

**WYROK**  
**z dnia 3 sierpnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski  
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2023 r. przez wykonawcę Eko System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białej Podlaskiej w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Żabia Wola przy udziale wykonawcy "Przedsiębiorstwo Gospodarki Wodno- Ściekowej Gea-Nova" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Józefowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,  
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Eko System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białej Podlaskiej i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę Eko System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białej Podlaskiej wpis od odwołania w wysokości 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) oraz koszty postępowania odwoławczego zamawiającego Gminy Żabia Wola poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych),

2.2. zasądza od wykonawcy Eko System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białej Podlaskiej na rzecz Gminy Żabia Wola kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2137/23**

**UZASADNIENIE**

W dniu 21 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Eko System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białej Podlaskiej (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pod nazwą „Konservacja i eksploatacja obiektów i urządzeń stacji uzdatniania wody i sieci wodociągowej wraz z pompowniami na sieci oraz oczyszczalni ścieków i sieci kanalizacyjnej, wraz z pompowniami na sieci” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Gminę Żabia Wola (dalej jako „Zamawiający”).

Z treści odwołania wynika, że zostało ono wniesione na czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący wniósł o „wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu ewentualnie unieważnienie przedmiotowego postępowania i ogłoszenie nowego z zachowaniem wszystkich przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r.”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca "Przedsiębiorstwo Gospodarki Wodno- Ściekowej Gea-Nova" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Józefowie (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 podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 30 maja 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00239465.

Oferty w Postępowaniu złożyli Odwołujący i Przystępujący.

W dniu 18 lipca 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo zatytułowane „Informacja o wyborze” o treści „Działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) – dalej: „ustawa Pzp”, Zamawiający przekazuje informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Wykonawcę: Przedsiębiorstwo Gospodarki Wodno- Ściekowej „GEA-NOVA” sp. z o.o.

ul. Leśna 1, Józefów, 05-860 Płochocin Oferta odpowiada wymaganiom określonym w SWZ i ustawie Pzp, nie podlega odrzuceniu oraz uzyskała najwięcej punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Wobec powyższego w świetle art. 239 ustawy Pzp należy ją uznać za ofertę najkorzystniejszą. Poniżej informacja o Wykonawcach, którzy złożyli oferty, oraz przyznana im punktacja w ramach kryteriów oceny ofert (1 pkt = 1 %):

L.p.	Wykonawca – nazwa, adres	Liczba punktów przyznana w ramach kryterium:		Łączna liczba punktów
		Cena (max. 60 pkt)	Czas podjęcia działań w kierunku usunięcia awarii (max. 40 pkt)	
1.	Przedsiębiorstwo Gospodarki Wodno-Ściekowej „GEA-NOVA” sp. z o.o. ul. Leśna 1, Józefów, 05-860 Płochocin	60	40	100
2.	EKO SYSTEM Sp. z o.o. ul. Łukaszyńska 46c/4 21-500 Biała Podlaska	Oferta odrzucona – nie podlega ocenie		

2. Działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1 ) lit b) ustawy Pzp, Zamawiający informuje, że odrzucono ofertę Wykonawcy nr 2 – EKO SYSTEM Sp. z o.o. ul. Łukaszyńska 46c/4 , 21-500 Biała Podlaska Uzasadnienie prawne Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. c) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający w dniu 16.06.2023 r. wezwał Wykonawcę do złożenia aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył polisę na sumę ubezpieczenia 2 000 000,00 zł, z której nie wynikało jednak, że obejmuje ona swym zakresem usługi stanowiące przedmiot zamówienia. Wobec powyższego Zamawiający wypełnił obowiązek wynikający z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, dodatkowo wzywając Wykonawcę do wyjaśnienia lub uzupełnienia dowodów określających, że Wykonawca jest ubezpieczony jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia. Wykonawca w dniu 21.06.2023 r. przedłożył aneks do polisy, który obejmuje swoim zakresem wymagany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia. Zgodnie z danymi zawartymi w aneksie obowiązuje on od 21.06.2023 r. Jednocześnie Wykonawca nie załączył do aneksu potwierdzenia jego opłaty. Zgodnie z wyrokiem Wyrok z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3477/21 oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty, to powyższe nie zmienia jednak faktu, że treść oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może podważać prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego. W konsekwencji pomimo, że na moment uzupełniania dokumentów Wykonawca posiada polisę OC to nie potwierdza ona, że w dacie składania oferty oraz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu tj. 07.06.2023 r. Wykonawca posiadał odpowiednie ubezpieczenie a tym samym spełniał warunek udziału w postępowaniu. Zgodnie z wyrokiem z dnia 23 maja 2022 r., KIO 1200/22 i w świetle przepisów ustawy Pzp nie jest dopuszczalne legitymowanie się przez wykonawcę ochroną ubezpieczeniową w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą przez zamawiającego sumę gwarancyjną uzyskaną po upływie terminu składania ofert. W związku z powyższym Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy EKO SYSTEM Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. c) ustawy Pzp uznając, że Wykonawca nie spełnił postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.”

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

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „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”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w odwołaniu oraz przedstawioną w trakcie rozprawy w dniu 3 sierpnia 2023 roku, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod całą treść odwołania Izba przyjęła, że w odwołaniu zakwestionowano zgodność czynności odrzucenia oferty Odwołującego z przepisami art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 8 ust. 4 i 5 Pzp.

Zgodnie z art. 16 pkt 1) Pzp „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”, zaś art. 16 pkt 2) Pzp

stanowi, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty”.

Konieczne jest wskazania, że stosownie do art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, przy czym, jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 roku wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22, „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy”.

Oceniając, czy Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1) Pzp, należało wziąć pod uwagę, że nie ulega wątpliwości (i nie było sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego), iż oferta Odwołującego została odrzucona ze względu na to, że Odwołujący nie złożył dowodów określających, że był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia w dniu, w którym upływał termin składania ofert w Postępowaniu, a tym samym potwierdzających, że spełniał warunek udziału w Postępowaniu, a z treści odwołania nie wynika, aby Odwołujący zarzucał naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. c) Pzp (błędnie - jako że w Pzp nie ma takiego przepisu - powołanego jako podstawa prawna odrzucenia oferty w przekazanym mu w dniu 18 lipca 2023 r. przez Zamawiającego piśmie zatytułowanym „Informacja o wyborze”) czy art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp (który stanowiłby właściwą podstawą prawną odrzucenia oferty) czy choćby kwestionował przedstawionych w ww. piśmie powodów odrzucenia jego oferty.

Uwzględniając zatem przy rozpoznaniu odwołania, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako złożoną przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, oraz że w zakresie ww. podstawy prawnej i okoliczności faktycznych prawidłowość czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiającego nie była kwestionowana, Izba nie stwierdziła, aby czynność ta została dokonana w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców.

Należy wskazać, że ocena, czy zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z art. 16 pkt 1) Pzp co do zasady dokonywana jest w zakresie okoliczności zaistniałych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wskazywał zaś jakichkolwiek okoliczności faktycznych zaistniałych w Postępowaniu, które miałyby świadczyć o prowadzeniu Postępowania w sposób niezgodny z tym przepisem.

Powołane w odwołaniu okoliczności faktyczne w zakresie wcześniej prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3) Pzp – że oferta Odwołującego nie została odrzucona oraz iż skutek jego unieważnienia Przystępujący miał szansę „poprawienia oferty” nie uzasadniały stwierdzenia, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego w Postępowaniu została dokonana przez Zamawiającego z naruszeniem art. 16 pkt 1) Pzp. Izba nie miała podstaw do brania pod uwagę przy dokonywaniu oceny, czy Zamawiający prowadzi Postępowanie w sposób zgodny z tym przepisem, okoliczności zaistniałych w tym wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza że Odwołujący nie wskazywał nawet, aby oferta Przystępującego w nim złożona podlegała odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w tym postępowaniu czy że Postępowanie powinno zostać unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3) Pzp. Przebieg tych postępowań istotnie się zatem różni.

Na marginesie można przy tym zauważyć, że dla oceny jego spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia kluczowe znaczenie ma nie tylko zakres tego ubezpieczenia, ale również wysokość sumy ubezpieczenia oraz okres posiadania tego ubezpieczenia. W sytuacji, gdy w dwóch postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego warunek dotyczący posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia jest określony różnie co do wysokości sumy ubezpieczenia lub okresu posiadania tego ubezpieczenia, to, że wykonawca spełnia taki warunek w jednym z tych postępowań nie oznacza, że spełnia go w drugim z tych postępowań.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 4 i Pzp.

Zgodnie z art. 8 ust. 4 Pzp, „termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze”, stosownie zaś do art. 8 ust. 5 Pzp „dniem roboczym nie jest dzień uznany ustawowo za wolny od pracy oraz sobota”.

Należy wskazać, że z przepisów tych wynikają normy dotyczące określania terminów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; nie wynikają z nich zaś normy dotyczące odrzucenia ofert wykonawcy. W konsekwencji czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie może zostać dokonana z ich naruszeniem.

Okoliczność zaś, że Zamawiający w wezwaniu do przedłużenia terminu związania ofertą „wskazał termin do kiedy Odwołujący ma czas na przygotowanie ewentualnej zgody wynosila ona poniżej 24 godzin” nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż czynność wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą jest czynnością odrębną od

czynności odrzucenia oferty, wobec czego nawet w przypadku, gdy wezwanie takie zostało dokonane z naruszeniem przepisów Pzp, nie oznacza to, że czynność odrzucenia oferty także jest dokonana z naruszeniem tych przepisów.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, wobec czego odwołanie należało oddalić.

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 § 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.

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”. § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego”.

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

Zamawiający na posiedzeniu i rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonej na rozprawie faktury, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie jego pełnomocnika w kwocie 3.600 złotych.

Wobec oddalenia odwołania zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia koszty postępowania ponosi Odwołujący, a Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 złotych.

Przewodniczący:.....