

Sygn. akt: KIO 1643/23

WYROK
z dnia 26 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ACC Budownictwo**

Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku; A. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ACC Electric A. J. z siedzibą w Białymstoku w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sokoły**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 14 879 zł 82 gr (słownie: czternaście tysięcy osiemset siedemdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt dwa grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze 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 1643/23

Uzasadnienie

Gmina Sokoły (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” pn.: „Budowa Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Sokołach” (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”); znak sprawy zamawiającego: RG.271.19.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 2023/BZP 00129277/01 z dnia 10 marca 2023 r.

W dniu 7 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ACC Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku; A. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ACC Electric A. J. z siedzibą w Białymstoku** (dalej „odwołujący” lub „Konsorcjum ACC”), od czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu, a polegających na: odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, podczas gdy odwołujący złożył dokumenty potwierdzające wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganie wykluczeniu, w terminie dwóch dni roboczych od dnia otrzymania wezwania; unieważnienia postępowania, podczas gdy oferta odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu a w konsekwencji nie zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, art. 274 ust. 1, art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i § 5 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415) - dalej jako „Rozporządzenie”, poprzez zaniechanie wezwania do złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp i poprzestanie jedynie na ogólnikowym wezwaniu do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp;
2. art. 128 ust. 1, art. 8 ust. 4 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 5 Rozporządzenia Rady (EWG, EURATOM) nr 1182/71 z dnia 3 czerwca 1971 r. określającego zasady mające zastosowanie do okresów, dat i terminów (Dz. U. UE. L. z 1971 r. Nr 124, str. 1 z późn. zm.) oraz art. 56 ust. 3 Dyrektywy klasycznej poprzez wyznaczenie terminu na złożenie dokumentów podmiotowych krótszego niż dwa dni robocze, co w konsekwencji uniemożliwiło odwołującemu złożenie dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby w terminie wyznaczonym przez zamawiającego;
3. art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, w której oferta odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu, a w konsekwencji nie ma podstaw do unieważnienia postępowania, gdyż nie wszystkie oferty podlegają odrzuceniu;

co doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia postępowania.

Jednocześnie, z ostrożności procesowej, zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie, że oferta podlega odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący, uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że zamawiający odrzucił jego ofertę w postępowaniu, powołując się na przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, podczas gdy niezbędną przesłanką do odrzucenia oferty na tej podstawie jest prawidłowe wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentów. Tylko niezłożenie dokumentów

w odpowiedzi na precyzyjne wezwanie, zawierające wyznaczony zgodnie z przepisami ustawy termin, może stanowić przesłankę odrzucenia oferty. Zwrócił uwagę na fakt, iż w treści SWZ zamawiający nie wskazał, że będzie w trakcie postępowania żądał podmiotowych środków dowodowych od podmiotów udostępniających swoje zasoby. W pkt XVIII ppkt 2 SWZ wskazał jedynie podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy. SWZ, jak i treść wezwania z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 24 kwietnia 2023 r. nie zawierały informacji o konieczności przedłożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego.

Zamawiający wymieniał w SWZ katalog dokumentów, których wymaga od wykonawcy, z kolei w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby zawarł jedynie zapis, iż zgodnie z pkt XVIII ppkt 6 wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia wraz z oświadczeniem, o którym mowa w pkt IX SWZ także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Odwołujący po otrzymaniu wezwania z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp uznał, że dokument ten został już złożony w postępowaniu i nie należy tego dokumentu ponownie składać.

Odwołujący argumentował dalej, że zamawiający o konieczności złożenia podmiotowych środków dowodowych napisał dopiero w wezwaniu z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 11 maja 2023 r., które de facto było pierwszym wezwaniem do złożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby. Na podkreślenie, jego zdaniem, zasługuje fakt, iż wezwanie do uzupełnienia z dnia 11 maja 2023 r. na mocy art. 128. ust. 1 ustawy Pzp było niejednoznaczne i nieprecyzyjne. Zamawiający nie wskazał wprost jakich dokumentów żąda, tym razem od podmiotu udostępniającego zasoby. Wezwanie zawierało jedynie lakoniczny zapis, że na podstawie art. 128 ust. 7 ustawy Pzp zamawiający wzywa do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia dla podmiotu udostępniającego wykonawcy swoje zdolności techniczne lub zawodowe tj. FMJ Architekci F. M. J., ul. Brukowa 28B/21, 15-889 Białystok. Zamawiający nie określił przy tym jakie dokumenty winny być złożone na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu i niepodlegania wykluczeniu. Precyzyjne wskazanie dokumentów jest obowiązkiem zamawiającego, gdyż o ile możliwość żądania dokumentów wynika z § 5 Rozporządzenia, o tyle skonkretyzowanie żądania należy do obowiązków zamawiającego. Lakoniczna treść wezwania nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazywał, iż wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu musi być jednoznaczne i zrozumiałe dla wykonawcy, tak aby był on w stanie stwierdzić, jakich oświadczeń lub dokumentów zamawiający żąda w wezwaniu. Treść wezwania nie może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca zmuszony będzie domyslać się, w jakim zakresie ma np. uzupełnić lub poprawić podmiotowy środek dowodowy, dlatego w wezwaniu zamawiający musi wskazać, jakich wymaganych oświadczeń lub dokumentów, na wezwanie z art. 126 ust. 1 lub art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca nie złożył, złożył niekompletne lub z błędami, a także na czym polega błąd w tych oświadczeniach lub dokumentach. Wszelkie niejasności w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Powyższe znajduje liczne potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, na okoliczność czego odwołujący przytoczył szereg orzeczeń (KIO 2493/14; KIO 246/18; KIO 1208/14; KIO 2098/16; KIO 886/23).

Ponadto, odwołujący wskazał, że wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zostało mu przekazane w dniu 11 maja 2023 r. o godz. 13:24. Termin wyznaczony na uzupełnienie dokumentów został określony na dzień 15 maja 2023 r. do godz. 11.00. W ocenie odwołującego tak wyznaczony termin uniemożliwiał przedłożenie dokumentów. Jego zdaniem należy zwrócić uwagę na fakt, iż termin wyznaczony przez zamawiającego powinien: wynosić minimum dwa dni robocze (art. 8 ust. 4 ustawy Pzp), być realny tj. umożliwiając wykonawcy złożenie dokumentów (art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp).

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący, po otrzymaniu wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, przekazanego w czwartek z terminem złożenia dokumentów na poniedziałek do godziny 11.00 zwrócił się z prośbą o wydłużenie tego terminu. Z nieznanych przyczyn zamawiający nie wyraził zgody. W jego ocenie na uwagę zasługuje fakt, iż ZUS ma na wydanie zaświadczenia termin 7- dniowy, zatem już w momencie wyznaczenia terminu istniało duże ryzyko, iż odwołujący nie będzie w stanie, z przyczyn niezależnych od siebie, pozyskać dokumentu żadanego przez zamawiającego.

Na konieczność wyznaczenia odpowiedniego terminu wskazują również przepisy Dyrektywy klasycznej. Zgodnie z art. 56 ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65z późn. zm. - dalej jako „Dyrektywa”): Jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą - chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej - zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem, że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości. Jak wskazuje się w doktrynie: Termin odpowiedni w rozumieniu art. 56 ust. 3 Dyrektywy klasycznej to termin, który stosownie do okoliczności danego przypadku - obejmuje czas potrzebny do skompletowania stosownej dokumentacji, jej uzupełnieniu lub doprecyzowaniu oraz przesłania dokumentów lub oświadczeń zamawiającemu (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, UZP). Wyznaczenie przez zamawiającego terminu uniemożliwiającego skompletowanie dokumentów nie może być uznane za wyznaczenie terminu odpowiedniego. W przedmiotowym stanie faktycznym nie tyle odwołujący nie złożył w wyznaczonym terminie, ile nie miał możliwości złożyć dokumentu, na którego wydanie organ ma termin 7-dniowy.

Odwołujący zauważył, że aż dwukrotnie zwracał się z prośbą o wydłużenie terminu na złożenie dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego: pierwszy raz w dniu 12 maja 2023 r. (dzień po otrzymaniu wezwania) z prośbą o wydłużenie do 18 maja 2023 r. (a więc o minimalny czas jaki ma ZUS na wydanie zaświadczenia), ponownie w dniu 15 maja 2023 r., w którym upływał termin i odwołujący składał wszystkie pozostałe dokumenty. Obie prośby nie spotkały się z akceptacją zamawiającego, pomimo iż jako organ administracji publicznej posiadał wiedzę na temat przepisów dotyczących wydawania zaświadczeń przez ZUS.

Jego zdaniem trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla odmowy wydłużenia tego terminu, tym bardziej biorąc pod uwagę fakt, iż ocena złożonych podmiotowych środków dowodowych trwała do 6 czerwca 2023 r. W przedmiotowym stanie faktycznym odwołujący złożył zaświadczenie ZUS, niezwłocznie po jego uzyskaniu.

Odwołujący podnosił także zarzuty naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, w której oferta odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu, a w konsekwencji nie ma podstaw do unieważnienia postępowania, gdyż nie wszystkie oferty podlegają odrzuceniu. Odwołujący przypominał, że unieważnienie postępowania na podstawie cytowanego wyżej przepisu może mieć miejsce jedynie w przypadku prawidłowego działania zamawiającego w zakresie odrzucenia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Mając na uwadze fakt, iż oferta odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu, wadliwa jest również czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący w całości zakwestionował również treść uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, odnosząc się do rzekomego niespełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz stwierdzenia, iż podmiot trzeci podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W treści uzasadnienia faktycznego informacji o odrzuceniu oferty zamawiający zawarł informacje, iż nie jest w stanie ustalić należytego wykonania umowy na podstawie oświadczenia złożonego przez wykonawcę. Odwołujący zaznaczył, iż w przypadku usług możliwe jest posłużenie się przez wykonawcę oświadczeniem własnym, na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia. W ocenie odwołującego, jeżeli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonego oświadczenia to winien w pierwszej kolejności zwrócić się o wyjaśnienia do odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, ewentualnie skorzystać z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Ogólnikowe wskazanie, iż nie jest w stanie stwierdzić, jak są realizowane roboty, świadczy jedynie o braku należytej staranności na etapie badania i oceny ofert i powinno stanowić przesłankę do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i nakazania wezwania do wyjaśnień w tym przedmiocie wykonawcy.

Nadto wskazywał, że z oświadczenia jasno wynika, że podmiot udostępniający zasoby, w ramach zawartej i trwającej umowy ramowej wykonał już trzy (warunek dotyczył jednej usługi) dokumentacje projektowe na budowę budynku/ obiektu budowlanego, wraz z infrastrukturą towarzyszącą o wartości min. 2.000.000,00 zł., na które zostały uzyskane pozwolenia na budowę, stąd zapis w oświadczeniu informujący, że na bieżąco opracowywana jest kolejna dokumentacja wykonawcza na potrzeby zawartej umowy realizacji budowy obejmującej kilka, realizowanych kolejno po sobie, obiektów budowlanych.

Odnosząc się zaś do twierdzeń dotyczących przedłożenia błędnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego odwołujący wskazał, iż ogólne sformułowanie „nie figuruje” oznacza, że nie figuruje w rejestrze w ogóle, zatem nie może podlegać wykluczeniu za prawomocne skazanie wyrokiem karnym. W przypadku przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w formie Zapytania o udzielenie informacji z KRK, opatrzonego pieczęcią obejmującą sformułowanie NIE FIGURUJE należy uznać, iż podmiot składający zapytanie nie był w ogóle karany. Zgodnie bowiem z obowiązującymi przepisami, dotyczącymi wydawania informacji z Krajowego Rejestru Karnego, sprawdzania danych zawartych w rejestrach dokonuje się poprzez weryfikację w zakresie wszystkich zapisów dotyczących wnioskodawcy, zamieszczonych na kartach rejestracyjnych i zawiadomieniach. Jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy wniosek są zgromadzone w rejestrze, informacji o osobie nie udziela się na formularzu złożonego wniosku, a udziela się na formularzu, o którym mowa w § 11 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 lipca 2015 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym. Natomiast brak danych w rejestrze na temat osoby, której dotyczy wniosek, skutkuje zwrotem złożonego formularza Zapytania z adnotacją NIE FIGURUJE. Tak więc niezależnie od zakresu żądanych danych wskazanych w treści składanego Zapytania, w sytuacji braku skazania organ rejestrowy wydaje informację o niefigurowaniu w rejestrze. Informacja NIE FIGURUJE zamieszczana jest wyłącznie na Zapytaniach osób, których w rejestrze w ogóle nie ma (a zatem nie ma mowy o ich karalności) lub takich, w stosunku do których faktu skazania ujawnić nie można, w celach innych niż postępowanie karne (a zatem niezależnie od tego, co będzie wskazane w zapytaniu - organ i tak nie ujawni takiej informacji). Jeżeli więc wykonawca przedstawia informację o niekaralności w formie złożonego przez siebie Zapytania o udzielenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego, opatrzonego stwierdzeniem NIE FIGURUJE, to niezależnie od tego, o co wnioskował w Zapytaniu (nawet w przypadku, gdy w ogóle nie powoływał się na ustawę Pzp), nie można mieć wątpliwości, że dana osoba „w ogóle” nie była karana. Powyższe potwierdzają liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (dla przykładu przywołał wyrok Izby z dnia 20 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO/UZP 2700/12, 2713/12; wyrok Izby z dnia 26 marca 2013 r., sygn. akt KIO/UZP 598/13, 600/13; wyrok KIO z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2494/12; wyrok z dnia z dnia 2 września 2013 r., sygn. akt KIO 2040/13 czy wyrok z dnia z dnia 3 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1420/13).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie odwołującego, zamawiający naruszył przepisy wskazane w treści odwołania. Zamawiający zaniechał wystosowania wezwania do złożenia dokumentów podmiotowych, dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, następnie w sposób nieuprawniony zastosował art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wzywając do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, pomimo braku wcześniejszego wezwania z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp oraz wyznaczył zbyt krótki termin na złożenie dokumentów.

W piśmie złożonym do akt sprawy zamawiający oświadczył, że nie przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kopii odwołania, bowiem odwołujący jest jedynym uczestnikiem postępowania.

Zamawiający w dniu 19 czerwca 2023 r., działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie

zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu

się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Konsorcjum ACC złożyło swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, co doprowadziło w konsekwencji do unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Gdyby zarzuty odwołującego potwierdziły się, miałby on szansę zostać wybrany w tym postępowaniu, zrealizować zamówienie i osiągnąć z tego tytułu zysk.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) przedmiotem zamówienia jest budowa Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Sokolach.

Ponadto, w zakresie podnoszonych przez odwołującego zarzutów, Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W pkt XVII SWZ zamawiający opisał warunki, jakie spełniać powinni wykonawcy ubiegający się o zamówienie, w tym lit. d dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Dla dokumentacji projektowo-kosztorysowej, w celu potwierdzenia warunku, wykonawca miał wykazać, że wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie, co najmniej jedną usługę polegającą na opracowaniu dokumentacji projektowej na budowę lub przebudowę punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych o wartości min. 2.000.000,00 zł, na którą zostało uzyskane pozwolenie na budowę wraz z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te 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, jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (załącznik nr 3a do SWZ). W uwadze zamawiający dopisał, że w związku z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W pkt XVIII SWZ ppkt 1 zamawiający zawarł informację, że wezwie 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. W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający przewidział, iż zażąda następujących dokumentów: wykazu 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 usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy - załącznik nr 3a do SWZ. W tym też punkcie zamawiający zawarł informację, że w zakresie nieuregulowanym ustawą Pzp lub niniejszą SWZ do oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu zastosowanie mają w szczególności przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415) oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. poz. 2452). Ponadto wskazał, że wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia wraz z oświadczeniem, o którym mowa w pkt IX SWZ także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu, oraz odpowiednio spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim wykonawca się powołuje na jego zasoby, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

Izba ustaliła ponadto, że swoją ofertę w postępowaniu złożyło Konsorcjum ACC i,

że oferta tego wykonawcy została najwyżej oceniona. Zamawiający, pismem z 24 kwietnia 2023 r., działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia (w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym za pośrednictwem platformy) w terminie do dnia 2 maja 2023 r. dokumentów wymaganych w pkt XVIII ppkt 2a SWZ, pkt XVIII ppkt. 2b SWZ, jednocześnie poprosił o złożenie wyjaśnień i stosownych dokumentów (umowa spółki, uchwała wspólników podjęta stosowną większością głosów zgodnie z postanowieniami umowy, itp.), w celu ustalenia, czy zarząd spółki mógł złożyć ofertę, która skutkuje zaciągnięciem zobowiązania w kwocie przewyższającej dwukrotność kapitału udziałowego - art. 230 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1467 ze zm.).

Konsorcjum ACC w dniu 27 kwietnia 2023 r. zwróciło się z prośbą o wydłużenie terminu na przedłożenie wymaganych dokumentów do dnia 5 maja 2023 r., na co zamawiający wyraził zgodę w piśmie z dnia 28 kwietnia 2023 r.

Dnia 5 maja 2023 r. odwołujący przedłożył dokumenty w odpowiedzi na wezwanie. Po przeanalizowaniu przedłożonych przez niego dokumentów, zamawiający pismem z dnia 11 maja 2023 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zażądał złożenia wyjaśnień, wyznaczając termin do dnia 15 maja 2023 r. do godz. 11⁰⁰ (w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym za pośrednictwem platformy) dotyczących przedłożonych dokumentów. Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt XVII SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają poniższe warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej dla dokumentacji projektowo-kosztorysowej: W celu potwierdzenia warunku wykonawca winien wykazać, że wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie, co najmniej jedną usługę polegającą na opracowaniu dokumentacji projektowej na budowę lub przebudowę: punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych lub innego budynku/ obiektu budowlanego wraz z infrastrukturą towarzyszącą o wartości min. 2.000.000,00 zł., na którą zostało uzyskane pozwolenie na budowę wraz z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te 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, jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych, referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (załącznik nr 3a do SWZ). Wykonawca na wezwanie zamawiającego w dniu 5 maja 2023 r. złożył wykaz wykonywanych usług, z którego wynika, że podmiot na którego doświadczenie powołuje się wykonawca posiada doświadczenie w zakresie opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej polegającej na:
a) opracowaniu projektu budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Ciepłej w Białymstoku. Z dołączonego oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, tj. FMJ Architekti F. M. J., ul. Brukowa 28B/21, 15-889 Białystok wynika, że dla tego zadania zostało wydane prawomocne pozwolenie na budowę, natomiast w wykazie wykonywanych usług wykonawca wykazał, że opracowanie projektu trwa od 1 marca 2020 r. do chwili obecnej;
b) opracowaniu projektu sześciu budynków mieszkalnych jednorodzinnych w zabudowie bliźniaczej w Olmontach gm. Juchnowiec Kościelny o wartości 5.000.000,00 zł. Zgodnie z SWZ zamawiający wskazał, że doświadczenie winno dotyczyć budynku/ obiektu budowlanego o wartości 2.000.000,00 zł. Natomiast wykazane opracowanie dotyczy 6 budynków mieszkalnych o wartości 5.000.000,00 zł. Ponadto wykonawca, w przedłożonym wykazie usług, nie wskazał kiedy zostało uzyskane pozwolenie na budowę. Dalej podniósł również, że na wezwanie zamawiającego została przedłożona informacja z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Białymstoku, że Lider Konsorcjum, tj. ACC Budownictwo Sp. z o.o., ul. Warszawska 6/32, 15-063 Białystok nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS. Wykonawca do oferty dołączył oświadczenie (załącznik nr 7 do SWZ) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z którego wynika, że firma ACC Budownictwo Sp. z o.o. będzie wykonywała część prac ogólnobudowlanych, instalacyjnych, elektrycznych, część wyposażenia. Wobec powyższego poprosił o wyjaśnienie zatrudnienia pracowników do wykonywania w/w prac.

Ponadto, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby zdolności techniczne lub zawodowe tj. FMJ Architekti F. M. J., ul. Brukowa 28B/21, 15-889 Białystok. Przypomniął, że zgodnie z treścią art. 119 ustawy Pzp ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Na zakończenie wskazał, że niedostarczenie przez wykonawcę żądanych wyjaśnień i uzupełnień w terminie przez niego określonym, spowoduje zbadanie oferty wykonawcy tylko na podstawie posiadanych przez zamawiającego danych, dokumentów i oświadczeń.

Z akt sprawy wynika ponadto, że wykonawca w dniu 12 maja 2023 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wydłużenie terminu na przedłożenie dokumentów do dnia 18 maja 2023 r., na co zamawiający w piśmie z dnia 12 maja 2023 r. nie wyraził zgody.

Konsorcjum ACC w dniu 15 maja 2023 r. przedłożyło następujące dokumenty, dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie opracowania dokumentacji projektowej: 1) wyjaśnienie podmiotu udostępniającego zasoby, że inwestycja polegająca na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Ciepłej w Białymstoku realizowana jest w trzech etapach. Jednocześnie wskazał dla każdego etapu kiedy zostało uzyskane pozwolenie na budowę, numer decyzji, wartość opracowania projektowego oraz wartość inwestycji. Ponadto wyjaśnił, że inwestycja jest w realizacji i na bieżąco opracowywana jest dodatkowa dokumentacja wykonawcza na potrzeby budowy; 2)

Zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach na dzień 12 maja 2023 r.; 3) zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego, że nie figuruje na dzień 12 maja 2023 r. w KRK;

4) oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej z wykonawcami, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu. Ponadto wykonawca oświadczył, że pracownicy są zatrudnieni u Członka Konsorcjum ACC i na potrzeby realizacji zamówienia część z nich będzie zatrudniona w firmie Lidera Konsorcjum ACC. Konsorcjum ACC zwróciło się także ponownie o wydłużenie terminu do dnia 18 maja 2023 r. na uzupełnienie dokumentu z ZUS. Zamawiający w piśmie z dnia 15 maja 2023 r. ponownie nie wyraził na to zgody.

Pismem z 2 czerwca 2023 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty, jako uzasadnienie prawne wskazując na treść przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym niezłożenie czy nieuzupełnienie dokumentów w terminie wyznaczonym przez zamawiającego jest równoznaczne z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ponadto, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy 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.

W uzasadnieniu faktycznym zamawiający opisał przebieg postępowania, w tym treść pism kierowanych do odwołującego oraz treść składanych przez niego wyjaśnień i przedłożonych dokumentów. Uzasadnił, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z tego powodu, iż po analizie dokumentów złożonych w postępowaniu stwierdził, że Konsorcjum ACC w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia

w wykonaniu robót i złożenia referencji, złożyło jedynie własne oświadczenie, że inwestycja przy ul. Ciepłej w Białymstoku realizowana jest w trzech etapach, na podstawie trzech osobnych pozwoleń na budowę (decyzja nr 912/2020; nr 757/2021; nr 295/2022). Dodatkowo podmiot trzeci wskazał: „Inwestycja w realizacji. Na bieżąco opracowywana jest dodatkowo dokumentacja wykonawcza na potrzeby budowy”. Z tak sformułowanego pisma, zamawiający nie jest w stanie ustalić, czy roboty były/ są zrealizowane należycie. Z kolei złożone zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego nie posiada informacji dotyczącej wskazania zakresu danych i postępowania, w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji o osobie. W ślad za tym należy uznać, że podmiot trzeci, na zasoby którego powołuje się wykonawca nie wykazał, że nie zachodzą wobec niego przesłanki do wykluczenia z postępowania określone w art. 108 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. Z przedłożonych dokumentów wynika, że Lider Konsorcjum nie figuruje w Rejestrze Płatników składek KSI ZUS. W dniu 16 maja 2023 r. wykonawca przedłożył zaświadczenie z ZUS c niezaleganiu

w opłaceniu składek na dzień 16 maja 2023 r. podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie opracowania dokumentacji projektowej. W związku z powyższym wykonawca uzupełnił dokument po wskazanym przez zamawiającego terminie. Wyjaśnienia wykonawcy do pisma złożonego w dniu 12 maja 2023 r., a właściwie zarzut, że zamawiający nie wskazał konkretnie, których dokumentów żąda w zakresie potwierdzenia, że podmiot trzeci spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczenia, należało uznać za bezpodstawny, bowiem z art. 119 ustawy Pzp jasno wynika wymóg złożenia takich dokumentów, aby zamawiający mógł skutecznie dokonać oceny udostępnionych zasobów oraz zbadać ewentualne podstawy wykluczenia wykonawcy lub ich brak.

Jednocześnie zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wszystkie złożone w nim oferty podlegały odrzuceniu.

Z decyzją tą nie zgodziło się Konsorcjum ACC, składając swoje odwołanie 7 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania oraz zakres podnoszonych w odwołaniu zarzutów, odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, art. 274 ust. 1, art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i § 5 ust. 1 Rozporządzenia, poprzez zaniechanie wezwania do złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp i porzeczanie jedynie na ogólnikowym wezwaniu do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp uznając, że te potwierdziły się.

Odnosząc się do przesłanki odrzucenia oferty, opisanej w art. 226 ust. 1 pkt 2 c ustawy Pzp, w pierwszej kolejności przypomnieć należy, że ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnienie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Z kolei zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp 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. Zgodnie z treścią art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, 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: wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Szczególne znaczenie w niniejszej sprawie ma jednak fakt, co wielokrotnie podkreślała Izba w swoich orzeczeniach, że odrzucenie oferty wykonawcy z przyczyn opisanych w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, musi być poprzedzone jednym, ale jednocześnie prawidłowym wezwaniem do uzupełniania dokumentów. Wezwanie takie, aby było prawidłowe, musi być jednoznaczne i zrozumiałe dla wykonawcy, tak aby był on w stanie stwierdzić, jakich podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, zamawiający żąda w wezwaniu. Treść wezwania nie może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca

zmuszony będzie domyślać się, w jakim zakresie ma zostać dokonane złożenie, poprawienie lub uzupełnienie, dlatego w wezwaniu zamawiający musi wskazać, jakich wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów wykonawca nie złożył, złożył z błędami lub złożył niekompletne, a także na czym polega błąd lub niekompletność oświadczenia lub dokumentu, a w przypadku pełnomocnictwa - na czym polega wadliwość pełnomocnictwa. Jednocześnie wskazuje się w orzecznictwie, że wykonawca nie może być obciążany skutkami niejednoznacznego wezwania zamawiającego, co oznacza, że dopiero poprawnie sformułowane wezwanie do uzupełnienia dokumentów, na które zamawiający nie uzyskał odpowiedzi lub też odpowiedź inną, niż oczekiwał, może stanowić przesłankę odrzucenia oferty takiego wykonawcy (tak też w Wyroku KIO z dnia 20 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 886/23).

Orzekając w niniejszej sprawie należy mieć także na uwadze, że zamawiający w treści SWZ w ogóle nie wskazał, że będzie w trakcie postępowania żądał podmiotowych środków dowodowych od podmiotów udostępniających swoje zasoby. W pkt XVIII ppkt 2 SWZ wymienił jedynie podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy. Z kolei w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby zawarł jedynie zapis, iż zgodnie z pkt XVIII ppkt 6 wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia wraz z oświadczeniem, o którym mowa w pkt IX SWZ także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim wykonawca się powołuje na jego zasoby, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

Ani treść SWZ, jak też treść wezwania skierowanego do Konsorcjum ACC w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 24 kwietnia 2023 r. nie zawierały informacji o konieczności przedłożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego. Dopiero w treści wezwania z dnia 11 maja 2023 r. zamawiający sprecyzował, że oczekuje także przedłożenia dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, przy czym i to wezwanie nie było jednoznaczne i precyzyjne w swojej treści. Zamawiający nie wskazał bowiem wprost jakich dokumentów żąda, tym razem od podmiotu udostępniającego zasoby. Obowiązkiem zamawiającego było, analogicznie jak w przypadku dokumentów, których oczekiwał od odwołującego, sprecyzowanie jakich dokumentów żąda od podmiotu udostępniającego zasoby tak, aby wykonawca wiedział czego zamawiający od niego oczekuje.

Tym samym nie sposób uznać, że zamawiający uczynił zadość swoim obowiązkom tj. skierował do odwołującego pełne, poprawne i precyzyjne wezwanie do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji czynność ta, jako dokonana w sposób wadliwy, nie może prowadzić do konsekwencji w postaci odrzucenia oferty odwołującego z przyczyn opisanych w art. 226 ust. 1 pkt 2 c ustawy Pzp.

Potwierdziły się także zarzuty naruszenia art. 128 ust. 1, art. 8 ust. 4 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 5 Rozporządzenia Rady (EWG, EURATOM) nr 1182/71 z dnia 3 czerwca 1971 r. określającego zasady mające zastosowanie do okresów, dat i terminów (Dz. U. UE. L. z 1971 r. Nr 124, str. 1 z późn. zm.) oraz art. 56 ust. 3 Dyrektywy klasycznej, poprzez wyznaczenie odwołującemu terminu na złożenie dokumentów podmiotowych krótszego niż dwa dni robocze, co w konsekwencji uniemożliwiło mu złożenie dokumentów podmiotowych, dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z ust. 2 tego przepisu wynika, że termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło. Z kolei w ust. 4 ustawodawca wskazał, że termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze. W ust. 5 przewidziano, że dniem roboczym nie jest dzień uznany ustawowo za wolny od pracy oraz sobota.

W konsekwencji stwierdzić należy, że w zakresie nieuregulowanym w ustawie Pzp, do kwestii liczenia terminów mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Tym samym w przypadku, gdy termin oznaczony jest w dniach, kończy się on z upływem ostatniego dnia, a jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło (art. 111 kodeksu cywilnego). Ustawa Pzp wprowadza także zasadę wynikającą z Rozporządzenia nr 1182/71, dotyczącą oznaczania terminów, ważną również z uwagi na zasadę zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i równego traktowania wykonawców. W przypadku, gdy wyznaczony termin obejmuje dwa lub więcej dni, wówczas powinien on uwzględniać przynajmniej dwa dni robocze. Wprowadzono również definicję pojęcia "dnia roboczego". Dniem roboczym jest każdy dzień, inny niż dzień ustawowo wolny od pracy oraz inny niż sobota. Zgodnie z art. 1 ustawy o dniach wolnych od pracy, dniami wolnymi od pracy są niedziele oraz wymienione w ustawieni dni świąteczne.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy należy zauważyć, że mamy do czynienia z zasadą, według której jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Nie było sporne w niniejszej sprawie, że zamawiający wezwał odwołującego w dniu 11 maja 2023 r. o godz. 13:24 do uzupełnienia dokumentów i wyznaczył mu termin na 15 maja 2023 r. godz. 11:00, przy czym dzień 13 maja 2023 r. przypadał w sobotę, zaś 14 maja 2023 r. przypadał w niedzielę, która jest dniem wolnym od pracy. Zamawiający wyznaczył z kolei termin na uzupełnienie dokumentów na dzień 15 maja 2023 r. godz. 11:00 (poniedziałek).

Odwołujący zarzucił, że działania zamawiającego były nieprawidłowe z uwagi na to, że wyznaczono mu termin na złożenie dokumentów podmiotowych krótszy niż dwa dni robocze. Z tym jednak nie sposób się zgodzić. W istocie ustawodawca w art. 8 ust. 4 ustawy Pzp wprowadza słuszną zasadę, w celu uniknięcia skracania realnych terminów, że

termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze. Oznacza ona jednak, że jeśli jak w tym przypadku wezwanie miało miejsce we czwartek, to minimalny termin wyznaczony na złożenie dokumentów, z uwzględnieniem 2 dni roboczych przypadnie, jak w tym przypadku na poniedziałek. W takim przypadku nie ma też znaczenia o której godzinie dane zdarzenie miało miejsce, bowiem dla zachowania terminu istotna jest data dzienna tego zdarzenia, a nie godzina. Do podobnych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu cytowanym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z 9 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3409/22. Bez znaczenia jest przy tym, że w przedmiotowej sprawie Izba badała prawidłowość zachowania 2- dniowego terminu dla innej czynności w postępowaniu tj. wezwania do zawarcia umowy. Wywody tam zawarte, a odnoszące się do sposobu liczenia terminów, pozostają aktualne także w przedmiotowej sprawie.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie może jednak umknąć uwadze, że chociaż zamawiający nie uchybił zasadzie zastosowania terminu minimalnego tj. 2 dni roboczych, to zapomniał jednak o innej tj., że wyznaczony termin na dokonanie danej czynności, powinien być terminem odpowiednim. Wprawdzie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiący o uzupełnianiu m.in. podmiotowych środków dowodowych, nie precyzuje terminu w jakim powyższe dokumenty powinny zostać złożone, a więc zamawiający posiada swobodę w jego wyznaczaniu, to jednak zasada ta nie jest nieograniczona i, zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, termin na uzupełnienie dokumentów powinien być terminem realnym, aby wykonawca działający z należytą starannością mógł zadośćuczynić wezwaniu. Zamawiający zobowiązany jest również uwzględnić rodzaj dokumentu lub oświadczenia podlegającego konwalidacji i niezbędny czas na dokonanie czynności (tak też KIO w wyroku z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2766/12 oraz KIO z 7 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1582/22).

W tym konkretnym przypadku oznacza to tyle, że wyznaczenie odwołującemu tak krótkiego, bowiem minimalnego terminu na złożenie dokumentu w postaci zaświadczenia z ZUS, uchybia zasadzie równego traktowania i przejrzystości, która nakazuje zamawiającemu wyznaczenie terminu, który umożliwi wykonawcy skompletowanie dokumentów, których złożenia ten wymaga. Nietrafione są przy tym wywody zamawiającego, że każdy przedsiębiorca ma możliwość łatwego pozyskania dokumentu w postaci zaświadczenia z ZUS, gdyż jako prowadzący działalność gospodarczą miał obowiązek założyć konto PUE ZUS, stąd określony termin na jego przedłożenie był realny.

Po pierwsze należy zauważyć, że dokument ten miał dotyczyć nie samego wykonawcy ubiegającego się o to zamówienie, ale podmiotu trzeciego, na zasobach którego on polega, co stanowi dodatkową trudność bo wiąże się z jego pozyskaniem od innego przedsiębiorcy. Ponadto, jak trafnie zauważył odwołujący, ZUS ma na wydanie przedmiotowego zaświadczenia siedem dni, co zamawiający powinien uwzględnić przy określeniu tego terminu. Rację ma także odwołujący, że działania zamawiającego nie mogą znaleźć akceptacji także z tego powodu, że Konsorcjum ACC dwukrotnie zwracało się z prośbą o jego przesunięcie, wskazując na powyższe okoliczności. Zamawiający jednak odmówił wydłużenia tego terminu, a jednocześnie ocena złożonych podmiotowych środków dowodowych trwała aż do 6 czerwca 2023 r.

Nie ulega wprawdzie wątpliwości, że chociaż czynność przedłużenia terminu na uzupełnienie dokumentów również leży w sferze uprawnień zamawiającego, to zamawiający podejmując decyzję w tym zakresie, również powinien mieć na względzie wszystkie wymienione wcześniej okoliczności takie jak: realność terminu dla określonego rodzaju dokumentu, możliwość jego pozyskania, okoliczność od kogo on pochodzi. W niniejszej sprawie takiej refleksji ze strony zamawiającego zabrakło, co w konsekwencji uniemożliwiło Konsorcjum ACC uzupełnienie dokumentów w postępowaniu. Tym samym należało uznać, że zamawiający naruszył w ten sposób przywoływane przez odwołującego przepisy.

Należy również wskazać, że rację ma odwołujący kwestionując samą treść uzasadnienia faktycznego odrzucenia jego oferty, odnoszącą się do braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz stwierdzenia, iż podmiot trzeci podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W istocie nie sposób nie dostrzec rozbieżności pomiędzy podstawą prawną, wymienioną przez zamawiającego w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty, a podstawami faktycznymi, które legły u podstaw decyzji zamawiającego. Jak sam przyznał zamawiający uzasadnienie faktyczne było szersze, niż to mogło wynikać z treści wskazywanego przepisu.

Nie tyle jednak sama rozbieżność pomiędzy wskazaną podstawą prawną a uzasadnieniem faktycznym, które zawarł zamawiający w piśmie, stanowi o wadliwości podjętej czynności, ale treść tego uzasadnienia faktycznego. Zamawiający bowiem w sposób wadliwy dokonuje oceny przedłożonych w postępowaniu dokumentów, czego skutkiem jest decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego.

I tak, w treści uzasadnienia faktycznego informacji o odrzuceniu oferty zamawiający zawarł informacje, iż nie jest w stanie ustalić należytego wykonania umowy na podstawie oświadczenia złożonego przez wykonawcę. Wyjaśnienie zamawiającego jest niejasne i na jego podstawie nie sposób stwierdzić czego zamawiający od wykonawcy oczekiwał i jakiego dokumentu zabrakło, w jego ocenie, aby mógł uznać, że warunek został spełniony. Powyższe, w powiązaniu z faktem, że w treści wezwania zamawiający nie sprecyzował złożenia jakiego dokumentu oczekuje powoduje, że czynność odrzucenia oferty jest wadliwa.

Odnosząc się z kolei do twierdzeń dotyczących przedłożenia błędnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, nie sposób zgodzić się z zamawiającym, że wadliwy jest dokument przedłożony przez odwołującego w postępowaniu z tego powodu, że na zaświadczeniu widnieje informacja „NIE FIGURUJE” Zaświadczenie o niekaralności, gdy opatrzone jest taką pieczęcią oznacza tyle, że dana osoba czy podmiot są niekarane. Zgodnie z rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 lipca 2015 r.

w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2015 r. ze zm.), zwrot „NIE FIGURUJE” oznacza, że w Rejestrze nie ma danych osoby lub podmiotu zbiorowego, których dotyczy zapytanie o karalność, czyli dana osoba czy podmiot zbiorowy, w ogóle nie były karane. Przypomnieć należy, że aby uzyskać powyższe zaświadczenie należy złożyć stosowny wniosek. W nim wskazuje się postępowanie, w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania takiej informacji. Jeśli nie zostaje ono

wskazane, wydawane jest zaświadczenie, na którym widnieje adnotacja „NIE FIGURUJE”, która oznacza, iż dana osoba nie była w ogóle karana i to niezależnie od rodzaju przestępstwa.

W konsekwencji trafnie także zarzucił odwołujący naruszenie przez zamawiającego art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, w której oferta odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu, a w konsekwencji nie ma podstaw do unieważnienia postępowania, gdyż nie wszystkie oferty podlegają odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania, że zamawiający naruszył przepisy wskazane w treści odwołania. Zamawiający zaniechał wystosowania wezwania do złożenia dokumentów podmiotowych, dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, następnie w sposób nieuprawniony zastosował art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wzywając do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, pomimo braku wcześniejszego wezwania z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp oraz, że wyznaczył zbyt krótki, nierealny termin na złożenie dokumentów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a, b, d 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając w poczet kosztów wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania w wysokości 10 000,00 zł., wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł. oraz koszty dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę w kwocie 664,82 zł. a także koszty noclegu w kwocie 615,00 zł., na podstawie faktury złożonej przez odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: