

WYROK

z dnia 4 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2019 r. przez wykonawcę Betonox Construction Sopot spółka akcyjna spółka komandytowa w Sopocie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Radomiu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Erekta Budownictwo Specjalistyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i K. P., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Interiors K. P., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie wszystkich zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do środków finansowych i wykazu osób.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Betonox Construction Sopot spółka akcyjna spółka komandytowa w Sopocie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Betonox Construction Sopot spółka akcyjna spółka komandytowa w Sopocie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Betonox Construction Sopot spółka akcyjna spółka komandytowa w Sopocie na rzecz zamawiającego Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Radomiu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Sygn. akt KIO 1796/19

I. Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Radomiu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dokończenie obiektu sportowego obejmującego halę sportowo-widowiskową oraz stadion piłkarski w Radomiu przy ul. Struga oraz budowa dróg służących obsłudze Radomskiego Centrum Sportu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 5 lipca 2019 r., poz. 2019/S 128-311774. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 16 września 2019 r. wykonawca Betonox Construction Sopot spółka akcyjna spółka komandytowa (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 25a ust. 1 pkt 1) Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Erekt Budownictwo Specjalistyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i K. P., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Interiors K. P. w Warszawie (dalej: Konsorcjum Erekt) oraz podmiot udostępniający zasoby - wykonawca A. Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ZAB-BUD” A. Z. złożyli aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formularzu JEDZ (dalej: A. Z.), stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca oraz podmiot udostępniający zasoby wykonawcy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu;
- 2) art. 22a ust. 2 Prawa zamówień publicznych w związku z §14 ust. 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 z późn. zm.; dalej: Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów) oraz w zw. z § 5 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych poprzez uznanie (Dz.U. z 2017 r. poz. 1320 z późn. zm.; dalej: Rozporządzenie w sprawie środków komunikacji elektronicznej), iż zobowiązanie A. Z. do udostępnienia zasobów zostało złożone w prawidłowej formie jak również poprzez uznanie, iż na dzień składania ofert Konsorcjum Erekt spełniło warunki udziału w postępowaniu w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia, powołując się na zasoby A. Z.;
- 3) art. 22a ust. 4 Prawa zamówień publicznych w związku z §9 ust. 1 pkt 1) - 4) Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez uznanie, iż Konsorcjum Erekt, przedkładając zobowiązanie A. Z. do udostępnienia zasobów wykazało, iż spełniło warunki udziału w postępowaniu w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia, powołując się na zasoby A. Z.;
- 4) a w konsekwencji powyższych naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12) Prawa zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przetargowego Konsorcjum Erekt, pomimo braku wykazania się przez ten podmiot, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnienia warunki udziału w postępowaniu oraz nieodrzućcie oferty tego wykonawcy,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Prawa zamówień publicznych w zw. art. 10a ust. 5 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 99 § 1 Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1145; dalej: Kodeks cywilny) w zw. z art. 73 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 104 Kodeksu cywilnego poprzez uznanie, iż oferta złożona przez Konsorcjum Erekt jest ważna, w sytuacji, w której została ona złożona przez podmiot nieuprawniony w

dnia składania ofert, co czyni ją nieważną z mocy prawa,

6) art. 24 ust. 1 pkt 16) Prawa zamówień publicznych w związku z § 2 ust. 1 pkt 3) Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez brak wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na zamierzone wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a polegające na posłużeniu się tymi samymi środkami finansowymi znajdującymi się na koncie bankowym w Santander Bank Polska S.A. w celu potwierdzenia wysokości posiadanych środków finansowych, a w przypadku nieuznania przez Krajową Izbę Odwoławczą przedmiotowego naruszenia zarzucam naruszenie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych oraz art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, polegające na braku wyjaśnienia wątpliwości w zakresie posiadanych środków finansowych oraz braku wezwania wykonawcy do przedłożenia jednoznacznego dokumentu potwierdzającego posiadanie określonych środków finansowych na określony dzień;

7) art. 24 ust. 1 pkt 12 i 14 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Erekt, mimo niewykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych, tj. nieprzedstawienia w terminie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pani B. W.,

8) art. 24 ust. 1 pkt 17) Prawa zamówień publicznych poprzez brak wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, które to działanie miało charakter zamierzonego działania lub lekkomyślności, a polegających na złożeniu wniosku o przedłużenie terminu do uzupełnienia w sytuacji, w której wykonawca dysponował już wszystkimi dokumentami przed datą wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na ich uzupełnienie,

9) art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Erekt do wyjaśnienia w zakresie złożonego wykazu robót.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

1) Brak złożenia prawidłowego oświadczenia w formularzu JEDZ, że wykonawca oraz podmiot udostępniający zasoby wykonawcy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający pismem z dnia 26 lipca 2019 r. wezwał Konsorcjum Erekt w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia m.in. Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia (dalej: JEDZ), dotyczących każdego z konsorcjantów. Konsorcjum w dniu 8 sierpnia 2019 r. przedłożyło JEDZ w stosunku do każdego z konsorcjantów (opatrzone datą 19.07.2019 r. i podpisane podpisem kwalifikowanym w dniu 08.08.2019 r.), wskazując dodatkowo w części II C, iż będzie polegać na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji. W związku z powyższym Konsorcjum Erekt w tym samym dniu przedłożyło również JEDZ w stosunku do A. Z. (opatrzone datą 06.08.2019 r. i podpisane podpisem kwalifikowanym w dniu 06.08.2019 r.).

Odwołujący wywodził, że Konsorcjum Erekt i A. Z., podpisując formularze JEDZ i składając stosowne oświadczenia zawarte w ich treści po dacie składania ofert, nie złożyli jakiegokolwiek oświadczenia, iż spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu z postępowania w toku trwania całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w tym w okresie po złożeniu oferty a datą podpisania tych uzupełnionych dokumentów.

Zgodnie z treścią art. 25a ust. 1 Prawa zamówień publicznych do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Powyższy przepis wprowadza w Prawie zamówień publicznych regułę wstępnego potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania kryteriów selekcji przez wykonawców, które następuje w oparciu o oświadczenie własne wykonawcy. Oświadczenie to stanowi dowód wstępny, który zastępuje

na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zaświadczenia (dokumenty) wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie.

Dalej Odwołujący podnosił, że wraz z ofertą na podstawie art. 25a ust. 3 Prawa zamówień publicznych wykonawca zobowiązany był również do przedłożenia jednolitego dokumentu w stosunku do podmiotów trzecich, o ile powołuje się na ich potencjał. Art. 25a ust. 1 Prawa zamówień publicznych z kolei stanowi, że oświadczenia dołączane do oferty winny być „aktualne na dzień składania ofert”. Jednocześnie w instytucję wstępnego potwierdzania zdolności wykonawcy wpisane jest założenie, że wstępne oświadczenia zachowywać muszą aktualność przez cały okres trwania postępowania. Wstępne oświadczenia pełnią bowiem, co do celu, podobną funkcję w postępowaniu jak środki dowodowe będące dokumentami, tj. uprawdopodobniają, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia. Oświadczenia i dokumenty muszą potwierdzać, że wykonawca jest zdolny do realizacji zamówienia. Niewystarczające jest zatem wykazanie zdolności do realizacji zamówienia tylko na konkretny dzień w postępowaniu, nie potwierdza to bowiem, choćby wstępnie, że wykonawca istotnie uprawdopodobnił okoliczność, że jest podmiotem zdolnym do realizacji zamówienia po podpisaniu umowy. „Aktualność oświadczeń własnych” winna być zatem rozumiana nie tyle jako aktualność w konkretnym punkcie na osi czasu (np. dzień składania ofert), ale jako trwający przez całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stan ciągły, którego punktem początkowym może być, np. termin składania ofert (por. opinia UZP Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji Prawa zamówień publicznych).

W ocenie Odwołującego, złożone przez wykonawcę oświadczenia własne zawarte w JEDZ oraz oświadczenie zawarte w JEDZ podmiotu trzeciego A. Z. nie potwierdzają, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania w toku trwania całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołującemu znane jest orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące, że jeżeli data podpisana JEDZ w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest późniejsza, niż data składania ofert oświadczenia zawarte w JEDZ potwierdzają stan na dzień składania ofert. Odwołujący wskazywał, że nie zamierza polemizować z przedmiotowymi orzeczeniami KIO, w zakresie w jakim wskazują one na fakt, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie powinno prowadzić do antydatowania dokumentów. Niemniej jednak w ocenie Odwołującego czym innym jest antydatowanie dokumentów, a czym innym złożenie oświadczenia po dacie składania ofert, w którym to oświadczeniu wykonawca może zawrzeć dodatkowe oświadczenie, że wszystkie oświadczenia zawarte w JEDZ potwierdzają stan na dzień składania ofert, jak i na dzień składania samego oświadczenia oraz, że były i pozostają dalej aktualne. Jedynie takie oświadczenie złożone przez wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu w związku z wezwaniem do uzupełnienia dokumentu JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych winno w świetle art. 25a Prawa zamówień publicznych potwierdzać spełnianie warunków oraz brak istnienia podstaw do wykluczenia zarówno na dzień składania ofert, jak i na dzień uzupełnienia dokumentu. Przedmiotowe stanowisko jest, zdaniem Odwołującego, tym bardziej uzasadnione w świetle pozostałych okoliczności faktycznych niniejszej sprawy oraz dalszych zarzutów i ich uzasadnienia zawartych w niniejszym odwołaniu.

2) Brak przedłożenia zobowiązania do udostępnienia zasobów w oryginale.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z treścią §14 ust. 2) Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów „dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem. ”

Natomiast według §5 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej „w przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy; albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.”

Wobec powyższego zdaniem Odwołującego zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez A. Z. nie spełnia wymogów w przedmiocie formy. Zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zostać złożone w oryginale, w postaci elektronicznej, podpisanym kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Skan wersji papierowej z podpisem elektronicznym to poświadczona z oryginałem kopia dokumentu.

Dalej Odwołujący wskazywał, że §14 ust. 2) Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wskazuje na dokumenty i oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu.

Rozporządzenie nie odwołuje się wprost do zobowiązań podmiotów trzecich w zakresie udostępniania zasobów, a zatem winno zostać złożone w oryginale.

Odwolujący zauważał, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych, jak i poglądów wyrażonych w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, winno zostać złożone wraz z ofertą. Nie sposób zatem uznać, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowi dokument w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż żaden z dokumentów określonych w przedmiotowym rozporządzeniu nie może być żądany do jego złożenia wraz z ofertą.

Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Urząd Zamówień Publicznych w interpretacji przepisów Prawa zamówień publicznych: „Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 Prawa zamówień publicznych, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców składane - w zamówieniach powyżej progów UE - na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zaś w zamówieniach poniżej progów UE - w ramach „zwykłego” oświadczenia wykonawcy. W interpretacji podkreślono również, iż dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument. Jednocześnie zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o te wstępne oświadczenia, w szczególności jednolity europejski dokument zamówienia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W ocenie Urzędu w celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego. W interpretacji wprost podkreślono, że czym innym jest złożenie dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie konkretnego warunku udziału w postępowaniu (np. wykaz usług zrealizowanych przez podmiot trzeci) oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania (np. niekaralność członka zarządu podmiotu trzeciego) co do oceny udostępnionego wykonawcy potencjału podmiotu trzeciego.
().

Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów stanowi zatem oddzielny dokument, od tych, które zostały wskazane przez ustawodawcę w treści wspomnianego Rozporządzenia. Odwołujący podnosił, że wskazany moment złożenia zobowiązania został potwierdzony również przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 21 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2336/17. W uzasadnieniu orzeczenia wskazano również, że brak złożenia zobowiązania do udostępnienia potencjału powoduje obowiązek automatycznego wezwania o nie wykonawcy od razu na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych: „zauważyć należy, iż Konsorcjum w treści jednolitego dokumentu wskazało na powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie Konsorcjum (...) nie załączyło dokumentów wymaganych na tym etapie (złożenia oferty) w odniesieniu do podmiotów trzecich (zobowiązanie oraz jednolity dokument), co uzasadniało zastosowanie procedury uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych”.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, przepisy Prawa zamówień publicznych, jak również przepisy wykonawcze do tejże ustawy nie przewidują możliwości przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w elektronicznej kopii dokumentu. Zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zostać złożone w oryginale, w postaci elektronicznej, podpisanym kwalifikowanym podpisem elektronicznym, natomiast brak zachowania tej formy powoduje, iż dokument należy uznać w istocie za niezłożony.

3) Brak możliwości uzupełnienia zobowiązania w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Z uwagi na złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego w niewłaściwej formie uznać należy w ocenie Odwołującego, iż nie zostało w ogóle przedłożone w postępowaniu przetargowym. Konsorcjum Erekta zostało już wezwane na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów JEDZ, a zatem procedura wezwania została wyczerpana. Złożenie dokumentu JEDZ podwykonawcy bądź zobowiązania podwykonawcy sporządzonych w nieprawidłowej formie skutkować zatem będzie wyłącznie

niemożliwością realizacji zamówienia przez Konsorcjum.

Odwołujący podnosił, że zostało ukształtowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko w zakresie dopuszczalności tylko jednokrotnego wzywania wykonawcy o konkretny brakujący lub nieprawidłowy lub niepotwierdzający udziału w postępowaniu dokument.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający wzywając Konsorcjum do przedłożenia stosownej dokumentacji, winien stwierdzić, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego nie spełnia wymagań dotyczących formy, a następnie winien wykluczyć Konsorcjum z postępowania przetargowego na skutek niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

4) Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w dacie składania ofert.

Odwołujący podnosił, że nawet w przypadku, gdyby uznać z daleko wysuniętej ostrożności, iż forma zobowiązania przedłożona przez A. Z. i podpisana przez niego podpisem elektronicznym stanowi oryginał to znamienym jest, iż zobowiązanie udzielone jest po terminie składania ofert.

Nie sposób uznać bowiem, iż podmiot trzeci udzielił zobowiązania w dacie widniejącej na dokumencie - 19 lipca 2019 r., gdyż uznając, że podmiot trzeci przedłożył w istocie oryginał potwierdził tym samym podpisem elektronicznym datę powstania dokumentu (data złożonego podpisu stanowi datę, w której zobowiązano się do udostępniania zasobów.)

W konsekwencji zdaniem Odwołującego Konsorcjum Ereka nie spełniało warunków udziału w postępowaniu w dniu składania ofert, a zatem ten wykonawca winien podlegać wykluczeniu.

5) Brak realnego udostępnienia potencjału.

Odwołujący przytaczał treść §9 ust. 1 pkt 1) - 4) Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i podnosił, że Konsorcjum Ereka oświadczyło w treści dokumentów JEDZ, iż będzie polegało na zdolnościach technicznych i zawodowych innego podmiotu - A.Z., który to podmiot miał mu służyć konsultacją, doradztwem oraz bieżącą kontrolą zadań wykonywanych przez wykonawcę.

Odwołujący wskazywał, że w treści zobowiązania podmiot trzeci powołał się na uchylony art. 26 ust 2b) Prawa zamówień publicznych, który stanowił, że: „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.”

Podmiot wskazał również, że oddaje się do dyspozycji Konsorcjum Ereka, a zakres udostępnianych przez niego zasobów to wiedza i doświadczenie. Z treści pisma wynika, że podmiot oferuje swój know-how, doradztwo, konsultacje, nadzór, jak również inne formy wykonania zobowiązania, jednakże w żadnym fragmencie zobowiązania nie wskazano, iż podmiot trzeci będzie wykonywał część zamówienia. Odwołujący przywoływał treść art. 22a ust. 4 Prawa zamówień publicznych i konkludował, że zobowiązanie A. Z. nie spełnia wymogu uczestniczenia w realizacji zamówienia, gdyż Konsorcjum Ereka powołało się na jego zasoby w zakresie kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia na podstawie i na zasadach nieobowiązujących już przepisów, natomiast nie wykazało, iż podmiot trzeci będzie jednocześnie podwykonawcą robót, co jest aktualnie wymagane przez przepisy Prawa zamówień publicznych.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum Ereka nie spełniło wymogu określonego w art. 22a ust. 4 Prawa zamówień publicznych, gdyż chciało się powołać na referencję podmiotu trzeciego bez jego udziału w postępowaniu, które to rozwiązanie było dopuszczalne na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych przed nowelizacją. Konsorcjum nie dołączyło bowiem prawidłowo sformułowanego zobowiązania do oddania Konsorcjum niezbędnych zasobów.

W świetle przepisów Prawa zamówień publicznych istnieje możliwość powołania się na potencjał podmiotu trzeciego, ale ten podmiot musi zrealizować zakres, do którego swoich zdolności używa wykonawcy. W okolicznościach przedmiotowej sprawy podmiot trzeci winien

w istocie być podwykonawcą na całym zakresie umownym i zrealizować większość robót budowlanych. Treść zobowiązania wskazuje na bardzo szeroki zakres udostępnionych zasobów: "gotowość do działania w takiej lub innej formie" oraz "wskazane formy wykonania zobowiązania nie stanowią katalogu zamkniętego form możliwości wykorzystania potencjału". Brak jest jednak w treści zobowiązania jednoznacznego zobowiązania podmiotu trzeciego do zrealizowania fizycznie robót budowlanych jako podwykonawca Konsorcjum.

Należy stwierdzić, że podmiot udostępniający potencjał w postaci wiedzy i doświadczenia musi realizować zamówienie, tj. być faktycznym podwykonawcą robót budowlanych, a nie fikcją, podmiotem który wyłącznie figuruje na dokumencie zobowiązania w celu formalnego potwierdzenia spełniania warunku, a który zobowiązuje się do pomocy w zakresie ogólnikowego udostępnienia swojego know-how czy też doradztwa. Powoływał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Ereka składając ofertę, a następnie formularze JEDZ swoimi działaniami zamierzało obejść przepis art. 22a ust. 4 Prawa zamówień publicznych i planowało samodzielnie wykonać zamówienie, posługując się zasobami trzecimi tylko do celów wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego.

Odwołujący podnosił, że przepis art. 22a ust. 4 Prawa zamówień publicznych powstała właśnie w celu ograniczenia występującego dawniej zjawiska polegającego na kupowaniu przez niektórych wykonawców referencji w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W obecnym stanie prawnym podmiot trzeci, A. Z., powinien mieć udział w wykonaniu jako podwykonawca całości prac określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których dotyczy warunek doświadczenia. Jednakże z przedłożonej przez Konsorcjum dokumentacji w ocenie Odwołującego wynika, że wykonawca zamierzał samodzielnie wykonać przedmiotowe zamówienie nie posiadając odpowiedniego doświadczenia.

Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien był uznać, że Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, ponieważ w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie wykazał ich spełnienia, zatem powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający nie dysponował możliwością wezwania Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych również w celu uzupełnienia, poprawienia lub udzielania wyjaśnień w przedmiocie przedłożonego przez podmiot trzeci zobowiązania. Mając na uwadze fakt, iż zakres wykorzystania podwykonawców przy realizacji zamówienia stanowi treść oferty wykonawcy, jak również to iż był on już wzywany do przedłożenia JEDZ, z którego to dokumentu wyniknęła dopiero okoliczność polegania przez Konsorcjum na zdolności innego podmiotu, zasadnym, w ocenie Odwołującego, jest wykluczenie Konsorcjum Ereka z postępowania bez kolejnego wzywania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

6) Brak wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na niepotwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i niewykazanie się niepodleganiem wykluczeniu z postępowania.

W świetle wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w treści niniejszego odwołania Zamawiający w ocenie Odwołującego naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12) Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przetargowego Konsorcjum Ereka, pomimo braku wykazania przez ten podmiot, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnienia warunki udziału w postępowaniu, w konsekwencji czego naruszył art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty tego wykonawcy.

7) Brak należytego umocowania Lidera Konsorcjum do złożenia oferty w postępowaniu przetargowym.

Odwołujący podnosił, że oferta Konsorcjum została podpisana elektronicznie w dniu 19 lipca 2019 r. przez F. T., prokurenta EREKTA Budownictwo Specjalistyczne sp. z o.o. oraz złożona w dniu 19 lipca 2019 r. Zamawiającemu. Wobec niezłączenia do oferty m.in. pełnomocnictwa od Członka Konsorcjum dla Lidera tego Konsorcjum do działania w jego imieniu w Postępowaniu, w tym złożenia i podpisania oferty, Zamawiający w dniu 26 lipca 2019 r. wezwał Konsorcjum do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. W odpowiedzi Konsorcjum uzupełniło pismem z dnia 8 sierpnia 2019 r. dokumenty, w tym m.in. dwa pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum:

1) pierwsze pełnomocnictwo datowane na dzień 19 lipca 2019 r. zostało przesłane

w formie skanu podpisanego przez K. P. kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 9 sierpnia 2019 r. o godz. 9:33:35 („pierwsze pełnomocnictwo”),

2) drugie pełnomocnictwo wystawione w formie elektronicznej od K. P., datowane na dzień 8 sierpnia 2019 r. i w tym dniu o godz. 18:12:36 podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez K. P. („drugie pełnomocnictwo”).

Przedłożone pełnomocnictwa nie potwierdzają zdaniem Odwołującego, by na dzień składania ofert EREKTA Budownictwo Specjalistyczne sp. z o.o. było upoważnione do złożenia oferty w imieniu Konsorcjum, w tym jego członka, ponieważ zgodnie z art. 10a ust. 5 Prawa zamówień publicznych oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego stanowi z kolei, że jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Wobec tego, jak wywodził Odwołujący, pełnomocnictwo do złożenia oferty w formie elektronicznej powinno być udzielone w formie elektronicznej. W przeciwnym razie pełnomocnictwo oraz czynność prawna podjęta bez wymaganego pełnomocnictwa jest nieważna, co Odwołujący dodatkowo argumentował, powołując się na komentarz do Kodeksu cywilnego.

Odwołujący wskazywał, że pierwsze pełnomocnictwo jest jedynie elektroniczną kopią dokumentu pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej, a nie jest to dokument sporządzony w formie elektronicznej. Zatem forma ta jest nieodpowiednia. Przywoływał pkt 16.4 SIWZ oraz § 5 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej i podnosił, że przedmiotowy dokument stanowił jedynie elektroniczną kopię dokumentu, a nie dokument sporządzony w formie elektronicznej i nie powinien być uznany za prawidłowy.

Dalej Odwołujący podnosił, że w treści pełnomocnictwa z dnia 8 sierpnia 2019 r. — drugie pełnomocnictwo K. P. zawarła oświadczenie, iż konsorcjant był upoważniony w dniu składania ofert do czynności określonych w pełnomocnictwie oraz potwierdziła czynności dokonane do dnia 8 sierpnia 2019 r. Dopuszczalne jest więc wyłącznie uzupełnienie pełnomocnictwa sporządzonego w formie elektronicznej sprzed daty składania ofert ewentualnie elektronicznej notarialnej kopii pełnomocnictwa sporządzonego w formie pisemnej sprzed dnia składania ofert. Jednakże na dzień składania ofert powinno istnieć pełnomocnictwo. Jedynie istniejące w dniu złożenia oferty pełnomocnictwo może potwierdzić ważność dokonanej czynności, w przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia z następczym zatwierdzaniem czynności, które jest na gruncie Prawa zamówień publicznych niedozwolone. Jedyne i zasadnicze znaczenie w niniejszej sprawie ma data wystawienia drugiego pełnomocnictwa jako jedynego sporządzonego w odpowiedniej formie, czyli dzień 8 sierpnia 2019 r. Pierwsze pełnomocnictwo z dnia 19 lipca 2019 r. nie zostało bowiem złożone w odpowiedniej formie (elektronicznej). A jeśli nawet przyjąć, że tak podpisane pełnomocnictwo kwalifikuje się do uznania jako udzielone w formie elektronicznej (co w ocenie Odwołującego jest nieuprawnione), to i tak zostało ono podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym dopiero w dniu 9 sierpnia 2019 r. - zatem dopiero w tej dacie został ten dokument utworzony i nie potwierdza umocowania na dzień składania ofert.

Odwołujący konkludował, że oba pełnomocnictwa, jako wystawione po wykonaniu czynności podpisania oferty, nie mogą upoważniać i nie upoważniają wskazanej w nim osoby do podpisania oferty na dzień składania ofert. Uzupełnienie pełnomocnictwa przez udzielenie pełnomocnictwa w zakresie w nim wskazanym może wywoływać skutek wyłącznie na przyszłość, tj. od dnia 8 sierpnia 2019 r. Dokonane przez INTERIORS K. P. „potwierdzenie uprawnień” dla Lidera Konsorcjum nie mają żadnego znaczenia prawnego, gdyż nie mogą działać wstecz, jeżeli Lider Konsorcjum nie posiadał pełnomocnictwa w formie elektronicznej na dzień składania ofert. Ewentualnie zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Erekta powinno uzupełnić elektroniczną kopię dokumentu sporządzoną przez notariusza.

8) Okoliczność wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o posiadanych przez Konsorcjum rachunkach bankowych.

Odwołujący podnosił, że wraz z pismem z dnia 8 sierpnia 2019 r. Konsorcjum Erekta, wykonując wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentacji potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu skierowane w trybie art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przedłożyło dwa zaświadczenia Santander Bank Polska S.A. w celu potwierdzenia posiadania wymaganych przez Zamawiającego środków finansowych. Pierwsze zaświadczenie zostało wygenerowane w dniu 24 lipca 2019 r. o godz. 15:21:53, a z jego treści wynika, iż Erekta Budownictwo Specjalistyczne Sp. z o.o. posiada w Santander Bank Polska S.A. cztery rachunki bankowe, jednak z zaświadczenia nie wynika stan salda

dwóch pierwszych rachunków. Drugie zaświadczenie natomiast zostało wydane w dniu 24 lipca 2019 r. o godz. 15:34:41 (wydane zostało ono 13 minut po pierwszym zaświadczeniu), które wykazuje, iż lider Konsorcjum Erektu Budownictwo Specjalistyczne Sp. z o.o. posiada w Santander Bank Polska S.A. jeden bieżący dodatkowy rachunek bankowy o nr 43 1090 1043 0000 0001 4157 8949 z saldem w wysokości 1.500.000,00 zł.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z pkt 9.1.1. SIWZ: „W zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej Wykonawca winien wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 4.000.000 PLN (słownie: cztery miliony złotych).” i podnosił, że przedstawione przez wykonawcę zaświadczenia nie potwierdzają okoliczności, iż wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

W ocenie Odwołującego wykonawca w sposób zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, posługując się tymi samymi środkami finansowymi znajdującymi się na koncie bankowym w Santander Bank Polska S.A. w celu potwierdzenia wysokości posiadanych środków finansowych. Tym samym też Zamawiający winien był wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) Prawa zamówień publicznych w związku z § 2 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby w ocenie Zamawiającego nie zachodziły przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) Prawa zamówień publicznych, to w świetle uzasadnionych wątpliwości, które przedmiotowe dokumenty winny wzbudzić u Zamawiającego, Zamawiający zobligowany był do wyjaśnienia przedmiotowych kwestii w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych oraz do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do przedłożenia jednoznacznego dokumentu potwierdzającego posiadanie określonych środków finansowych na określony dzień.

9) Niepotwierdzenie braku podstaw wykluczenia Konsorcjum z uwagi na brak terminowego przedstawienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członka zarządu B. W..

Odwołujący zauważał, że termin składania ofert został ostatecznie ustalony przez Zamawiającego na dzień 22 lipca 2019 r. Konsorcjum Erektu w dniu 19 lipca 2019 r. przekazało Zamawiającemu swoją ofertę, na którą składały się następujące dokumenty:

- 1) Formularz ofertowy,
- 2) Dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998-A865959 z dnia 19 lipca 2019 r.

Wobec tego w dniu 26 lipca 2019 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum Erektu wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia:

- 1) JEDZ dla obu konsorcjantów,
- 2) pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum,
- 3) oświadczeń o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, a jednocześnie Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2f Prawa zamówień publicznych Konsorcjum Erektu do złożenia wskazanych w pkt 11.4 SIWZ dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, między innymi informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Prawa zamówień publicznych, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Powyższe dokumenty miały zostać złożone Zamawiającemu do dnia 9 sierpnia 2019 r. godz. 10:00.

W dniu 8 sierpnia 2019 r. Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia i złożenia dokumentów przesłało Zamawiającemu część żądanych dokumentów i oświadczeń, nie załączając w ogóle informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

W dniu 13 sierpnia 2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia m.in. informacji z Krajowego Rejestru

Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Prawa zamówień publicznych, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert w terminie do dnia 22 sierpnia 2018 r.

W dniu 19 sierpnia 2019 r. Konsorcjum Erekta zwróciło się z wnioskiem o przesunięcie terminu na uzupełnienie dokumentów do dnia 26 sierpnia 2019 r., a Zamawiający w dniu 21 sierpnia 2019 r. uwzględnił wniosek. W dniu 26 sierpnia 2019 r. Konsorcjum przesało uzupełnione dokumenty. W treści pisma przewodniego wskazane zostało, iż w załączeniu do pisma powinny znaleźć się informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla:

1) EREKTA Budownictwo Specjalistyczne sp. z o.o.;

Jednakże do pisma została załączona nieaktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego dla B. W. wystawiona w dniu 22 sierpnia 2018 r., podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez prokurenta F. T. w dniu 22 sierpnia 2019 r. godz. 9:54.

W dniu 27 sierpnia 2019 r. (a więc dzień po terminie na uzupełnienie dokumentów) Konsorcjum zwróciło się do Zamawiającego z kolejnym wnioskiem o wydłużenie terminu na uzupełnienie do dnia 28 sierpnia 2019 r. Powodem ponownego wniosku był rzekomy późniejszy powrót członków zarządu z urlopu. Zamawiający nie odpowiedział na niniejsze pismo.

W dniu 27 sierpnia 2019 r. Konsorcjum złożyło kolejne pismo (następne po upływie terminu na uzupełnienie dokumentów). Do pisma został ponownie załączony komplet uzupełnionych dokumentów, które zostały załączone do uzupełnień z dnia 26 sierpnia 2018 r., z tym że tym razem złożono inną informację z Krajowego Rejestru Karnego dla B. W. - opatrzoną datą 6 sierpnia 2019 r. Co zdaniem Odwołującego, istotne, dokument ten był podpisany przez prokurenta F. T. w dniu 22 sierpnia 2019 r. godz. 9:54 - w tej samej dacie, godzinie i minucie, w której podpisana została nieaktualna informacja z KRK dla B. W., złożona dzień wcześniej.

Zdaniem Odwołującego, świadczy to o tym, iż Konsorcjum Erekta w dniu 22 sierpnia 2019 r. dysponowało już wszystkimi wymaganymi dokumentami na potwierdzenie braku prawomocnego skazania, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Prawa zamówień publicznych członków zarządu i prokurentów EREKTA Budownictwo Specjalistyczne sp. z o.o., a w dniu 23 sierpnia 2019 r. także INTERIORS K. P. . Zatem na dzień 23 sierpnia 2019r. Konsorcjum miało już przygotowane wszystkie dokumenty, które powinno złożyć w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do dnia 26 sierpnia 2019r. - włącznie z prawidłowym zaświadczeniem z KRK dla Pani W., które jednak złożyło po terminie. Wniosek, że Konsorcjum miało wszystkie prawidłowe dokumenty przygotowane już 23 sierpnia 2019 r. wynika z dat złożenia podpisów elektronicznych na skanach tych dokumentów — najpóźniej złożony podpis został złożony właśnie w tej dacie.

W takiej sytuacji dopiero dn. 27 sierpnia 2019r. zostało złożone prawidłowe zaświadczenie o niekaralności dla Pani B. W., czyli po terminie. Zamawiający zatem nie mógł uwzględnić tego dokumentu i słusznie wyraził swoją w tym względzie opinię w pkt 7 treści wezwania z dn. 2 września 2019r., wskazując, że nie może uwzględnić dokumentu złożonego po terminie.

Zatem w ocenie Odwołującego, zupełnie niezrozumiały i bezpodstawny był wniosek z dn. 27 sierpnia 2019r. o przedłużenie terminu. Co więcej, pismo przewodnie do dokumentów uzupełnionych po terminie (w dniu 27 sierpnia 2019 r.) nie zawierało jakiegokolwiek uzasadnienia w zakresie kolejnego złożenia dokumentów i niezłożenia zaświadczenia prawidłowego z KRK dla Pani W. w terminie.

Następnie w dniu 2 września 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 2f i 4 Prawa zamówień publicznych z pytaniem o aktualność danych zawartych w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego EREKTA Budownictwo Specjalistyczne sp. z o.o., w tym o dane dotyczące prokury i składu zarządu oraz o przedłożenie aktualnej informacji z rejestru przedsiębiorców KRS, a gdyby dane tam uwidocznione były nieaktualne - odpisu potwierdzającego zgłoszenie zmiany do sądu rejestrowego, w terminie do dnia 4 września 2019 r. godz. 12:00. Przy czym Odwołujący podnosił, że Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, iż fakt niezłożenia takiego dokumentu dla jednego członka zarządu przy takiej wartości zamówienia oraz długim terminie na złożenie i uzupełnienie informacji z KRK jest niezrozumiały, a wręcz może świadczyć o zmianach we władzach spółki.

Konsorcjum Erekta w odpowiedzi z dnia 4 września 2019 r. wyjaśniło, że w dniu 8 sierpnia 2019 r. B. W. złożyła rezygnację z funkcji członka zarządu, skuteczną na dzień 22 sierpnia 2019 r. oraz podjęte zostały uchwały z dnia 8 sierpnia 2019 r. o odwołaniu B. W. z funkcji członka zarządu oraz o odwołaniu prokury łącznej M. K. i udzielenie prokury

samoistnej. Wskazało, że wobec tych okoliczności nie było obowiązku przedkładania informacji z KRK dla B. W., a przesłane informacje z KRK zostały wysłane do Zamawiającego przez pracownika omyłkowo.

Odwołujący podnosił, że biorąc pod uwagę informacje dostępne w Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego, oświadczenia i dokumenty przekazane w toku postępowania przez Konsorcjum w okresie od upływu terminu na składanie ofert do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej EREKTA Budownictwo Specjalistyczne sp. z o.o. posiadała następujący skład zarządu:

- 1) od dnia 2 grudnia 2016 r. do 2 marca 2018 r. zarząd dwuosobowy, w składzie: F. T. oraz B. W.;
- 2) od dnia 2 marca 2018 r. do dnia 22 sierpnia 2019 r. zarząd dwuosobowy, w składzie: B. W. oraz D. T.;
- 3) od dnia 22 sierpnia 2019 r. zarząd jednoosobowy, w składzie: D. T..

Ponadto w okresie tym funkcję prokurentów pełnili:

- 1) M. K. - od dnia 22 lutego 2017 r.,
- 2) F. T. - od dnia 2 marca 2018 r.

Odwołujący przywoływał art. 24 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych i wskazywał, że zarówno na dzień składania ofert - 22 lipca 2019 r., na dzień, w którym upływał termin na złożenie dokumentów z KRK w trybie art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - 9 sierpnia 2019 r., czy na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej - 16 września 2019 r., Konsorcjum nie mogło podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Prawa zamówień publicznych, co musiało zostać udowodnione informacją z Krajowego Rejestru Karnego dla:

- 1) EREKTA Budownictwo Specjalistyczne sp. z o.o.,
- 8) A. Z. (podmiot udostępniający zasoby).

Zatem zdaniem Odwołującego, w stosunku do Pani B. W. jako osoby pełniącej funkcję członka zarządu także po terminie składania ofert w Postępowaniu zaktualizował się obowiązek złożenia zaświadczenia o niekaralności.

Obowiązek wykazania, aby urzędujący członkowie zarządu nie byli prawomocnie skazani za określone przestępstwa dotyczy w ocenie Odwołującego przede wszystkim osób, które brały udział w przygotowaniu oferty. W przeciwnym razie przepis ten nie miałby większego znaczenia, a wykonawcy mogliby dowolnie zmieniać członków zarządu w trakcie trwania postępowania, gdyby któryś z nich został prawomocnie skazany lub nie byłoby możliwe uzyskanie informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

Odwołujący podnosił również, że informacje zawarte w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia stanowią, zgodnie z art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dokumenty potwierdzające te okoliczności nadal pozostają określone w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Wykonawca nadal jest zobowiązany wykazać - pod rygorem wykluczenia z postępowania - spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, co potwierdza swoim zapewnieniem w dokumencie JEDZ (ewentualnie w odrębnych oświadczeniach pisemnych załączonych do oferty), i taki stan musi się utrzymywać aż do zawarcia umowy. Zmiana brzmienia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych dokonana nowelizacją Prawa zamówień publicznych z 2016 r., ma jedynie taki skutek, że dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, mogą być wystawione z datą bieżącą, ale jednocześnie w swojej treści mają potwierdzać spełnianie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty.

Zdaniem Odwołującego, tylko posiadając stosowne dokumenty urzędowe w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące członków zarządu lub prokurentów, Konsorcjum mogło rzetelnie oświadczyć w JEDZ, iż nie podlega wykluczeniu z tego powodu. W przeciwnym razie oświadczenie zostałoby złożone bez rzeczywistej wiedzy na temat istnienia skazania danego podmiotu, co by świadczyło o niedołożeniu należytej staranności przez osobę składającą oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia w zakresie Konsorcjum. Tymczasem od profesjonalnych podmiotów uczestniczących w rynku zamówień publicznych oczekiwana jest podwyższona staranność, determinowana art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego. Obowiązkiem Konsorcjum było zadbanie o to, aby dysponować standardowo wymaganymi dokumentami informacji z KRK o niekaralności członków zarządu, wystawionymi z odpowiednią datą.

Czynności podejmowane przez Konsorcjum Ereka w ocenie Odwołującego wyraźnie wskazują, iż do upływu terminu na uzupełnienie dokumentów zdawało sobie sprawę z obowiązku przedłożenia informacji z KRK dla B. W.:

- 1) uzyskanie w dniu 6 sierpnia 2019 r. aktualnej informacji z KRK,
- 2) podpisanie w dniu 22 sierpnia 2019 r. przez prokurenta EREKTA Budownictwo Specjalistyczne sp. z o.o. informacji z KRK dla B. W. podpisem kwalifikowanym,
- 3) wskazanie informacji z KRK dla B. W. w treści pisma przewodniego z dnia 26 sierpnia 2019 r. oraz załączenie nieaktualnej informacji z KRK, a następnie
- 4) dostarczenie dzień po terminie (27 sierpnia 2019 r.) kolejnego zestawu dokumentów uzupełnianych wraz z aktualną informacją z KRK.

Te okoliczności, a także pozostałe opisane przy uzasadnieniu innych zarzutów wskazują niezbicie, że Konsorcjum wcale nie zamierzało prawidłowo złożyć/uzupełnić dokumentów, ponieważ nie chce pozyskać tego zamówienia (być może ze względu na zaferowaną cenę), ale jednocześnie nie chciało stracić wysokiego wadium (500.000 zł). Konsorcjum celowo nie załączyło spornej informacji z KRK dla B. W., aby zostać wykluczonym z postępowania, po czym na skutek informacji o możliwości zatrzymania jego wadium informuje o rzekomej pomyłce pracownika w przesłaniu tej informacji i braku konieczności jej przekazania z uwagi na odwołanie członka zarządu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Konsorcjum Ereka zdaniem Odwołującego zaniechało wykazania braku podstaw do wykluczenia, wskutek czego Zamawiający zastosować sankcję przewidzianą w art. 24 ust. 1 pkt 12 i 14 oraz ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Ponadto Odwołujący podnosił, że Konsorcjum Ereka wyjaśniając Zamawiającemu pismem z dnia 4 września 2019 r. przyczyny zaniechania złożenia informacji z KRK dla B. W. powołało się na jej rezygnację złożoną w dniu 8 sierpnia 2019 r. ze skutkiem na dzień 22 sierpnia 2019 r. oraz na uchwałę ją odwołującą, podjętą 8 sierpnia 2019 r. ze skutkiem na dzień 22 sierpnia 2019 r. Do pisma załączona została kopia wniosku o zmianę danych w Krajowym Rejestrze Sądowym z prezentatą sądu.

Po pierwsze, pismo o takiej treści mogłoby zostać ewentualnie złożone przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. W momencie, w którym bezskutecznie upłynął termin na złożenie informacji z KRK dla B. W., Konsorcjum uchybiło terminowi. Przedłożenie przez Konsorcjum Ereka w dniu 4 i 5 września 2019 r. dowodów świadczących o zmianach w składzie zarządu i braku konieczności składania informacji z Krajowego Rejestru Karnego jest spóźnione.

Po drugie, pismo to nie potwierdza złożenia rezygnacji przez B. W. oraz podjęcia uchwał, o których mowa w piśmie. Należy zauważyć, iż o ile wniosek do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego został podpisany przez prokurenta EREKTA Budownictwo Specjalistyczne sp. z o.o. kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to podstawą do wygaśnięcia mandatu członka zarządu jest złożenie rezygnacji lub odwołanie członka zarządu (art. 202 § 4 Kodeksu spółek handlowych). Wniosek o zmianę danych w Krajowym Rejestrze Sądowym może zostać przede wszystkim zwrócony lub sąd może odmówić dokonania wpisu. Potwierdza to również deklaratoryjny charakter wpisu, na który zwracał uwagę Zamawiający w wezwaniu z dnia 2 września 2019 r. do złożenia wyjaśnień i aktualnych dokumentów. Konsorcjum zobowiązane było zatem przedstawić wspomniane oświadczenie Pani B. W. o rezygnacji z funkcji członka zarządu oraz podjętą uchwałę z dnia 8 sierpnia 2019 r. w sposób określony w pkt 13.3 SIWZ. Odwołujący przywoływał § 14 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i § 5 Rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej i podnosił, że dokumenty przedłożone przez Konsorcjum Ereka w postaci rezygnacji B. W. z dnia 8 sierpnia 2019 r., uchwały z dnia 8 sierpnia 2019 r. o odwołaniu B. W. oraz w sprawie prokurenta, nie zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jak też zostały złożone już po terminie. Zamawiający żądał dokumentów na dzień 4 września 2019 r., a ww. zostały nadane przez Konsorcjum mailowo w dniu 5 września 2019 r. Wobec tego dokumenty te nie spełniają wymogów określonych w rozporządzeniach wykonawczych do Prawa zamówień publicznych dla dokumentów składanych w postępowaniu, co je dyskwalifikuje.

Zamawiający zobowiązany był zatem, zdaniem Odwołującego, do pominięcia tych dokumentów oraz do odmowy uznania udowodnienia dokonania zmiany w składzie zarządu EREKTA Budownictwo Specjalistyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, a w konsekwencji do wykluczenia Konsorcjum Ereka z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 14 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący ponadto zwracał uwagę na formę dokumentu rezygnacji B. W., która jego

zdaniem nasuwa istotne wątpliwości w zakresie jej autentyczności. Pomiedzy faksymile podpisu B. W., a oświadczeniem „otrzymałem [-am? - nieczytelne - przypis odwołującego] i wyrażam zgodę” oraz faksymile parafki nieznanej osoby znajduje się długa, cienka, czerwona linia. Linia taka może być na przykład odznaczeniem krańców kartki papieru nałożonej na dokument rezygnacji, czy powstać na skutek edycji graficznej dokumentu. Mając na uwadze, iż Konsorcjum Erektu nie potwierdziło niniejszego dokumentu za zgodność z oryginałem poprzez podpisanie dokumentu, istnieje ryzyko, iż dokument ten w oryginale nie istnieje, bądź nie został złożony organom spółki (wymogiem skuteczności rezygnacji jest jego złożenie, dlatego konieczne jest w postępowaniu rejestrowym załączenie potwierdzenia jego otrzymania).

10) Brak wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17) Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego. Wskazać należy, że wykonawca dwukrotnie zwracał się z wnioskiem do Zamawiającego o przedłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Wykonawca wskazywał na brak posiadania/pozyskania dokumentów oraz urlop członków zarządu wykonawców. Odwołujący podnosił, że wykonawcę reprezentował cały czas Pan F. T. — prokurent samoistny, który również reprezentował wykonawcę składając pismo wraz z uzupełnianymi dokumentami. W wyniku analizy przedłożonych w postępowaniu dokumentów, w tym po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz tych, które zostały złożone przez wykonawcę już po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wynika, że wykonawca dysponował już wszystkimi dokumentami przed datą wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na ich uzupełnienie, a tym samym nie zachodziły jakiegokolwiek podstawy do żądania przedłużenia terminu do ich złożenia, zwłaszcza, że dokumenty te mógł przesłać do Zamawiającego prokurent samoistny F. T. bez udziału członków zarządu, co de facto i tak faktycznie miało miejsce. W świetle argumentacji przedstawionej w punkcie 9) niniejszego odwołania dodatkowe zdziwienie budzi okoliczność, że składając wniosek o przedłużenie prokurent samoistny powołał się w dniu 19.08.2019 r. na nieobecność członków zarządu (liczba mnoga), w sytuacji gdy rzekomo Członek Zarządu Pani B. W. złożyła już rezygnację z pełnionej funkcji i została odwołana przez zgromadzenie wspólników.

W świetle powyższych okoliczności zdaniem Odwołującego działaniu wykonawcy można przypisać znamiona zamierzonego działania lub lekkomyślności, a tym samym zachodziła podstawa do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Prawa zamówień publicznych.

11) Zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu robót.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się zdolnością techniczną i zawodową, stawiając w pkt 9.1.2. SIWZ następujący warunek: „Wykonawca winien wykazać, że wykonał (zakończył) w sposób należyty, nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) roboty budowlane polegające na budowie, przybudowie bądź remoncie budynków lub stadionów, o łącznej wartości min. 60 milionów złotych brutto, z zastrzeżeniem iż co najmniej jedna z ww. robót miała wartość nie mniejszą niż 30 milionów złotych brutto”, zatem należało wykazać się zrealizowaniem m.in. jednej roboty na wartość przynajmniej 30 mln złotych brutto. Konsorcjum przedstawiło tylko jedną taką robotę - zasób użyczony od ZAB-Bud A. Z. - poz. 1 wykazu robót, wykonanej dla Spółdzielni Budowlano- Mieszkaniowej „Imielin”. Treść wykazu robót w ocenie Odwołującego nie potwierdza spełniania warunku, ponieważ, choć podano kwoty, to nie wiadomo, do jakich robót te kwoty się odnoszą. Ale co niezmiennie istotne, jako zakres roboty budowlanej wskazano: „Zespół budynków wielomieszkaniowych z parkingami podziemnymi oraz rewitalizacją przyległego terenu przy ul. Dereniowej”. Dla tak opisaney roboty przedstawiono wartość. Jednakże z załączonej referencji nie wynika, aby ZAB-BUD A. Z. wykonywał zespół budynków wielomieszkaniowych, lecz wyłącznie jeden budynek. W samej referencji również wskazuje się, że ZAB-BUD A. Z. wykonywał etap V i była to część inwestycji, stanowiącej zespół budynków wielomieszkaniowych. W referencji opisane są parametry jednego budynku, który ZAB-BUD A. Z. wykonał w ramach zawartej umowy. Natomiast w referencji podano wartość określając ją jako „całkowita wartość zamówienia”, która odpowiada wartości podanej w wykazie robót. W związku z tym, że w wykazie robót podano jako przedmiot roboty „zespół budynków”, a ZAB-BUD A. Z. wykonywał jeden budynek oraz w referencji podano wartość „całkowitą”, to zachodzi istotna wątpliwość, że podana wartość jest wartością całej inwestycji, a nie tylko tej roboty, którą wykonywał ZAB-

BUD A. Z. .

Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum Ereka do wyjaśnienia tej kwestii na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Konsorcjum Ereka,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum Ereka.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uznał zarzuty odwołania za zasadne w zakresie naruszenia art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych oraz art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, polegającego na zaniechaniu wyjaśnienia wątpliwości w zakresie posiadanych środków finansowych oraz braku wezwania wykonawcy do przedłożenia jednoznacznego dokumentu potwierdzającego posiadanie określonych środków finansowych na określony dzień (część zarzutu nr 6, zgodnie z numeracją zarzutów na wstępie odwołania) oraz naruszenia art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia w zakresie złożonego wykazu osób (zarzut nr 9, zgodnie z numeracją zarzutów na wstępie odwołania). Zamawiający zapowiedział, że wobec uwzględnienia odwołania w części Zamawiający powtórzy czynność badania i oceny ofert w uwzględnionym zakresie. Zarzuty odwołania w pozostałym zakresie Zamawiający uznał za niezasadne.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania, Zamawiający argumentował:

Ad 1) Uzasadnienia (brak złożenia prawidłowego oświadczenia w formularzu JEDZ, że wykonawca oraz podmiot udostępniający zasoby wykonawcy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu).

Zamawiający nie zgadzał się z ustaleniami Odwołującego jakoby Konsorcjum Ereka, jak również podmiot trzeci A. Z., podpisując formularze JEDZ i składając stosowne oświadczenia zawarte w ich treści po dacie składania ofert nie złożyli oświadczenia, iż spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu z postępowania w toku trwania całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego — w tym w okresie po złożeniu oferty a datą podpisania tych uzupełnionych dokumentów. Powyższy zarzut jest niezasadny, gdyż jak wskazał sam Odwołujący w odwołaniu, jeżeli data podpisania JEDZ w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest późniejsza niż data składania ofert, oświadczenia zawarte w JEDZ potwierdzają stan na dzień składania ofert.

Ad 2) Uzasadnienia (brak przedłożenia zobowiązania do udostępnienia zasobów w oryginale).

W ocenie Zamawiającego zarzut ten nie jest zasadny. Zamawiający powoływał się na upowszechnione przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stanowisko Ministerstwa Cyfryzacji oraz Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji, zgodnie z którym ofertę pierwotnie sporządzoną w postaci papierowej następnie przekształconą do postaci elektronicznej np. poprzez jej zeskanowanie, winno uznać się za dokument elektroniczny. Ustalenia, dotyczące oświadczenia woli, jakim jest oferta można i należy w pełni zastosować do zobowiązania do udostępnienia zasobów.

W świetle wyżej przedstawionej wykładni zeskanowanie zobowiązania do udostępnienia zasobów pierwotnie wytworzonego w postaci papierowej, tj. przekształcenia go w postać elektroniczną tworzy dokument elektroniczny, a opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę zobowiązania nie oznacza potwierdzenia przez niego zgodności treści obydwu dokumentów (papierowego i skanu). Tym samym zobowiązanie, stanowiące oświadczenie woli wykonawcy, należy

uznać za dokument elektroniczny (złożony w postaci elektronicznej) niezależnie od tego, czy jego postać elektroniczna powstała wyłącznie przy użyciu programu komputerowego, czy też na skutek przekształcenia postaci papierowej do postaci elektronicznej, jeżeli tylko dokument elektroniczny zostanie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz przekazany zamawiającemu w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią (art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego).

Złożone w niniejszym postępowaniu zobowiązanie należy zatem uznać zdaniem Zamawiającego za oryginał.

Ad 3) Uzasadnienia (brak możliwości uzupełnienia zobowiązania w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych).

Wobec ustaleń dokonanych w Ad 2) zarzut braku możliwości uzupełnienia zobowiązania jest bezprzedmiotowy.

Ad 4) Uzasadnienia (brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w dacie składania ofert).

Zamawiający wskazywał, że jeżeli data podpisania JEDZ w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest późniejsza, niż data składania ofert, oświadczenia zawarte w JEDZ potwierdzają stan na dzień składania ofert. (zob. Ad 1).

Powyższe ustalenia znajdują również zastosowanie w stosunku do zobowiązania do udzielenia zasobów.

Ad 5) Uzasadnienia (brak realnego udostępnienia potencjału).

Zamawiający wskazywał, że Odwołujący w sposób wybiórczy przedstawił treść zobowiązania złożonego przez A. Z., w szczególności pominął okoliczność, że w treści zobowiązania Andrzej Z. oświadczył, że łączący strony stosunek cywilnoprawny opiera się o umowę o podwykonawstwo.

W związku z powyższym powołanie w treści zobowiązania nieobowiązującej podstawy prawnej nie jest istotne dla ustalenia, czy wykonawca spełnia wymogi uczestniczenia w realizacji zamówienia, gdyż Konsorcjum Erekt powołując się na zasoby podmiotu trzeciego wykazało w sposób wymagany obowiązującymi przepisami, że podmiot trzeci będzie podwykonawcą robót, co jest aktualnie wymagane przez przepisy Prawa zamówień publicznych.

Ad 6) Uzasadnienia (brak wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i niewykazanie się niepodleganiem wykluczenia z postępowania).

W świetle wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w Ad. 1 - Ad. 6 Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12) Prawa zamówień publicznych, Konsorcjum Erekt nie podlega zatem wykluczeniu z postępowaniu, a w konsekwencji Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty tego wykonawcy.

Ad 7) Uzasadnienia (brak należytego umocowania Lidera Konsorcjum do złożenia oferty w postępowaniu przetargowym).

Zamawiający wskazywał, że oferta Konsorcjum Erekt została podpisana elektronicznie w dniu 19 lipca 2019 r. przez F. T., prokurenta EREKTA Budownictwo Specjalistyczne sp. z o.o. oraz złożona w dniu 19 lipca 2019 r. Zamawiającemu. Wobec niezłączenia do oferty m.in. pełnomocnictwa od Członka Konsorcjum dla Lidera tego Konsorcjum do działania w jego imieniu w postępowaniu, w tym złożenia i podpisania oferty,

Zamawiający w dniu 26 lipca 2019 r. wezwał Konsorcjum do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. W odpowiedzi Konsorcjum uzupełniło pismem z dnia 8 sierpnia 2019 r. dokumenty, w tym m.in. dwa pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum.

1) pierwsze pełnomocnictwo datowane na dzień 19 lipca 2019 r. zostało przesłane w formie skanu podpisanego przez K. P. kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 9 sierpnia 2019 r. o godz. 9:33:35 („pierwsze pełnomocnictwo”),

2) drugie pełnomocnictwo wystawione w formie elektronicznej od K. P., datowane na dzień 8 sierpnia 2019 r. i w tym dniu o godz. 18:12:36 podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez K. P. („drugie pełnomocnictwo”).

Wbrew zarzutowi Odwołującego, zdaniem Zamawiającego przedłożone pełnomocnictwa potwierdzają, że na dzień składania ofert EREKTA Budownictwo Specjalistyczne sp. z o.o. było upoważnione do złożenia oferty w imieniu Konsorcjum, ponieważ prawidłowe pełnomocnictwo przedłożone na wezwanie zamawiającego winno potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania. Zatem możliwe jest przedłożenie pełnomocnictwa z datą adekwatną do daty dokonania czynności, a także z datą późniejszą, jeżeli z treści pełnomocnictwa wynika, iż pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili jej dokonania np. w chwili zwołania oferty.

Ponadto Zamawiający nie zgadzał się z zarzutem Odwołującego, jakoby pierwsze pełnomocnictwo było jedynie elektroniczną kopią dokumentu pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej, a nie jest to dokument sporządzony w formie elektronicznej, a uznanie tego dokumentu za prawidłowy było sprzeczne z treścią art. 10a ust. 5 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający stoi w tym zakresie na stanowisku przedstawionym w Ad 2).

Zatem niewątpliwie przedmiotowy dokument należy uznać za oryginalny, sporządzony w formie elektronicznej a nie za elektroniczną kopię dokumentu.

Ad 8) Uzasadnienia (okoliczność wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o posiadanych przez Konsorcjum rachunkach bankowych).

Zdaniem Zamawiającego, przedstawione w odwołaniu wątpliwości nie stanowią wystarczającej przesłanki do stwierdzenia, że wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Podnoszona przez Odwołującego możliwość posłużenia się tymi samymi środkami finansowymi, znajdującymi się na koncie bankowym w Santander Bank Polska S A, w celu potwierdzenia wysokości posiadanych środków finansowych nie została udowodniona. Zamawiający nie może podejmować decyzji o wykluczeniu wykonawcy na podstawie nieudowodnionych zarzutów.

Tym samym Zamawiający nie mógł na podstawie tych dokumentów wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) Prawa zamówień publicznych.

Natomiast odnośnie zarzutu, że w istniejącym stanie faktycznym Zamawiający zobligowany był do wyjaśnienia przedmiotowych kwestii w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych oraz do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do przedłożenia jednoznacznego dokumentu potwierdzającego posiadanie określonych środków finansowych na określony dzień, Zamawiający, dążąc do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej postanowił, kierując się określoną w art. 7 Prawa zamówień publicznych zasadą przejrzystości, uwzględnić odwołanie w tej części.

Ad 9) Uzasadnienia (niepotwierdzenie braku podstaw wykluczenia Konsorcjum z uwagi na brak terminowego przedstawienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członka zarządu B. W.).

Zamawiający zauważał, że z wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum Erekta

wynika, że w dniu 8 sierpnia 2019 r. Pani B. W. złożyła rezygnację z funkcji członka zarządu, skuteczną na dzień 22 sierpnia 2019 r. W związku z powyższym dnia 8 sierpnia 2019 r., podjęta została uchwała wspólników o odwołaniu Pani B. W. z funkcji członka zarządu z dniem 22 sierpnia 2019 r. Zamawiający podnosił, że członek zarządu jest powoływany i odwoływany uchwałą wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej, a wpis w Krajowym Rejestrze Sądowym osób wchodzących w skład zarządu ma charakter jedynie deklaratorywny. Postanowienie sądu rejestrowego w zakresie wpisu nie kreuje, lecz stwierdza jedynie fakt powołania albo odwołania danej osoby. Tym samym powołanie lub odwołanie członka zarządu Uchwałą Zgromadzenia wspólników jest skuteczne i nie musi być dla ważności potwierdzone wpisem w KRS. Zamawiający przywoływał wyrok Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2002 r. (I PKN 619/01), w którym sformułowana została teza, że „odwołanie oraz wybór członka zarządu spółki z o.o. następuje na mocy uchwały zgromadzenia wspólników, której skuteczność nie zależy od dokonywania odpowiedniego wpisu w rejestrze KRS”. Wpis (lub jego brak) do rejestru danych członków zarządu, nie tworzy nowego stanu prawnego (także wyrok SN z 7.7.2005 r., V CK 839/04).

W konsekwencji istniejący stan prawny może różnić się od stanu ujawnionego w Krajowym Rejestrze Sądowym, dlatego Zamawiający uznał, że wykonawca od dnia 23 sierpnia 2019 r. nie był zobowiązany do przedłożenia informacji z KRK dla Pani B. W. gdyż nie była ona członkiem zarządu. Złożone w postępowaniu po tej dacie dokumenty dotyczące niekaralności Pani B. W. nie podlegają ocenie. Po dniu 22 sierpnia 2019 r. nie istniała zatem możliwość przedstawienia aktualnego dokumentu dla tej osoby (dokument dotyczyłby bowiem osoby, która w tej dacie nie była członkiem zarządu, a zatem dotyczyłby nieaktualnego stanu prawnego).

Zamawiający podkreślał, że dokumenty składane w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych mają być aktualne na dzień ich złożenia. Spełnienie warunków w okresie przed tą datą potwierdza natomiast oświadczenie zawarte w JEDZ.

Odnosnie zarzutu, że tylko posiadając stosowne dokumenty urzędowe w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące członków zarządu lub prokurentów, Konsorcjum mogło rzetelnie oświadczyć w JEDZ, iż nie podlega wykluczeniu z tego powodu należy zauważyć, że dokument potwierdzający spełnianie warunku może zostać wystawiony po dacie składania ofert. Tym samym powyższy zarzut jest bezpodstawny.

Odnosnie zarzutu, że zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów wyjaśnienia powinny być złożone w oryginale, Zamawiający zauważał, że wyjaśnienia składane w trybie art. 26 ust. 4 nie są dokumentami lub oświadczeniami, o których mowa w rozporządzeniu.

Odnosnie zarzutu, że dokumenty przedłożone przez Konsorcjum Ereka w postaci rezygnacji B. W. z dnia 8 sierpnia 2019 r., uchwały z dnia 8 sierpnia 2019 r. o odwołaniu B. W. oraz w sprawie prokurenta, nie zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jak też zostały złożone już po terminie, Zamawiający wskazywał, że brak jest ustawowego obowiązku udzielania przez wykonawcę wyjaśnień w formie dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Okoliczność, że dokumenty potwierdzające wyjaśnienia udzielone w dniu 4 września 2019 r., zostały nadesłane przez

Konsorcjum mailowo w dniu 5 września 2019 r. nie dyskwalifikuje w żaden sposób udzielonych wyjaśnień.

Ad 10) Uzasadnienia (brak wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego).

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17) Prawa zamówień publicznych poprzez brak wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, a dotyczących uzasadnienia wniosku o przedłużenie terminu na złożenie dokumentów, co zdaniem Zamawiającego jest bezpodstawne.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17) Prawa zamówień publicznych, zamawiający wyklucza wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje

podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tymczasem wniosek o przesunięcie terminu złożenia dokumentów nie ma istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zamawiający niewątpliwie jest uprawniony do zmiany pierwotnie ustalonego przez siebie terminu na uzupełnienie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 Prawa zamówień publicznych, samodzielnie lub na wniosek zainteresowanego wykonawcy, jednakże do upływu wyznaczonego terminu.

Treści wniosku o przesunięcie terminu, a tym bardziej jego uzasadnienia nie można uznać za mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego chociażby z tego powodu, że ustawa w ogóle o nim nie wspomina. Tym samym Zamawiający ma pełną swobodę postępowania w przypadku złożenia takiego pisma. Może w szczególności na niego w ogóle nie odpowiedzieć/ uwzględnić w części lub uwzględnić na innej podstawie, niż wskazana we wniosku.

Ad 11) Uzasadnienia (zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu robót).

W ocenie Zamawiającego czynność badania i oceny ofert wykonana została prawidłowo. Ocena spełniania warunku dokonywana jest bowiem na podstawie oświadczenia wykonawcy (wykaz robót). Referencje przedstawiane przez wykonawcę składane są jedynie na potwierdzenie, że roboty wskazane w wykazie wykonane zostały w sposób należyty - referencja nie musi potwierdzać wszystkich wykonanych robót (por. wyrok KIO z 6 lipca 2017 r. (sygn. akt KIO 1216/17). Uwzględniając jednak określoną w art. 7 Prawa zamówień publicznych zasadę przejrzystości Zamawiający, dążąc do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej, postanowił uwzględnić odwołanie w tej części i wystąpić do wybranego wykonawcy (w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych) o wyjaśnienie, jaka jest wartość i zakres robót, które w ramach inwestycji „Zespół budynków wielomieszkańowych z parkingami podziemnymi oraz rewitalizacją przyległego terenu przy ul. Dereniowej ” wykonał ZAB-BUD A. Z. .

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum Erekta (dalej także: Przystępujący). Przystępujący nie wniósł sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w części.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły - wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego.

Odwołujący w pierwszej części odwołania wskazał podstawy prawne podnoszonych zarzutów (wymienione od 1 do 9), a następnie w uzasadnieniu podał podstawy faktyczne (od 1 do 11), bez ich powiązania ze sobą. W uzasadnieniu wyroku Izba przyporządkowała podstawy faktyczne do podstaw prawnych zarzutów, i odniosła się do nich, poczynając od zarzutu nieważności oferty, nieprawidłowości oświadczeń złożonych na formularzach JEDZ (ich daty, formy itd.), braku podstaw wykluczenia i niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Prawa zamówień publicznych w zw. art. 10a ust. 5 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 73 §

1 Kodeksu cywilnego oraz art. 104 Kodeksu cywilnego poprzez uznanie, iż oferta złożona

przez Konsorcjum Erektu jest ważna, w sytuacji, w której została ona złożona przez podmiot nieuprawniony w dniu składania ofert, co czyni ją nieważną z mocy prawa.

Odwołujący tak sformułowany zarzut opierał na tym, że pełnomocnictwo (uzupełnione na wezwanie Zamawiającego) było skanem pisemnego pełnomocnictwa, sporządzonego z datą składania ofert, a podpisanym kwalifikowanym podpisem elektronicznym z datą późniejszą. Odwołujący wywodził, że czynność prawna - złożenie oferty - jest nieważna, ponieważ forma pełnomocnictwa musi odpowiadać formie, wymaganej dla czynności prawnej.

Izba ustaliła, że Przystępujący przesłał Zamawiającemu, w postaci elektronicznej, skan pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej, podpisany elektronicznie podpisem kwalifikowanym. Zdaniem Odwołującego, takie pełnomocnictwo nie mogło upoważniać do złożenia oferty zgodnej z art. 10a ust. 5 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 10a ust. 5 Prawa zamówień publicznych, oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Kodeks cywilny wiąże rygor nieważności z niedochowaniem przepisanej formy, a nie postaci. Zgodnie z art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Przywołany przepis art. 10a ust. 5 Prawa zamówień publicznych nie wskazuje na formę oferty, ale jej „postać”.

Zgodnie z art. 78¹ § 1 Kodeksu cywilnego, do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W art. 10a ust. 5 Prawa zamówień publicznych ustawodawca nie wskazał jednak, że oferta musi zostać złożona w formie elektronicznej (tj. nie użył pojęcia prawnego, zdefiniowanego w Kodeksie cywilnym). Samo wskazanie na obowiązkową formę elektroniczną byłoby wystarczające, gdyby chodziło o zachowanie formy, o której mowa w art. 78¹ § 1 Kodeksu cywilnego. Tymczasem w art. 10a ust. 5 Prawa zamówień publicznych mowa o sporządzeniu oferty w określonej postaci. W konsekwencji dyskusyjne może być uznanie za niedopuszczalne złożenie oferty sporządzonej w postaci elektronicznej i opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej. Pomijając fakt, że forma pisemna jest równoważna formie elektronicznej (art. 78¹ § 2 Kodeksu cywilnego), to wydaje się, że ustawodawca wskazując na „postać”, w której należy sporządzić ofertę, kierował się tym, że ma być ona przekazana za pomocą środków komunikacji elektronicznej - a więc musi przybrać postać cyfrową. W świetle powyższego należy interpretować dokumenty składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mając na względzie również fakt, że elektroniczność miała ułatwić wykonawcom dostępność do zamówień publicznych, a nie go utrudnić. Dlatego skład orzekający zgadza się ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, w którym uwzględniono poglądy Ministerstwa Cyfryzacji oraz Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji, opublikowanym na stronie internetowej <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi>.

Zgodnie z przywołanym stanowiskiem, nie jest prawidłowe przeciwstawianie sobie pojęć dokumentu elektronicznego i elektronicznej kopii dokumentu: „Pierwsze z tych pojęć ma charakter techniczny i zostało zdefiniowane m.in. w ustawie o informatyzacji. Drugie z nich, ma charakter funkcjonalny, i nabiera znaczenia dopiero w ściśle określonym kontekście. Od strony technicznej, elektroniczna kopia dokumentu spełniająca przesłanki określone w art. 3 pkt 2 ustawy o informatyzacji, również stanowi dokument elektroniczny. (...) Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż nie każdy dokument elektroniczny, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiący odwzorowanie dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w postaci papierowej (np. skan w PDF), będzie uznany za elektroniczną kopię. Należy bowiem w każdym przypadku brać pod uwagę kontekst wystawienia i złożenia danego oświadczenia lub dokumentu (...) Odnosząc powyższe do kwestii oferty należy mieć na

względnie okoliczność, że stanowi ona oświadczenie woli. Zgodnie z art. 65 § 1 KC oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W perspektywie funkcjonalnej znaczenie będzie miało uwzględnienie kontekstu w jakim dochodzi do złożenia tego oświadczenia. Opatrując dokument elektroniczny kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisujący wyraża wolę wywołania określonych skutków prawnych to jest złożenia oferty. Zatem w przypadku zeskanowania oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną, a następnie opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu elektronicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, oznacza wolę złożenia oferty, nie zaś kopii oferty. W takich okolicznościach bez znaczenia będzie uprzednie opatrzenie oferty sporządzonej w postaci papierowej własnoręcznym podpisem.”.

Skoro oferta może być złożona w postaci skanu dokumentu pisemnego, podpisanego elektronicznie, to tym bardziej akceptowalne jest złożenie pełnomocnictwa w takiej postaci (a również - zobowiązania do udostępnienia zasobów, którego niedochowanie formy Odwołujący również zarzucał).

Należy również zauważyć, że osoba, która podpisała dany dokument, może, co do zasady, sporządzić dowolną ilość jego odpisów - każdy odpis będzie miał walor oryginału. Nie ma znaczenia, czy odpis zostanie sporządzony w postaci papierowej czy w postaci elektronicznej - jeżeli pełnomocnictwo zostało sporządzone w formie pisemnej, można sporządzić jego odpis w postaci elektronicznej, opatrzonej podpisem kwalifikowanym (a więc zgodnej z art. 10 a ust. 5 Prawa zamówień publicznych).

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Prawa zamówień publicznych w zw. art. 10a ust. 5 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 73 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 104 Kodeksu cywilnego.

Zarzut naruszenia art. 25a ust. 1 pkt 1) Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, że Konsorcjum Erektu oraz podmiot udostępniający zasoby - A. Z. złożyli aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formularzu JEDZ stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca oraz podmiot udostępniający zasoby nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzut opierał na tym, że data formularza JEDZ (i tym samym oświadczeń tam zawartych) była późniejsza, niż data składania ofert.

Izba ustaliła, że Przystępujący nie załączył do oferty formularzy JEDZ. Został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do ich uzupełnienia i formularze te uzupełnił.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 (tj. oświadczenia, w formie jednolitego dokumentu, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; spełnia kryteria selekcji), oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 (oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, brak podstaw wykluczenia), 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 udzielania 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.

Ustawodawca zatem wprost dopuszcza uzupełnienie formularza JEDZ na wezwanie Zamawiającego przez jego złożenie (a więc nowego dokumentu, wcześniej niezalążonego do oferty). Sam Odwołujący w odwołaniu zauważał, że z orzecznictwa Krajowej Izby

Odwoławczej wynika, że jeżeli data podpisana JEDZ w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest późniejsza niż data składania ofert, to oświadczenia zawarte w JEDZ potwierdzają stan na dzień składania ofert.

Skład orzekający podziela ten pogląd. Skoro można złożyć nowy dokument, to może mieć on datę na dzień jego uzupełnienia. Nie ma wątpliwości, że wykonawca powinien, od momentu złożenia oferty do wyboru oferty najkorzystniejszej, spełniać warunki udziału w postępowaniu i nie podlegać wykluczeniu. Jeżeli oświadczenie w tym zakresie zostało złożone później, niż w dacie składania ofert (w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego), to należy przyjąć, że obejmuje ono również czas od złożenia oferty do złożenia oświadczenia - Izba nie ma wątpliwości, że taki jest sens i cel składania takiego oświadczenia. W sytuacji, jeżeli Odwołujący twierdziłby, że Przystępujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu w czasie pomiędzy złożeniem oferty, a złożeniem oświadczenia, musiałby to udowodnić.

W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu.

Zarzut naruszenia art. 22a ust. 2 Prawa zamówień publicznych w związku z § 14 ust.

2) Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów oraz w zw. z § 5 ust. 2 Rozporządzenia

w sprawie środków komunikacji elektronicznej poprzez uznanie, iż zobowiązanie A. Z. do

udostępnienia zasobów zostało złożone w prawidłowej formie jak również poprzez uznanie,

iż na dzień składania ofert Konsorcjum Erektu spełniło warunki udziału w postępowaniu w

zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia powołując się na zasoby A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ZAB-BUD” A. Z.; zarzut naruszenia art. 22a ust. 4 Prawa zamówień publicznych w związku z §9 ust. 1 pkt 1) - 4)

Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez uznanie, iż Konsorcjum Erektu

przedkładając zobowiązanie A. Z. wykazało, iż spełniło warunki udziału w postępowaniu w

zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia, powołując się na zasoby A. Z., a w konsekwencji powyższych zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) Prawa zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie

wykluczenia z postępowania przetargowego Konsorcjum Erektu, pomimo braku wykazania

się przez ten podmiot, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnienia warunki udziału

w postępowaniu oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie formy zobowiązania, które zostało złożone w postaci skanu dokumentu pisemnego, podpisanego elektronicznie - to w ocenie składu orzekającego forma taka jest dopuszczalna (aktualne jest przedstawione wyżej stanowisko co do formy innych dokumentów składanych w postępowaniu).

Odwołujący w odwołaniu wskazywał także, że nie doszło do realnego udostępnienia zasobów, a podmiot trzeci powinien wykonać zamówienie jako podwykonawca.

Tak sformułowany zarzut jest nieuzasadniony - w treści zobowiązania wyraźnie i jednoznacznie wskazano, że strony (wykonawcę i podmiot trzeci) łączy „umowa o podwykonawstwo”. Wobec tego nie może być wątpliwości, że podmiot trzeci będzie podwykonawcą Konsorcjum Erektu. W konsekwencji Izba oddaliła zarzuty odwołania w tym zakresie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 14 Prawa zamówień publicznych poprzez

zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, mimo niewykazania braku podstaw

do wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień

publicznych, tj. nieprzedstawienia w terminie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pani B. W..

Odwolujący bardzo obszernie opisuje w uzasadnieniu odwołania wszystkie wydarzenia, które miały miejsce w ramach uzupełnienia dokumentów przez Konsorcjum Erekta. Z całokształtu wywodów Odwołującego można powziąć konkluzję, że Odwołujący opiera zarzut odnośnie nieprzedłożenia aktualnej informacji z KRK na dwóch podstawach: po pierwsze, zdaniem Odwołującego, mimo rezygnacji członka zarządu, wykonawca powinien posiadać aktualną informację z KRK, dotyczącą tego członka zarządu, po drugie, Konsorcjum Erekta zdaniem Odwołującego, nie wykazało, że członek zarządu złożył rezygnację, a dodatkowo, wykazanie tej okoliczności powinno nastąpić w postaci, o której mowa w art. 10 a ust. 5 Prawa zamówień publicznych. Odnosząc się do tak uzasadnionych zarzutów, Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych, z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu prawomocnie skazano za przestępstwo, wymienione w pkt 13 tego artykułu. Ustawa zatem jednoznacznie wskazuje na „urzędującego członka organu”, a więc wymóg wykazania niekaralności nie dotyczy członka organu, który złożył rezygnację. Jeżeli na dzień uzupełnienia dokumentów członek zarządu złożył rezygnację, nie ma podstaw do oczekiwania, że wykonawca złoży wówczas informację z KRK dotyczącą tej osoby. Wbrew argumentacji Odwołującego, nie pozwala to na dowolną wymianę członków zarządu w trakcie postępowania, jeżeli zostaną prawomocnie skazani - wykonawca ma nie podlegać wykluczeniu przez cały okres od momentu złożenia oferty. Wykonawca składa oświadczenie, że spełnia warunki udziału i nie podlega wykluczeniu przez cały okres związania ofertą, od momentu jej złożenia.

Odwolujący zarzut nieprzedłożenia informacji z KRK dla Pani W. opierał również na tym, że nie złożyła ona skutecznej rezygnacji z funkcji członka zarządu. W odwołaniu bardzo dokładnie analizował dokument rezygnacji, dopatrywał się jego nieważności czy nieprawdziwości, wskazując m.in. na „długą cienką czerwoną linię”, znajdującą się na dokumencie. Natomiast na rozprawie oświadczył, że udał się do Krajowego Rejestru Sądowego, gdzie uzyskał dostęp do akt rejestrowych, w których znajduje się rezygnacja Pani W. z funkcji członka zarządu. Zrobił fotokopię rezygnacji i przedłożył na rozprawie.

Izba stwierdziła, że skoro Pani W. skutecznie złożyła rezygnację z funkcji członka zarządu (co ostatecznie przyznał sam Odwołujący na rozprawie, składając do akt postępowania odwoławczego jej rezygnację), to złożenie dotyczącej jej informacji z KRK nie było konieczne. Jak wyżej wskazano, informacja z KRK ma dotyczyć „urzędującego członka zarządu” (art. 24 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych). Na dzień uzupełnienia dokumentów Pani W. nie była członkiem zarządu. Wykonawca złożył oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu - obejmuje ono wszystkie podstawy wykluczenia, w tym art. 24 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych.

Odwolujący mógłby podważyć to oświadczenie, np. wykazując, że osoba, która zrezygnowała z funkcji członka zarządu po złożeniu oferty, była karana. Możliwe, że niejako wyprzedzając, aby uniknąć takiej argumentacji, Przystępujący złożył do akt postępowania informację z KRK Pani W. - nie ma więc znaczenia, że została ona złożona po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu.

Okoliczność, że Przystępujący przekazał Zamawiającemu informację z KRK, dotyczącą Pani W., po upływie wyznaczonego terminu, również była szeroko podnoszona przez Odwołującego. W ocenie składu orzekającego złożenie tego dokumentu po terminie w świetle wcześniej opisanych okoliczności (rezygnacji Pani W.) nie ma znaczenia. Tenże dokument zostać uznany jako wyprzedzające wyjaśnienia, wskazujące, że zmiana członków zarządu nie była związana z tym, że ktoś był karany/nie było możliwe uzyskanie dla niego zaświadczenia z KRK. Nie ma również znaczenia w ocenie Izby forma złożenia wyjaśnień - wymóg, aby rezygnacja członka zarządu (i wyjaśnienia w tym zakresie) była przedłożona Zamawiającemu w postaci zgodnej z art. 10a ust. 5 Prawa zamówień publicznych jest nieuzasadniony.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzuty odnoszące się do braku przedłożenia informacji

z KRK.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) Prawa zamówień publicznych poprzez brak

wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na przedstawienie przez wykonawcę

informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, które to działanie miało charakter zamierzonego działania lub lekkomyślności, a polegających na złożeniu wniosku o przedłużenie terminu do uzupełnienia w sytuacji, w której wykonawca dysponował już wszystkimi dokumentami przed datą wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na ich uzupełnienie.

Odwołujący na rozprawie zauważał, że tak sformułowany zarzut mógłby być uznany za irracjonalny, gdyby nie pozostałe zarzuty - pozostałe okoliczności jego zdaniem wskazują, że działania Przystępującego były celowe.

Tak postawiony zarzut nie zasługuje w ocenie składu orzekającego na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych, wykonawca podlega wykluczeniu, jeżeli w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wniosek o przedłużenie terminu do złożenia dokumentów, w ocenie składu orzekającego, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie należy do kategorii „informacji, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego”. Sama okoliczność, że wykonawca posiadał już odpowiednie dokumenty, a jednak wnioskował o przedłużenie terminu do ich złożenia nie świadczy przeciwko wykonawcy - mógł analizować ich przydatność, kompletność, itp. Przedłużenie terminu do złożenia dokumentów nie miało znaczenia dla Zamawiającego (na rozprawie oświadczył, że i tak czekał na wydanie promesy bankowej, przed otrzymaniem której nie chciał dokonywać wyboru oferty najkorzystniejszej). Zatem nie można się dopatrzeć w działaniu wykonawcy żadnego uchybienia, ani „celowości”, na którą wskazywał Odwołujący. Odwołujący przy tym nie wskazywał, jaki inny cel, oprócz przedłużenia terminu, miałby przyświecać Przystępującemu przy składaniu wniosku o przedłużenie terminu do złożenia dokumentów. Dlatego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Odwołujący w zdecydowanie nadmierny sposób dopatruje się ukrytych motywów działania czy to Przystępującego, czy to Zamawiającego (nie precyzuje zresztą, na czym miałyby polegać i do czego prowadzić). Odwołujący na rozprawie szczegółowo omawiał kolejne pouczenia kierowane w pismach adresowanych do Przystępującego, wskazując, że każde było innej treści. W ocenie składu orzekającego trudno jednak dopatrywać się jakiegokolwiek uchybienia w tym, że pouczenie znajdujące się w piśmie było skorelowane z treścią tego pisma.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16) Prawa zamówień publicznych w związku z § 2

ust. 1 pkt 3) rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może

żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca

2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) poprzez brak wykluczenia wykonawcy z postępowania

z uwagi na zamierzone wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu

informacji, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a polegające na posłużeniu się tymi samymi środkami finansowymi znajdującymi się na koncie bankowym w Santander Bank Polska S.A. w celu potwierdzenia wysokości posiadanych środków finansowych, a w przypadku nieuznania przez Krajową Izbę Odwoławczą tak sformułowanego zarzutu -

naruszenie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych oraz art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych polegające na braku wyjaśnienia wątpliwości w zakresie posiadanych środków

finansowych oraz braku wezwania wykonawcy do przedłożenia jednoznacznego dokumentu potwierdzającego posiadanie określonych środków finansowych na określony dzień.

Zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych oraz art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, polegający na zaniechaniu wyjaśnienia wątpliwości w zakresie posiadanych środków finansowych oraz braku wezwania Przystępującego do przedłożenia jednoznacznego dokumentu potwierdzającego posiadanie określonych środków finansowych na określony dzień. Od uwzględnienia nie wniesiono sprzeciwu. Należy podkreślić, że Zamawiający, uwzględniając zarzuty odwołania w części, zapowiedział realizację żądań, postawionych w odwołaniu zgodnie z ich treścią, podaną w odwołaniu. Późniejsza próba modyfikacji żądania na rozprawie nie może mieć wpływu ani na zakres uwzględnionego zarzutu, ani na zakres czynności wykonanych zgodnie z żądaniem odwołania.

Odnosząc się do zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 16) Prawa zamówień publicznych w związku z § 2 ust. 1 pkt 3) Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez brak wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na zamierzone wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, Izba nie znalazła podstaw do jego uwzględnienia.

Zgodnie z 24 ust. 1 pkt 16) Prawa zamówień publicznych, z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Należy zauważyć, że jeżeli Odwołujący podnosi zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych, a równocześnie, jako zarzut ewentualny podnosi zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych, to już sama konstrukcja zarzutu wskazuje na to, że hipotetyczne naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 musi być uznane co najmniej na przedwczesne na tym etapie postępowania odwoławczego. W konsekwencji Izba nie mogła się dopatrzyć naruszenia 24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych i zarzut w tym zakresie oddaliła.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Erektu do wyjaśnienia w zakresie złożonego wykazu robót został uwzględniony przez Zamawiającego; nie wniesiono sprzeciwu.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, stosowanym odpowiednio, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów i braku sprzeciwu w tym zakresie, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń Prawa zamówień publicznych, podnoszonych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

Przewodniczący: