

Sygn. akt: KIO 1550/23

**WYROK**  
z dnia 14 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**  
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 czerwca 2023 r.**

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2023 r. przez odwołującego: **INŻBUD Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grudziądzu** (ul. Budowlanych 3, 86300 Grudziądz) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Jeżewo** (Świecka 12, 86131 Jeżewo), przy udziale wykonawcy: **Bukołt Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** (ul. Bielicka 76c/2, 85-135 Bydgoszcz) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **INŻBUD Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grudziądzu** (ul. Budowlanych 3, 86300 Grudziądz) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego od odwołania.
  - 2.2. zasądza od wykonawcy: **INŻBUD Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grudziądzu** (ul. Budowlanych 3, 86300 Grudziądz) na rzecz zamawiającego: **Gmina Jeżewo** (Świecka 12, 86131 Jeżewo) kwotę 4.960 zł 38 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset sześćdziesiąt złotych trzydzieści osiem groszy) obejmującą koszty: dojazdu na posiedzenie i rozprawę pełnomocnika w kwocie 622 zł 38 gr, koszty jego noclegu w kwocie 738 zł oraz jego wynagrodzenia w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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**.

Sygn. akt: KIO 1550/23

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 30 maja 2023 r. przez odwołującego: **INŻBUD Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grudziądzu** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gmina Jeżewo** na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Rozbudowa sieci wod. – kan. w miejscowości Laskowice” (nr postępowania: RRIb.271.2.2023) Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP Nr 2023/BZP 00108057/01 z dnia 23 lutego 2023.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie na:

- 1) niezgodną z przepisami Pzp czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającą na wyborze do realizacji, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy „SPEC RYS R. Z.”, pomimo, iż zgodnie z treścią oferty wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego (część VII pkt 2 ppkt 3 Specyfikacji Warunków Zamówienia), co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, a także naruszenie zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp,
- 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „SPEC RYS R. Z.”, pomimo tego, iż oferta ta nie spełniała warunków udziału w postępowaniu określonych w części VII pkt 2 ppkt 3 Specyfikacji Warunków Zamówienia i jako takie podlegały odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) p.z.p.,

W związku z powyższym wniósł o: 1. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości, 2. nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. B),
- b) powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej i spełniającej wymogi udziału w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego **INŻBUD Sp. z o.o. Sp. k.**
3. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych,
4. przeprowadzenie dowodów z dokumentów:
  - a) ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane – na wykazanie faktów: treści ogłoszenia o zamówieniu, treści i warunków zamówienia, terminu składania ofert,
  - b) Specyfikacja Warunków Zamówienia – na wykazanie faktów: określenia przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu posiadania przez wykonawców ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000 zł (trzy miliony złotych),
  - c) oferty wykonawcy „SPEC RYS R. Z.” oświadczenie o spełnianiu warunków przez wykonawcę „SPEC RYS R. Z.”, – na wykazanie faktów: złożenia ofert przez tego wykonawcę, niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku w postępowaniu dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000 zł,
  - d) pismo wykonawcy **SPEC RYS R. Z.** z dnia 17.03.2023 r. – na wykazanie faktów: niespełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na dzień złożenia oferty,
  - e) polisa ubezpieczenia PZU nr 1070029701 – na wykazanie faktów: niespełniania przez wykonawcę **SPEC RYS R. Z.** warunku udziału w postępowaniu dotyczącego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na dzień złożenia oferty,
  - f) informacja z otwarcia ofert z 10.03.2023 r., informacja o kwalifikacji do negocjacji, zaproszenie do negocjacji, zaproszenie do składania ofert dodatkowych, informacja o otwarciu ofert dodatkowych z 6.04.2023 r., informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 21.04.2023 r., informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 25.05.2023 r., – na wykazanie faktów: przebiegu postępowania, terminu składania ofert – 10.03.2023 r., prowadzenia negocjacji, wyniku postępowania – wyboru oferty wykonawcy **SPEC RYS R. Z.**, terminu do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

Dnia 10.03.2023 r. nastąpiło otwarcie ofert w postępowaniu. W postępowaniu oferty złożył m.in. Odwołujący – INŻBUD Sp. z o. o. Sp. k., SPEC-RYŚ R. Z. oraz HYDROKOMŚWIECIE M. H. & K. B. (dowód: informacja z otwarcia ofert 10.03.2023 r.) W następstwie negocjacji i zaproszenia do składania ofert dodatkowych tych trzech wykonawców złożyło oferty dodatkowe (dowód: informacja z otwarcia ofert dodatkowych z 6.04.2023 r.). Dnia 21.04.2023 r. Zamawiający ogłosił wybór oferty SPEC-RYŚ R. Z. jako najkorzystniejszej.

Dnia 26.04.2023 r. Odwołujący INŻBUD Sp. z o.o. Sp. k. złożył odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na wyborze oferty „SPEC-RYŚ R. Z.” (wybór ofert z 21.04.2023 r.) i zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców „SPEC-RYŚ” oraz „HYDROKOM-ŚWIECIE”, pomimo, że oferty te nie spełniały warunków udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000 zł (trzy miliony złotych). Dnia 28.04.2023 r. wykonawca BUKOLT Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Dnia 5.05.2023 r. Zamawiający przesłał do Izby zawiadomienie o nieważności czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w której poinformował że dokona ponownych czynności badania i oceny ofert. W związku z powyższym, dnia 9.05.2023 r. Izba wydała na posiedzeniu niejawnym postanowienie o umorzeniu postępowania (KIO 1168/23).

Dnia 25.05.2023 r. Zamawiający poinformował o ponownym dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejszą Zamawiający wybrał ofertę „SPEC-RYŚ R. Z.”. Zamawiający odrzucił natomiast ofertę „HYDROKOM-ŚWIECIE” wskazując, że wykonawca ten w dniu składania oferty nie był objęty ubezpieczeniem o odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną 3 mln zł. Zamawiający wskazał, że wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu zarówno na etapie składania ofert, jak i w momencie weryfikacji środków dowodowych (dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 25.05.2023 r.).

Ponowny wybór wykonawcy „SPEC-RYŚ” stanowi jednak powtórne, identyczne jak wcześniej, naruszenie przepisów Pzp, albowiem oferta ta w dniu jej złożenia nie spełniała warunków udziału w postępowaniu. Postępowanie Zamawiającego jest tym bardziej zaskakujące, że odrzucił ofertę HYDROKOMŚWIECIE”, natomiast dokonał wybór oferty „SPEC-RYŚ” pomimo że w stosunku do obydwu tych wykonawców w rzeczywistości zachodziła identyczna przesłanka odrzucenia ofert – obydwaj nie spełniali tego samego warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią pkt 1 cz. VII SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Jednym z tych warunków jest posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000 zł (trzy miliony złotych).

W orzecznictwie KIO wskazywano niejednokrotnie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione przez wykonawcę na dzień złożenia oferty i stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. W wyroku z 28.22.08.2019 r., KIO 1551/19 wskazano, że: „Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego - podjętym zresztą w ślad za przywołanymi orzeczeniami Izby - że w aktualnym stanie prawnym warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia muszą być spełnione na dzień składania ofert (...) i muszą trwać przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...) Zamawiający wymagał posiadania ubezpieczenia OC na stosowną kwotę i takie ubezpieczenie powinno być posiadane w chwili składania oferty, jak i w chwili przedstawiania dokumentów na potwierdzenie (polis)” (LEX 2728600). Warto przy tym nadmienić, że orzeczenie to dotyczyło zbliżonego stanu faktycznego – wymogiem udziału w postępowaniu było posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia OC działalności na kwotę nie mniejszą niż 1 mln zł. Wykonawca złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, jednakże po wezwaniu do uzupełnienia dokumentacji okazało się, że wykonawca ten posiadał polisę na kwotę jedynie 600 tys. zł. Po kolejnym wezwaniu wykonawca przedłożył aneks do polisy podwyższający sumę gwarancyjną do 1 mln zł, jednakże ze skutkiem obowiązującym od terminu ok. 3 tygodnie późniejszego od dnia złożenia oferty przez tego wykonawcę. Izba wskazała również, że wezwanie wykonawcy przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów nie ma wpływu na wymóg, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już na dzień złożenia oferty: „W ocenie Izby również treść art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (...) nie stanowi podstawy do «przesunięcia» terminu spełnienia warunku udziału w postępowaniu na późniejszy niż wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...) Podobnie wezwanie do uzupełnienia brakujących lub błędnych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi podstawy do stwierdzenia możliwości zmiany daty spełnienia wymogów - jest to tylko dodatkowy termin na przedstawienie prawidłowego dokumentu”. Podobnie w wyroku z 23.05.2022 r. KIO 1200/22: „Warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Powyższa zasada znajduje potwierdzenie w przywołanych wyżej przepisach ustawy Pzp, w szczególności art. 125 ust. 3, z którego wprost wynika, iż składane przez wykonawców oświadczenie JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Uzasadnienie ww. reguły znajduje umocowanie także w art. 126 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Powyższe przepisy nie pozostają w sprzeczności z akcentowanym przez Przystępującego art. 126 ust. 1 ustawy Pzp stanowiącym, że podmiotowe środki dowodowe składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego mają być aktualne na dzień złożenia. Podkreślić jednak należy, iż podnoszonej przez Przystępującego «aktualności» dokumentu nie można mylić z momentem, w którym wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanki wykluczenia” (LEX nr 3419812).

Z dokumentacji wynika, że wykonawca SPEC-RYŚ R. Z., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, na dzień złożenia oferty nie spełniał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego ubezpieczenia. Na wezwanie Zamawiającego, wykonawca SPEC-RYŚ złożył dnia 17.03.2023 r. oświadczenie, z którego wynika, że stosowne ubezpieczenie przedstawi dopiero po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Z przedłożonej przez tego wykonawcę polisy wynika jednak jednoznacznie, że umowę ubezpieczenia na wymaganą przez Zamawiającego sumę gwarancyjną zawarł on dopiero od dnia 18.04.2023 r., a zatem ponad miesiąc po terminie składania ofert w postępowaniu (dowody: oświadczenie z 17.03.2023 r., polisa PZU).

Wykonawca SPEC-RYŚ R. Z. na dzień złożenia oferty nie spełniał więc warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Zamawiający obligatoryjnie odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Nieodrzućenie tej oferty stanowiło zatem naruszenie przez Zamawiającego przepisów p.z.p. Tym bardziej za niezgodny z przepisami p.z.p. należy uznać (ponowny) wybór oferty

niespełniającej warunków postępowania jako najkorzystniejszej.

Odwolujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania i w uzyskaniu zamówienia, gdyż po odrzuceniu ofert wykonawców SPEC-RYŚ R. Z. i HYDROKOM-SWIECIE oraz zaproszeniu do negocjacji pozostałych wykonawców, oferta Odwołującego INŻBUD Sp. z o.o. Sp. k. pozostałaby jedyną ofertą w postępowaniu i musiałaby zostać wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Wybór przez Zamawiającego innej oferty był rezultatem oczywistego naruszenia przepisów p.z.p. polegającego na nieodrzuceniu oferty wykonawcy, który w rzeczywistości nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, wobec czego Odwołujący poniesie szkodę.

Postępowanie Zamawiającego należy przy tym ocenić jako naruszające zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Z zasadą tą łączy się wymóg prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty. Jak wskazuje się w literaturze: „Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert postępować w odmienny sposób, niż wynika to z dokumentów zamówienia, co przejawia się nie tylko w zakazie wprowadzania dodatkowych, niewyartykułowanych wcześniej, wymogów, pod kątem spełnienia których zamawiający chciałby badać wykonawców lub złożone przez nich oferty, lecz również w zakazie pomijania poszczególnych zapisów dokumentów zamówienia i ominięcia aspektów nimi objętych w procesie badania poszczególnych ofert lub weryfikacji potencjału wykonawców (...) Zamawiający zobligowany jest do jednoznacznego i precyzyjnego określenia, jakie są jego oczekiwania wobec wykonawców, co przejawia się w obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia oraz takiego określenia warunków czy też kryteriów oceny, jakie będą wiązać go w toku postępowania, aby dla wszystkich uczestników danego postępowania było jasne, jak zamawiający oceni każdego z nich” (A. Wiktorowski w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, LEX 2023, kom. do art. 16).

Ustalone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu są wiążące nie tylko dla wykonawców, ale także dla zamawiającego. Wymagają tego wyżej wskazane zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji. Na podstawie opublikowanych przez zamawiającego SWZ i warunków udziału w postępowaniu, wykonawcy oceniają, czy spełniają te warunki i podejmują decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu. Jeżeli Zamawiający wprowadził warunek posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000 zł, to wielu potencjalnych wykonawców nieposiadających tego ubezpieczenia zrezygnowałoby z udziału w tym postępowaniu z uwagi na niespełnienie tego warunku. Tym samym nieodrżucenie przez Zamawiającego – wbrew wymogom SWZ i przepisów ustawy p.z.p. – ofert niespełniających tego warunku, a nawet wybranie jednej z nich jako najkorzystniejszej, stanowiło rażące naruszenie zasady konkurencji i przejrzystości. Gdyby bowiem warunek ten nie został określony w SWZ, to w postępowaniu mogłaby wziąć udział znacznie większa liczba wykonawców, posiadających ubezpieczenia OC działalności na sumy gwarancyjne mniejsze niż 3 000 000 zł. Posiadane przez wykonawcę ubezpieczenie OC ma istotny wpływ na cenę ofertową w związku z kosztami ponoszonymi przez wykonawcę na pokrycie składek tego ubezpieczenia. Wyższa suma gwarancyjna łączy się z koniecznością odpłacania przez wykonawcę wyższych składek, co z kolei powoduje wyższą cenę oferty, ale jednocześnie chroni Zamawiającego przed wszelkimi ryzykami związanymi z działalnością gospodarczą prowadzoną przez wykonawcę. Oczywiście niedopuszczalne w świetle przepisów p.z.p. jest jednak zaakceptowanie i wybranie jako najkorzystniejszej oferty, której cena co prawda jest niższa, ale wykonawca ją składający nie spełnia wymogów udziału w postępowaniu. Przyjęcie takiego założenia prowadziłoby do tego, że jakiegokolwiek warunki udziału w postępowaniu – w tym nie tylko dotyczące sytuacji wykonawcy, jego doświadczenia itd. ale także np. wymogi jakościowe – byłyby zupełnie fikcyjne, gdyż zamawiający mógłby wybrać ofertę niespełniającą jakichkolwiek wymogów, kierując się wyłącznie najniższą ceną. Tymczasem w istocie to nastąpiło w niniejszym postępowaniu – Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę z najniższą ceną, ale niespełniającą warunków udziału w postępowaniu.

Na kwestię równego traktowania wykonawców w kontekście wymogu spełniania warunków postępowania na dzień składania ofert i brak możliwości późniejszej konwalidacji braku spełniania tych warunków wskazało KIO w wyroku z 18.11.2021 r. KIO 3221/21: „Przyznanie, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie muszą spełniać warunku udziału w postępowaniu w dniu wyznaczonym na składanie ofert, natomiast mogą ten później usunąć przez swego rodzaju «konwalidację», byłoby zarówno naruszeniem dyspozycji art. 125 ust. 3 p.z.p., naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz rodziłoby ryzyko, iż w do postępowań zgłaszałyby udział podmioty niespełniające warunków udziału w postępowaniu i - tym samym - niedające gwarancji należytego wykonania umowy. Wymóg faktycznego spełniania warunków na dzień składania ofert wynika też z faktu dużego sformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie, to szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje zamawiających do takiego właśnie działania, o ile jest ono zgodne z postanowieniami ustawy. Zamawiający, który wobec jednego z podmiotów odstąpiłby od zasad obowiązujących w postępowaniu i nie respektowałby wyznaczonych przez siebie wymogów, naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców” (LEX nr 3326945).

Na wymóg spełniania warunków postępowania w dniu złożenia oferty nie ma wpływu fakt zaproszenia wykonawców do składania ofert dodatkowych. Oferta dodatkowa nie wyłącza bowiem pierwotnego terminu składania ofert, ani nie dezaktualizuje złożonej pierwotnie przez wykonawcę oferty. Stanowi jedynie modyfikację oferty, która dopuszczalna jest wyłącznie w ramach kryteriów wymienionych w zaproszeniu do negocjacji.

Jak wskazuje się w literaturze: „W wariantcie drugim wykonawca może złożyć ofertę dodatkową, która zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji. Ustawodawca jednoznacznie przesądził, iż przedmiotem oferty dodatkowej mogą być wyłącznie te elementy zamówienia i oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wymienionych w zaproszeniu do negocjacji. W praktyce oznacza to więc, że jeżeli zamawiający przewidział wyłącznie negocjacje w zakresie kryterium oceny ofert «cena», a drugim kryterium oceny ofert był termin wykonania zamówienia, to wykonawca pozbawiony został możliwości obniżenia ceny z jednoczesnym wydłużeniem terminu realizacji zamówienia” (P. Wójcik w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2023, A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, kom. do art. 296). W zaproszeniu do negocjacji w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazał „cenę” jako jedyne kryterium oceny ofert, w ramach których prowadzone będą negocjacje. Należy przy tym podkreślić, że dopuszczenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dopiero na etapie składania ofert dodatkowych byłoby oczywiście nie do pogodzenia z zasadą niedopuszczalności konwalidacji braku spełniania tych warunków, na którą Izba wskazała w powoływanym już wyroku KIO 3221/21. W identyczny sposób prowadziły to bowiem to naruszenia zasad uczciwej konkurencji i ryzyka

przystąpienia to postępowania wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu, ze szkodą dla tych wykonawców, którzy z uwagi na niespełnienie tych warunków (w pierwotnym terminie składania ofert) zrezygnowaliby ze złożenia oferty.

**Do postępowania odwoławczego** przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Bukolt Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy wnosząc o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert i zaproszenie do negocjacji trzech wykonawców po odrzuceniu ofert wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu.

Podał: „*Stosownie do treści art. 525 ust.1 ustawy Pzp wskazuję, że Przystępujący ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, bowiem w wyniku unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu będzie się kwalifikował do zaproszenia do negocjacji w grupie trzech wykonawców*”. W uzasadnieniu przystąpienia podał: „W ocenie Przystępującego wniesione odwołanie z dnia 29-05-2023 r. przez pełnomocnika Odwołującego się jest zasadne, jeśli chodzi o kwestie niezgodności z przepisami ustawy Pzp takich czynności jak wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę „SPEC RYŚ R. Z.”, bowiem wykonawca ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Również zasadne jest żądanie odwołującego o odrzucenie oferty wykonawcy „SPEC RYŚ R. Z.”, bowiem oferta tego wykonawcy nie spełniała warunków udziału w postępowaniu. Zastanawiające jest, dlaczego Zamawiający odrzucił ostatecznie ofertę „HYDROKOM Świecie” zaniechając tej czynności w stosunku do „SPEC RYŚ R. Z.”. Obaj wykonawcy nie spełnili wymogów stawianych przez Zamawiającego w postaci posiadania określonego ubezpieczenia OC z sumą ubezpieczenia wynoszącą 3 mln zł. Warunek ten powinien być spełniony na dzień składania ofert, a nie w okresie późniejszym jak choćby na dzień przystąpienia do zawarcia umowy z Zamawiającym. W konsekwencji przy prawidłowym odrzuceniu ofert tych dwóch wykonawców Przystępujący zostałby zaproszony przez Zamawiającego do negocjacji i miałby szansę złożyć najkorzystniejszą ofertę. Oferta Przystępującego nie została i nie powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego. W wyniku odrzucenia przez Zamawiającego ofert podlegających odrzuceniu Zamawiający powinien na nowo określić krąg trzech wykonawców, których zaprosi do negocjacji zgodnie z przewidzianym trybem udzielenia zamówienia. Skoro Zamawiający przewidział negocjacje ofert, to Zamawiający może dokonać preselekcji ofert i do negocjacji zaprosić tylko wykonawców, którzy złożyli oferty najlepsze. Zamawiający przewidział w SWZ, że do negocjacji zaprosi 3 Wykonawców, zatem nie może obecnie odstąpić od tego etapu zamówienia i poprzestać na uprzednio przeprowadzonych negocjacjach. Przypomnieć należy, że dwóch zaproszonych do negocjacji Wykonawców nie powinno w ogóle się znaleźć w tym etapie postępowania.”

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** w piśmie z dnia 6/06/23 wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu stanowiska podał:

I. Odwołujący w treści odwołania sformułował dwa zarzuty sprowadzające się do wskazania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp oraz art. 239 ust. 1 Pzp. Istotą zarzutów jest rzekome zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SPEC-RYŚ R. Z., pomimo iż zgodnie z treścią oferty nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. Naruszenie zamawiającego w ocenie odwołującego polega na zaniechaniu wezwania do złożenia przez wybranego wykonawcę polisy OC aktualnej na dzień składania ofert. W ocenie odwołującego polisa OC wystawiona z datą obowiązywania po dniu składania ofert nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i z tego względu oferta wybranego wykonawcy winna być odrzucona. Z tak przedstawionym stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

II. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zakres możliwych działań zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego jest ograniczony treścią przepisów prawa. Innymi słowy – zamawiającemu wolno jest dokonywać tylko takich działań, na które pozwalają przepisy prawa. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy odróżnić spełnianie warunku udziału od możliwych działań zamawiającego w celu weryfikacji jego spełnienia.

III. Weryfikacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu na etapie składania ofert następuje w oparciu o oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca wstępnie oświadcza, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Do złożenia podmiotowych środków dowodowych zamawiający zwywa w postępowaniach prowadzonych w procedurze o wartości nieprzekraczającej progów unijnych na podstawie art. 274 ust. 1 pzp, który stanowi:

*Zamawiający zwywa 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.*

Zatem złożenie przez wykonawcę polisy OC w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia aktualnej na dzień jej złożenia jest działaniem prawidłowym ze strony wykonawcy i nie może stanowić przesłanki odrzucenia oferty. Wbrew twierdzeniom odwołującego takie działanie wykonawcy nie potwierdza, iż wybrany wykonawca nie posiadał polisy OC na dzień składania ofert (być może utracił polisa obowiązująca w dacie składania ofert straciła ważność). Dokument złożony zgodnie z art. 274 ust. 1 pzp, aktualny na dzień jego złożenia jest prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami. Dokumenty potwierdzające posiadanie ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności wykonawcy nie zostały w żaden sposób wyróżnione w obowiązujących przepisach ustawy lub 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) co do sposobu ich składania i aktualności. Analiza przepisów ustawy wskazuje, iż w obecnym stanie prawnym Zamawiający nie ma podstawy prawnej do wezwania do złożenia dokumentów podmiotowych aktualnych na dzień składania ofert, co wynika z treści art. 274 ust. 1 -3 pzp:

1. *Zamawiający zwywa 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.*

2. *Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania ofert podlegających negocjacjom lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień ich złożenia.*

3. *Jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub*

*niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia.*

IV. Na uwagę zasługuje również fakt, iż w przypadku braku odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z art. 274 ust. 1 – 3 zamawiający ma obowiązek wystosowania kolejnego wezwania do złożenia dokumentów, jednak ponownie – wykonawca ma obowiązek złożenia dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia a nie na dzień składania ofert - art. 128 ust. 2 pzp:

Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia. W związku z brakiem podstawy prawnej do wezwania do dokumentów podmiotowych aktualnych na dzień składania ofert, jedyną dopuszczalną drogą było wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w tym przedmiocie. W związku ze złożonymi przez wykonawcę oświadczeniami oraz brakiem prawnej możliwości wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień składania ofert Zamawiający dokonał wyboru oferty zgodnie z przepisami ustawy pzp. Jak wskazuje się w doktrynie: „Aktualność podmiotowych środków dowodowych dotyczy daty przyszłej w stosunku do żądania ich złożenia. Niedopuszczalne jest żądanie aktualności dokumentów na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert”. (...) Ponieważ dokumenty potwierdzające posiadanie ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności na sumę wskazaną przez zamawiającego zostały przez ustawodawcę zakwalifikowane do katalogu podmiotowych środków dowodowych i ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie regulacji nakazujących inny sposób badania tych dokumentów niż np. w przypadku dokumentu informacji o rocznych przychodach czy informacji o niekaralności, zamawiający jest zobligowany do podjęcia działań w ramach wyznaczonych przez przepisy rangi ustawowej. W ocenie zamawiającego wezwanie wykonawcy do przedłożenia podmiotowego środka dowodowego aktualnego na dzień składania ofert, bez podstawy prawnej do takiego działania, mogłoby skutkować zarzutem naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 274 ust. 1 pzp.

V. Działanie w ramach i granicach określonych przez przepisy prawa nie może zostać uznane za naruszenie zasady wskazanej w art. 16 pkt 1 pzp. Złożenie dokumentów podmiotowych aktualnych na dzień ich złożenia nie oznacza, iż w terminie składania oferty wykonawca może nie spełniać warunku udziału, czy też podlegać wykluczeniu. Zamawiający jest jednak związany w swoich działaniach granicami wyznaczonymi przez przepisy prawa i wobec braku podstawy prawnej umożliwiającej wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych aktualnych na dzień składania ofert, nie ma możliwości weryfikacji spełnienia warunków udziału na ten dzień w sposób inny niż oświadczenie w spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Dotyczy to wszystkich dokumentów podmiotowych. Tak jak nie ma podstawy prawnej do wezwania do złożenia np. informacji z KRK aktualnej na dzień składania ofert czy też potwierdzającej, że w dniu składania ofert wykonawca nie figurował w rejestrze, tak samo nie ma takiej podstawy w odniesieniu do dokumentów potwierdzających posiadanie ubezpieczenia OC przez wykonawcę. Jeżeli wykonawca przedkłada oświadczenie o spełnianiu warunków udziału, podczas gdy w istocie ich nie spełnia, naraża się na odpowiedzialność z art. 297 Kodeksu karnego, jednak zamawiający nie ma prawnych możliwości weryfikacji prawdziwości złożonego oświadczenia poza wskazanymi w ustawie pzp – tj. zażądania wyjaśnień co do treści złożonych dokumentów i oświadczeń. Z takiej możliwości zamawiający skorzystał, a wybrany wykonawca potwierdził, że posiadał polisę OC na dzień składania ofert.

VI. Na uwagę zasługuje fakt, iż przytoczone przez Odwołującego orzeczenia KIO o sygnaturach 1551/19 i 3221/21 dotyczą innego stanu faktycznego. W przedmiotowych sprawach wykonawcy nie przedłożyli polisy OC wystawionych po terminie składania ofert a aneksy do polis OC zwiększające kwotę ubezpieczenia. Zatem w stanie faktycznym z cytowanych orzeczeń zamawiający był w posiadaniu dokumentu potwierdzającego brak spełnienia warunków udziału w terminie składania ofert, który złożył mu sam wykonawca w odpowiedzi na prawidłowo wystosowane wezwanie. Cytowane orzeczenia nie mogą stanowić odniesienia w realiach sprawy co do wyboru oferty złożonej przez wykonawcę SPEC-RYS R. Z.

VII. Na podkreślenie zasługuje fakt, iż w złożonym odwołaniu Odwołujący nie kwestionuje naruszenia art. 274 ust. 1 pzp czy też 128 ust. 1 pzp zatem uznał wszystkie działania Zamawiającego związane z wzywaniem do złożenia dokumentów podmiotowych jako prawidłowe i zgodne z pzp. Odwołujący nie wskazał na czym miałyby polegać zaniechanie Zamawiającego w przedmiocie żądania dokumentów podmiotowych od wykonawcy, czy też który przepis ustawy został naruszony poprzez brak wezwania do dokumentów aktualnych na dzień składania ofert. Ponieważ Odwołujący nie kwestionuje czynności wezwania do dokumentów czy też zaniechań w tym zakresie, odwołanie dotyczy jedynie oceny złożonych dokumentów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 274 ust. 1 pzp są aktualne na dzień ich złożenia a w konsekwencji nie wystąpiła przesłanka odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) pzp. Odwołujący nie kwestionuje również prawdziwości złożonego wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp zatem należy uznać, że zgadza się z jego treścią.

VIII. Mając na uwadze powyższe, zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy pzp, po zastosowaniu procedury przewidzianej przepisami prawa. Działanie w granicach wyznaczonych przepisami prawa nie może być uznane za naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji, a jest przejawem ich przestrzegania. Dokumenty podmiotowe złożone w odpowiedzi na wezwanie są aktualne na dzień ich złożenia zgodnie z art. 274 ust. 1 pzp, stąd ich złożenie nie może być podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Podnosząc zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, a także naruszenie zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp z uwagi na wybór oferty wykonawcy SPEC RYS R. Z. jako najkorzystniejszej Odwołujący stwierdził, że wykonawca ten (SPEC RYS R. Z.) nie spełnia, zgodnie z treścią jego oferty, warunków udziału w postępowaniu określonego w części VII pkt 2 ppkt 3 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Wskazując z kolei na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp stwierdził, że Zamawiający z naruszeniem przepisu zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na nie spełnianie wskazanego warunku SWZ.

Izba uznała, że w stanie faktycznym tej sprawy zarzuty nie podlegają uwzględnieniu. Dokonując analizy dokumentacji – także w zakresie wnioskowanym przez Odwołującego ustaliła, co następuje:

W części VII SWZ – w zakresie warunków udziału w postępowaniu- podano:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale VIII SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym: Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.

2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają:

- ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł (...).

4)zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykáže, że:

a) (...) wykonał należycie co najmniej jedno świadczenie polegające na budowie sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej o długości minimum 2000 m;

b) dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

– kierownika robót (kierownika budowy) – (...)

(...)

6.Zamawiający może na każdym etapie postępowania, uznać, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez Wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia."

W części IX SWZ – w zakresie podmiotowych środków dowodowych – wymienioną, Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia", a mianowicie wskazano:

„1. Do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ;

2. Informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w pkt 1 stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

3. Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia.

4. Podmiotowymi środkami dowodowymi, o których mowa w pkt. 3 są:

1) Dokumenty i oświadczenia, które Wykonawca składa w postępowaniu w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia:

a) Oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), z innym Wykonawcą(...) – załącznik nr 3 do SWZ;

b) Odpis lub informacja z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem(...);

2) Dokumenty i oświadczenia, które Wykonawca składa w postępowaniu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

a) Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, wraz z załączonymi dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty - załącznik nr 4 do SWZ;

b) Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego – załącznik nr 5 do SWZ;

c) Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł (...)

W części XIII m.in. (w zakresie spornym) wskazano: (...)

„4. Ofertę składa się na Formularzu Ofertowym – zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ. Do oferty należy dołączyć wszystkie wymagane w niniejszej SWZ dokumenty, w szczególności: 1) Oświadczenia, o których mowa w Rozdziale IX ust. 1 SWZ. (...)

Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SWZ oświadczenie wykonawcy obejmuje:

(...)

1. Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone szczegółowo w Specyfikacji Warunków Zamówienia, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.

.....  
(data i czytelny podpis Wykonawcy)

2. Oświadczam, że nie występują wobec mnie podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 108 ust. 1 p.z.p oraz w art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 7,8, 9, 10 p.z.p.

.....  
(data i czytelny podpis Wykonawcy)

3. Oświadczam/y, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. .... ustawy p.z.p (podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt. 1,2 5 i 6). Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy p.z.p. podjąłem następujące środki naprawcze:

.....  
\* jeżeli nie dotyczy proszę przekreślić

.....  
(data i czytelny podpis Wykonawcy)

4. Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego błąd.

.....  
(data i czytelny podpis Wykonawcy)

Z kolei w Formularzu ofertowym:

- wg pkt 3 wykonawcy składali oświadczenia:

**1.,, Oświadczenie dotyczące postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ):**

a) Oświadczam, że zapoznałem się z treścią SWZ, nie wnoszę do niej żadnych zastrzeżeń oraz uzyskałem niezbędne informacje do prawidłowego przygotowania oferty;

b) Oświadczam, że uważam się za związanego ofertą przez czas wskazany w SWZ;

c) Oświadczam, że załączony do SWZ wzór umowy został przeze mnie zaakceptowany bez zastrzeżeń i zobowiązuję się w przypadku wyboru mojej oferty do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego;

d) Oświadczam, że w cenie oferty ryczałtowej zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia;

e) Oferowany przez nas przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w specyfikacji warunków zamówienia;

f) Zobowiązuję się do wykonania zamówienia w terminie oraz w sposób zgodny z warunkami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia oraz w załącznikach do niej.

- wg pkt 9 wykonawcy podawali:

(...)

9. Załącznikami do niniejszej oferty, stanowiącymi jej integralną część są następujące oświadczenia i dokumenty:

a) Oświadczenia Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zał. nr 2 do SWZ;

b) Harmonogram rzeczowo-finansowy.

c) Kosztorys ofertowy.

d) .....

Wykonawca SPEC RYŚ R. Z. przedłożył formularz oferty według wzoru, załączył wymagane formularze, w tym oświadczenie wg zał. nr 2 do SWZ a w punkcie 9 Formularza oferty dodatkowo wymienił podlit. d), e), f) i g): Oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej, Wykaz robót, Wykaz osób wraz z uprawnieniami i Referencje.

Zamawiający skierował do wykonawcy SPEC RYŚ R. Z. następujące wezwania:

- z dnia 15.03.2023 r. w którym w punkcie 1 z terminem zakreślonym na dzień 21/03/23 podał:

1. Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...) wzywam do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, tj.: Dokumenty i oświadczenia, które Wykonawca składa w postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu: - Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych)."

W ostatnim akapicie podano: „W przypadku gdy dokumenty nie zostaną złożone w wymaganym terminie, będą niekompletne, będą zawierały błędy lub budziły wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, Państwa oferta po uprzednim wezwaniu do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień podlegać będzie odrzuceniu”.

- z dnia 14.04.2023 r. w zakresie spornym z terminem zakreślonym do dnia 20/04/23 podał:

„Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...) wzywam do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, tj.:

(...)

- ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych).

(...)

W przypadku gdy dokumenty nie zostaną złożone w wymaganym terminie, będą niekompletne, będą zawierały błędy lub budziły wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, Państwa oferta po uprzednim wezwaniu do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień podlegać będzie odrzuceniu”.

- z dnia 16.05.2023 z terminem zakreślonym do dnia 22/05/23 podał:

„Na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...) wzywam do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z zapisami SWZ dotyczącymi postępowania pn. „Rozbudowa sieci wod - kan w miejscowości Laskowice” o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, m. in. posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych). W dniu 19.04.2023 r. Zamawiający otrzymał drogą elektroniczną Od Pana uzupełnione podmiotowe środki dowodowe — w tym skan polis ubezpieczenia Od odpowiedzialności Cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na Sumę gwarancyjną w wysokości 3 000 000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych). Okres ubezpieczenia powyższych polis obowiązuje Od 01.04.2023 r. do 31.12.2023 r.

Zamawiający wzywa o złożenie wyjaśnień Czy w dniu składania oferty tj. 10.03.2023 r. do niniejszego postępowania pn. „Rozbudowa sieci wod — kan w miejscowości Laskowice” firma SPEC-RYŚ R. Z. spełniała warunki udziału w postępowaniu szczegółowo określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. (...) W przypadku gdy wyjaśnienia nie zostaną złożone w wymaganym terminie, będą niekompletne, będą zawierały błędy lub budziły wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, Państwa oferta podlegać będzie odrzuceniu”.

Wezwany wykonawca w odpowiedzi na wezwania podał:

✓ w piśmie z dnia 17/03/23: (...) oświadczam iż firma SPEC-RYŚ R. Z., Ciemniki 19, 86-131 Jeżewo, posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, jednak wpisane są w nią wszelkie zadania realizowane przez firmę. W przypadku, kiedy moja oferta zostanie wybrana najkorzystniejszą, przedstawię stosowne ubezpieczenie niezwłocznie po zaistnieniu takiego faktu.”

✓ w piśmie (mail) z dnia 18.04.2023 poinformował o przekazaniu ubezpieczenia wymieniając także w przekazanych (pdf) załączniku;

✓ w piśmie z dnia 20/05/23: „W odpowiedzi na wezwanie z dnia 16.05.2023r. w sprawie złożenia wyjaśnień dotyczących ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności wyjaśniam, iż zgodnie ze złożonym w dniu 05.03.2023r. oświadczeniem o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, posiadałem na dzień złożenia oferty wymagane ubezpieczenie”.

Izba zwraca także uwagę na wezwanie z dnia 21/04/23 w którym Zamawiający wskazał na art. 252 ust.2 ustawy Pzp i wezwał wykonawcę SPEC-RYŚ do (...) do wyrażenia pisemnej zgody na wybór Pana oferty jako najkorzystniejszej w celu zawarcia umowy na realizację powyższej inwestycji.(...) W wyznaczonym terminie (do dnia 25.04.2023 r.) wykonawca złożył oświadczenie, że wyraża zgodę na wybór jego oferty na wykonanie zamówienia w celu zawarcia umowy na realizację przedmiotowej inwestycji.

Zgodnie z powołanym w odwołaniu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp:

„226. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) została złożona przez wykonawcę: (...) b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (...)

Mając na uwadze powyższe ustalenia nie można uznać, że w tej sprawie zachodzą wobec wykonawcy SPEC-RYŚ R. Z. okoliczności wymienione tym przepisem. Z postanowień SWZ i jej załączników wskazanych powyżej nie wynika bowiem, aby wykonawcy przystępując do tego postępowaniu składali wraz z ofertą oświadczenia, że na dzień składania posiadają „ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł (...). Zgodnie ze wskazanym pkt 3 wezwanie o złożenie takiego dokumentu w związku z jego pkt 4. Miało być skierowane do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Oświadczenie jakie wykonawca składał wraz z ofertą jak i oświadczenia wg pkt 4 Formularza nie dotyczyły wymaganego ubezpieczenia.

Izba zwraca uwagę, że wzywany wykonawca stosował się do treści wezwania korzystając z pouczeń jakie były zawarte w ich treści. Izba jednocześnie, mając na uwadze reguły wyznaczone art. 555 ustawy Pzp, nie dokonywała oceny treści tych wezwań. Zgodnie ze wskazanym przepisem: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”. Zarzuty co do treści wezwań nie były podnoszone w odwołaniu. Izba także nie odnosiła się do oceny oferty wykonawcy Hydrokom – Świecie”, albowiem wynik oceny tej oferty nie był także przedmiotem zarzutu w tym odwołaniu.

Izba ponownie zwraca uwagę, że w przypadku tego postępowania SWZ i jej załączniki nie wymagały składania oświadczenia wraz z ofertą o posiadanym na dzień składania ofert ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 3 mln

zł. Z treści wskazanych postanowień wynika, że to ubezpieczenie i dokument na jego potwierdzenie - jako środek podmiotowy – wymagany był od wykonawcy którego oferta została najwyższej oceniona. Ten podmiotowy środek dowodowy wg SWZ miał być aktualny na dzień jego złożenia. Polisa z datą wystawienia 1 kwietnia 2023 r. z okresem ubezpieczenia od 18/04/23 złożona w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14/04/23 potwierdzała wymagane ubezpieczenie według postanowień przedmiotowej Specyfikacji.

Iżba natomiast - wobec twierdzeń Zamawiającego, że przepisy ustawy Pzp nie pozwalają na weryfikację prawdziwości składanego oświadczenia na marginesie - zwraca uwagę, że w przypadku innej treści postanowienia SWZ i wymaganego złożenia przez wykonawców oświadczenia o posiadanym ubezpieczeniu na dzień składania ofert – Zamawiający nie mógłby się uchylić (pomimo jego twierdzeń w toku rozprawy) od zweryfikowania takiego oświadczenia, co do jego prawdziwości wraz z żądaniem od wykonawcy wyjaśnień oraz przedłożenia dowodów (przykładowo podania nazwy firmy ubezpieczyciela) na podstawie art. 128 ust.4 Pzp, czy też skorzystanie z uprawnienia wynikającego z art. 128 ust.5 ustawy Pzp w celu potwierdzenia spełnienia wymagania przez wykonawcę.

Pierwszy z przepisów pozwala Zamawiającemu żądać od wykonawców (...) *wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu*". Drugi z kolei stanowi: *„Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów”*.

Należy w tym przypadku zwrócić uwagę, że dotyczyłoby to warunku udziału w postępowaniu, a złożenie nieprawdziwego oświadczenia powoduje, tak jak stanowi art. 109 ust.1 pkt 8 Pzp wykluczenie wykonawcy z postępowania: 8) *który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, (...) spełnia warunki udziału w postępowaniu (...), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; (...)*

Mając powyższe na uwadze nie podlega także uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp a także zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp podnoszone w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty wykonawcy SPEC-RYŚ R. Z.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 3 oraz ust.4 i ust.5 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).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....