

Sygn. akt: KIO 1523/23

WYROK
z dnia 13 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 czerwca 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 maja 2023 roku** przez wykonawcę **GRAPH'IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

w Warszawie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu z siedzibą w Kaliszu**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, następnie nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego – Wojewódzki Szpital Zespolony**

im. Ludwika Perzyny w Kaliszu z siedzibą w Kaliszu, w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - GRAPH'IT Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Zamawiającego – Wojewódzki Szpital Zespolony**

im. Ludwika Perzyny w Kaliszu z siedzibą w Kaliszu na rzecz **Odwołującego - GRAPH'IT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** - kwotę

18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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 1523/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu z siedzibą w Kaliszu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn. <<Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Bloku Operacyjnego z OAIIT i Centralną Sterylizatornią w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Kaliszu”>>. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2023/S 033-097300.

W dniu 29 maja 2023 roku w prowadzonym postępowaniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710 t.j.; dalej jako: „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca GRAPH'IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na:

1) wyborze oferty Wojewódzkiego Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ciechanowie, w sytuacji, w której to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą;

2) odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w związku z niezasadnym przyjęciem, że Odwołujący nie złożył w terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia w sytuacji, gdy Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawił przedmiotowe środki dowodowe;

3) wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowego środka dowodowego, tj. zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, pomimo tego, że Zamawiający był i jest w posiadaniu tego dokumentu, co potwierdził Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 18 maja 2023 r., a zatem zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący nie był zobowiązany do jego złożenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że Odwołujący nie złożył w terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia w sytuacji, gdy Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu przedstawił przedmiotowe środki dowodowe oraz potwierdził ich prawidłowość i aktualność w Wyjaśnieniach;

4) art. 128 ust. 1 ustawy w zw. z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowego środka dowodowego, tj. zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, pomimo tego, że Zamawiający był i jest w posiadaniu tego dokumentu, co potwierdził Odwołujący w Wyjaśnieniach, a zatem Odwołujący nie był zobowiązany do jego złożenia.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; oraz

2) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta Odwołującego będzie najwyższej ocenioną ofertą w postępowaniu, a tym samym zwiększy jego szanse na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, gdyż ich naruszenie uniemożliwia uzyskanie przez Odwołującego zamówienia oraz wygenerowania zysku z tytułu jego realizacji.

Wezwanie do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący otrzymał w dniu 19 maja 2023 r. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przesłana do Odwołującemu w dniu 26 maja kwietnia 2023 r. Zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący prawidłowo przekazał Zamawiającemu kopię odwołania i uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że zgodnie z pkt E pkt 1.8 Opisu Potrzeb i Wymagań (dalej jako: "OPIW") Zamawiający wymagał przedstawienia wraz z ofertą podmiotowych środków dowodowych:

"Oświadczenia i dokumenty składane wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu:

Wykaz aktualnych na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu oświadczeń i dokumentów składanych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu:

1.8. PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE wymienione w części D niniejszego OPW."

W części D ust. 1 OPIW Zamawiający wskazał, że:

"Informacja o podmiotowych środkach dowodowych, w tym o etapach postępowania o udzielenie zamówienia, na których wykonawcy będą obowiązani do składania wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych.

1. Zamawiający żąda aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych składanych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (...)

1.1.4. zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania wniosku wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności;"

Jednocześnie w części D ust. 4 — 6 OPIW zostały zawarte następujące postanowienia:

„4. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wymienionych powyżej.

5. Zamawiający nie wzywa wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli:

5.1 może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z 17.2.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał

w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, dane umożliwiające dostęp do tych środków;

5.2 podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy.

6. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże we wniosku

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu/ofercie te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność."

Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, do którego dołączył podmiotowe środki dowodowe wymagane w OPIW, które zostały pozytywnie ocenione przez Zamawiającego (o czym świadczy fakt zaproszenia Odwołującego do kolejnego etapu Postępowania).

Zamawiający w dniu 4 maja 2023 r. zaprosił Wykonawcę do złożenia oferty wstępnej w postępowaniu.

Wykonawca złożył ofertę w postępowaniu, która uzyskała najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert.

Zamawiający w dniu 18 maja 2023 r. wezwał Wykonawcę do złożenia w trybie

art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w OPIW.

Wykonawca w dniu 18 maja 2023 r. przekazał Zamawiającemu pismo, w którym wskazał, że podmiotowe środki dowodowe zostały dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz pozostają one poprawne i aktualne również na tym etapie postępowania. Odwołujący wskazał, że korzysta z uprawnienia określonego w art. 127 ust. 2 ustawy Pzp oraz oświadcza, że podmiotowe środki dowodowe:

„zostały już złożone przez wykonawcę — jak wykazano w Pkt I niniejszego pisma, są w posiadaniu Zamawiającego i 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”.

Zamawiający w dniu 19 maja 2023 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ponownie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z uzasadnieniem, że złożony w dniu 16.03.2023 r. nie jest aktualny — wydany został w dniu 16.01.2023 r.

Odwołujący w dniu 23 maja 2023 r. ponownie wskazał, że posiadany przez Zamawiającego dokument jest prawidłowy oraz oświadczył, że pozostaje on w myśl art. 127 ust. 2 ustawy Pzp aktualny.

Odwołujący stoi na stanowisku, że powyższe wezwanie było nadprogowe oraz pozbawione podstawy prawnej.

W terminie na wniesienie odwołania od czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia zaświadczenia z ZUS, Zamawiający w dniu 26 maja 2023 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP jako wynik nieprzedstawienia na ponowne wezwanie Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego wskazując, że została ona podjęta z rażącym naruszeniem przepisów prawa. Zamawiający prowadząc postępowanie zaniechał respektowania zarówno przepisów ustawy Pzp, jak i postanowień OPIW, których jest autorem. Takie działanie wypełnia również znamiona naruszenia przepisów kształtujących zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż w postępowaniu doszło do zmiany zasad wykazywania braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania już po

terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz po terminie składania ofert.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp z postępowania odrzuca się ofertę wykonawcy, 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.

Przepis ten ulega materializacji, w sytuacji, w której wykonawca nie złożył w terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw wykluczenia z postępowania. Co ważne, przepis ten nie określa pojęcia "terminu" na złożenie tego rodzaju dokumentów. Termin ten może być określony zarówno w treści ustawy Pzp, treści dokumentacji postępowania lub w treści wezwania do jego złożenia. W ocenie Odwołującego badany i oceniany winien być termin, w którym pierwotnie wykonawca był zobowiązany do złożenia danego dokumentu.

W tej sprawie terminem, w którym należało przedstawić podmiotowe środki dowodowe był termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W tym terminie Odwołujący złożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty, o czym świadczy fakt, że Odwołujący został zaproszony do etapu składania ofert (warunkiem otrzymania takiego zaproszenia było wykazanie, że wobec wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia —część J ust. 10 pkt 2 lit. a OPIW).

Jednocześnie zarówno ustawa Pzp w art. 127 ust. 1, jak i Zamawiający w OPIW w części D ust. 10 określił uprawnienie wykonawcy, który złożył najwyższą ocenioną ofertę w postępowaniu, do odstąpienia od ponownego przedkładania podmiotowych środków dowodowych w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli zostały one przekazane Zamawiającemu na wcześniejszym etapie postępowania. Z tego uprawnienia skorzystał Odwołujący, czemu dał wyraz wprost w treści Wyjaśnień.

Wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w takim stanie faktycznym kreowało nowy, nieprzewidziany w ustawie Pzp i OPIW, termin na ich złożenie. Odwołujący stoi na stanowisku, że wezwanie to było nadprogowe, bezpodstawne, a nieprzedstawienie zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych aktualnego na datę skierowania tego wezwania, nie stwarza ram prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający niejako sam stworzył nieprzewidziany wcześniej schemat prowadzenia postępowania oraz odstąpił od nadanych wykonawcom w OPIW uprawnień.

Podsumowując, Odwołujący podał, że terminem na złożenie przedmiotowych środków dowodowych w postępowaniu był termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co wynika wprost z postanowień OPIW. Odwołujący w tym terminie przekazał Zamawiającemu wszystkie wymagane dokumenty, a zatem nie zachodzi wobec niego przesłanka odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, tj. zaświadczenia z ZUS

Odwołujący stoi także na stanowisku, że wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 19 maja 2023 r. miało charakter nadmiarowy, gdyż Zamawiający dysponuje dokumentami potwierdzającymi, że wobec Odwołującego nie zachodzą podstawy wykluczenia, w tym także w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, o czym świadczy m.in., że Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie tej regulacji.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył określone w części D ust. 10 OPIW oraz art. 127 ust. 2 ustawy Pzp uprawnienie wykonawcy do odstąpienia z ponownego składania podmiotowych środków dowodowych, które już zostały przekazane Zamawiającemu. Zgodnie z przywołanymi regulacjami: „*Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność*”.

Jak wyjaśniła M. Stachowiak [w:] "Prawo zamówień publicznych. Komentarz",

W. Dzierżanowski i in., WKP 2021:

"O ile w ust. 1 komentowanego artykułu zawarty jest zakaz żądania podmiotowych środków dowodowych przez zamawiającego, o tyle ust. 2 określa uprawnienie wykonawcy do rezygnacji z przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do ich złożenia.

Wykonawca zwolniony jest z obowiązku przedłożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia i dokumenty dotyczące tego wykonawcy. Wykonawca musi, jednakże wskazać na konkretne podmiotowe środki dowodowe oraz potwierdzić ich prawidłowość i aktualność”.

Przepis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp zatem jest przepisem, który przyznaje wykonawcy uprawnienie do tego, aby w odpowiedzi na wezwanie nie składał nowych podmiotowych środków dowodowych lecz wskazał, że zamawiający już posiada takie środki, a ich aktualność i prawidłowość potwierdza — co też Odwołujący uczynił. Podobnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 9 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3460/21.

Jak wskazano w opracowaniu Urzędu Zamówień Publicznych pt.: „Prawo Zamówień Publicznych Komentarz”:

"(...) wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli zamawiający już je posiada (np. zostały złożone w innym postępowaniu). Przepis art. 127 ust. 2 p.z.p. uzależnia taką możliwość od wskazania przez wykonawcę tych środków. Jedynie wykonawca jest bowiem w stanie ocenić aktualność podmiotowych środków dowodowych, co jest warunkiem ich ponownego wykorzystania. Ponadto wykonawca musi złożyć oświadczenie, w którym potwierdzi ich prawidłowość i aktualność”.

W sytuacji, w której Odwołujący w Wyjaśnieniach (i) wskazał, kiedy przekazał Zamawiającemu wszystkie podmiotowe środki dowodowe, (ii) określił numery pism, do których zostały dołączone oraz (iii) złożył oświadczenie o ich prawidłowości i aktualności, to Zamawiający nie miał podstaw do kierowania wobec Odwołującego wezwania do ich ponownego uzupełnienia. Zamawiający przekroczył w tym zakresie swoje uprawnienia.

Przepis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp nie określa odrębnych zasad dla składanych dokumentów w kontekście daty ich wydania oraz ich aktualności na dzień badania i oceny ofert. Odnosi się on w jednakowym stopniu do wszystkich dokumentów składanych

w postępowaniu — bez względu na to, czy w trakcie procedury przetargowej utraciły one,

w kontekście brzmienia Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, swoją ważność czy też nie.

Przyjęcie sposobu interpretacji Zamawiającego omawianej regulacji prowadziłoby do sytuacji, w której przepis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp byłby przepisem martwym w przypadku postępowań, których okres prowadzenia jest relatywnie

długi a pomiędzy terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a badaniem złożonych ofert upłynęłoby wiele miesięcy.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego Zamawiający dysponuje zaświadczeniem z ZUS potwierdzającym, że wobec Odwołującego nie zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający w części D ust. 10 oraz ustawa Pzp w art. 127 ust. 2, określa uprawnienie wykonawcy do nieprzedkładania podmiotowych środków dowodowych, jeśli Zamawiający nimi dysponuje. Z takiego uprawnienia skorzystał Odwołujący, o czym poinformował Zamawiającego w Wyjaśnieniach. Wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia ponownie zaświadczenia z ZUS było zatem nadmiarowe oraz pozostające w sprzeczności z przywołanymi regulacjami.

W świetle powyższego Odwołujący wnosil, jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, jego oferta jest najtańszą złożoną w postępowaniu. Odrzucenie oferty Odwołującego godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci braku uzyskania zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ciechanowie. Izba nie dopuściła Wykonawcy jako Przystępującego z uwagi na przekroczenie 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia.

Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego, kopia odwołania została przesłana do pozostałych wykonawców w dniu 30 maja 2023 roku. Zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 2 czerwca 2023 roku. Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa KIO w dniu 6 czerwca 2023 roku. Wykonawca w dniu 2 czerwca 2023 roku nadał w placówce pocztowej list polecony. Dostrzeżenia wymaga, iż ustawa Pzp nie przewiduje domniemania zachowania terminu na wykonanie czynności przez nadanie listu w placówce operatora wyznaczonego. W terminie określonym przez ustawę Pzp 3 dni, zgłoszenie musi wpłynąć do Prezesa KIO, czemu zgłaszający przystąpienie uchybił.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o jego oddalenie w całości. W odpowiedzi powtórzono argumentację przedstawioną w informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, Izba ustaliła, że wraz z wnioskiem Odwołujący złożył zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wystawione z datą 16 stycznia 2023 roku wystawione przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych ZUS III Oddział w Warszawie Inspektorat w Żyrardowie.

Z treści zaświadczenia wynika, że podmiot nie posiada zaległości na dzień 16 stycznia 2023 roku, ponieważ korzysta z ulgi w postaci układu ratalnego na spłatę należności. Należności te nie są wymagane na dzień wydania zaświadczenia.

W dniu 18 maja 2023 roku, po złożeniu ofert, sprawdzeniu, czy nie występuje w nich rażąco niska cena, Zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym między innymi zaświadczenia ZUS.

Odwołujący, odpowiadając na wezwanie, wskazał, że wymienione w wezwaniu środki dowodowe, zostały już przekazane Zamawiającemu: 1. na jego wezwanie z dnia 15.03.2023r, w dniu 16.03.2023r za pomocą platformy przetargowej. Korespondencja ta zawiera między innymi zaświadczenie ZUS z 16 marca 2023 roku. Odwołujący przywołał także treść art. 127 ust. 2 ustawy Pzp i przedstawił jego wykładnię, jednocześnie podkreślając, że dokumenty będące podstawą wezwania Zamawiającego są w posiadaniu Zamawiającego i 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.

Zamawiający, w dniu 19 maja 2023 roku, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych.

W uzasadnieniu Zamawiający podał, że dokument zaświadczenia ZUS złożony w dniu 16 marca 2023 nie jest aktualny – wydany 16 stycznia 2023 roku.

Odwołujący, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego zaznaczył, że złożone Zamawiającemu „zaświadczenie ZUS” spełnia wymóg wskazany w części D OPIW pkt 1.1. ppkt 1.1.4.

Wg zapisów OPIW, Zamawiający żąda aktualnych na dzień złożenia (wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem), podmiotowych środków dowodowych (tu: „zaświadczenie albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych...”), **składanych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.**

Podobnie zgodnie z zapisem części E OPIW pkt 1 – Zamawiający oczekuje **aktualnych na dzień składania wniosków o dopuszczenie** do udziału w postępowaniu oświadczeń i dokumentów składanych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że w świetle zapisów OPIW, zaświadczenie to powinno być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czemu wykonawca zadośćuczynił.

OPIW nie przewiduje składania podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień inny niż złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ani składania ich w innym celu niż wykazanie się przez wykonawcę spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, co już miało miejsce.

Zgonie z OPIW zamawiający jest uprawniony do żądania złożenia „oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu” (Załącznik nr 12). Wykonawca złożył takie oświadczenie (...).

(...) zgodnie z obowiązującą wykładnią prawa, zaświadczenie ZUS zawsze będzie zaświadczeniem aktualnym, gdyż potwierdza stan na dzień jego wystawienia. Ponadto ustawodawca wprowadził wprost ograniczenia czasowe dla daty wystawienia takiego aktualnego zaświadczenia ZUS: nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert /wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ustawodawca przewidział ograniczenie czasowe dla wystawienia zaświadczenia o niezaleganiu w opłaceniu podatków, ubezpieczeń społecznych, zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego, odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego.

Nie budzi wątpliwości jak liczyć okres 3/ lub 6 / miesięcy przed terminem składania wniosków/ofert, na natomiast żadne zaświadczenie może być wystawione po terminie składania wniosków o dopuszczenie.

(...) W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w OPIW nie nałożył na wykonawców obowiązku ciągłej aktualizacji wszelkich zaświadczeń po terminie składania „wniosków o dopuszczenie” i firma Odwołującego nie miała potrzeb takiej aktualizacji, gdyż pozyskuje takie zaświadczenia tylko w trakcie przygotowywania się do złożenia wniosków/ofert w wybranych postępowaniach. Taki nakaz nie wynika też z żadnych przepisów prawa.

Niezależnie od wykazanej wyżej oczywistej niecelowości i nieważności takiego zaświadczenia wydanego po terminie składania wniosków, niezwłocznie po wezwaniu zamawiającego, tj. dnia 2023-05-19, wykonawca, dochowując wszelkiej staranności, złożył taki wniosek do ZUS, lecz przewidywany okres otrzymania takiego dokumentu wynosi do 30 dni czyli ok 2023-06-18. (w załączeniu dowód złożenia wniosku do ZUS). Taki dokument będzie jednak „aktualny” jedynie 3 miesiące po dacie jego wydania, a więc będzie mógł być skutecznie złożony jako dowód podmiotowy w przyszłych postępowaniach.

W ocenie Odwołującego wykonawca dopełnił wszelkich czynności i złożył wszelkie przewidziane OPIW dokumenty, tj. aktualne na dzień składania wniosków, potwierdził aktualność zawartych w nich informacji, a więc spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Zamawiający ostatecznie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp wskazując, że Odwołujący nie złożył na wezwanie podmiotowych środków dowodowych – zaświadczenia ZUS.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 127 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli:

1) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków;

2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.

2. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c 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.

Treść art. 127 ustawy Pzp implementuje motyw 85 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie

z którym istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko, np. w przypadku trudności finansowych, które sprawiałyby, że dany wykonawca staje się nieodpowiedni, lub, przeciwnie, z racji spłacenia w międzyczasie zaległych zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne.

W związku z tym bardziej pożądane jest, by w miarę możliwości instytucje zamawiające weryfikowały takie informacje za pomocą dostępu do stosownych baz danych, które powinny mieć charakter państwowym w tym sensie, że powinny być zarządzane przez organy publiczne. (...) Należy również przewidzieć, by instytucje zamawiające nie zwracały się o wciąż aktualne dokumenty, które posiadają już w związku z wcześniejszymi postępowaniami o udzielenie zamówienia.

Przepis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp stanowi o prawie wykonawcy do nieskładania podmiotowych środków dowodowych pod warunkiem wskazania tych środków

i potwierdzenia ich prawidłowości i aktualności. Innymi słowy, zdaniem Izby, w praktyce wygląda to tak, że na wezwanie zamawiającego wykonawca, który chce skorzystać z instytucji art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, oświadcza, że będąc w posiadaniu zamawiającego dokumenty są prawidłowe i aktualne, więc nie ma potrzeby ponownego ich składania.

Ratio legis art. 127 ust. 2 ustawy Pzp polega na tym, iż obowiązkiem wykonawcy jest wskazać właściwy dokument, który posiada zamawiający z uwagi na domniemanie, iż osoby prowadzące postępowania niekoniecznie posiadają wiedzę o uprzednim wejściu zamawiającego w jego posiadanie. Wówczas koniecznym jest przekazanie zamawiającemu takiej informacji, a także złożenia wyjaśnień co do jego aktualności z uwagi na to, iż z zasady jest to dokument historyczny.

Izba nie kwestionuje, iż zamawiający jest zobowiązany, przed wyborem oferty najkorzystniejszej, do wezwania wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie, aktualnych na dzień ich złożenia podmiotowych środków dowodowych. Samo zatem wezwanie z dnia 18 maja 2023 roku wystosowane przez Zamawiającego do Odwołującego było prawidłowe i odpowiadało obowiązkowi nałożonym przez ustawę na Zamawiającego.

W odpowiedzi na to wezwanie Zamawiający otrzymał stanowisko Odwołującego, który wskazał, że powołuje się na wyjątek określony w art. 127 ust. 2 ustawy Pzp. Izba uważa, że dalsze czynności Zamawiającego, po otrzymaniu od Odwołującego odpowiedzi na wezwanie miały charakter nieprawidłowy, a przynajmniej nie wynikało z nich stanowisko, które Zamawiający zaprezentował na rozprawie.

W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, z dnia 19 maja 2023 roku, Zamawiający lakonicznie podał – dokument ZUS, wystawiony 16 stycznia 2023 roku, nieaktualny. Jeżeli Zamawiający, jak podnosił na rozprawie, uważał, że w przypadku tego akurat dokumentu, powoływanie się przez Odwołującego na możliwość zastosowania art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, jest nieprawidłowe lub niemożliwe, to winien był powyższe w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów wyartykułować. Zamawiający powinien był odnieść się do rozbudowanej argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie. Powinien był przede wszystkim przedstawić stanowisko, dlaczego uważa dokument w postaci zaświadczenia ZUS za „nieaktualny”, lub też z jakich powodów zachodzi konieczność

przedstawienia dokumentu aktualnego na datę wyznaczoną przez Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający skrótkowo podał – dokument nieaktualny. Nie jest rolą Wykonawcy domyślać się jakie intencje przyświecają piśmie Zamawiającego o tak znikomej treści. Zamawiający także w Informacji o wyniku postępowania nie zaznaczył, że ową „aktualność dokumentu” wiąże z datą jego wystawienia i czasem „ważności dokumentu” wskazywanym przez przepisy wykonawcze do ustawy. W ocenie Izby Zamawiający błędnie utożsamia ze sobą pojęcia „aktualności” i „ważności” dokumentu.

Celnie podkreślał na rozprawie Odwołujący, iż art. 127 ust. 2 ustawy Pzp charakteryzuje się generalną i uniwersalną treścią, nie zawiera żadnych wyjątków w zakresie dokumentów, których aktualność potwierdzić może wykonawca. Nie wiąże również aktualności dokumentu z czasem, w którym dokumenty podmiotowych środków dowodowych mają być wystawione. Polegając na racjonalności ustawodawcy domniemywać należy, iż przepis został skonstruowany w ten sposób, by można było zastosować w wielu różnych stanach faktycznych. Jeżeli, jak wynika ze stanowiska doktryny i orzecznictwa, przepis może być stosowany w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego zamawiającego, to tym bardziej można go zastosować w tym samym postępowaniu, w którym ocena podmiotowa wykonawców ma przebieg dwuetapowy.

Jeżeli zgodnie z żądaniem Zamawiającego w SWZ, podmiotowe środki dowodowe miały być złożone wraz z wnioskiem, Izba nie widzi przeciwwskazań, by wykonawca po otrzymaniu wezwania po złożeniu ofert, celem sprawdzenia przez Zamawiającego aktualnej sytuacji podmiotowej, mógł powołać się na art. 127 ust. 2 ustawy Pzp. Jeżeli natomiast Zamawiający uważa, że samo złożenie oświadczenia o aktualności jest niewystarczające i ma ku temu podstawy, które wywodzi z treści samego podmiotowego środka dowodowego lub z innych okoliczności, to w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów takie wątpliwości należy przedstawić. Owszem, Zamawiający nie musi mieć wiedzy, czy w okresie między złożeniem wniosku a oferty i wyborem najkorzystniejszej oferty, w sytuacji podmiotowej wykonawcy nie nastąpiły zmiany, które skutkowałyby koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jeżeli zachodzi konieczność weryfikacji wiarygodności podmiotowej wykonawcy, to Zamawiający zobowiązany jest posiadane wątpliwości opisać.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający tego nie uczynił. Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia nie powoływał się na upływ czasu między złożeniem wniosku a złożeniem oferty. Nie wskazywał, że dokumenty złożone wraz

z wnioskiem wystawione są na więcej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert.

Także ten element nie był częścią uzasadnienia w informacji o wyniku postępowania.

Na marginesie tylko Izba zauważyć pragnie, że oceniając aktualność przedłożonych środków podmiotowych, zamawiający nie powinien jej utożsamiać z datą ich wystawienia. W wyroku KIO z dnia 21 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3761/21, wskazano: „Podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie w trybie art. 126 Pzp, mają stanowić odzwierciedlenie istniejącej na dzień ich złożenia sytuacji podmiotowej wykonawcy”.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający podstawą odrzucenia oferty Odwołującego uczył przepis art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp. Przepis ten odnosi się do niezłożenia w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego.

W przedmiotowym postępowaniu takim terminem było złożenie wniosków. Dostrzeżenia wymaga, iż w tym terminie, określonym w SWZ, Odwołujący wymagane dokumenty złożył

i zostały one pozytywnie ocenione przez Zamawiającego. Jak już Izba zaznaczyła

w niniejszym uzasadnieniu, Zamawiający w informacji o wyniku postępowania nie wskazał, że ową aktualność odnosi do terminu składania ofert lub też utożsamia ją z datą wystawienia dokumentu. Dokument „aktualny” oznacza bowiem taki dokument, który obrazuje bieżącą sytuację wykonawcy na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, z treści którego będzie wynikało, że na dzień, w którym zamawiający takiej weryfikacji dokonuje, wykonawca spełnia wymagany warunek. Odwołujący potwierdził na wymagany dzień aktualność dokumentów składając oświadczenie, przy wykorzystaniu art. 127 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający, zgodnie z regułami ustalonymi w SWZ, weryfikacji podmiotowej dokonywał po złożeniu wniosków. Wzywając Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych po złożeniu ofert nie uzasadniono wezwania utratą aktualności dokumentów. Jednocześnie Zamawiający w wezwaniu w żaden sposób nie podał, że upływ czasu uczynił dokumenty złożone przez Odwołującego nieaktualnymi. Nie podano również, że z uwagi właśnie na upływ czasu zachodzi konieczność ponownej weryfikacji. Zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował prawdziwości treści oświadczenia złożonego przez Odwołującego.

Podsumowując, Izba uwzględniła odwołanie, bowiem w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574

oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz

§ 7 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie

szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami),

orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....