

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 lutego 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2025 r. przez **wykonawcę BUDOTECHNIKA sp. z o.o. z siedzibą w Pilchowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Warexpo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy Tejbrant Polska sp. z o.o. z siedzibą w Wyszkanie**
orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BUDOTECHNIKA sp. z o.o. z siedzibą w Pilchowicach i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BUDOTECHNIKA sp. z o.o. z siedzibą w Pilchowicach tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

2.2. zasądza od wykonawcy BUDOTECHNIKA sp. z o.o. z siedzibą w Pilchowicach na rzecz zamawiającego Warexpo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 372/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Warexpo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Dostawa i montaż wiat na wskazanych przez Zamawiającego przystankach Warszawskiego Transportu Publicznego” nr postępowania: ZP-5/PN/2024*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2025 r., za numerem 2341-2025, OJ S 2/2025.

W dniu 2 lutego 2025 r. odwołanie wniósł wykonawca BUDOTECHNIKA sp. z o.o. z siedzibą w Pilchowicach - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany polegającej na: zaniechaniu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy pzp,
- niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu polegającej na: wyborze oferty Tejbrant Polska sp. z o.o. z siedzibą w Wyszkanie – dalej Przystępujący, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt. 1 i 2 ustawy pzp oraz naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy pzp, spowodowane sprzecznym z ustawą zaniechaniem unieważnienia postępowania w sytuacji istnienia wady postępowania, niemożliwej do usunięcia i uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Tejbrant Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo że złożony przez Wykonawcę podmiotowy środek dowodowy nie spełniał warunków przetargowych i był niezgodny z treścią SWZ, co stworzyło podstawy do odrzucenia oferty tegoż Wykonawcy.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia postępowania

albo

- 2) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty Wykonawcy Tejbrant Polska sp. z o.o. i powtórzenie czynności oceny ofert, co powinno w konsekwencji doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako oferty

najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w Rozdziale VIII pkt. 1.2.4.1 SWZ Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu i wskazał: w ramach jednej lub maksymalnie 2 umów, o wartości 500 000,00 zł. brutto łącznie, wartość gablot nie może być niższa niż 50 000,00 zł. brutto. Natomiast w załączniku nr 6 do SWZ wskazano: w ramach jednej lub maksymalnie 4 umów, o wartości 1 000 000,00 zł. brutto łącznie, wartość gablot nie może być niższa niż 150 000,00 zł. Odwołujący podniósł, że Zamawiający stworzył sprzeczne wewnętrznie i niejasne dokumenty przetargowe w zakresie tak istotnej kwestii, jak warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający w SWZ błędnie opisał wymóg, zgodnie z którym część z oferentów mogła nie złożyć ofert w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na brak możliwości spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co do ilości dostaw czy wartości wykonanych prac. W momencie oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty nie istniała już możliwość modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia, zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy pzp, a w konsekwencji obowiązkiem Zamawiającego było unieważnić postępowanie zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy pzp. Odwołujący w dniu 24 stycznia 2025 r. złożył do Zamawiającego wniosek o unieważnienie postępowania, wskazując na powyższe wady, niemożliwe do usunięcia na danym etapie postępowania, które naruszały zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz przejrzystości. Zamawiający odpowiedział na wniosek w dniu 30 stycznia 2025 r., odmawiając unieważnienia postępowania z przyczyn wskazanych we wniosku, traktując stwierdzone wady i niejasności, jako nieistotne i niespełniające przesłanek unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wprowadził do SWZ niejasne i sprzeczne zapisy odnoszące się do warunku zdolności technicznej lub zawodowej i sposobu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawców, zastrzeżonego w tym zakresie warunku. Wbrew stanowisku Zamawiającego, wskazana wada dokumentacji przetargowej była i jest istotna. Nie można wykluczyć, że tak ograniczona liczba ofert, które wpłynęły do Zamawiającego była spowodowana właśnie wątpliwościami co do warunków udziału w postępowaniu i negatywnej ocenie możliwości spełnienia warunków, jeżeli na potwierdzenie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy mieliby wykazać się referencjami na warunkach, wskazanych w Załączniku nr 6 do SWZ. Myli się również Zamawiający, ograniczając możliwość zastosowania art. 255 pkt. 6 ustawy pzp tylko do przypadków, wskazanych w art. 457 ust. 1 ustawy pzp. Powołał się na wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2024 r. (KIO 1808/24) i wskazał, że stan faktyczny ww. orzeczenia KIO jest istotny i przydatny w kontekście oceny przedmiotowego stanu faktycznego, który jest podstawą niniejszego odwołania. W postępowaniu przetargowym z przywołanego orzeczenia Zamawiający popełnił błąd, polegający na rozbieżności treści ogłoszenia o zamówieniu z treścią SWZ w zakresie wymogu wniesienia wadium. Jeden dokument wymagał wniesienia wadium a drugi takiego obowiązku nie przewidywał. W przetargu złożono 6 ofert, gdzie część ofert była zabezpieczona wadium a część nie. W uzasadnieniu ww. orzeczenia Izba stwierdziła, że ww. naruszenie stanowiło wadę niemożliwą do usunięcia w momencie złożenia ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Nadto Izba stwierdziła, że owa wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. W dalszej części uzasadnienia Izba stwierdziła, że zaniechanie unieważnienia postępowania w takich okolicznościach doprowadziłoby do naruszenia art. 16 pkt. 1 i 2 ustawy pzp. Nie stanowi bowiem realizacji zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz przejrzystości postępowania, w której wykonawcy biorą udział w postępowaniu na odmiennych zasadach. Zdaniem Odwołującego, wskazana w treści odwołania wada postępowania ma jednak charakter wady istotnej, o której mowa w art. 457 ust. 1 pkt. 1 ustawy pzp. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. (KIO 610/23). Stosując stanowisko interpretacyjne Izby do postępowania przetargowego, objętego niniejszym odwołaniem, wskazał, że rozbieżności w zakresie treści warunków udziału w postępowaniu odnośnie do zdolności technicznej lub zawodowej w tak istotnym stopniu, bo sprowadzające się do dwukrotności wartości brutto łącznie wiat przystankowych oraz trzykrotności wartości brutto samych gablot, jest na tyle istotna, że mogła mieć wpływ zarówno na krąg oferentów, powstrzymując część z nich od złożenia ofert w ogóle, jak również na treść samych ofert.

Na potwierdzenie istotności problemu wskazał również zachowanie Wykonawcy Tejbrant Polska sp. z o.o., który w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do przedstawienia wykazu dostaw, zgodnie ze wzorem z Załącznika nr 6, złożył wykaz dostaw, jednak o treści samowolnie skorygowanej, mając świadomość, że nie jest w stanie wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią Załącznika nr 6 do SWZ w jego oryginalnym brzmieniu. Wykonawca Tejbrant Polska sp. z o.o. samowolnie zmienił Wzór Wykazu dostaw w zakresie wartości łącznej brutto wiat z 1.000.000,00 zł na 500.000,00 zł oraz minimalnej wartości gablot ze 150.000,00 zł na 50.000,00 zł. Wykonawca nie zmienił natomiast warunku wykonania jednej lub maksymalnie 4 umów. Wykonawca Tejbrant Polska sp. z o.o. miał świadomość, że nie jest w stanie potwierdzić spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wymogami Załącznika nr 6 w jego oryginalnym brzmieniu, zatem dopuścił się bezpodstawnej i bezprawnej ingerencji w treść

dokumentów przetargowych i samowolnie zmodyfikował ich treść, aby móc złożyć ww. podmiotowy środek dowodowy. W konsekwencji, dokument złożony przez wykonawcę Tejbrant Polska sp. z o.o. jest dokumentem nieprawidłowym, jako że nie odpowiada on treści SWZ a tym samym jest dokumentem sprzecznym z ustawą pzp. W związku z powyższym, oferta wykonawcy Tejbrant Polska sp. z o.o. jako spreczna z ustawą pzp powinna zostać odrzucona w trybie art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy pzp.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający naruszył przepisy ustawy pzp, w tym art. 16 oraz art. 255 pkt 6 ustawy pzp. Dokonane naruszenia przepisów ustawy pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W dniu 17 lutego 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 25 lutego 2025 r. pismo procesowe ze stanowiskiem w sprawie złożył Przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Tejbrant Polska sp. z o. o. z siedzibą w Wyszkowie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz pismo procesowe Przystępującego.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „**ROZDZIAŁ VIII. INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU (...)** 1.2.4. *zdolności techn lub zawodowej: 1.2.4.1. Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie w ramach jednej lub maksymalnie 2 umów, wykonał prace adekwatne do przedmiotu zamówienia, tj.: wykonał, dostarczył i zamontował aluminiowe wiaty przystankowe z zielonymi dachami i przyłączami elektrycznymi z rozproszoną instalacją elektryczną służącą do podświetlenia gablot informacyjnych lub gablot reklamowych oraz zamontował w wiatach przystankowych gabloty reklamowe lub gabloty reklamowo-informacyjne lub gabloty informacyjne – wszystkie z wymienionych o formacie typu citylight z możliwością ekspozycji plakatów reklamowych o przybliżonych wymiarach 120cmx180 cm o wartości 500 000,00 zł. brutto łącznie, przy czym wartość gablot nie może być niższa niż 50 000,00 zł. brutto.*”

- „**ROZDZIAŁ XII. WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIE WAR UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU** 1. Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą* Jednolity Europejski Dokument Zamówier sporządzony zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, dalej jako „JEDZ”. JEDZ stanowi. Wzór oświadczenia określa załącznik nr 3 do SWZ. 2. JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego

podmiotowe środki dowodowe. (...) 4. JEDZ oraz oświadczenie, o którym mowa w pkt. 1.2 składa każdy z wykonawców. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. (...) 6. Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących: (...) 6.3. zdolności technicznej lub zawodowej: 6.3.1. wykazu dostaw, wykonanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. Wzór wykazu dostaw określa załącznik nr 6 do SWZ.”

Zgodnie ze wzorem – załącznik nr 6 do SWZ przed Tabelą wskazano: „WYKAZ DOSTAW (wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie w ramach jednej lub maksymalnie 4 umów, wykonał prace adekwatne do przedmiotu zamówienia, tj.: wykonał, dostarczył i zamontował wiaty przystankowe z zielonymi dachami i przyłączami elektrycznymi z rozprowadzoną instalacją elektryczną służącą do podświetlenia gablot informacyjnych lub gablot reklamowych oraz zamontował w wiatach przystankowych gabloty reklamowe lub gabloty reklamowo-informacyjne lub gabloty informacyjne – wszystkie z wymienionych o formacie typu citylight z możliwością ekspozycji plakatów reklamowych o przybliżonych wymiarach 120cmx180 cm o wartości 1 000 000,00 zł. brutto łącznie, przy czym wartość gablot nie może być niższa niż 150 000,00 zł.”

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert oferty złożyli Odwołujący i Przystępujący.

Zamawiający w dniu 23 stycznia 2025 r. wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazując m.in.: „Zamawiający – działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej zwana „ustawą Pzp”, wzywa Wykonawcę do złożenia, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: 1. na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu: 1) wykaz dostaw, wykonanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. Wzór wykazu dostaw określa załącznik nr 6 do SWZ. Jednocześnie przypominam, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 1-4 ustawy PZP, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

1) zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:

w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie w ramach jednej lub maksymalnie 2 umów, wykonał prace adekwatne do przedmiotu zamówienia, tj.: wykonał, dostarczył i zamontował aluminiowe wiaty przystankowe z zielonymi dachami i przyłączami elektrycznymi z rozprowadzoną instalacją elektryczną służącą do podświetlenia gablot informacyjnych lub gablot reklamowych oraz zamontował w wiatach przystankowych gabloty reklamowe lub gabloty reklamowo-informacyjne lub gabloty informacyjne – wszystkie z wymienionych o formacie typu citylight z możliwością ekspozycji plakatów reklamowych o przybliżonych wymiarach 120cmx180 cm o wartości 500 000,00 zł. brutto łącznie, przy czym wartość gablot nie może być niższa niż 50 000,00 zł. brutto. (...)”

Przystępujący w odpowiedzi złożył m.in. wykaz dostaw, w którym wskazał: „WYKAZ DOSTAW (wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie w ramach jednej lub maksymalnie 4 umów, wykonał prace adekwatne do przedmiotu zamówienia, tj.: wykonał, dostarczył i zamontował wiaty przystankowe z zielonymi dachami i przyłączami elektrycznymi z rozprowadzoną instalacją elektryczną służącą do podświetlenia gablot informacyjnych lub gablot reklamowych oraz zamontował w wiatach przystankowych gabloty reklamowe lub gabloty reklamowo-informacyjne lub gabloty informacyjne – wszystkie z wymienionych o formacie typu citylight z możliwością ekspozycji plakatów reklamowych o przybliżonych wymiarach 120cmx180 cm o wartości 500 000,00 zł. brutto łącznie, przy czym wartość

gablot nie może być niższa niż 50 000,00 zł.

Nazwa i siedziba podmiotu, na rzecz którego usługi/dostawy zostały wykonane (Zamawiającego/Odbiorcy - aktualne dane): Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, ul. Grochowska 316/320, 03- 839 Warszawa, Przedmiot zamówienia: Wykonanie dokumentacji projektowej, dostawa i montaż wiat przystankowych aluminiowych wyposażonych w zielony dach wraz z przyłączami energii elektrycznej. Wartość umowy: Wartość całkowita zamówienia- 562 495,73 zł brutto. Wartość gablot informacyjno-reklamowych- 50 184,00 zł brutto. Terminy wykonania: 31.03.2023 r. - 31.03.2024 r.”

Do wykazu Przystępujący dołączył referencje z dnia 13 stycznia 2025 r.: „Zarząd Transportu Miejskiego potwierdza, że firma Tejbrant Polska sp. z o.o. z siedzibą w Wyszowie przy ul. Świętojańska 175, w ramach umów ZTM/UW219/2023 (Część A) z dnia 31.03.2023 r. oraz ZTM/UW220/2023 (Część B) z dnia 31.03.2023 r. wykonała dla Zarządu Transportu Miejskiego usługi polegające na wykonaniu dokumentacji projektowej, dostawie i montażu wiat przystankowych aluminiowych SAWA Compact wyposażonych w zielone dachy wraz z przyłączami energii elektrycznej, zgodnie z poniższym zestawieniem:

Nazwa wiaty wg producenta	Ilość cz. A	Ilość cz. B
SAWA COMPACT 3 p. wąska ściana boczna, z zielonym dachem i przyłączem nN	1 szt.	
SAWA COMPACT 4 p. szeroka ściana boczna, z zielonym dachem i przyłączem nN	2 szt.	1 szt.
SAWA COMPACT 3 p. szeroka ściana boczna, z zielonym dachem i przyłączem nN	1 szt.	
SAWA COMPACT 4 p. wąska ściana boczna, z zielonym dachem i przyłączem nN		1 szt.

Przedmiotowe umowy wraz z aneksami zawarte zostały na okres od 31.03.2023 r. do 31.03.2024 r., a całkowite wynagrodzenie wykonawcy wyniosło odpowiednio:

- dla Części A — 379 416,50 zł brutto (słownie: trzysta siedemdziesiąt dziewięć tysięcy czterysta szesnaście złotych, 50/100),

- dla Części B — 183 079,23 zł brutto (słownie: sto osiemdziesiąt trzy tysiące siedemdziesiąt dziewięć złotych, 23/100).

Potwierdzamy, że przyłącza energii elektrycznej wykonywane w ramach ww. umów służyły do oświetlenia gablot informacyjno-reklamowych o formacie CITYLIGHT mieszczących plakaty o wymiarze EUROSIZE. Wartość gablot informacyjno - reklamowych zamontowana w wiatkach w ramach ww. umów wyniosła 50 184,00 zł brutto (6 szt. x 6 800,00 zł netto (8 364,00 zł brutto)). Usługi świadczone przez Tejbrant Polska sp. z o.o. były wykonywane zgodnie z warunkami określonymi w zawartej z Zarządem Transportu Miejskiego umowie.”

Zamawiający w dniu 24 stycznia 2025 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Przystępującego.

Odwolujący w dniu 24 stycznia 2025 r. złożył do Zamawiającego wniosek o unieważnienie postępowania. Zamawiający odpowiedział na wniosek w dniu 30 stycznia 2025 r., odmawiając unieważnienia postępowania z przyczyn wskazanych we wniosku, traktując stwierdzone wady i niejasności, jako nieistotne i niespełniające przesłanek unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 ustawy pzp oraz unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy pzp.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający powinien był unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp względnie odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Odwołujący podnosił, że z uwagi na rozbieżność pomiędzy treścią warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w SWZ a informacją o tym warunku zawartą w załączniku nr 6 do SWZ – wzór wykazu dostaw Zamawiający powinien uznać, że postępowanie jest obciążone nieusuwalną wadą powodującą niemożliwość zawarcia ważnej umowy. Odwołujący argumentował, że powyższa wada polegająca na sprzeczności dokumentów zamówienia mogła wpłynąć na wynik postępowania i ograniczyć konkurencję, dlatego postępowanie powinno zostać unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp. Odwołujący ewentualnie podnosił, że Przystępujący dokonał modyfikacji wykazu dostaw i złożył podmiotowy środek dowodowy niezgodny z treścią SWZ co uzasadnia odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Izba uznała, że argumentacja Odwołującego jest niezasadna, a zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy pzp to Izba uznała za chybione twierdzenia Odwołującego, że powołane w odwołaniu okoliczności faktyczne świadczą o wadzie postępowania w rozumieniu dyspozycji ww. przepisu.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 – 2 ustawy pzp: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty.”

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy pzp: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 6) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

W myśl art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp: „Art. 457. 1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;”

Na wstępie zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 ustawy pzp pozostaje w związku z art. 457 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach. Co również istotne możliwość powołania się na art. 255 pkt 6 ustawy pzp wymaga łącznego wystąpienia następujących przesłanek: postępowanie musi być obciążone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania), stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania jakim jest udzielenie zamówienia. Dlatego też, katalog przesłanek pozwalających unieważnić postępowanie ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, unieważniając postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp zamawiający powinien dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 ust. 1 oraz art. 459 ust. 1 ustawy pzp. Artykuł 457 ust. 1 ustawy pzp podaje w sposób enumeratywny okoliczności prowadzące do unieważnienia umowy, natomiast art. 459 ust. 1 ustawy pzp uprawnia Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 ustawy pzp. Zgodnie z art. 457 ust. 5 ustawy pzp: „Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.” Z powyższego wynika, że dopiero wystąpienie przesłanek z ww. przepisów w powiązaniu z niemożliwą do usunięcia wadą uprawnia zamawiającego do podjęcia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zdaniem Izby nie zaistniały powołane w odwołaniu przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zaistnienia wady postępowania to zaznaczenia wymaga, że Odwołujący upatrywał wady postępowania w rozbieżności treści warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej pomiędzy SWZ a informacją umieszczoną nad Tabelą w załączniku nr 6 do SWZ – wzór wykazu dostaw. Bezsporne było w sprawie, że Zamawiający w ww. załączniku zawarł informację odnośnie do treści warunku różniącą się względem warunku z 1.2.4.1. SWZ liczbą umów, wartością całkowitą zamówienia oraz wartością gablot. Powyższa okoliczność nie świadczy jednak zdaniem Izby o wadzie postępowania. Izba za Przystępującym zauważa, że zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp to SWZ zawiera informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Źródłem wiedzy dla wykonawców zamierzających ubiegać się o zamówienie o postawionych w postępowaniu warunkach udziału jest więc treść SWZ. Izba zauważa dalej, że zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2451): „W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 2) wykazu dostaw lub usług

wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.” Słusznie zatem Przystępujący podnosił, że wykaz dostaw jest podmiotowym środkiem dowodowym pochodzącym od wykonawcy i przez niego składanym, a informacje istotne dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu to zgodnie z ww. Rozporządzeniem: wykaz dostaw „wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane.” Podobnie Zamawiający określił zakres informacji, które mają wynikać z wykazu dostaw w SWZ w pkt 6.3.1. Informacja na temat warunku udziału w postępowaniu zawarta w podmiotowym środku dowodowym jakim jest wykaz dostaw jest zatem irrelevantna dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu ustanowionych w SWZ. Izba podziela stanowisko Przystępującego wyrażone w piśmie procesowym, że: „15. Wykaz składany na wezwanie nie kształtuje nowych, relewantnych do spełnienia warunku informacji czy wymagań. Jest wyłącznie drukiem, formularzem przygotowanym pomocniczo dla wykonawców, aby przedstawili żądane informacje pozwalające na ocenę spełnienia warunku. 16. Gdyby Przystępujący pominął wykaz opracowany przez Zamawiającego i przedstawił informacje celem oceny spełnienia warunku w innej postaci np. tylko tekstowej a nie tabelarycznej – Zamawiający nie miałby prawa wywodzić z tego negatywnych konsekwencji.” Wbrew twierdzeniom Odwołującego przedstawionym w odwołaniu Zamawiający nie zastrzegł, że „Wykonawca powinien złożyć wykaz dostaw zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ.”, co miałoby sugerować brak możliwości ingerencji w jego treść. Zamawiający w pkt 6.3.1. SWZ opisał jakie informacje ma zawierać wykaz dostaw i wskazał, że jego wzór stanowi załącznik nr 6 do SWZ. To zadaniem wykonawcy było więc złożenie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykazu, który będzie przedstawiał informacje niezbędne dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Niewątpliwie to nie wykaz dostaw a treść SWZ kształtuje brzmienie warunku udziału w postępowaniu. Rozbieżność pomiędzy informacją zawartą w załączniku nr 6 do SWZ a treścią SWZ nie stanowi więc wady postępowania, gdyż to treść SWZ precyzuje warunki udziału w postępowaniu, które są wiążące dla wykonawców.

Izba za niewiarygodne i nielogiczne uznała twierdzenia Odwołującego, że powyższe okoliczności mogły spowodować ograniczenie konkurencji w postępowaniu, gdyż wykonawcy przygotowując ofertę przystępują do wypełniania dokumentów i mogli sugerować się treścią warunku wynikającą z załącznika nr 6 do SWZ, co mogło skutkować rezygnacją z udziału w postępowaniu. Pomijając, że argumentacja taka stanowi wyłącznie dywagację Odwołującego odnośnie do zachowania podmiotów zainteresowanych złożeniem ofert, to Izba zauważa, że wykonawcy nie składają wraz z ofertą podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu dostaw, który jest składany dopiero na wezwanie zamawiającego przez wykonawcę najwyższej ocenionej. Warunki udziału w postępowaniu należy spełniać na dzień składania ofert. Z powyższego wynika, że wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty w postępowaniu działający z należytą starannością weryfikują swoje zdolności w zakresie spełnienia warunków na podstawie treści SWZ, a nie załączników, których składanie następuje na dalszym etapie postępowania. W konsekwencji argumentację odnośnie do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, ewentualnego wprowadzenia wykonawców w błąd co do treści warunków należało uznać za niezasadną. Jak podnosili Zamawiający i Przystępujący, profesjonalny wykonawca, który dostrzegłby przywołaną przez Odwołującego rozbieżność i miał wątpliwości, które postanowienia są wiążące powinien wnosić w tym zakresie w odpowiednim terminie o wyjaśnienie dokumentów zamówienia. Takie pytania nie zostały jednak w postępowaniu zadane, a Odwołujący nawet nie po złożeniu ofert, ale dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego, w tym samym dniu zasygnalizował Zamawiającego własne spostrzeżenia odnośnie do rozbieżności w dokumentach zamówienia. Zdaniem Izby, nie jest tak jak twierdził Odwołujący, że wykonawcy przystąpili do postępowania na odmiennych zasadach. Zasady te były jednakowe dla wszystkich wykonawców i w zakresie warunków udziału w postępowaniu wynikały z treści SWZ.

Izba zauważa również, że powołane w odwołaniu orzeczenie dotyczące sprzeczności postanowień ogłoszenia o zamówieniu i treści SWZ są nieadekwatne do okoliczności faktycznych niniejszego postępowania. Gdyby było tak, że dokumenty te zawierałyby sprzeczne informacje o warunkach udziału w postępowaniu to byłaby to wada postępowania, gdyż ogłoszenie o zamówieniu stanowi pierwsze źródło informacji o postępowaniu, w szczególności dla wykonawców zagranicznych, kolejnym jest SWZ. W przedmiotowym postępowaniu rozbieżność dotyczy jednak treści SWZ i wykazu dostaw, który niewątpliwie jest dokumentem pochodzącym od wykonawcy. Wykaz przygotowany przez Zamawiającego

stanowi wyłącznie wzór, na którym wykonawcy mogą, ale nie muszą się opierać przygotowując podmiotowe środki dowodowe.

Zdaniem Izby, w postępowaniu nie występuje zatem wada, tym bardziej wada nieusuwalna, polegająca na naruszeniu przepisów ustawy pzp o jego prowadzeniu, a Zamawiający mógł zbadać, ocenić i dokonać wyboru oferty w oparciu o treść SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Izba zauważa również, że wada postępowania, jeśliby wystąpiła, musi jednocześnie uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący w odwołaniu w ogóle nie dokonał analizy spełnienia tej przesłanki i przytoczył wyłącznie orzecznictwo stwierdzając, że unieważnienie umowy byłoby możliwe. Odwołujący wskazał, że: „Zdaniem Odwołującego, wskazana w treści Odwołania wada postępowania ma jednak charakter wady istotnej, o której mowa w art. 457 ust. 1 pkt. 1 ustawy PZP.” Izba zwraca jednak uwagę, że Odwołujący powołał się na treść art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, który stanowi o unieważnieniu umowy w sytuacji, gdy zamawiający udzieli zamówienia z naruszeniem ustawy w zakresie obowiązku publikacji ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub zmieniającego ogłoszenie. Podkreślić należy, że „*naruszenie przepisu art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP musi polegać na zaniechaniu przez zamawiającego obowiązku ogłoszeń*” (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 2023 r. sygn. akt: XXIII Zs 32/23). Zaznaczenia wymaga, że w poprzednim stanie prawnym art. 146 ust. 6 ustawy pzp z 2004 r. umożliwiał Prezesowi Urzędu wystąpienie „*do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.*” Ustawa przewidywała więc możliwość unieważnienia umowy w sytuacji stwierdzenia naruszenia mającego lub mogącego mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślić należy, że przesłanki unieważnienia postępowania jako niweczące jego cel jakim jest udzielenie zamówienia i jego realizacja muszą być interpretowane ściśle. Trudno uznać, aby racjonalny Ustawodawca przez nowelizację ustawy pzp dopuścił ich rozszerzenie w taki sposób, że każde, również niemające wpływu na wynik postępowania naruszenie ustawy mogłoby powodować unieważnienie całego postępowania, a w taki sposób należałoby interpretować dyspozycję art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, aby uznać zasadność argumentacji odwołania. Początek treści ww. przepisu stanowi bowiem: „*z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów (...).*” Dalsza jednak treść przesądza zadaniem Izby, że naruszenie, o którym mowa ww. punkcie ust. 1 art. 457 ustawy pzp dotyczy jak już wskazano obowiązków publikacji ogłoszeń i ich zmian: „*bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.*” Odpowiednio zresztą w starym stanie prawnym w art. 146 ustawy pzp z 2004 r. określającym przesłanki unieważnienia w ust. 1 pkt 2 jako przesłankę unieważnienia umowy wskazano: „*jeżeli zamawiający (...) 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.*” Jak słusznie zważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 27 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 39/22: „*Zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia m. in. jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie chodzi zatem o to, że w postępowaniu wystąpiła jakakolwiek wada, choćby nawet poważna — lecz chodzi tylko o wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Istnieje zatem konieczność zdefiniowania, kiedy umowa zawarta w drodze zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Stanowi o tym art. 457. Zgodnie z ust. 1. pkt 1 tego przepisu, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Wszystkie te naruszenia dotyczą zaniechania obowiązku ogłoszenia. Wbrew wywodom odwołującego, będącego przeciwnikiem skargi, zmiana brzmienia tego przepisu w toku prac legislacyjnych i „dopisanie przecinka” nie oznacza, że „udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy” stało się odrębną, oddzielną od pozostałych, podstawą unieważnienia umowy. (...) Owo dopisanie przecinka ma związek tylko z wprowadzeniem do przepisu wyliczenia odnoszącego się do innych postępowań — początkowo przepis odnosił się tylko do udzielenia zamówienia publicznego, ale ostatecznie rozciągnięto jego zakres także na zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów. W języku polskim kolejne elementy wyliczenia są łączone przecinkiem, aż do połączenia elementu przedostatniego z ostatnim, kiedy to stosuje się odpowiedni spójnik (w omawianym przepisie jest to „lub”). Podsumowując, wszystkie naruszenia, o których mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp dotyczą zaniechania dokonania określonego ogłoszenia.*”

Mając na względzie, że Odwołujący nie podnosił, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia w zakresie obowiązków

publikacji ogłoszenia to przesłanka zaistnienia wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy również nie została wykazana. Okoliczności, w których Odwołujący upatrywał wady postępowania w ogóle nie dotyczą zaniechania dokonania określonego ogłoszenia.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający otrzymał w postępowaniu oferty na realizację zamówienia, które mógł zbadać i ocenić w oparciu o postanowienia SWZ, dokonać wyboru, a następnie będzie mógł zawrzeć ważną umowę na realizację zamówienia publicznego. Dlatego też stwierdzić należało, że przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy pzp nie zaistniała. Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy pzp oraz art. 16 ust. 1 ustawy pzp nie zasługiwał więc na uwzględnienie.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp to Odwołujący podnosił, że Przystępujący zmodyfikował treść wykazu dostaw względem załącznika nr 6 dołączonego do SWZ i zmienił wartość całego zamówienia i wartość dostawy gablot względem informacji zawartej nad Tabelą we wzorze. Odwołujący argumentował, że podmiotowy środek dowodowy nie jest zgodny z SWZ a Przystępujący poprawił ww. informację tylko częściowo (bez informacji o liczbie umów – pozostało w ramach maksymalnie 4 umów) tak aby dostosować treść warunków do swoich zdolności. Twierdzenia Odwołującego okazały się chybione, dlatego Izba oddaliła ten zarzut.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp: „1. *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 3) jest niezgodna z przepisami ustawy.*” Abstrahując od okoliczności, że Odwołujący nie dokonał żadnej analizy powyższego przepisu w kontekście powołanej w odwołaniu argumentacji, to podkreślić należy ponownie, że wykaz dostaw nie jest dokumentem, który tworzy warunki udziału w postępowaniu. Informacja zawarta nad Tabelą w załączniku nr 6 do SWZ jest informacją irrelevantną w kontekście wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wynikających z SWZ, które były wiążące dla wykonawców. Okoliczność więc, że Przystępujący złożył wykaz dostaw, w którym dostosował do treści SWZ częściowo (w zakresie wartości) informację o warunkach udziału w postępowaniu jest bez znaczenia dla badania czy Przystępujący spełnił warunek z pkt 1.2.4.1. SWZ. Odwołujący nie postawił zresztą zarzutu niewykazania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, ale jednocześnie twierdził, że informacja w wykazie dostaw została celowo zmieniona w części tak aby odpowiadała zdolności Wykonawcy. Izba zauważa, że Przystępujący wskazał w wykazie dostaw wymagane przez Zamawiającego w pkt 6.3.1. SWZ informacje i jak wynika z dołączonych do wykazu referencji, podana w wykazie realizacja była wykonywana w ramach dwóch umów a nie czterech. Dlatego argumentacja Odwołującego o dostosowywaniu informacji z wykazu dostaw zawartej nad Tabelą do zdolności okazała się chybiona.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 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 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: