orzekło: „Przy czym zgodnie z wypracowanym w doktrynie i orzecznictwie jednolitym stanowiskiem (na tle analogicznej regulacji zamieszczonej poprzednio w art. 26 ust. 3 ustawy pzp z 2004 r.) taka procedura uzupełnienia lub poprawienia dokumentów może być, z uwagi na zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zastosowana tylko jednokrotnie w odniesieniu do tego samego braku pierwotnie złożonych oświadczeń lub dokumentów.”.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający wyczerpał możliwość wezwania do uzupełnień, zobowiązany jest do odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisów.”

W związku z tym, że oferta złożona przez Odwołującego była jedyną ofertą złożoną w Postępowaniu, Zamawiający unieważnił je na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp.

Nadto, w dniu 31 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wniesionego przezeń wadium. Jako podstawę prawną zatrzymania wadium Zamawiający wskazał przepis art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, natomiast w pozostałym zakresie Zamawiający

w żaden sposób nie uzasadnił przedmiotowej czynności, w szczególności nie wyjaśnił ani nie uzasadnił ziszczenia się podstaw zatrzymania wadium określonych w powołanym przepisie. W tym samym dniu Zamawiający skierował do Poręczyciela żądanie wypłaty wadium. Wedle posiadanej przez Odwołującego wiedzy do chwili złożenia niniejszego odwołania Poręczyciel nie zrealizował jeszcze ww. żądania Zamawiającego.

Celem pełnego przedstawienia istotnych faktów sprawy mających znaczenie dla rozpoznania zarzutów niniejszego odwołania, wskazać należy nadto, iż w toku prowadzonych przez Zamawiającego przed wszczęciem Postępowania rozeznania cenowych, Zamawiający otrzymał od PESA informacje co do szacowanych kosztów realizacji zamówienia oraz czynników (takich jak czas czy konieczność uwzględnienia wymogów indywidualnych, ponadstandardowych) wpływających na wzrost takich kosztów i cenę, jaka będzie mogła zostać zaoferowana przez PESA w toku ewentualnego postępowania o udzielenie zamówienia:

1)w dniu 09 lutego 2024 r. Zamawiający skontaktował się z PESA drogą mailową wskazując, iż w związku z zamiarem przeprowadzenia zamówienia, którego wynikiem będzie zawarcie umowy na dostawę elektrycznych zespołów trakcyjnych, prosi

on o przekazanie przez PESA szacunkowej kwoty zamówienia, według wymagań Zamawiającego załączonych do jego wiadomości (które były analogiczne do wymagań sformułowanych następnie w Postępowaniu), z podaniem kwoty netto oraz brutto za 1 elektryczny zespół trakcyjny. W odpowiedzi na powyższe zapytanie, w dniu 16.02.2024 r. PESA wskazała, iż wstępna szacunkowa wartość zamówienia wynosi, dla jednego pojazdu, 27.500.000 zł netto i 33.825.000 zł brutto zastrzegając wszakże jednocześnie, że „Przedstawione powyżej ceny mają wartość poglądową i mogą ulec zmianom nawet w niewielkich odstępach czasowych, z uwagi na dynamiczny wzrost cen materiałów i usług niezbędnych do wykonania zamówienia. Ostateczna cena zależna będzie również od szczegółowych warunków umownych, które nie były uwzględniane przy przedmiotowym szacowaniu, ponieważ nie wchodzi w skład Państwa zapytania. (...) Informujemy dodatkowo, iż oczekiwany przez Państwa system przeciwpożarowy nie był do tej pory przez nas oferowany i nie jest rozwiązaniem sprawdzonym, stanowi on także wymaganie ponadstandardowe, które nie jest ujęte w powyższej wycenie. Nadmieniamy, iż wszystkie „indywidualne” wymogi prowadzić będą do zwiększonych kosztów oraz do wydłużenia czasu realizacji zamówienia, a w skrajnych przypadkach mogą decydować o nieskładaniu oferty w przedmiotowym postępowaniu.”;

2)w dniu 27 czerwca 2024 r. Zamawiający ponownie skontaktował się z PESA drogą mailową wskazując, iż w związku z zamiarem powtórzenia przeprowadzenia zamówienia, którego wynikiem będzie zawarcie umowy na dostawę do pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych, Zamawiający prosi o przekazanie szacunkowej kwoty zamówienia, według załączonych wymagań Zamawiającego (również analogicznych do sformułowanych następnie w Postępowaniu), z podaniem kwoty netto oraz brutto za 1 elektryczny zespół trakcyjny. W odpowiedzi na powyższe zapytanie, pismem z dnia 04.07.2024 r. PESA wskazała, iż wstępna szacunkowa wartość zamówienia wynosi, dla jednego pojazdu, 30.500.000 zł netto i 37.515.000 zł brutto – a zatem, zgodnie z uprzednimi prognozami, na przestrzeni ok. 4 miesięcy (licząc od poprzedniego szacowania) istotnie doszło do wzrostu kosztów związanych z realizacją zamówienia rzędu ok. 11%. Udzielając odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego PESA jednocześnie nadal zwróciła uwagę Zamawiającego na zachodzącą tendencję dynamicznego wzrostu cen materiałów i usług niezbędnych do wykonania zamówienia, nawet w niewielkich odstępach czasowych. Podobnie jak w przypadku rozeznania cenowego prowadzonego w lutym 2024 r. PESA nadto wskazała Zamawiającemu, że wskazana szacunkowa kwota nie uwzględnia ponadstandardowego wymagania dotyczącego oczekiwanego przez Zamawiającego systemu przeciwpożarowego, jak również wszelkich „indywidualnych” wymogów, a tym samym uwzględnienie ich w docelowej ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spowoduje konieczność zaoferowania Zamawiającemu wyższej kwoty za wykonanie zamówienia.

Nadto, w prowadzonych przez innych zamawiających postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę analogicznego taboru kolejowego, toczących się równoległe z prowadzonymi przez Zamawiającego procedurami rozeznania cenowego oraz Postępowaniem, PESA złożyła oferty zbieżne z ww. kalkulacjami. Przykładowo, w postępowaniu pn. Zakup taboru kolejowego (nr DOA-ZP.272.16.2024) prowadzonym przez Województwo Opolskie, dotyczącym dostawy w ramach zamówienia podstawowego 5 szt. pojazdów (3 szt. pojazdów 3-członowych oraz 2 szt. pojazdów 4-członowych) oraz 15 szt. pojazdów w ramach opcji o analogicznych parametrach jak pojazdy 3-członowe objęte Postępowaniem, PESA w złożonej ofercie w dniu 01.08.2024 r. zaoferowała za dostawę 1 pojazdu 3-członowego cenę 30.900.000 zł netto (38.007.000 zł brutto), co było przedmiotem również licznych doniesień medialnych. Powyższe wskazuje m.in., że co do zasady ceny oferowane przez PESA w postępowaniach o udzielenie zamówienia pozostają w korelacji

z danymi podawanymi w analogicznym okresie w ramach odpowiedzi na rozeznania cenowe (vide: oferta złożona w dniu 01.08.2024 r. oraz informacja w ramach rozeznania cenowego złożona w dniu 04.07.2024 r.), jak również, że powyższe uwarunkowania były znane Zamawiającemu jako uczestnikowi rynku branżowego.

Nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp; wystąpienie wobec oferty Odwołującego innych niż określone w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp okoliczności stanowiących podstawę odrzucenia oferty

Jak wynika z przedstawionego powyżej stanu faktycznego, dokonując badania i oceny oferty Odwołującego, Zamawiający błędnie zaniechał rozpatrzenia wystąpienia wobec oferty Odwołującego podstaw ewentualnego odrzucenia z Postępowania, o których mowa w:

- a) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- b) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- c) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Jak wynika z opisanego powyżej stanu faktycznego Postępowania, Zamawiającemu znana była okoliczność, iż w ofercie złożonej przez PESA, w kwocie wpisanej w Formularzu ofertowym, nie uwzględniono podatku VAT, tj. wpisano cenę netto zamówienia podstawowego, zamiast ceny brutto, tj. cenę nieuwzględniającą wszystkich elementów cenotwórczych składających się na przedmiot zamówienia i wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z SWZ oraz wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Powyższą okoliczność potwierdza nie tylko pismo Odwołującego skierowane do Zamawiającego w dniu 25.11.2024 r., ale także:

- a) uchwała Zarządu PESA z dnia 20.11.2024 r. (tj. sprzed daty składania ofert w Postępowaniu), określająca cenę, jaka winna zostać zaoferowana przez PESA, jako 33.900.000 zł netto – zgodnie bowiem z praktyką obowiązującą w PESA, każdorazowo wymagane jest podjęcie przez Zarząd stosownej uchwały wyrażającej w ogóle zgodę na udział PESA w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak też określającej kluczowe warunki oferty, w tym w szczególności cenę;
- b) odpowiedzi PESA na kolejne zapytania kierowane przez Zamawiającego w ramach rozeznania rynku – wynika z nich bowiem w szczególności postępująca tendencja wzrostowa cen za realizację zamówienia takiego jak organizowane przez Zamawiającego, jak też średni poziom takiego wzrostu w owym okresie rzędu 11% na

przestrzeni ok. 4 miesięcy. Gdyby zatem odnieść powyższe do wskazanej przez PESA w piśmie z dnia 04.07.2024 r. (tj. ponad 4 miesiące przed terminem składania ofert) szacunkowej ceny jednego pojazdu na poziomie 30.500.000 zł netto/37.515.000 zł brutto (nieuwzględniającej przy tym wszystkich czynników ponadstandardowych, które musiałyby zostać uwzględnione w finalnej cenie ofertowej), potwierdza to, iż kwota 33.900.000 zł/pojazd wpisana w Formularzu ofertowym w Postępowaniu stanowiła kwotę netto (30.500.000 zł netto/37.515.000 zł brutto + 11% = 33.855.000 zł netto/41.641.650 zł brutto);

c) informacje znane Zamawiającemu jako uczestnikowi rynku branżowego co do cen oferowanych za analogiczny przedmiot zamówienia (vide: okoliczności opisane we wcześniejszej części niniejszego odwołania).

Dysponując ww. wiedzą i uznając, że oferta Odwołującego nie podlega poprawieniu w zakresie kwoty wpisanej w Formularzu ofertowym w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający winien był zatem zbadać i ocenić, czy wobec oferty Odwołującego nie zachodzą podstawy dla jej odrzucenia z Postępowania, w szczególności podstawy określone w art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 lub 10 Pzp, tj. dotyczące niezgodności oferty z warunkami zamówienia, błędu w obliczeniu ceny lub rażąco niskiej ceny. Jak wynika z rozstrzygnięcia Postępowania dokonanego w dniu 31.12.2024 r., takiego należytego badania i oceny oferty Odwołującego Zamawiający jednak zaniechał. Sytuacja braku uwzględnienia przez wykonawcę w cenie wpisanej w ofercie wymaganego VAT (dla przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem: VAT w stawce 23% - okoliczność bezsporna) stanowi bowiem błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że zgodnie z przytoczoną już wyżej treścią Formularza ofertowego Zamawiający opatrzył go adnotacją, iż „Formularz ofertowy nie podlega uzupełnieniu. Niepodanie powyższych informacji [tj. ceny brutto zamówienia podstawowego – przyp. aut.] skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Ponadto, zgodnie z:

- *Rozdziałem XIII ust. 2 SWZ - Cena podana w formularzu ofertowym powinna obejmować wszystkie koszty i składniki jakie trzeba będzie zapłacić za całość przedmiotu zamówienia;*
- *Rozdziałem XIII ust. 7 SWZ - Cena ofertowa stanowi iloczyn ceny jednostkowej brutto za 1 szt. EZT oraz liczby EZT zamówienia podstawowego (4szt.).*

Z powyższych wymogów wynika zatem, iż wpisanie w Formularzu ofertowym ceny innej niż cena brutto, tj. ceny uwzględniającej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym podatek VAT, stanowi niezgodność treści oferty z ww. warunkami zamówienia. Jak zaś zastrzegł Zamawiający oraz co wynika z brzmienia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, niezgodność taka skutkuje zaistnieniem podstawy odrzucenia oferty z Postępowania.

Przytoczone okoliczności potwierdzają także, że kwota wpisana w Formularzu ofertowym, jako niestanowiąca kwoty uwzględniającej wszystkie koszty i składniki, jakie należało uwzględnić zgodnie z wymogami Zamawiającego i obowiązującymi przepisami prawa, nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem również skutkującej odrzuceniem oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Z powyższych względów nieuzasadnione było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp, dokonane na skutek nieuzasadnionego (zbędnego, nadmiarowego) przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a następnie procedury wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Jak wynika bowiem z okoliczności opisanych już szczegółowo powyżej, Zamawiający błędnie pominął inne podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając jednocześnie na względzie wyrażony w orzecznictwie KIO (np. wyrok KIO z dnia 01.09.2023 r., KIO 2404/23) pogląd, zgodnie z którym zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu zaistnienia w ofercie Odwołującego rażąco niskiej ceny lub innych podstaw odrzucenia, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp, Odwołujący podnosi jako zarzut ewentualny zarzut zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny wpisanej w Formularzu ofertowym, w sytuacji, gdy:

a) cena wpisana w Formularzu ofertowym była istotnie niższa od wartości wskazywanej Zamawiającemu przez Odwołującego w ramach prowadzonych przez Zamawiającego rozeznań cenowych, pomimo znanej Zamawiającemu i wskazywanej przez Odwołującego dynamiki wzrostowej cen za wykonanie przedmiotu zamówienia

w niewielkich odstępach czasowych, jak również jest istotnie niższa od innych oferowanych na rynku cen za wykonanie analogicznego przedmiotu zamówienia;

b) w toku Postępowania Zamawiający powziął informacje o tym, że cena wpisana

w Formularzu ofertowym stanowiła w rzeczywistości obliczoną przez Odwołującego cenę netto za wykonanie zamówienia podstawowego, nie zaś cenę brutto.

Skutkiem powyższych zdarzeń i okoliczności powinno być bowiem powzięcie przez Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez Odwołującego zgodnie z

wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz prawidłowości skalkulowania ceny oferty przez Odwołującego, a tym samym skorzystanie przezeń z regulacji art. 224 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Podkreślić bowiem należy, że zastosowanie przepisu art. 224 ust. 1 Pzp (tj. wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaofferowanej ceny nie tylko w przypadku, gdy odbiega ona o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia albo średniej arytmetycznej ofert) nie stanowi wyłącznie uprawnienia Zamawiającego, z którego może on, ale nie musi skorzystać, na zasadzie uznaniowości. W sytuacji bowiem zaistnienia okoliczności opisanych w tym przepisie, tj. gdy na podstawie posiadanych informacji cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia albo gdy budzi ona wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia (tj. powinna takie wątpliwości wzbudzić patrząc przez pryzmat posiadanej przez Zamawiającego wiedzy oraz wzorca należytego działania i ostrożności), Zamawiający nie jest tylko uprawniony, ale zobligowany do wszczęcia procedury z art. 224 ust. 1 Pzp i skierowania do wykonawcy stosownego wezwania do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie.

Brak ziszczenia się podstaw do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego

Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, na który Zamawiający powołał się jako podstawę prawną zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego, *Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli: 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia,*

o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

W ocenie Zamawiającego ww. przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w stanie faktycznym niniejszej sprawy, mimo iż – co nie jest kwestionowane przez Zamawiającego – nie miała miejsca sytuacja braku złożenia przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych, a wyłącznie uzupełnienia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 Pzp (wedle dokumentacji rzeczywiście znajdującej się w jego dyspozycji), które jednak wedle oceny Zamawiającego nie odpowiadały warunkowi udziału w Postępowaniu oraz wymogom co do daty, z której winien pochodzić podmiotowy środek dowodowy. Jak wskazał Zamawiający w przytoczonym już wyżej uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego: „Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w dniu 17 grudnia 2024 r. przekazał Zamawiającemu dokumenty:

1) Informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą spółki z dnia 16 lutego 2024 r.

2) Wykaz dostaw, w którym przedstawił dostawę wykonaną na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego z siedzibą w Rzeszowie zakończoną w dniu 30 sierpnia 2018 r. wraz z dowodem potwierdzającym należyte wykonanie dostawy do dnia 30 sierpnia 2018 r.

Zarówno informacja z KRK jak i wykaz dostaw nie spełnia warunków stawianych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Informacja z KRK nie spełnia wymogu sporządzenia jej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem, natomiast dostawa wskazana przez Wykonawcę nie została zrealizowana w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, a tym samym Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.”

Podkreślić natomiast należy, że zgodnie z ogólnymi zasadami wykładni przepisów prawa i patrząc przez pryzmat zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonych w art. 16 Pzp, w szczególności zaś zasady przejrzystości, przepisy o charakterze sankcyjnym (w tym np. przepisy dot. wykluczenia wykonawcy, odrzucenia jego oferty czy zatrzymania wadium) muszą być interpretowane ściśle. „Powyższe oznacza, że wykluczenia wykonawców można dokonać wyłącznie wtedy, gdy przesłanka sankcyjna zaktualizuje się w sposób niebudzący wątpliwości” (wyrok KIO z dnia 04.01.2012 r., KIO 2754/11; podobnie: uchwała KIO z dnia 11.08.2015 r., KIO/KD 43/15).

Mając powyższe na uwadze, za nieuprawnione należy uznać stanowisko Zamawiającego co do zaistnienia wobec oferty Odwołującego przesłanki jej odrzucenia z Postępowania określonej w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, zgodnie z którym sankcja ta dotyczy przypadków, gdy oferta 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”.

Z powyższych przyczyn za nieuprawnione należy także uznać zatrzymanie przez Zamawiającego wniesionego przez Odwołującego wadium, z powołaniem na podstawę prawną wyrażoną w art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, której przesłanki nie ziściły się w niniejszym stanie faktycznym. Jak bowiem wskazano w tym zakresie w orzecznictwie (jakkolwiek wydanym

w części na podstawie przepisów poprzednio obowiązującego Prawa zamówień publicznych

- ustawy z dnia 29.01.2004 r., ale z uwagi na tożsamość analizowanych przepisów zachowującym aktualność również w aktualnym stanie prawnym;

- wyrok KIO z dnia 27.04.2009 r. (KIO/UZP 488/09):

„Zatrzymanie wadium jest dotkliwą sankcją dla wykonawców, pozbawiającą ich konkretnych środków finansowych. Z tego też względu wszelkie przesłanki nakazujące zamawiającemu zatrzymywanie wadium muszą być wykładane ściśle wedle reguł wykładni gramatycznej i językowej i nie mogą być podstawą do zastosowania wykładni rozszerzającej (...) Art. 46 ust. 4a ustawy dotyczy wyłącznie nie złożenia dokumentów, a nie dokumentów, które zawierają błędy, co ma stanowić karę za to, że swoim zaniechaniem wykonawca uchyla się od współdziałania z zamawiającym podczas przebiegu postępowania i prowadzi do jego zbędnego i nieuzasadnionego przedłużenia, które nie może dać pozytywnego dla obu stron efektu w postaci zawarcia między tym wykonawcą, a zamawiającym umowy o zamówienie publiczne. Nie można zatem rozszerzająco uznać, że sankcja zatrzymania wadium dotyczy także sytuacji, w które wykonawca przedłożył dokument zawierający błąd.”;

- wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14.03.2014 r. (VI ACa 977/13):

„Sąd Apelacyjny w Poznaniu w sprawie I ACa 97/13 (wyrok z dnia 15.03.2013) stwierdził, że: "Fakt nieudokumentowania spełnienia warunków w postępowaniu skutkuje jedynie wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a nie daje podstaw do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p."

W wyroku I CSK 444/12 z dnia 14 marca 2013 r. Sąd Najwyższy zauważył, że: "Przepis art. 46 ust. 4a p.z.p. ma zastosowanie do sytuacji, w której występuje brak fizyczny dokumentu lub oświadczenia, natomiast nie ma on zastosowania, jeżeli zostanie złożony dokument lub oświadczenie, także takie, które nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym..."

W głosie do tego orzeczenia M. S. napisała: "W głosowanym orzeczeniu SN wypowiedział się na temat podstaw zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Problem poruszony w głosowanym wyroku ma istotny wymiar praktyczny z uwagi na istniejące

w orzecznictwie i doktrynie rozbieżności w zakresie wykładni przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p. Sąd Najwyższy przychylił się do poglądu dominującego w orzecznictwie sądowym, zgodnie z którym sankcja zatrzymania wadium, określona w art. 46 ust. 4a p.z.p. znajduje zastosowanie jedynie wtedy, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p. nie złożył w ogóle żadnych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy. Stanowisko SN znajduje uzasadnienie w przesłankach wprowadzenia powołanego przepisu do ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w wykładni zawężającej przepisu art. 46 ust. 4a p.z.p.2."

Sąd Najwyższy w wyroku II CSK 448/12 z dnia 22 listopada 2012 r. wyjaśnił, że: "Przepis ten [art. 46 ust 4a ustawy prawo zamówień publicznych] o charakterze bezwzględnie obowiązującym, został wprowadzony ustawą nowelizującą, zaś celem było ograniczenie możliwości dokonywania zmów przetargowych polegających na porozumieniu wykonawców prowadzącym do udzielenia zamówienia temu, kto zaofertuje najwyższą cenę. Wykonawcy mogli celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń i po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, wycofać się z postępowania przetargowego bez żadnych konsekwencji. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się zarówno sankcyjny i dyscyplinujący wykonawców charakter instytucji zatrzymania wadium przez zamawiającego, jak i restrykcyjny charakter omawianego przepisu. Konsekwencją jest konieczność ścisłej interpretacji oraz oceny zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy.";

- wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18.06.2014 r. (I ACa 275/14):

„W obowiązującym stanie prawnym nie sposób przyjąć, że sankcja zatrzymania wadium mogłaby zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który - działając w dobrej wierze - doręczył zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak, w ocenie zamawiającego, spełnienia wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu.”;

- wyrok KIO z dnia 05.06.2013 r. (KIO 1211/13):

„Według uzasadnienia z dnia 24 kwietnia 2008 r. do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), uregulowanie art. 46 ust. 4a ustawy ma na celu przeciwdziałanie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu może

powodować, iż zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z ofertami konkurentów bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, podlegając jedynie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p.

Powołany przepis mający charakter restrykcyjny i służący wyżej wskazanemu celowi podlega ścisłej interpretacji. Odwołujący się wykonawca złożył w swoim mniemaniu wymagane dokumenty, nie można zatem mu przypisać zwinionego i świadomego zaniechania odpowiedzi na wezwanie, co oznacza, że nie wystąpiły w ocenie składu orzekającego przesłanki zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p.”;

•wyrok KIO z dnia 22.03.2011 r. (KIO 465/11):

„Art. 46 ust. 4a ustawy P.z.p. zawiera ustawową przesłankę zatrzymania wadium, a mianowicie dotyczy sytuacji nie złożenia przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., lub pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., o ile wykonawca nie przedstawi dokumentów lub oświadczeń, do uzupełnienia których został wezwany. Wskazany przepis ma charakter restrykcyjny, określa bowiem sankcję wobec wykonawcy w postaci zatrzymania wadium.

Powyższe nie pozwala więc na wykładnię rozszerzającą przesłanek zatrzymania wadium. Z uwagi na powyższe, przy zastosowaniu wykładni językowej, przesłankę zatrzymania wadium stanowi jedynie nie złożenie wymaganych dokumentów. Przesłanki (zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a P.z.p.) tej nie wyczerpuje zatem złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy.

Intencją ustawodawcy nie było bowiem zatrzymywanie wadium w każdym przypadku,

w którym wykonawca nie wywiązał się z wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. i dokumentu tego nie złożył.”

Podkreślić przy tym należy, że jak wskazuje się szeroko w orzecznictwie (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10.05.2013 r., I CSK 422/12: „wykładnia art. 46 ust. 4a p.z.p. wymaga uwzględnienia celu jego wprowadzenia do systemu prawnego. Przepis ten z uwagi na wysoką sankcyjność i restrykcyjność powinien być stosowany wyłącznie dla zapobiegania znikom wykonawców”), celem wprowadzenia przez ustawodawcę przepisów dot. możliwości zatrzymania przez Zamawiającego wadium, było przeciwdziałanie tzw. znikom przetargowym, tj. przypadkom celowego, z powziętym z góry zamiarem i w porozumieniu

z innymi wykonawcami, doprowadzenia do wyboru w danym postępowaniu oferty uzgodnionej przez zamawiających. Taka sytuacja niewątpliwie nie miała natomiast miejsca w niniejszym Postępowaniu, w którym wpłynęła wyłącznie oferta PESA. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 07.07.2011 r. (II CSK 675/10), akceptowanie takiego stanowiska stanowiłoby „wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przysporzenia”.

Niezależnie od powyższego, sankcja zatrzymania wadium przewidziana w art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp może mieć zastosowanie tylko i wyłącznie w przypadkach, gdy stwierdzone uchybienie wykonawcy w przedłożeniu podmiotowych środków dowodowych (lub innych dokumentów czy oświadczeń wskazanych w tym przepisie), „spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej”. A contrario nie jest zatem możliwe zastosowanie przedmiotowej sankcji w przypadku, gdy pomimo złożenia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp, oferta wykonawcy i tak nie mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż np. wobec oferty wykonawcy zachodziłaby inna podstawa wykluczenia czy odrzucenia jego oferty z Postępowania. Jak natomiast wynika

z okoliczności i zarzutów przedstawionych we wcześniejszych częściach niniejszego odwołania, również ta przesłanka zatrzymania wadium nie zaistniała w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy.

Nadto, jak wskazano już powyżej, w piśmie z dnia 31.12.2024 r. informującym Odwołującego o zatrzymaniu wadium Zamawiający, poza wskazaniem na przepis art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp w żaden sposób nie uzasadnił przedmiotowej czynności, w szczególności nie wyjaśnił ani nie uzasadnił ziszczenia się podstaw zatrzymania wadium określonych

w powołanym przepisie, naruszając tym samym również fundamentalną dla systemu Pzp zasadę przejrzystości, o której mowa w art. 16 pkt 2 Pzp. „Zasada przejrzystości wymaga od zamawiającego uzasadniania podjętych w postępowaniu czynności i wykazywania w stosunku do każdej istnienia podstawy ich podjęcia czy to w zapisach dokumentów zamówienia, czy też w przepisach obowiązującego prawa” (A. Gawrońska-Baran i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024*).

Dokonanie zatem odrzucenia oferty Odwołującego i zatrzymania wniesionego przez Zamawiającego wadium z

przyczyn i na podstawie przepisów prawa powołanych przez Zamawiającego, należy uznać za nieprawidłowe, niezgodne z celem instytucji wadium oraz ww. przepisów, jak również za stanowiące nadużycie pozycji Zamawiającego, skutkujące wyrządzeniem Odwołującemu szkody. Jak natomiast wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22.06.2017 r. (III CZP 27/17): „sąd rozstrzygając spór o zwrot wadium mając na względzie cel art. 46 ust. 4 powinien każdorazowo badać, czy zamawiający zatrzymując wadium - powodowany częstokroć dyscypliną finansów publicznych - korzysta ze swojego prawa zgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem (art. 5 k.c.). Stosowanie klauzuli generalnej w uzasadnionych przypadkach pozwoli łagodzić restrykcyjny charakter przepisu.”

Mając na uwadze przedstawione powyżej zarzuty, fakty i okoliczności, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 5 lutego 2025 roku Zamawiający złożył Odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania w całości ze względu na uchybienie terminu na jego wniesienie, ewentualnie,
- 2) oddalenie odwołania w całości bez jego merytorycznego rozpoznania z uwagi na niewykazanie przez Odwołującego w treści odwołania materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności wniesienia środka ochrony prawnej, ewentualnie,
- 3) oddalenie odwołania w całości,
- 4) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, według norm przepisanych i zgodnie z rachunkiem przedstawionym przez Zamawiającego na rozprawie,
- przedstawiając stosowną argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zgromadzonego

w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba na posiedzeniu z udziałem Stron dokonała czynności formalnoprawnych

i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że odwołanie w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 5.2; 5.3; 5.4; 5.6 oraz 5.7 petitum odwołania podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3) w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz ust. 3 pkt 1) Pzp ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320 ze zm.).

Stosownie do treści art. 528 pkt 3) Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Z kolei, zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1) Pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadkach zamówień, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne.

Izba ustaliła, że w zakresie zarzutu z pkt 5.4 czynnością kwestionowaną przez Odwołującego jest niezasadne wszczęcie procedury wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, które nastąpiło w dniu 29 listopada 2024 roku, a następnie wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, które nastąpiło w dniu 11 grudnia 2024 roku. Już bowiem w dacie 29 listopada 2024 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta została najwyższej oceniona, a zatem na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący zatem od 29 listopada 2024 roku miał wiedzę o czynności Zamawiającego, którą kwestionuje dopiero w niniejszym odwołaniu, złożonym w dacie 10 stycznia 2025 roku.

Izba wskazuje, że skoro Odwołujący za niezasadną uznał czynność wszczęcia procedury

z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp z 29 listopada 2024 roku, winien skorzystać ze środków ochrony prawnej w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, tj. w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, który upłynął 9 grudnia 2024 roku. Tymczasem Odwołujący nie kwestionując powyższej czynności Zamawiającego, poddał się procedurze złożenia podmiotowych środków dowodowych i w dniu 10 grudnia 2024 roku, przekazał Zamawiającemu bez żadnych zastrzeżeń wobec zasadności czynności wezwania, niekompletne podmiotowe środki dowodowe.

W tych okolicznościach, zarzut podniesiony w pkt 5.4 petitum odwołania podlega odrzuceniu, jako wniesiony z uchybieniem terminu na jego wniesienie.

W odniesieniu do zarzutów podniesionych w pkt. 5.2, 5.3, 5.6 oraz 5.7 petitum odwołania, Izba uznała zarzuty również za spóźnione.

Izba ustaliła, że kwestionowaną przez Odwołującego czynnością w zakresie powyższych zarzutów jest zaniechanie

odrzućenia oferty Odwołującego zawierającej błędy w obliczeniu ceny (zarzut 5.2), niezgodnej z warunkami zamówienia, w zakresie określonym w Formularzu oraz Rozdziale XIII ust. 2 i ust. 7 SWZ, wymogów podania ceny brutto za wykonanie zamówienia podstawowego oraz objęcia ceną ofertową wszystkich kosztów i składników stanowiących przedmiot zamówienia (zarzut 5.3, 5.6 i 5.7).

Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1) Pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1

i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadkach zamówień, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne.

Pismem z dnia 29 listopada 2024 roku, Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta została najwyżej oceniona i wezwał do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający przewidział w postępowaniu zastosowanie tzw. procedury „odwróconej”, o której mowa w art. 139 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ

lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Skoro Zamawiający w dniu 29 listopada 2024 roku poinformował Odwołującego, że jego oferta została najwyżej oceniona i wezwał go do złożenia podmiotowych środków dowodowych, tzn. że zakończył etap badania i oceny ofert.

Powyższe oznacza w sposób niebudzący wątpliwości, że Odwołujący otrzymując wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych powziął wiedzę, że Zamawiający ocenił jego ofertę jako niepodlegającą odrzuceniu. Sam Odwołujący stawiając zarzuty podkreślał, że został bezzasadnie wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy jego oferta podlegała odrzuceniu, a zatem miał świadomość, że otrzymanie takiego wezwania oznaczało, że Zamawiający nie stwierdził podstaw odrzucenia oferty w procesie oceny ofert poprzedzającym kwalifikację podmiotową.

Ta okoliczność, w ocenie Izby jest decydująca dla określenia terminu, stanowiącego podstawę do wniesienia zarzutów na czynność Zamawiającego, polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Powyższe dowodzi, że termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty Odwołującego, należy liczyć od dnia 29 listopada 2024 roku. Termin ten upłynął w dniu 9 grudnia 2024 roku.

Dodać należy, że nie jest bowiem dopuszczalne, aby zarzuty które powinny być prawidłowo podniesione na danym etapie postępowania (w terminie określonych w art. 515 ustawy Pzp.) mogły być podnoszone na etapie późniejszym, z naruszeniem art. 515 ustawy Pzp. Terminy wyznaczone ustawą Pzp na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 5.2, 5.3, 5.4, 5.6 oraz 5.7 petitum odwołania zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie powyższych zarzutów Izba podzieliła zatem stanowisko Zamawiającego.

Izba nie uwzględniła stanowiska Zamawiającego w zakresie odrzucenia odwołania co do zarzutów podniesionych w pkt 5.1. i 5.5 petitum odwołania.

W ocenie Izby nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320 ze zm.) skutkujących odrzuceniem powyższych zarzutów odwołania. Odwołanie zostało wniesione w dniu 10 stycznia 2025 roku, od czynności Zamawiającego z dnia 31 grudnia 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła i zważyła:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do zaistnienia przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania wyrażonej w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzającej prawo do wniesienia odwołania w zakresie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes

w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę

w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia.

Pomimo obszernego wyводу Odwołującego co do sposobu szerokiego rozumienia interesu w uzyskaniu zamówienia (które, co do zasady Izba podziela), to w okolicznościach niniejszej sprawy, Odwołujący nie wykazał

zaistnienia przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, określonej w art. 505 ust. 1 Pzp, tj. nie wykazał interesu

w uzyskaniu zamówienia.

Interes w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć jako interes faktyczny związany z chęcią uzyskania zamówienia.

Natomiast cała argumentacja Odwołującego referuje do możliwości ubiegania się o dane zamówienie nie w tym, lecz w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, do czasu zawarcia przez Zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący pomija jednak istotną, a wręcz kluczową w analizowanym stanie faktycznym okoliczność, że mógł on uzyskać przedmiotowe zamówienie już w tym postępowaniu.

Nie istniały bowiem żadne obiektywne przeszkody ze strony Zamawiającego uniemożliwiające udzielenie tego zamówienia Odwołującemu, bowiem jego oferta zastała najwyżej oceniona. Co więcej, Odwołujący nie wskazuje na chęć uzyskania przedmiotowego zamówienia, lecz dąży do unieważnienia postępowania.

Izba zwraca uwagę na fakt, że unieważnienie postępowania spowodowane zostało okolicznościami leżącymi po stronie Odwołującego. Gdyby Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Nie byłoby zatem potrzeby udowadniania interesu w uzyskaniu zamówienia w innym postępowaniu, skoro zamówienie zostałoby udzielone Odwołującemu.

Izba w pełni podziela argumentację Zamawiającego, wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którą: w *Komentarzu UZP do art. 505* wskazano: „*Interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie. Jest to pierwsza z materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej. PZP nie definiuje pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie. Utrwalony jest pogląd, że interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie to każdy interes, tj. interes faktyczny i prawny w uzyskaniu zamówienia lub nagrody. Wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie (tj. postępowaniu lub konkursie, w którym wnoszone jest odwołanie).*”

Wskazać należy, iż Odwołujący nie wykazał w Odwołaniu interesu w rozumieniu wskazanym w powyższym Komentarzu UZP. Odwołujący w żadnej części odwołania nie wskazuje, iż ma: „chęć uzyskania zamówienia”, a wręcz przeciwnie nawet nie formułuje takiego żądania np. nakazanie Zamawiającemu poprawienia omyłki rachunkowej w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP (na rzekome istnienie takiej omyłki wskazywał w piśmie z dnia 25 listopada 2024 r.).

Odwołujący składając odwołanie w żaden sposób nie dąży do uzyskania zamówienia. Również powołane przez niego na stronie 3 i 4 odwołania orzeczenia wskazujące na interes wykonawcy w żądaniu unieważnienia postępowania są wydane w zupełnie innych stanach faktycznych. Odwołujący w ww orzeczeniach mieli interes w unieważnieniu postępowania,

w którym dokonano wyboru innej oferty, a nie tak jak w przedmiotowym postępowaniu próbie zmiany podstawy odrzucenia oferty, która i tak będzie prowadzić — jak wskazuje Odwołujący — do unieważnienia postępowania.

Odwołujący od chwili otwarcia ofert nie miał „chęci uzyskania zamówienia”, a jedynie dąży do uniemożliwienia Zamawiającemu zatrzymania wadium. Należy zaznaczyć, że żaden z zarzutów Odwołującego nie odnosi się do zaskarżenia braku czynności Zamawiającego,

a do podstaw odrzucenia, co jasno prowadzi do wniosku, że intencją Wykonawcy nie jest ochrona jego interesu prawnego w postaci uzyskania zamówienia, a unieważnienie postępowania co nie jest celem zamówień publicznych.

(...).

Na brak „chęci uzyskania zamówienia” wskazuje również zachowanie Odwołującego polegające na celowym nieuzupełnieniu podmiotowych środków dowodowych tj. złożeniu nieaktualnej informacji z KRK dla podmiotu zbiorowego oraz wykazu dostaw dotyczącego dostaw wykonanych ponad 5 lat przed terminem składania ofert w niniejszym postępowaniu. Oczywistym w świetle zasad doświadczenia życiowego jest, iż było to celowe działanie Odwołującego, który jako jeden z największych w Polsce producentów taboru kolejowego wykonał szereg dostaw spełniających wymagania Zamawiającego.

Reasumując z uwagi na niewykazanie w treści odwołania przesłanek materialnoprawnych skorzystania ze środków ochrony prawnej tj. brak wykazania interesu

w uzyskaniu zamówienia rozumianego jako „chęć uzyskania zamówienia”, jednolitą linię orzeczniczą KIO oraz sądów powszechnych niedopuszczającą uzupełnienia odwołania w tym zakresie, odwołanie winno podlegać oddaleniu bez merytorycznego rozpoznania.

W tych okolicznościach, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia, stanowiącego materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, co skutkuje koniecznością jego oddalenia.

Niezależnie od powyższego Izba odniosła się do zarzutów podniesionych w pkt 5.1

i 5.5 petitum odwołania, które zostały wniesione z zachowaniem terminu na jego wniesienie.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie niniejszego przepisu, mimo iż Odwołujący w toku Postępowania złożył podmiotowe środki dowodowe, zaś negatywna ocena przez Zamawiającego takich złożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych nie odpowiada dyspozycji ww. przepisu, przewidującego sankcję w postaci odrzucenia oferty w przypadku niezłożenia przez wykonawcę określonych dokumentów

lub oświadczeń (pkt 5.1 petitum odwołania).

Izba wskazuje, że Zamawiający uznając ofertę Odwołującego za najwyżej ocenioną zobowiązany był do wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Następnie, z uwagi na niezłożenie przez Odwołującego wszystkich wymaganych podmiotowych środków dowodowych, zobowiązany był do skierowania kolejnego wezwania, do uzupełnienia brakujących podmiotowych środków dowodowych, w trybie określonym w art. 128 ust. 1 Pzp, co też Zamawiający uczynił.

Izba ustaliła, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z 29 listopada 2024 roku na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp (pomimo, iż w spisie załączników wskazał wszystkie wymagane dokumenty), faktycznie nie przekazał Zamawiającemu informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp dotyczącej podmiotu zbiorowego, a także wykazu dostaw wykonanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, wraz z dowodami określającymi, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zamawiający w dniu 12 grudnia 2024 r. na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wskazując jednocześnie które z wymaganych dokumentów nie zostały przedłożone. W wezwaniu Zamawiający zawarł dokładne informacje dotyczące wymagań związanych z przedkładanymi dokumentami, tj.: że informacja z KRK winna być sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem, natomiast wykaz dostaw potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu powinien zawierać dostawę wykonaną w okresie ostatnich 5 lat (analogiczne informacje zawarte były w dokumentach zamówienia oraz w wezwaniu z dnia 29 listopada 2024 r.).

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w dniu 17 grudnia 2024 r. przekazał Zamawiającemu:

1) Informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą spółki z dnia 16 lutego 2024 r.

2) Wykaz dostaw, w którym przedstawił dostawę wykonaną na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego z siedzibą w Rzeszowie zakończoną

w dniu 30 sierpnia 2018 r. wraz z dowodem potwierdzającym należyte wykonanie dostawy do dnia 30 sierpnia 2018 r.

W tych okolicznościach, w dniu 31 grudnia 2024 roku Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i lit. c) ustawy Pzp uwagi na fakt,

że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, oraz który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału

w postępowaniu.

W uzasadnieniu stanu faktycznego Zamawiający wskazał, że zarówno informacja z KRK jak

i wykaz dostaw nie spełniały warunków stawianych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Informacja z KRK nie spełniała wymogu sporządzenia jej nie wcześniej niż

6 miesięcy przed jej złożeniem, natomiast dostawa wskazana przez Wykonawcę nie została zrealizowana w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, a tym samym Wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu.

Choć nie wynika to wprost z brzmienia powyższych przepisów, zgodnie z ugruntowanym

w tym zakresie orzecznictwem, wezwanie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów, określonych w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, może być dokonywane tylko raz w stosunku do tej samej nieprawidłowości, odnoszącej się do określonego dokumentu lub złożonego oświadczenia. Inne rozumienie tego przepisu prowadziłoby do przewlekłości postępowania, a nadto godziłoby w podstawowe zasady zamówień publicznych tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania (podobnie w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2020 r., sygn. KIO 1621/20; Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2022 r. KIO/KD 24/22, wyrok z dnia 12 kwietnia 2023 r. sygn. akt: KIO 868/23).

Zwrócić należy ponadto uwagę, że wezwanie kierowane do Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp precyzyjnie wskazywało uchybienia, jakich dopuścił się on składając podmiotowe środki dowodowe, precyzowało w jaki sposób Odwołujący ma usunąć stwierdzone w dokumentach braki, a także wskazywało termin i formę, w jakiej nieprawidłowości powinny być usunięte. Wszystkie te elementy potwierdzają, że Zamawiający prawidłowo wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący w zakresie stawianego zarzutu podnosi argumentację, referującą wyłącznie do czynności Zamawiającego, co do których Izba uznała zarzuty za spóźnione, tj. niezasadnego wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy oferta ta podlegała odrzuceniu.

Odwołujący nie kwestionuje jednak tego, że jeżeli oferta została najwyżej oceniana, to Zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a w przypadku braku lub błędów w dokumentach lub oświadczeniach, do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że Odwołujący złożył na wezwanie Zamawiającego część podmiotowych środków dowodowych, nie kwestionując wówczas czynności Zamawiającego za prawidłową.

Ponadto, Odwołujący nie próbuje nawet wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, których niespełnienie stało się jedną z podstaw odrzucenia oferty.

Argumentacja Odwołującego, iż w toku postępowania złożył podmiotowe środki dowodowe, zaś ich negatywna ocena przez Zamawiającego nie odpowiada dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) Pzp, przewidującego sankcję w postaci odrzucenia oferty w przypadku niezłożenia przez wykonawcę określonych dokumentów nie zasługuje na uwzględnienie. Według Odwołującego wystarczające jest złożenie przez wykonawcę jakichkolwiek oświadczeń lub dokumentów, tj. nawet takich które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lub nie spełniają wymogów formalnych, aby Zamawiający nie mógł wykluczyć wykonawcy z postępowania na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) Pzp.

W ocenie Izby, taka argumentacja pozostaje w sprzeczności z literalną treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) Pzp, zgodnie z którym 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.

Bezspornym i niepodważalnym jest fakt, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp oraz 128 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący nie złożył wymaganych dokumentów w postaci informacji z KRK w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy dotyczącej podmiotu zbiorowego, która winna być sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem, oraz wykazu dostaw potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu (dostawę wykonaną w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert) wraz z dowodami określającymi, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

Na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzutu podniesiony w pkt 5.5 petitum odwołania, dotyczący naruszenia art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez nieuprawnione, dokonane z nadużyciem praw Zamawiającego i celu instytucji wadium, zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego, gdy w stanie faktycznym sprawy nie ziszcili się przesłanki zatrzymania wadium opisane w art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Powyższe oznacza, że dla zatrzymania wadium na podstawie ww. przepisu,

tj. z powodu niezłożenia dokumentów lub oświadczeń, konieczne jest zaistnienie łącznie trzech przesłanek. tj.:

1)w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3:

2)z przyczyn leżących po jego stronie;

3)co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Pierwszą ze wskazanych w treści przepisu przesłanek jest niezłożenie, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych lub przedmiotowych środków dowodowych, potwierdzających okoliczności,

o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy Pzp lub też oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp czy innych dokumentów lub oświadczeń. Treść złożonych dokumentów powinna więc potwierdzać spełnienie przez

wykonawcę okoliczności, o których mowa w treści przepisu art. 57 lub 106 ust. 1 ustawy Pzp. Mimo braku wyraźnej wskazówki

w ustawie, jak wynika z doktryny i orzecznictwa, również złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, oraz innych dokumentów lub oświadczeń, z których treści nie wynika potwierdzenie wymaganych okoliczności, należy kwalifikować jako niezłożenie dokumentów lub oświadczeń (tak np. w Komentarzu Prawo zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Warszawa 2021 r., s. 659-663). Jednocześnie, zgodnie z cytowaną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2017 r., sygn. akt III CZP 27/17 jako niezłożenie dokumentów lub oświadczeń należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy, czyli sytuację,

w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego jednak nie wynika potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienie przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

W tym miejscu warto przytoczyć orzecznictwo przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym: „*uprawnienie do zatrzymania wadium powstaje w sytuacji, w której dokumenty są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, wykonawca został zasadnie o nie wezwany i obiektywnie nie potwierdzają one zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego. Jak wskazano w uchwale SN w sprawie III CZP 27/17: „Oferent przystępując do przetargu o zamówienie publiczne, akceptuje nie tylko obowiązek wniesienia wadium, ale również ustawowe warunki utraty prawa do żądania jego zwrotu. ”.*

(...)

Jednocześnie Wykonawca — profesjonalista działający w obrocie w formie spółki akcyjnej, przystępując do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, był świadomy jakie dokumenty należy złożyć, by wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

(...)

W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10.01.2013 r., VI ACa 1053/12: „Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż

w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu albo termin składania ofert. Nie ma więc podstaw do interpretowania użytego przez ustawodawcę zwrotu "nie złożył oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1" inaczej, niż w obu wskazanych przypadkach.). Wręcz przeciwnie, przepis ten jest sformułowany szeroko i powinien mieć zastosowanie do każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, bowiem przedłożenie na wezwanie dokumentu innego niż żądał zamawiający de facto oznacza fizyczny brak prawidłowego dokumentu.

W ocenie Sądu Apelacyjnego dotyczy to również sytuacji złożenia przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dokumentów lub oświadczeń, które nie potwierdzają istnienia kryteriów uprawniających wykonawcę do uczestniczenia w postępowaniu. Należy pamiętać ponadto, że zatrzymanie wadium nie stanowi zabezpieczenia oferty lecz jest swego rodzaju karą za niezłożenie dokumentów lub oświadczeń zgodnych z żądaniem zamawiającego, dlatego też nie można uzasadniać wyłączenia możliwości zatrzymania wadium tym, że zamawiający nie może zostać wzbogacony kosztem wykonawcy”.

Również wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 23 lutego 2024 r. IX Ca 57124:

„W judykaturze przyjmuje się bowiem obecnie, że przez niezłożenie dokumentów (lub oświadczeń) w rozumieniu art. 46 ust. 4a ustawy z 29 stycznia 2004 r- Prawo zamówień publicznych (aktualnie art. 98 ust. 6 pkt 1 PZP) należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego jednak nie wynika potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (por. uchwała SN z 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17). Podobnie w orzecznictwie KIO ugruntowane jest stanowisko, zgodnie z którym wadium stanowi faktyczny warunek uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu zastrzeżony pod rygorem odrzucenia oferty (stanowi bowiem barierę finansową), zmuszający wykonawcę do takiego ukształtowania swojej oferty, aby w wypadku uznania jej za najkorzystniejszą liczył się z potencjalną możliwością zawarcia z nim umowy, a następnie jej wykonania na warunkach określonych w postępowaniu. Wadium ma także na celu zabezpieczenie potencjalnych interesów Zamawiającego na wypadek uchylenia się przez zwycięskiego wykonawcę

od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale i na wypadek uchylenia się wykonawcy od uzupełnienia

żądanych przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych, JEDZ i innych dokumentów lub oświadczeń lub braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki. Jeżeli treść uzupełnionych przez Odwołującego dokumentów nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu mimo jednoznacznego wezwania do ich uzupełnienia-zatrzymanie wadium jest prawidłowe (por. wyrok KIO z 3 sierpnia 2022 r., KIO 1847/22).

Drugą przesłanką, wypełniającą treść przepisu, jest okoliczność, że nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W miejscu Izba podkreśla, że Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, a nawet nie podjął próby wykazania, że brak uzupełnienia wymaganych podmiotowych środków dowodowych nastąpił z przyczyn nieleżących po jego stronie. W tych okolicznościach Izba nie znalazła podstaw do uznania, że nieuzupełnienie wymaganych dokumentów (oświadczeń) nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Ostatnią przesłankę zatrzymania wadium, na podstawie ww. przepisu, jest wpływ niewykonania przez wykonawcę wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń

na wynik postępowania. Zatrzymanie wadium jest bowiem możliwe jedynie wtedy, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej.

W stanie faktycznym omawianej sprawy ziściły się wszystkie z wymienionych wyżej przesłanek. Odwołujący, pomimo jednoznacznego i jasno sformułowanego wezwania

do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wprawdzie złożył Informację

z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy dla podmiotu zbiorowego, która jednak nie spełniała wymogu sporządzenia jej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem oraz wykaz dostaw, w którym wskazana dostawa nie została zrealizowana w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, które nadal nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W konsekwencji, to właśnie ta okoliczność spowodowała brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający dał Odwołującemu szansę na złożenie prawidłowych dokumentów, wzywając go do złożenia, a następnie uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Zwracał uwagę na popełnione błędy, umożliwiając następnie poprawne złożenie dokumentów. Odwołujący pomimo tego, że wcześniej już raz niestaranie złożył podmiotowe środki dowodowe, ponownie złożył je w sposób nieprawidłowy.

Zamawiający w takim wypadku nie ocenia czy wykonawca uczynił to celowo, czy też miał zamiar złożenia prawidłowego dokumentu. Ocenie poddaje wyłącznie poprawność oraz treść dokumentów i oświadczeń, złożonych przez wykonawcę na wezwanie. Jeśli stwierdzi,

że te nie zostały uzupełnione zgodnie z wezwaniem, lub też z ich treści nie wynika potwierdzenie spełnienia warunku - zatrzymuje wykonawcy wadium, jako konsekwencję działań wykonawcy. (podobnie Izba orzekła w wyroku z dnia 12 kwietnia 2023 r. sygn. akt: KIO 868/23).

Przypomnieć należy, że rolą wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiającego, na wypadek uchylenia się przez zwycięskiego wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale i na wypadek uchylenia się wykonawcy od uzupełnienia żądanych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych, JEDZ i innych dokumentów lub oświadczeń lub braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki. Stanowi też warunek uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu, zastrzeżony pod rygorem odrzucenia oferty, zmuszający wykonawcę do takiego ukształtowania treści swojej oferty, aby w wypadku uznania jej za najkorzystniejszą liczył się z możliwością zawarcia z nim umowy, a następnie jej wykonania, na warunkach określonych w postępowaniu. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, tak np. w Wyroku KIO z dnia 3 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1847/22; Wyroku KIO z dnia 29 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1796/22.

Podsumowując powyższe ustalenia, skoro treść złożonych przez Odwołującego na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów nie potwierdzała spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, a także nie odpowiadała wymaganiom określonym w wezwaniu, to mimo jednoznacznego wezwania przez Zamawiającego do ich uzupełnienia, uznać należało, że zatrzymanie wadium było prawidłowe a podniesiony przez Odwołującego zarzut nie potwierdził się.

Niezależnie od powyższego Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie podlega uwzględnieniu wówczas, gdy naruszenie Zamawiającego ma charakter naruszenia kwalifikowanego (takiego, które wpływa na wynik postępowania).

W świetle przywołanego ww. przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności samych

zarzutów wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania.

W niniejszej sprawie wobec sposobu sformułowania zarzutów, w których kwestionowane przez Odwołującego czynności Zamawiającego nie prowadzą do zmiany wyniku postępowania, (bowiem żądania Odwołującego prowadzą do odrzucenie jego oferty, co prowadzi w tym stanie faktycznym do unieważnienia postępowania), odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Brak jest zatem możliwości wpływu nawet potencjalnego naruszenia przepisów na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz

w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....