

**WYROK**  
**z dnia 26 maja 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2023 r. przez wykonawcę Entrast spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Radomski przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Red Code spółka komandytowo – akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz Eurogrant spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Powiat Radomski:

1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Entrast spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Entrast spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiat Radomski i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę Entrast spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wpis od odwołania w wysokości 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) oraz koszty postępowania odwoławczego wykonawcy Entrast spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków w wysokości 3 617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych),

2.2. zasądza od Powiat Radomski na rzecz wykonawcy Entrast spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 11 117 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto siedemnaście złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

**Sygn. akt: KIO 1337/23**

**UZASADNIENIE**

W dniu 17 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Entrast spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pod nazwą „Usługa koordynacji projektem pn.: "Utworzenie i funkcjonowanie Branżowego Centrum Umiejętności w Pionkach"” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Powiat Radomski (dalej jako „Zamawiający”), na czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz na zaniechanie „zaproszenia Odwołującego do negocjacji oferty”.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp w związku z art. 287 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 125 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, ponieważ „data złożonego na wezwanie do uzupełnienia oświadczenia o braku podstaw wykluczenia i spełnieniu warunków udziału w formie pisemnej i data złożenia podpisu elektronicznego jest sygnowana dniem 6.05.2023 r., który jest po terminie składania ofert”, w sytuacji gdy nie było podstaw prawnych i faktycznych do dokonania tej czynności, ponieważ uzupełnione na wezwanie ww. oświadczenie przez odwołującego datowane na dzień 6.05.2023 r. potwierdza brak podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i zostało złożone w terminie wskazanym przez Zamawiającego;

2. art. 289 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do negocjacji oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

„1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2) powtórzenia badania i oceny oferty Odwołującego;

3) nakazanie Zamawiającemu zaproszenia Odwołującego do negocjacji ofert”.

a także o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Red Code spółka komandytowo – akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz Eurogrant spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 kwietnia 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00190856/01.

W rozdziale V pkt 11 Opisu potrzeb i wymagań w Postępowaniu (dalej jako „OPW”) Zamawiający określił, że „w terminie składania ofert wykonawca ma obowiązek złożyć oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu wg Załącznika nr 4 do OPIW”, zaś w rozdziale V pkt 17.4 OPW, iż „Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymaga, aby wykonawcy wykazując brak podstaw do wykluczenia złożyli wymagane oświadczenia / dokumenty do oferty (art. 110 ustawy pzp). Na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego → w terminie składania ofert każdy z wykonawców składa oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania (przykładowe oświadczenie - Załącznik nr 3 do OPIW).”.

W rozdziale VI Opisu potrzeb i wymagań w Postępowaniu (dalej jako „OPW”) określono, że „Dokumenty składane do oferty (w terminie składania ofert). 1. Wykaz aktualnych oświadczeń w celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (rozdział V niniejszej OPIW) – składany do oferty → Formularz oferty – wypełniony Załącznik nr 1 do OPIW oraz dodatkowo: 1) wykonawca samodzielnie składa ofertę - oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu zgodne z załączonymi wzorami. → Załącznik nr 3 OPIW → Załącznik nr 4 OPIW”.

Załącznik nr 3 do OPW miał treść „Oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego dotyczące braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Usługa koordynacji projektem pn.: "Utworzenie i funkcjonowanie Branżowego Centrum Umiejętności w Pionkach" realizowanego przez Powiat Radomski (wprowadzić opis / nazwę postępowania zgodnie z treścią SWZ) prowadzonego przez Powiat Radomski, którego zadania wykonuje Starostwo Powiatowe w Radomiu oświadczam, co następuje: (wprowadzić nazwę zamawiającego) Informacja dotycząca podmiotu składającego oświadczenie: 1. Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust 1 pkt 4; pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp. 2.Oświadczam, że nie zachodzą w stosunku do mnie przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. poz. 835) . ..... (miejsce), dnia ..... r. .... (podpis) (...)  
Oświadczenie dotyczące podanych informacji: Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji. .... (miejsce), dnia ..... r. .... (podpis)”.

Załącznik nr 4 do OPW miał treść „Oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Usługa koordynacji projektem pn.: "Utworzenie i funkcjonowanie Branżowego Centrum Umiejętności w Pionkach" realizowanego przez Powiat Radomski (wprowadzić opis / nazwę postępowania zgodnie z treścią SWZ) prowadzonego przez Powiat Radomski którego zadania wykonuje Starostwo Powiatowe w Radomiu oświadczam, co następuje: (wprowadzić nazwę zamawiającego) Informacja dotycząca wykonawcy składającego ofertę samodzielnie: Oświadczam, że samodzielnie spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w OPIW – rozdział V ust. 2 oraz nie korzystam i nie będę korzystał z zasobów innego podmiotu w oparciu o art. 118 ustawy pzp . (...)  
Oświadczenie dotyczące podanych informacji: Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji

wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji. .... (miejsce), dnia ..... r. .... (podpis)".

Termin składania ofert w Postępowaniu upływał w dniu 5 maja 2023 r.

Oferty w Postępowaniu złożyli Odwołujący i Przystępujący. Wraz z ofertą Odwołujący nie złożył dokumentu „Oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego dotyczące braku podstaw do wykluczenia z postępowania”, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do OPW, oraz dokumentu „Oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu”, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do OPW.

W dniu 5 maja 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu datowane na ten sam dzień pismo o treści „Wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych Działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający żąda uzupełnienia brakujących załączników do oferty złożonej przez Państwa do postępowania o numerze: WI.272.37.2023. Podmiotowe środki dowodowe należy złożyć zgodnie z wzorami załączonymi do postępowania i przekazać Zamawiającemu środkiem komunikacji elektronicznej wskazanym w OPIW, tj. poprzez <https://powiat-radomski.ezamawiajacy.pl/servlet/HomeServlet>. Oświadczenia powinny być aktualne na dzień składania oferty. Zamawiający prosi o pilne przesłanie brakujących dokumentów co pozwoli na wyznaczenie terminu negocjacji. Nie złożenie wskazanych w OPIW załączników skutkować będzie odrzuceniem oferty.”.

W dniu 6 maja 2023 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu dokumenty:

- „Oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego dotyczące braku podstaw do wykluczenia z postępowania”, sporządzone według wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do OPW, podpisane w tym samym dniu przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego,
- „Oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu”, sporządzone według wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do OPW, podpisane w tym samym dniu przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego.

W dniu 9 maja 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo zatytułowane „Informacja o odrzuceniu oferty” o treści „W wyniku przeprowadzenia czynności związanej z badaniem i oceną złożonych w postępowaniu ofert, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt c) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), Starostwo Powiatowe w Radomiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z negocjacjami na podstawie art. 275 ust. 3 PZP na Usługę koordynacji projektem pn.: "Utworzenie i funkcjonowanie Branżowego Centrum Umiejętności w Pionkach" realizowanego przez Powiat Radomski, informuje o odrzuceniu oferty nr 1: ENTRAST Sp. z o.o. Ul. Dzielna 60 01-029 Warszawa Podstawa prawna odrzucenia oferty: art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt c) Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenia zamówienia wymagał w OPIW złożenia w terminie składania ofert oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 4 do OPIW) oraz oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z postępowania (Załącznik nr 3 do OPIW). Zgodnie z wymaganiami ustawy PZP potwierdzonymi w treści OPIW złożone oświadczenia miały w terminie składania ofert wstępnie deklarować, że wykonawca spełnia warunki i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Potwierdza to także art. 125 ust. 3 ustawy PZP: Art. 125. 1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. (...) 3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, 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. Można także jednoznacznie stwierdzić (co potwierdza także orzecznictwo KIO), że złożone oświadczenia wynikające z art. 125 ustawy PZP nie są uznawane jako podmiotowe środki dowodowe, które w dalszym etapie prowadzonego postępowania składa wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej. W przypadku oferty złożonej przez ENTRAST sp. z o.o., wykonawca w terminie składania ofert nie złożył wymaganych oświadczeń dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Brak tych oświadczeń – które na dzień złożenia oferty mają wstępnie potwierdzać spełnienie warunków i brak podstaw wykluczenia nałożył na zamawiającego obowiązek zastosowania art. 128 ust 1 ustawy PZP. Zamawiający pismem z dnia 05.05.2023 r. zwrócił się do wykonawcy z żądaniem złożenia tych dokumentów, które na termin składania ofert potwierdzałyby spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia z postępowania. Złożone oświadczenia o braku podstaw wykluczenia i spełnieniu warunków udziału są deklaracjami, które mają być aktualne od terminu składania ofert (co wymaga art. 125 ust. 3) do daty złożenia ich przez wykonawcę na wezwanie z art. 128 ust. 1. Art. 128. 1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków

dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Wykonawca w dniu 06.05.2023 r. złożył stosowne oświadczenia wg wzoru wskazanego w treści OPIW. Jednakże w złożonych oświadczeniach można zauważyć, że data złożenia oświadczenia w formie pisemnej i data złożenia podpisu elektronicznego jest sygnowana dniem 06.05.2023 r., który jest po terminie składania ofert. Należy wskazać, że zgodnie z wymaganiami ustawy PZP i art. 128 ust. 2 pozwala wykonawcy złożyć podmiotowy środek dowodowy, aktualny na dzień ich złożenia. Art. 128. 1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. 2. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia. Podobny zapis o aktualności dokumentu na dzień jego złożenia znajdziemy także w art. 274 ust 1 ustawy PZP (w obecnej sytuacji nie ma zastosowania). Art. 274. 1. Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Jednakże Zamawiający nie może zastosować tej aktualności – w przypadku złożonych przez wykonawcę oświadczeń - w stosunku do oświadczenia z art. 125 ust 1 i ust 3 ustawy PZP. Te oświadczenia mają inny charakter. Zamawiający musi być pewny (co wynika z regulacji jak wyżej), że wykonawca w terminie składania ofert spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Ze złożonych dokumentów w ofercie i na wezwanie w oparciu o art. 128 ust 1 ustawy PZP zamawiający nie otrzymał od wykonawcy wymaganego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia i o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w terminie składania ofert. Wykonawca tą gwarancję przedłożył stosownymi oświadczeniami po terminie składania ofert. W złożonych oświadczeniach jednak tej gwarancji Zamawiający nie otrzymał w terminie składania ofert.”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, w szczególności że odwołanie nie zostało wniesione po upływie terminu określonego w art. 515 Pzp.

Izba oddaliła zgłoszoną przez Odwołującego opozycję wobec zgłoszonego przez Przystępującego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ze względu na nieuprawdopodobnienie przez Odwołującego, że Przystępujący nie ma interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Zgodnie z art. 525 ust. 3 Pzp „wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron”. Stosownie zaś do art. 526 ust. 2 Pzp, „Izba uwzględni opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję.”.

Należy stwierdzić, że pojęcie „interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której [wykonawca – przyp. KIO] przystąpił” należy rozumieć szeroko – jako interes prawny bądź faktyczny. Nie może ulegać wątpliwości, że w sytuacji, gdy Postępowanie jest prowadzone w trybie określonym w art. 275 ust. 3 Pzp, a oferty w nim złożyli wyłącznie Odwołujący i Przystępujący, Przystępujący ma interes faktyczny w rozstrzygnięciu na korzyść Zamawiającego odwołania na czynność odrzucenia oferty Odwołującego. O ile oczywiście rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Zamawiającego nie oznacza, że oferta Przystępującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, to powoduje, że jedynie oferta Przystępującego będzie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Wobec powyższego dla oceny przedmiotowego interesu bez znaczenia pozostają okoliczności powołane przez Odwołującego – iż „nie został dokonany wybór oferty najkorzystniejszej” ani że „zgłaszający przystąpienie nie zna treści oferty Odwołującego, a Odwołujący - zgłaszającego przystąpienie”.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w tym postępowaniu oraz przedstawioną w trakcie rozprawy w dniu 25 maja 2023 roku, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp w związku z art. 287 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 125 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp” był uzasadniony w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w związku z art. 125 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń”. Art. 125 ust. 1 Pzp stanowi, że „do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego”, zaś stosownie zaś do art. 125 ust. 3 Pzp „oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, 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”.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego – niewątpliwie jest, że Odwołujący wraz z ofertą nie złożył oświadczeń sporządzonych według wzorów stanowiących załączniki nr 3 i 4 do OPW, będących oświadczeniami o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o których mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do ich złożenia zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, stosownie do którego „jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania” a Odwołujący w dniu 6 maja 2023 r. przekazał Zamawiającemu rzeczony oświadczenia. Spór w zakresie tego zarzutu sprowadzał się do kwestii, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że „nie otrzymał od wykonawcy wymaganego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia i o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w terminie składania ofert. Wykonawca tą gwarancję przedłożył stosownymi oświadczeniami po terminie składania ofert”, ze względu na to, że oświadczenia przekazane Zamawiającemu przez Odwołującego w dniu 6 maja 2023 r. były podpisane po upływie terminu składania ofert, a w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że w sprawie nie znajduje zastosowania art. 128 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym „wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia”, gdyż przepis ten dotyczy wyłącznie podmiotowych środków dowodowych, a takowym - stosownie do art. 7 pkt 17) Pzp - nie jest oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp.

Stanowisko Zamawiającego wyrażone w przekazanym Odwołującemu w dniu 9 maja 2023 r. piśmie zatytułowanym „Informacja o odrzuceniu oferty” oraz w toku postępowania odwoławczego, iż wobec podpisania rzeczonych oświadczeń po upływie terminu składania ofert nie można uznać, że stanowią one dowody potwierdzające brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, było nieprawidłowe.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że „w terminie składania ofert oświadczenia o spełnieniu warunków udziału nie było i do dnia dzisiejszego Zamawiający takiego nie otrzymał”, należy wskazać, że niezłożenie przez Odwołującego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w terminie składania ofert nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. W przypadku, gdy wykonawca zobowiązany jest wraz z ofertą złożyć takie oświadczenie, a tego nie czyni, konsekwencją jego niezłożenia zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp jest powstanie po stronie zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia tego oświadczenia. Skoro zaś ponad wszelką wątpliwość w dniu 6 maja 2023 r. Zamawiający otrzymał od Odwołującego oświadczenie sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do OPW, nie można uznać, że Zamawiający w ogóle nie otrzymał oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Z okoliczności, że zamawiający zobowiązany jest na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwać do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, wykonawcę, który takiego oświadczenia nie złożył w terminie składania ofert, a wykonawca może złożyć takie oświadczenie w wykonaniu tego wezwania, wynika, że oświadczenie takie może być złożone po terminie składania ofert. Tym samym należy uznać, że oświadczenie składane w wykonaniu wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 Pzp, może być sporządzone i podpisane tym terminie, zwłaszcza że żaden przepis Pzp nie uzasadnia przyjęcia, że musi być ono sporządzone i podpisane przed tym terminem. W szczególności z treści art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp wynika, że obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez danego wykonawcę jest powiązany z terminem na złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, a nie z datą jego sporządzenia czy podpisania. Wymaga przy tym podkreślenia, że w sytuacji, gdy zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, oświadczenie składane przez wykonawcę w wykonaniu tego wezwania jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, a nie jakimś innym oświadczeniem. W konsekwencji, przepis art. 125 ust. 3 Pzp dotyczy także oświadczenia składanego

przez wykonawcę w wykonaniu wezwania zamawiającego do jego złożenia na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Izby w świetle treści art. 125 ust. 3 Pzp należy uznać, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, bez względu na to, w jakim terminie zostało ono sporządzone, podpisane czy złożone.

Należy zauważyć, że nie ma wątpliwości, że oświadczenie takie stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert w przypadku, gdy zostanie sporządzone, podpisane czy złożone przed dniem składania ofert (w którym upływa termin składania ofert), mimo że wykonawca, który sporządza, podpisuje i składa zamawiającemu takie oświadczenie na przykład na dwa dni przed dniem składania ofert nie ma wiedzy, czy do dnia składania ofert nie ulegnie zmianie jego sytuacja w zakresie istnienia podstaw wykluczenia czy spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie ma podstaw prawnych do różnicowania waloru dowodowego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, sporządzonego i podpisanego przed dniem składania ofert i oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, sporządzonego i podpisanego po dniu składania ofert. Można więc przyjąć, że art. 125 ust. 3 Pzp tworzy domniemanie „aktualności” oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, na dzień składania ofert.

Zasadnie więc wywołał Odwołujący, że „w przypadku uzupełnienia ww. oświadczenia wykonawca składa taki dokument do Zamawiającego, przy czym podkreślenia wymaga, że zadaniem tego oświadczenia jest potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji na dzień składania ofert – co jednoznacznie wynika z obowiązujących przepisów – i prowadzi do wniosków, że data sporządzenia tego dokumentu jest wtórna w stosunku do zawartego w nim oświadczenia, które zawsze składane jest na dzień składania ofert”.

Rzecz jasna, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia może brać udział wyłącznie wykonawca, który na dzień składania ofert spełnia warunki udziału w tym postępowaniu i wobec którego nie zachodzą na ten dzień podstawy wykluczenia z tego postępowania. Brak jest jednak jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że na dzień składania ofert w Postępowaniu wobec Odwołującego zachodziła podstawa wykluczenia z Postępowania lub że nie spełniał on warunków udziału w Postępowaniu, a tym samym – iż oświadczenia przekazane Zamawiającemu przez Odwołującego w dniu 6 maja 2023 r. nie odzwierciedlały stanu rzeczy istniejącego w dniu składania ofert. Jak wskazał Zamawiający na rozprawie, wątpliwości co do „aktualności” tych oświadczeń - stanowiących oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp - potwierdzających brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, wynikały wyłącznie z daty podpisania tych oświadczeń, co – jak wskazano wyżej – jest okolicznością bez znaczenia.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż Zamawiający nieprawidłowo uznał, że oświadczenia przekazane mu przez Odwołującego w dniu 6 maja 2023 r. nie stanowią dowodów potwierdzających brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert w Postępowaniu.

W tym stanie rzeczy odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp stanowiło naruszenie tego przepisu. Naruszenie to miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż uniemożliwiło wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co byłoby możliwe, gdyby Zamawiający nie dopuścił się tego naruszenia.

W ramach zarzutu naruszenia „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp w związku z art. 287 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 125 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp” Izba nie znalazła natomiast podstaw do uznania, że Zamawiający naruszył art. 287 ust. 4 pkt 1) Pzp.

Zgodnie z tym przepisem, „w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zamawiający informuje równocześnie każdego z wykonawców z osobna o: 1) odrzuceniu jego oferty albo 2) w przypadku, o którym mowa w art. 288 ust. 1, o niezakwalifikowaniu jego oferty do negocjacji oraz o przyznanej punktacji w każdym kryterium oceny oferty i łącznej punktacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne”.

Jak wskazano powyżej, Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, niewątpliwie podając uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Uczynił zatem zadość obowiązkowi wynikającemu z tego przepisu.

Konsekwencją uznania, że Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, było uznanie za uzasadniony zarzutu naruszenia art. 289 ust. 1 Pzp.

Przepis ten stanowi, że „w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający może zaprosić, a przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zaprasza jednocześnie wykonawców do negocjacji ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, jeżeli nie podlegały one odrzuceniu, a jeżeli zamawiający ustalił kryteria, o których mowa w art. 288 ust. 2, zaproszenie kieruje do tych wykonawców, których oferty spełniają w najwyższym stopniu te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego”.

W sytuacji, gdy brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający zgodnie z ww. przepisem

zobowiązany był zaprosić Odwołującego do negocjacji jego oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu w Postępowaniu, a zaniechanie dokonania tej czynności stanowiło naruszenie art. 289 ust. 1 Pzp.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 1 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości nieprzekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 7.500 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (...) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.”. § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 7.500 złotych.

Odwołujący na posiedzeniu i rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury i potwierdzenia przelewu, na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego składają się: wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) i d) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego Izba mogła zaliczyć wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika do kwoty 3.600 złotych. Wobec powyższego zgodnie z § 5 pkt 2) lit. b) i d) ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika reprezentującego Odwołującego w wysokości 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych.

Wobec oddalenia odwołania stosownie do § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia w punkcie 2. wyroku Izba obciążyła kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty obejmujące ww. wynagrodzenie i wydatek w wysokości 3.617 złotych.

Przewodniczący:.....