

Sygn. akt XXIII Ga 302/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 czerwca 2019 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Monika Skalska (spr.)
Sędziowie:	SO Renata Puchalska SO Paweł Kieta
Protokolant:	Sekr. sądowy Mariusz Bajstok

po rozpoznaniu na rozprawie
w dniu 17 czerwca 2019 r. w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego: **Skarbu Państwa - Sądu Rejonowego w Piasecznie**

wykonawcy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W.

ze skargi zamawiającego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO (...)

1. oddala skargę;
2. zasadza od Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego w Piasecznie na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W. 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

SSO Renata Puchalska SSO Monika Skalska SSO Paweł Kieta

Sygn. akt XXIII Ga 302/19

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Piasecznie zwany dalej „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Wykonywanie usług sprzątnania i utrzymywania czystości w obiektach mieszczących komórki organizacyjne Sądu Rejonowego w Piasecznie (znak postępowania nr(...)). Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 grudnia 2018 r. pod numerem (...). Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

W dniu 22 stycznia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wniósł wykonawca (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W.. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami Pzp;
2. art. 24 ust 1 pkt 12 oraz 24 ust. 4 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania oraz bezpodstawne odrzucenie złożonej przez niego oferty, mimo że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał należycie co najmniej 3 usługi sprzątania obiektów o powierzchni co najmniej 2.500 m² każdy;
3. art. 91 ust 1 Pzp poprzez nieuzasadniony i bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę - A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą (...) A. S. z siedzibą w W., zwanego dalej: „przystępującym”;

ponadto z ostrożności procesowej odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

4. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania polegające na niewzwaniu odwołującego do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie - w zakresie poświadczającym, że ww. wykonawca zrealizował lub realizuje należycie co najmniej 3 (trzy) usługi sprzątania obiektów o powierzchni co najmniej 2.500 m² każdy.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego;
- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz uznania jego oferty za odrzuconą;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, niepodlegającej odrzuceniu oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów, złożonej przez wykonawcę niewykluczonego z udziału w postępowaniu tj. oferty odwołującego;

ewentualnie, z ostrożności procesowej:

- nakazanie zamawiającemu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp odwołującego do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie - w zakresie poświadczającym, że odwołujący zrealizował lub realizuje należycie usługi wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej: „SIWZ”.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania, odwołujący wyjaśnił, że ma interes w złożeniu odwołania, gdyż jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a ponadto, w razie uwzględnienia odwołania, jego oferta w postępowaniu jako przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oraz niepodlegająca odrzuceniu i złożona przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu będzie ofertą najkorzystniejszą.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 1 lutego 2019 r. zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, w której wniósł o oddalenie odwołania, podając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy zgłosił przystąpienie wykonawca - A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą (...) A. S. z siedzibą w W., który już piśmie o zgłoszeniu przystąpienia przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska i wniósł o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z 4 lutego 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1. uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu (1.1.) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, (1.2.) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, w tym uznania jego oferty za odrzuconą, (1.3.) powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem wobec odwołującego art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), (1.4.) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu. W pkt 2. kosztami postępowania obciążyła zamawiającego - Sąd Rejonowy w Piasecznie i (2.1.) zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł uiszczoną przez wykonawcę - (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. tytułem wpisu od odwołania, (2.2.) zasądziła od zamawiającego - Sądu Rejonowego w Piasecznie na rzecz wykonawcy (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. kwotę 11.701 zł 77 gr, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania, ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp. Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestnika wykonawcę - A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą (...) A. S. z siedzibą w W.. Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w wersji elektronicznej zapisanej na płycie CD w dniu 30 stycznia 2019 r., w tym w szczególności z treści: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej nadal „SIWZ”), pisma z dnia 4 kwietnia 2018 r. Uniwersytetu (...) im. P. we W. stanowiącego „referencje” złożone przez odwołującego oraz pismo z dnia 10 stycznia 2019 r., stanowiące informację w sprawie wykluczenia oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, a także dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie tj. pismo zamawiającego z dnia 22 stycznia 2019 r. skierowane do Uniwersytetu (...) im. P. we W. i pismo z dnia 23 stycznia 2019 r. stanowiące odpowiedź ww. podmiotu oraz złożone na rozprawie przez przystępującego pismo z dnia 28 stycznia 2019 r. skierowane do niego z Uniwersytetu (...) im. P. we W..

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający w rozdziale X ust. 3 pkt 3 SIWZ postawił następujący warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub należycie wykonuje, co najmniej 3 usługi sprzątnięcia obiektów o powierzchni co najmniej 2500 m² każdy. Ponadto zgodnie z rozdziałem XI ust. 6 pkt 1 lit. a) SIWZ zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, może w określonym tam terminie wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać

tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wzór wykazu stanowił Załącznik nr 4 do SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 19 grudnia 2018 r. na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp wezwał odwołującego m. in. do złożenia ww. dokumentów. W odpowiedzi na to odwołujący pismem z dnia 20 grudnia 2018 r. złożył stosowne - w jego ocenie - dokumenty, w tym także na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale X ust. 3 pkt 3) SIWZ, list referencyjny z dnia 4 kwietnia 2018 r. wystawiony przez (...) im. P. we W., który dotyczył umowy nr (...) z dnia 22 lutego 2015 r. obowiązującej od dnia 22 lutego 2015 r. do 21 lutego 2018 r. Następnie zamawiający pismem z dnia 10 stycznia 2019 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania. W piśmie tym znalazła się też informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu. W piśmie tym zamawiający poinformował, że wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp i zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. W uzasadnieniu faktycznym stwierdził, że złożona przez Wykonawcę dokumentacja nie potwierdziła, że wszystkie trzy usługi wykonywane na innych obiektach są realizowane w sposób należyty. Wykonawca przedstawił trzy poświadczenia wykonywanych usług. Z przedstawionych referencji w ocenie Zamawiającego tylko dwie zawierały potwierdzenie prawidłowej (należytej) realizacji umowy. Dlatego Zamawiający zgodnie z art. 24.1 (12) pzp wykluczył Wykonawcę i tym samym na podstawie art. 24 ust. 4 pzp Zamawiający uznał ofertę Wykonawcy za odrzuconą.

W ramach rozważań prawnych Izba wskazała, że dokument z dnia 4 kwietnia 2018 r. określony jako list referencyjny, wystawiony przez (...) Medyczny im. P. we W. złożony przez odwołującego na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wskazywał, że odwołujący wykonywał prace wskazane w tym dokumencie, natomiast nie potwierdzał, że zostały one wykonane należyście, tak jak wymagał tego zamawiający. Ponadto z dokumentu dołączonego przez odwołującego się, tj. pisma Uniwersytetu (...) im. P. we W. z dnia 23 stycznia 2019 r. dotyczącego realizacji umowy nr (...) z dnia 22 lutego 2015 r., jak i pisma Uniwersytetu (...) im. P. we W. z dnia 28 stycznia 2019 r. wynika, że w okresie obowiązywania umowy nr (...) wystawca tego dokumentu naliczył odwołującemu kary umowne. Wobec czego, w ocenie Izby zebrany materiał dowodowy potwierdza w sposób niepodważalny, że podana przez odwołującego usługa wykonywana na rzecz Uniwersytetu (...) im. P. we W. nie została wykonana należyście. Tym samym Izba stwierdziła, że odwołujący nie spełnił postawionego w rozdziale X ust. 3 pkt 3 SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, ponieważ nie wykazał się należytych wykonaniem trzech usług.

Niemniej w przedmiotowym stanie sprawy ustalenie poczynione przez zamawiającego nie mogło zdaniem Izby skutkować automatycznym wykluczeniem odwołującego z postępowania. Zamawiający powinien mieć na uwadze w przedmiotowej sprawie dyspozycje zawartą w art. 26 ust. 3 Pzp. Zatem w ocenie Izby, zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy do złożenia brakujących oświadczeń lub dokumentów, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów i oświadczeń złożonych fizycznie, lecz nieodpowiadających wymaganiom określonym przez zamawiającego zarówno co do treści, jak i formy, udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, co do których zamawiający powziął wątpliwości.. Dokonanie wezwania do uzupełnienia jest bowiem obowiązkiem wykonawcy, od wykonania którego może on odstąpić jedynie w dwóch przypadkach. Po pierwsze, kiedy już takiego wezwania dokonał, a uzupełnione oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż czynności tak co do zasady może być wykonana tylko raz. Po drugie, gdy mimo uzupełnienia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu lub postępowanie podlegałoby unieważnieniu. Natomiast w informacji o wykluczeniu wykonawcy oraz wyborze najkorzystniejszej oferty opublikowanej w dniu 17 stycznia 2019 r. oraz w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą, zamawiający nie wskazał innych podstaw wykluczenia odwołującego, ani innych podstaw odrzucenia jego oferty określonych w art. 89 Pzp, a także żadna ze stron ani uczestnik postępowania nie sygnalizowali konieczności unieważnienia postępowania na podstawie jednej z przesłanek określonych w art. 93 Pzp, zatem w ocenie Izby nie ma przeszkód do zastosowania przez zamawiającego wobec odwołującego art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba nie uwzględniła argumentacji zamawiającego podanej na rozprawie i wskazała, że zamawiający przy prowadzeniu procedury przetargowej powinien kierować się przede wszystkim przepisami Pzp i zawartymi w niej zasadami, szczególnie określonymi w art. 7 ust. 1 Pzp zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nie względami ekonomiki i szybkości prowadzenia procedury przetargowej, a także że odwołujący nie miał obowiązku podać więcej usług w wykazie usług i złożyć odpowiednią liczbę referencji na ich poświadczenie.

W związku z powyższym Izba uznała, że zamawiający w przedmiotowej sprawie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, ponieważ przedwcześnie wykluczył odwołującego z postępowania oraz art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ nie zastosował go w przedmiotowej sprawie w stosunku do odwołującego do czego - w ocenie Izby - był zobowiązany. Natomiast co do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, w ocenie Izby zarzuty te znalazły potwierdzenie w związku ze stwierdzonymi naruszeniami art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 138,41 zł z tytułu wartości podatku VAT w wysokości 23% od rozliczenia kosztów dojazdu ujętych na fakturze złożonej przez pełnomocnika odwołującego, gdyż nie wykazał on, że w zakresie działalności gospodarczej prowadzonej przez pełnomocnika mieści się usługa transportowa i w tym stanie rzeczy powyższe koszty Izba uznała za nieuzasadnione.

Skargę na powyższe orzeczenie złożył Zamawiający, zaskarżając wskazany wyrok w całości. Skarżący wniósł o zmianę wyroku KIO z dnia 04.02.2019 r. wydanego pod sygn. KIO (...) w całości poprzez oddalenie odwołania wniesionego w dniu 22 stycznia 2019 r. przez Przeciwnika Skargi (odwołującego), tj. wykonawcę Impel (...). z o.o. z siedzibą we W. w całości i zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym przed KIO poniesionych przez Skarżącego, a także zasądzenie kosztów postępowania skargowego według norm przepisanych. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy tj.:

1) art. 192 ust. 2 p.z.p. poprzez uwzględnienie odwołania, mimo że ewentualne naruszenie przepisów przez Zamawiającego nie miało żadnego wpływu i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,

2) obrazę przepisu art. 233 §1 k.p.c. poprzez sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego uznanie, że pomimo posiadania pełnej wiedzy przez Skarżącego o niewłaściwym wykonaniu przez Przeciwnika Skargi (Odwołującego) zobowiązania na rzecz (...) we W. (co zostało udowodnione w niniejszej sprawie przed KIO i co w konsekwencji zawsze skutkuje koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania, w tym przypadku wykluczeniem - (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. oraz uznaniem jego oferty za odrzuconą), Skarżący winien na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, wezwać go do przedłożenia referencji w celu wykazania, że ten właściwie wykonywał umowę zawartą z (...) we W.,

3) orzekanie co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, tj. naruszenie art. 192 ust. 7 pzp, poprzez stwierdzenie, że doszło do naruszenia przez Skarżącego art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, który wykluczył Przeciwnika skargi przed wezwaniem go w trybie art. 26 ust. 3 pzp, podczas gdy Przeciwnik Skargi podnosił naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp poprzez nieuznanie przez Skarżącego przedstawionych Referencji jako spełnienia warunku udowodnienia właściwego wykonywania umowy z (...) we W..

II. Naruszenie przepisów prawa materialnego tj.:

1) art. 26 ust. 3 pzp w zw. z art. 24 ust. 4 pzp poprzez:

- nakazanie jego zastosowania mimo istnienia przesłanek egzoneracyjnych;

- nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów poprzez wykazanie, że należycie wykonywał usługę, tym samym nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do niemożliwego;

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp w zw. z art. 24 ust. 4 pzp poprzez uznanie, braku podstaw do wykluczenia uczestnika postępowania, pomimo niespełniania przez niego wymagania sprecyzowanego w rozdziale XI ust. 6 SIWZ, zgodnie z którym wykonawcy zobowiązani byli do wykazania prawidłowo wykonanych usług;

3) art. 91 ust. 1 pzp poprzez unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo, iż nawet po wypełnieniu czynności nakazanych przez Izbę, Zamawiający spełniając przesłanki wskazane w naruszonym przepisie zobowiązany jest uznać ofertę Uczestnika/Przystępującego, tj. A. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą (...) A. S. z siedzibą w W. jako najkorzystniejszą.

4) art. 7 ust 1. pzp poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia i uznania oferty przeciwnika skargi za odrzuconą, powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a nade wszystko z pogwałceniem zasad proporcjonalności i przejrzystości.

W odpowiedzi przeciwnik skargi (odwołujący) – (...) sp. z o.o. wniósł o oddalenie skargi Skarżącego w całości jako bezzasadnej, a także zasądzenie od Skarżącego na rzecz Przeciwnika Skargi zwrotu wnioskowanych kosztów zastępstwa przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Na rozprawie w dniu 17 czerwca 2018 r. skarżący i przeciwnik skargi podtrzymali swoje stanowiska.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Wskazać na wstępie należy, iż rozpoznając skargę Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba w sposób staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie oraz w sposób wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut naruszenia art. 192 ust. 7 pzp. Skarżący wskazywał bowiem, że Izba w wyroku z 11 lutego 2019 r. orzekała co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu przez (...) sp. z o.o. Tymczasem, wbrew twierdzeniom skarżącego, przeciwnik skargi w odwołaniu podnosił naruszenie przez zamawiającego nie tylko art. 24 ust. 1 pkt. 12 pzp, ale również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp. Odwołujący wskazał, że zarzuca naruszenie tego przepisu poprzez zaniechanie jego zastosowania, polegające na niewzwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu — wiedza i doświadczenie — w zakresie poświadczającym, że w/w wykonawca zrealizował lub realizuje należycie co najmniej 3 (trzy) usługi sprzątnięcia obiektów o powierzchni co najmniej 2500 m² każdy. Powyższy zarzut został co prawda podniesiony przez odwołującego z ostrożności procesowej, jednakże został on niewątpliwie zgłoszony w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp w zw. z art. 24 ust. 4 pzp. Wskazać należy, że na podstawie art. 26 ust. 1 i 2 pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia o wartości poniżej progów UE wzywa wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp. W sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego nie przedłoży wymaganych oświadczeń lub dokumentów lub nie będzie wynikało z nich, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, wówczas zastosowanie znajdzie dyspozycja art. 26 ust. 3 pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 pzp ma charakter jednorazowy. Dopiero jednak po zastosowaniu tej procedury, jeżeli dany wykonawca nadal nie potwierdzi, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 pzp wezwie kolejnego wykonawcę, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert do przedłożenia stosownych dokumentów. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie jest zaś prawem zamawiającego, tylko jego obowiązkiem, którego nie może pominąć. Jak wskazuje się w doktrynie, jest to niewątpliwie zaleta tych przepisów, gdyż eliminuje uznaniowość i dowolność, co zapobiega naruszaniu zasady równego traktowania (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Jerzy Pieróg). Zamawiający nie może zatem wykluczyć wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu lub niewykazania braku podstaw wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp), jeżeli nie zastosował wcześniej w tym zakresie art. 26 ust. 3 pzp. Ponadto obowiązek określony w art. 26 ust. 3 pzp nie jest uzależniony od przewidywań co do tego, w jaki sposób wykonawca zareaguje na wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz czy i jakie dokumenty uzupełni. Jak wskazał m.in. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 20 kwietnia 2017 roku w sprawie o sygn. akt I SA/Gd 190/17, uregulowana w przepisie art. 26 ust. 3 pzp instytucja uzupełnienia braków oferty nie została pozostawiona dowolności zamawiającego, bowiem każdorazowo, gdy zaistnieją przesłanki do zastosowania tej instytucji, zamawiający zobligowany jest wezwać oferenta do usunięcia braków lub błędów złożonej oferty. Dopiero po zastosowaniu tej procedury, jeżeli dany wykonawca nie potwierdzi, że spełnia warunki udziału w postępowaniu o udział w zamówieniu lub nie podlega wykluczeniu, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 pzp wezwie kolejnego wykonawcę, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert do przedłożenia stosownych dokumentów. Celem instytucji uzupełnienia dokumentów jest bowiem stworzenie możliwości usunięcia braków lub uchybień w złożonych na wezwanie zamawiającego oświadczeniach i dokumentach, tak aby wykonawca faktycznie zdolny do wykonania zamówienia nie był eliminowany z postępowania jedynie ze względów formalnych, nie zaś merytorycznych. Zamawiający może jednak zwolnić się z powyższego obowiązku jedynie w wypadku, gdy mimo złożenia, uzupełnienia lub poprawienia wymaganych dokumentów lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Tym samym, w niniejszej sprawie, zamawiający ze względu na powyższe zobligowany był w sytuacji niezłożenia przez oferenta wszystkich wymaganych dokumentów, w szczególności tych wykazujących spełnienie przez niego wymagań określonych w SIWZ, do zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp. Natomiast bez znaczenia są podnoszone w tym zakresie twierdzenia skarżącego, że wzywałby wykonawcę do niemożliwego. Natomiast odnosząc się do przesłanek egzoneracyjnych powyższego obowiązku, wskazać należy, jak słusznie podniosła KIO w skarżonym wyroku, w informacji o wykluczeniu wykonawcy oraz wyborze najkorzystniejszej oferty opublikowanej w dniu 17 stycznia 2019 roku oraz w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą, zamawiający nie wskazał innych podstaw wykluczenia odwołującego, ani innych podstaw odrzucenia jego oferty określonych w art. 89 pzp, a także żadna ze stron ani uczestnik postępowania nie sygnalizowali konieczności unieważnienia postępowania na podstawie jednej z przesłanek określonych w art. 93 pzp. Tylko zaś w takich sytuacjach zamawiający byłby zwolniony z obowiązku wezwania odwołującego (przeciwnika skargi) do uzupełnienia braków na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Sam fakt posiadania przez zamawiającego wiedzy o niewłaściwym wykonaniu przez odwołującego zobowiązania na rzecz jednego z podmiotów,

których referencje zostały przedstawione, nie zwalnia zaś zamawiającego z niezastosowania obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 pzp, w szczególności w sytuacji, gdy wezwanie do uzupełnienia dokumentacji nie dotyczy ponownego złożenia tych samych nieprawidłowych referencji. Jak już zostało bowiem wskazane powyżej, zamawiający bez względu na to jakie dokumenty zostałyby złożone przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie, w przypadku braku wystąpienia przesłanek egzoneracyjnych, jest zobligowany do zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp. Z tego też względu, w ocenie Sądu Okręgowego, niezasadnym okazał się także zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.

Nie można zgodzić również się z zarzutem naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 192 ust. 2 pzp. Jak słusznie bowiem wskazała KIO w zaskarżonym wyroku naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 pzp w niniejszej sprawie, jak również art. 24 ust. 1 pkt. 12 pzp przedwcześnie wykluczającego odwołującego z postępowania miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jak już wskazywano powyżej przepis art. 26 ust. 3 pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od powyższego obowiązku jedynie w określonych w przepisie przypadkach. Zatem, co należy ponownie podkreślić, przed wykluczeniem odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., zamawiający powinien zastosować się do procedury z art. 26 ust. 3 pzp. Tymczasem, jak wynika z akt sprawy bezspornym jest, że przeciwnik skargi (odwołujący) nie przedstawił oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. trzech (3) należycie wykonanych lub wykonywanych usług sprzątnia obiektów o powierzchni co najmniej 2.500 m⁽²⁾ każdy. Przeciwnik skargi przedstawił jedynie dwie takie usługi. Wobec czego, zamawiający był zobowiązany do wezwania przeciwnika skargi do uzupełnienia referencji. Zaś zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dot. ww. wezwania skarżący został zobowiązany do „powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem wobec odwołującego art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.)”. Izba nie wskazała przy tym czy wezwanie do uzupełnienia dokumentacji ma dotyczyć stricte przedłożonej uprzednio referencji tj. referencji od Uniwersytetu (...) im. P. we W. czy też referencji lub innego oświadczenia lub dokumentu, który przeciwnik skargi powinien uzupełnić. Tymczasem, jak wskazuje w swym orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza (np. wyrok z 21.6.2013 r., sygn. akt KIO(...), Legalis), za „niezłożone” z art. 26 ust. 3 pzp uznaje się nie tylko takie dokumenty, których w ogóle nie załączono do oferty, ale i takie, w oparciu, o które nie sposób ustalić faktu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zatem, skoro procedurę sanacyjną z art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych uruchamia się w przypadku, gdy wykonawca w ogóle nie składa wymaganych dokumentów, to tym bardziej należy ją zastosować wobec wykonawcy, który starał się wykazać spełnienie warunku składając dokumenty niedoskonałe (zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, J. P.). Wobec czego, w ocenie Sądu, przedłożenie w odpowiedzi przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, mieści się w dyspozycji art. 26 ust. 3 pzp oraz jest zasadne i celowe.

Wykonanie przez przeciwnika skargi wezwania z art. 26 ust. 3 pzp, pozwoli na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji uzyskanie zamówienia publicznego. W związku z powyższym, w nawiązaniu do zarzutu skargi, niewezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 pzp i umożliwienia przedstawienia stosownych dokumentów wykazujących jego referencje będzie skutkowało jego nieuzasadnionym, przedwczesnym wykluczeniem z postępowania i utratą możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne, w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą, co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych wyrażonymi w art. 7 ustawy, tj. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania. Reasumując, wypełnienie przez zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 pzp w sposób oczywisty będzie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z tego powodu bezzasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp w zw. z art. 24 ust. 4 pzp. Skoro bowiem, jak słusznie wskazała Izba, zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 pzp, to wykluczenie odwołującego z postępowania było przedwczesne. Odwołujący, jak wskazano powyżej, ma możliwość z odpowiedzi na wezwanie przedstawienia referencji, które będą spełniały wymagania sprecyzowane w rozdziale XI ust. 6 SIWZ, a tym samym nie będą istniały przesłanki wykluczenia odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreślić bowiem należy, że zamawiający nie wskazał innych podstaw wykluczenia odwołującego.

Wobec powyższego, bezpodstawne i nieuzasadnione są także twierdzenia skarżącego, że w wykonaniu czynności nakazanych przez KIO zmuszony będzie po raz drugi wykluczyć przeciwnika skargi z postępowania i odrzucić złożoną przez niego ofertę na podst. art. 24 ust. 4 pzp, tj. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 pzp. W wyniku wykonania wezwania z art. 26 ust. 3 pzp, odwołujący może przedstawić odpowiednie dokumenty, które będą spełniały wymagania wskazane przez zamawiającego w SIWZ, zaś wobec braku innych podstaw wykluczenia (...) sp. z o.o., konieczna będzie ponowna analiza ofert zgłoszonych w postępowaniu. W konsekwencji w ocenie Sądu Okręgowego, niewykluczony jest wybór innej niż przystępującego, tj. A. S. prowadzącej działalność gospodarczą (...) A. S. w W., oferty przez zamawiającego jako najkorzystniejszej. Odmienne twierdzenia zamawiającego nie zasługiwały na uwzględnienie, bowiem nie wykazał on, aby przeciwnik skargi nie spełniał kryteriów uznania jego oferty za najbardziej korzystną w świetle przepisu art. 91 ust. 1 pzp.

W ocenie Sądu Okręgowego, w przedmiotowej sprawie nie doszło także do naruszenia art. 7 ust. 1 pzp. W istocie zapewnienie uczciwej konkurencji i przestrzeganie pozostałych zasad jest obowiązkiem zamawiającego na każdym etapie postępowania. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający w celu zapewnienia uczciwej konkurencji zobowiązany jest m.in. do wyjaśnienia treści oferty (jeśli poweźmie co do niej wątpliwości – art. 87 ust. 1 pzp), poprawienia omyłek, określonych w art. 87 ust. 2 pzp, a także zweryfikowania, czy występują podstawy do odrzucenia oferty. Jak wskazała także KIO (wyrok z 30.5.2016 r., KIO (...), Legalis), przejawem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest dążenie do utrzymania konkurencyjności postępowania, przez podejmowanie działań zmierzających do usunięcia z ofert lub wniosków niektórych niedokładności czy błędów, które w ocenie ustawodawcy nie mają istotnego znaczenia dla wyboru oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca określił takie dopuszczalne zmiany w ofertach wykonawców przez wprowadzenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy jak i art. 87 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych. Wykonawcy zatem składając oferty w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że zamawiający będzie realizował swoje obowiązki ustawowe. Natomiast, w ocenie Sądu Okręgowego, taką równowagę wraz z zobowiązaniem do respektowania zasad postępowania o udzielenie zamówienia przywraca wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu. Zaś to w istocie zaniechanie skarżącego w zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów z art. 26 ust. 3 pzp oraz przedwczesne wykluczenie przeciwnika skargi na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 pzp należy uznać za sprzeczne z zasadami wyrażonymi w art. 7 pzp, tj. zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Mając to na uwadze należało uznać, że zarzuty skarżącego są tu wyłącznie polemiczne i opierają się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należyście ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie. W odniesieniu do pozostałych zarzutów skargi podnieść należy, iż KIO wszechstronnie i należyście przeanalizowała materiał dowodowy zgromadzony w sprawie i odniosła się szczegółowo do wszystkich przedstawionych dowodów, ponadto wyjaśniła wszelkie wątpliwości co do okoliczności sprawy.

Mając powyższe na uwadze, nie znajdując powołanych przez skarżącego naruszeń, które mogłyby stanowić podstawę do uwzględnienia skargi – Sąd Okręgowy orzekł o jej oddaleniu na podstawie art. 198f ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania skargowego, Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 ustawy Pzp i zasądził od skarżącego jako strony przegrywającej postępowanie skargowe na rzecz strony przeciwnej – przeciwnika skargi, koszty zastępstwa prawnego w wysokości 5.400 zł. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia) Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 2 pkt 7 i § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (DZ.U. 2015 r., poz. 1804 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej.

Renata Puchalska Monika Skalska Paweł Kieta