Sygn. akt KIO 3471/20

WYROK
z dnia 28 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 stycznia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **IBG Instalbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**
w Rzeszowie, ul. BoyaŻeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszóww postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Zbrosławice, ul. Oświęcimska 2, 42-674 Zbrosławice**
przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane „Moduł" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorlicach, ul. Stróżówka 67, 38300 Gorlice**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

#x200e2 . Kosztami postępowania obciąża odwołującego **IBG Instalbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. BoyaŻeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów** i:

2.1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **IBG Instalbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. BoyaŻeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania;

2.2)zasądza od odwołującego **IBG Instalbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. BoyaŻeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów**na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275, 2320)
w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 3471/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Zbrosławice, ul. Oświęcimska 2, 42-674Zbrosławice wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Przebudowa oczyszczalni ścieków w Przezchlebiu – etap I«.

27.11.2019 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 628924N2019.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

23.12.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „Moduł" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Gorlicach, ul. Stróżówka 67, 38300 Gorlice (dalej wykonawca M).

28.12.2020 r. IBG Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, ul. BoyaŻeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów (dalej odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 6 i art. 26 ust. 3 Pzp przez zastosowanie, podczas gdy:
   a)zamawiający powtórnie 24.11.2020 r. wezwał wykonawcę M w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia w zakresie doświadczenia (zdolności technicznej) z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, pomimo tego, że 9.10.2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę M do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia w zakresie doświadczenia (zdolności technicznej), co stanowi o złamaniu przez zamawiającego reguły jednokrotności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp,
   b)zamawiający powtórnie wezwał 24.11.2020 r. w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego, wraz ze wskazaniem na możliwość zastąpienia na tym etapie postępowania zgłoszonego pierwotnie w ofercie podmiotu trzeciego – nie spełniającego warunku udziału w postępowaniu – innym podmiotem, nastąpiło to wbrew literalnemu brzmieniu art. 63 ust. 1 zdanie czwarte Dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z zasadami prawa wspólnotowego wykładnia art. 22a ust. 6 Pzp powinna być dokonywana z uwzględnieniem pierwszeństwa stosowania odpowiedniego przepisu dyrektywy i w konsekwencji ograniczona do możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego przez wykonawcę, pod warunkiem wykazania, że spełnia on wymagane przez zamawiającego zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną,
   c)zamawiający zwrócił się do tego samego wykonawcy M w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art.22a ust. 6 Pzp z żądaniem zastąpienia podmiotu trzeciego pierwotnie wskazanego w ofercie innym podmiotem albo do zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia, podczas gdy wykonawca M podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp;
2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp przez powtórne, czwarte wezwanie (24.11.2020 r.) wykonawcy M do wyjaśnienia tej samej okoliczności (mającej przełożenie na kryterium oceny ofert) to jest dodatkowego doświadczenia projektanta automatyki, osoby M. H., podczas gdy wykonawca M podlegał wykluczeniu na

podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;

3)art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez niezastosowanie, pomimo zaistnienia podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia wykonawcy M –

z udziału w postępowaniu i tym samym uznania jego oferty za odrzuconą, wobec wprowadzenia zamawiającego w błąd wskutek przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd, mających w tej sprawie istotny wpływ na decyzje zamawiającego dokonane w trakcie czynności oceny ofert wyrażające się w sklasyfikowaniu oferty jako najkorzystniejszej wg ustalonego kryterium oceny ofert;

4) art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy M w wyniku przyznania wykonawcy M maksymalnej liczby punktów w kryterium doświadczenia projektanta automatyki, podczas gdy wykonawca M nie wykazał zgodnie z postanowieniem SIWZ pkt 13.2.4 dodatkowego doświadczenia projektanta automatyka, bo wskazana osoba nie wykonała samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego – osoba wymieniona co najmniej w treści projektu, w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 3 (trzy) dokumentacje projektowe w branży automatyki obejmującą zakresem m.in. nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych,

o przepustowości nie mniejszej niż 6 000 RLM, odebrane na podstawie protokołu odbioru końcowego;

5) art. 24 ust. 1 pkt 16, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez niezastosowanie, pomimo zaistnienia podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia wykonawcy M z udziału w postępowaniu i tym samym uznania jego oferty za odrzuconą, wobec wprowadzenia zamawiającego przez tego wykonawcę M w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu przez przedstawienie dokumentu poświadczającego nieprawdę, to jest zobowiązania podmiotu trzeciego *Przedsiębiorstwa UsługowoProdukcyjnoHandlowego „OTECH" z siedzibą w Gorlicach* że w dacie 28.09.2020 r. wykonawca M składający ofertę spełniał warunek w zakresie doświadczenia postawiony w SIWZ;

6)art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 Pzp przez niezastosowanie, pomimo zaistnienia podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia wykonawcy M z udziału w postępowaniu i tym samym uznania oferty wykonawcy M za odrzuconą, wobec nie wykazania przez wykonawcę M spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

7)art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie zastosowania, podczas gdy oferta wykonawcy M nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu;

8)art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie zastosowania, podczas gdy oferta wykonawcy M zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez wykonawcę M wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, za którą nie można wykonać pełnego zakresu przedmiotu zamówienia opisanego

w SIWZ oraz PFU, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa;

9)art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy M jako najkorzystniejszej wg ustalonego kryterium oceny ofert, pomimo że oferta wykonawcy M podlega odrzuceniu, a wykonawca M wykluczeniu z udziału

w dalszym postępowaniu;

10)art. 192 ust. 2 Pzp przez uniemożliwienie Izbie pełnej kontroli instancyjnej w sprawie KIO 2948/20 naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania w tej sprawie przez unieważnienie przez zamawiającego czynności wyboru tej samej oferty jako najkorzystniejszej po wniesieniu odwołania przez odwołującego, a przed rozpoznaniem odwołania przez Izbę (na rozprawie 26.11.2020 r.), nadto ukrycia dokumentu wezwania z 24.11.2020 r. przez nie załączenie tego dokumentu do dokumentacji postępowania do czasu rozpoznania przez Izbę odwołania w sprawie KIO 2948/20 na rozprawie 26.11.2020 r. czym zamawiający uniemożliwił Izbie ustalenie rzeczywistego i pełnego stanu faktycznego w kontekście złożonej odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, w której zamawiający nie uwzględnił żadnego z zarzutów odwołania, podczas gdy z treści pisma skierowanego 24.11.2020 r. do wykonawcy M zamawiający podzielił zarzuty odwołania, lecz uniemożliwił Izbie ocenę prawidłowości i zgodności z ustawą dokonanych czynności oraz czynności zaniechanych.

Odwołujący wniósł o:

1)załączenie do postępowania akt sprawy o sygn. akt KIO 2948/20 celem przeprowadzenia dowodu z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie, protokołu rozprawy wraz ze złożonymi na rozprawie dowodami oraz uzasadnienia wyroku Izby z 1 grudnia 2020 r. na okoliczności wskazane w treści odwołania;

2)wezwanie w charakterze świadków: T. D., D. W., wezwania na adres Przedsiębiorstwa UsługowoProdukcyjnoHandlowego „OTECH" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorlicach, na okoliczność sporządzenia dokumentów w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego oraz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu;

3)uwzględnienie odwołania;

4)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

5)nakazanie zamawiającemu dokonania zaniechanych czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy M i odrzucenia oferty;

6)nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego;

7)zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wg norm prawem przepisanych.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący podkreśla, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego 23.12.2020 r. o 19:55, a zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp, zostało przesłane drogą poczty elektronicznej do odwołującego o 20:05, odczytane zostało przez odwołującego 24.12.2020 r., co w zamyśle zamawiającego miało odnieść skutek faktycznego skrócenia terminu wykonawcom biorącym udział w przetargu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej z uwagi na okres świąteczny, bo opublikowanie informacji na stronie internetowej zgodnie z art. 92 ust. 2 Pzp i przesłanie zawiadomienia do wykonawców zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp nastąpiło w nocy 23.12.2020 r., poza godzinami pracy zarówno zamawiającego jak również odwołującego i pozostałych wykonawców biorących udział w przetargu. Odwołujący wskazuje na tę okoliczność jako przykład, kolejny u tego zamawiającego (*vide*: postępowanie w sprawie KIO 2948/20), zachowania nielojalnego wobec wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które nie powinno nie pozostać zauważone przez Izbę.

Odwołanie od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego zostaje złożone w terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 2 Pzp.

Odwołujący legitymuje się interesem do wniesienia środka ochrony prawnej, bo kwestionowane czynności zamawiającego naruszają słuszny interes odwołującego w ubieganiu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie podlega wykluczeniu udziału w postępowaniu i złożył ważną ofertę odpowiadającą treści SIWZ, dlatego jego oferta powinna podlegać ocenie i zostać uznana za najkorzystniejszą wg ustalonego w SIWZ kryterium oceny ofert. Podczas gdy, wykonawca M powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona z przyczyn wskazanych w odwołaniu.

Kopię odwołania, na podstawie art. 180 ust. 5 Pzp, przekazano zamawiającemu 28.12.2020 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres wskazany w Ogłoszeniu.

Naruszenie ww. przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych ma istotny wpływ
w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp na wynik postępowania, ponieważ nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie odwołującego

Pismem z 23.12.2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyniku postępowania, klasyfikacji ofert i dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy M, która otrzymała najwyższą ocenę we wszystkich określonych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, w tym cena 11 439 000,00 zł (max 60 pkt) oraz dodatkowe doświadczenie osoby Projektanta automatyka wyznaczonego do realizacji zamówienia – 3 dokumentacje projektowe wykonane samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego w branży automatyki obejmujące zakresem co najmniej nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 6000 RLM (max 10 pkt). Zamawiający nie dokonał wykluczenia wykonawcy M z udziału w postępowaniu pomimo niespełnienia przez wykonawcę M postawionego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (zdolności technicznej).

Odwołujący wskazał, niezgodne z przepisami ustawy Pzp ponowne wezwanie pismem
z 24.11.2020 r. wykonawcy M na podstawie art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 Pzp do uzupełnienia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia i celem wykazania spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej do realizacji zamówienia.

Pismem z 9.10.2020 r. zamawiający wzywał już raz wykonawcę M do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Na wezwanie zamawiającego wykonawca M pismem z 15.10.2002 r. przedstawił ponownie zobowiązanie tego samego podmiotu, który pierwotnie wskazał w ofercie, mimo że podmiot ten nie spełniał postawionego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wykonawca M nie przedstawił wówczas zobowiązania innego podmiotu trzeciego, to jest Przedsiębiorstwa UsługowoProdukcyjnoHandlowego „OTECH" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Gorlicach, którym rzekomo miał wówczas dysponować.

W zakresie warunku wiedzy i doświadczenia

Zamawiający określił ten warunek w pkt 6.2.3.1 SIWZw ten sposób, że wykonawca powinien wykazać spełnienie warunku minimalnego poziomu zdolności technicznej lub zawodowej, za który zostanie uznany:

„...nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotę budowlaną o złożoności porównywalnej z zakresem […] zamówienia, tj. polegającą na budowie lub rozbudowie lub przebudowie oczyszczalni ścieków komunalnych wraz z jej wyposażeniem technologicznym o przepustowości nie mniejszej niż 6 000 RLM, które zostały odebrane protokołem częściowym lub końcowym.

UWAGI:

1. Pojęcia: budowa, rozbudowa lub przebudowa należy rozumieć zgodnie z przepisami Prawa budowlanego.

2. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub korzystania z zasobów podmiotów trzecich na podstawie art. 22a Pzp minimum jeden wykonawca lub jeden podmiot udostępniający zasoby musi posiadać pełne doświadczenie wskazane w warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający tym samym nie dopuszcza sumowania [łączenia potencjału] w zakresie tego warunku udziału w postępowaniu, gdyż wypaczałoby to cel, który powinien zostać osiągnięty przez tak postawiony warunek.

3. W przypadku, gdy wykonawca nabył wymagane doświadczenie przy realizacji zamówienia jako członek konsorcjum, to powinien wykazać swój czynny i faktyczny udział
w realizacji referencyjnego przedsięwzięcia, odpowiadający zakresowi, który został określony przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

4. Jeżeli zakres robót przedstawionych w dokumencie złożonym na potwierdzenie, że roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone jest szerszy od powyżej określonego przez zamawiającego należy w wykazie robót budowlanych podać zakres robót odpowiadających zakresowi warunku.

5. W przypadku, gdy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów przy wykazaniu spełniania warunku doświadczenia, zobowiązany jest wykazać ze podmioty te zrealizują roboty budowlane do realizacji których te zdolności są wymagane".

9.10.2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę M do uzupełnienia dokumentów, w tym „Wykazu robót budowlanych". Wykonawca M 15.10.2020 r. (pismo Nr/FW/185/2020) złożył dokumenty między innymi: Załącznik nr 4 „Wykaz robót budowlanych" wraz z „Świadectwem przejęcia robót" i referencjami, z których wynika, że na spełnienie ww. warunku wykonawca M korzysta w całości z doświadczenia zgłoszonego w ofercie podwykonawcy firmy Zakład Budownictwa Ogólnego „MODUŁ" B. G. (dalej podmiot MBG)Załączone dowody (Świadectwo przejęcia robót oraz referencje) zgodnie z SIWZ miały potwierdzać, że w przypadku wykonawcy korzystającego z zasobów podmiotów trzecich na podstawie art. 22a Pzp minimum jeden podmiot udostępniający zasoby musi posiadać pełne doświadczenie wskazane w warunku udziału w postępowaniu.

Warunek ten nie został spełniony. Jak wynika z załączonych przez wykonawcę M dokumentów podmiot MBG w żadnej ze wskazanych prac nie była liderem konsorcjum realizującego zadania ani nie realizowała całości zmówienia.

W pierwszym z wymienionych w „Wykazie robót budowlanych" zadań tj. „Rozbudowa oczyszczalni ścieków w Dobczycach", którego wartość wynosiła 18 954 410,00 zł netto podmiot MBG realizował jako Partner konsorcjum roboty za kwotę 10 510 105,09 zł brutto (8 544 800,89 zł netto) co stanowi 45% zamówienia. Natomiast, w drugiej z

wymienionych
w „Wykazie robót budowlanych” inwestycji, tj. „Rozbudowa i modernizacja systemu gospodarki wodno-ściekowej w gminie Siechnice – modernizacja oczyszczalni ścieków
w Siechnicach”, podmiot MBG, był Partnerem konsorcjum P.T.H.U. HYDRO-MARKO, zrealizował roboty za 5 294 794,35 zł brutto co stanowi 22,6% całkowitej wartości robot wynoszącej 23 357 700 zł brutto.

Jednocześnie, na złożone dokumenty w postaci Świadectwa Przejęcia Robót nie potwierdziły zakresu robót wykonanych przez podmiot MBG w ramach tych inwestycji.

Na podstawie załączonych przez wykonawcę M dokumentów bezspornie można było stwierdzić wyłącznie tyle, że podmiot MBG nie zrealizował całości zmówienia, a co za tym idzie nie posiada doświadczenia wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca M, który złożył ofertę samodzielnie nie posiada wymaganej wiedzy oraz doświadczenia do wykonania przedmiotu zmówienia, lecz w całości korzysta z potencjału podmiotu trzeciego MBG. W takim przypadku wskazany podwykonawca powinien realizować całość zamówienia w zakresie robót budowlanych polegających na budowie (lub rozbudowie lub przebudowie) oczyszczalni ścieków komunalnych wraz z jej wyposażeniem technologicznym o przepustowości nie mniejszej niż 6 000 RLM, a nie tylko część tych robót, co wynika literalnie ze złożonego przez podmiot trzeci MBG zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Z treści oferty i załączonych dokumentów wynikało zatem bezspornie, że podmiot MBG nie będzie realizował całości zmówienia w zakresie robót budowlanych, wynikiem czego wykonawca M nie wykazał spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt 6.2.3.1 SIWZ.

W wyjaśnieniach udzielonych przy piśmie z 15.10.2020 r. wykonawca M ponownie oświadczył, że wskazany przez niego podmiot trzeci MBG spełnia warunek udziału w postępowaniu i udostępni na czas realizacji zamówienia swój potencjał.

Pomimo złożonych wyjaśnień i uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, zamawiający ponownie wezwał wykonawcę M na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (po złożeniu odwołania i w trakcie toczącego się postępowania odwoławczego) pismem z 24.11.2020 r. do uzupełnienia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego lub przez zastąpienie wskazanego podmiotu innym podmiotem spełniającym warunek udziału w postępowaniu.
W odpowiedzi wykonawca M zastąpił pierwotnie wskazany podmiot trzeci innym podmiotem, czym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przede wszystkim, zgodnie z utrwaloną praktyką i linią orzeczniczą zamawiający złamał regułę jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Treść przepisu art. 22a ust. 6 Pzp nie stanowi odrębnej podstawy do kolejnego wezwania o uzupełnienie tego samego dokumentu (*vide*: KIO 941/18 – wyrok KIO z 1 czerwca 2018 r., KIO 2073/17 wyrok KIO z 18 października 2017 r.).

Ponadto, niezgodnie z prawem unijnym zamawiający posłużył się art. 22a ust. 6 Pzp umożliwiając wykonawcy M zastąpienie wcześniej wskazanego podmiotu trzeciego MBG innym podmiotem, pomimo że wykonawca M nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z przepisem art. 22a ust. 6 Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasób nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże (samodzielnie) wymagane przez zamawiającego zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną.

Zamawiający nie był w prawie dokonując wezwania 24.11.2020 r. do zastąpienia wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego innym podmiotem spełniającym warunek udziału w postępowaniu, nie był uprawniony do przełamania reguły jednokrotnego wezwania do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, zaś wykonawca M wezwany nie mógł skutecznie zastąpić tego podmiotu innym podmiotem, co uczynił przy piśmie z 4.12.2020 r.
w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Wykonawca M dopuścił się również poświadczenia nieprawdy w dokumencie zobowiązania podmiotu trzeciego oraz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego przedstawiając przy piśmie z 4.12.2020 r. antydatowane zobowiązanie i oświadczenie podmiotu trzeciego oraz składając niezgodne z prawdą oświadczenie o dysponowaniu zasobami tego podmiotu w dacie upływu terminu składania ofert.

Dowód: zeznania w charakterze świadków: T. D., D. W. na okoliczność sporządzenia dokumentów w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego oraz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (str. 17-20 wyjaśnień
z 4.12.2020 r.).

Wobec czego, na podstawie art. 24ust. 1 pkt 16 Pzp zamawiający powinien wykluczyć Wykonawcę M z udziału w postępowaniu.

Pismem z 24.11.2020 r. zamawiający ponownie, po raz czwarty w tym postępowaniu, wezwał wykonawcę M do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp treści oferty w zakresie czy wskazany do pełnienie funkcji projektanta automatyki p. M. H. był w zespole projektantów wykonujących projekt pn. „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków
w Kaczorach”, gdzie zamawiającym była Gmina Kaczory, ul. Dworcowa 2, 64-810 Kaczory.

W odpowiedzi z 4.12.2020 r. wykonawca M podtrzymał dotychczasowe twierdzenia, nie przedstawił jednak zgodnie z warunkami SIWZ, że wskazana przez niego osoba „wykonała (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego – osoba wymieniona co najmniej
w treści projektu) w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 3 (trzy) dokumentacje projektowe w branży automatyki obejmującą zakresem m.in. nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych, o przepustowości nie mniejszej niż 6 000 RLM, odebrane na podstawie protokołu odbioru końcowego. Wobec powyższego aktualnym jest zarzut złożenia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego mogących mieć istotny wpływ na podjęte decyzje w postępowaniu – art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.

Analiza oferty złożonej przez wykonawcę M oraz zawartych w niej informacji, wskazuje bezspornie, że wykonawca M na skutek niedbalstwa lub lekkomyślności przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, a mające przełożenie na ocenę oferty
i w konsekwencji przyznaną punktację w zakresie dodatkowego doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji

zamówienia na stanowisku Projektanta automatyka.

W załączniku nr 8 do SIWZw pkt 2 dotyczącym doświadczenia projektanta automatyki, wykonawca M wskazał M. H. i w tabeli zestawiającej doświadczenie zawodowe tej osoby wykazano trzy dokumentacje projektowe, w tym projekt: „Rozbudowa
#x200ei przebudowa oczyszczalni ścieków wKaczorach", gdzie zamawiającym była Gmina Kaczory, ul. Dworcowa 2, 64-810 Kaczory. Z analizy dokumentacji projektowej (dostępnej na stronie internetowej pod adresem: oraz) wynika tymczasem, że pan M. H. nie został wykazany jako członek zespołu projektowego na tym zadaniu ani w branży elektrycznej, ani w branży AKPiA.

Na powyższą okoliczność odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z akt postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2948/20w zakresie oświadczeń i dokumentów przedstawionych na rozprawie 26.11.2020 r. celem załączenia ich w poczet materiału dowodowego na okoliczność niewykazania przez wykonawcę M, że osoba pan M. H. był ujawniony w projekcie jako projektant automatyki w wymaganym zakresie.

Żadne oświadczenia osób trzecich nie mogą skutecznie substytuować wymogu wskazanego w SIWZ Zgodnie z treścią pkt 13.2.4 SIWZ dodatkowe doświadczenie projektanta automatyka, w tym kryterium dotyczącym dodatkowego doświadczenia Projektanta automatyka, można było uzyskać maksymalną liczbę punktów wykazując, że:

„wskazana osoba wykonała (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego – osoba wymieniona co najmniej w treści projektu) w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 3 (trzy) dokumentacje projektowe w branży automatyki obejmującą zakresem m.in. nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych, o przepustowości nie mniejszej niż 6 000 RLM, odebrane na podstawie protokołu odbioru końcowego – 10 pkt".

Zamawiający, u którego zrodziły się wątpliwości co do doświadczenia wskazanej osoby pismem z 22.10.2020 r. (PZP.271.22.2019) wezwał wykonawcę M do złożenia wyjaśnień przez wykazanie, że pan M. H. „(...wykonał samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego – osoba wymieniona co najmniej w treści projektu – dokumentację projektową w branży automatyki". Wykonawca M, w odpowiedzi na pismo zamawiającego nie wykazał, że pan M. H. został wymieniony co najmniej w treści projektu – dokumentacji projektowej w branży automatyki.

W to miejsce wykonawca M złożył jedynie oświadczenie podpisane przez pana M. B., który stwierdza w treści tego dokumentu prywatnego, że był „ówczesnym właścicielem Firmy Przedsiębiorstwo Inżynierii Sanitarnej „MEKOR" potwierdza tym samym, że p. M. H. był w zespole realizującym zadanie „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Kaczorach". Wykonawca M tym samym nie przedstawił dowodu na to, że informacje zawarte przez niego w Załączniku nr 8 dotyczące doświadczenia w projektowaniu automatyki przez p. M. H. są prawdziwe. Członek zespołu projektowego to bowiem osoba wymieniona w dokumentacji projektowej, na co zresztą wyraźnie w wezwaniu wskazał zamawiający. P. M. H. nie został wskazany w przedmiotowej dokumentacji projektowej.

W tym stanie faktycznym, wobec treści złożonych wyjaśnień oraz z uwagi na to, że informacje te miały istotny wpływ na wynik postępowania przetargowego, zamawiający powinien był wykluczyć z udziału w dalszym postępowaniu wykonawcę M.

Z przyczyn niezrozumiałych zamawiający zamiast wykluczyć tego wykonawcę M wezwał go ponowie pismem z 29.10.2020 r. (PZP.271.22.2019) do złożenia projektu, z którego będzie wynikać, że p. M. H. był członkiem zespołu projektowego wymienionym co najmniej w treści projektu w zadaniach wskazanych w Załączniku nr 8, po czym zamawiający ponownie wezwał do tego samego w piśmie z 24.11.2020 r.

W świetle ugruntowanych poglądów doktryny prawa i orzecznictwa odwołujący stwierdził, że wykonawca M wykazał się co najmniej niedbalstwem w przedstawieniu informacji co do doświadczenia osoby projektanta automatyki, o czym świadczy fakt, że na wezwanie zamawiającego nie przedstawił (i do tego dwukrotnie) informacji w formie wymaganej celem dowiedzenia, że wskazana osoba samodzielnie lub jako członek zespołu wykonała projekt zgodnie z wymaganiami pkt 13.2.4 SIWZ, co należy rozpatrywać w kategoriach popełnienia deliktu (złożenia informacji wprowadzających w błąd).

Mając powyższe na uwadze, zamawiający zaniechał podjęcia zgodnie z prawem decyzji wykluczenia wykonawcy M z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i uznania złożonej przez wykonawcę M oferty za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, czym naruszył przywołane przepisy ustawy Pzp przez ich niezastosowanie.

Odwołujący podtrzymuje nadto wszystkie pozostałe zarzuty z odwołania w sprawie KIO 2948/2020 z argumentacją jak w ww. odwołaniu oraz twierdzeniami i dowodami złożonymi na rozprawie przed Izbą 26.11.2020 r. czyniąc je swoimi i nadal aktualnymi w obecnym postępowaniu odwoławczym nie zachodzi potrzeba powielania ich szczegółowego uzasadnienia w treści odwołania, poza poniższym:

Zarzut RNC oferty; treść oferty nie odpowiada treści SIWZ

W toku czynności badania i oceny ofert wykonawca M był wezwany przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów na okoliczność, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską, bo cena brutto oferty jest niższa
o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Drugą w kolejności była oferta odwołującego z ceną 15 085 950.00 zł i jest to cena uwzględniająca pełny zakres zamówienia opisany PF-U i SIWZ oraz jest ceną realną za wykonanie przedmiotowego zadania.

Wykonawca M w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (PZP.271.22.2019
z 1.10.2020 r.) do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących:

1) uwzględnienia w ofercie całości zakresu zmówienia i ich kosztów

2) wyliczenia ceny lub kosztu

– złożył wyjaśnienia 6.10.2020 r. (nr/PW/176/2020), którymi nie wykazał jednak, że cena oferty nie jest rażąco niska, a załączone dowody nie potwierdziły prawidłowości poczynionych przez wykonawcę M wyliczeń i kalkulacji ceny oferty.

Nade wszystko złożone wyjaśnienia wskazują na to, że oferta wykonawcy M nie odpowiada treści SIWZ, bo nie uwzględnia pełnego zakres robót określonego dokumentacją PF-U.

Zakres robót, który powinien być przyjęty do wyceny ofert wynikał z PF-U (str. 25 do 39). Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny oferty potwierdzają, że nie został
w ofercie uwzględniony pełen zakres robót, na kwotę rzędu 1 315 516,24 zł (przy uwzględnieniu metodyki kalkulacji ceny oferty zastosowanej przez wykonawcę M, tj. 10% ryzyka i zysku na poziomie 12%):

1) komory stabilizacji tlenowej – mieszadła prętowe wraz z korytami odpływowymi (dostawa i montaż) 2 kpl.;

2) komory stabilizacji tlenowej – dekanter (dostawa i montaż) – 2 kpl.;

3) Spow – stacja powietrza i koagulantu – montaż dmuchaw i armatura na rurociągach wewn. budynku dmuchaw;

4) Spow – stacja powietrza i koagulantu – instalacja dozowania koagulantu PIX ze zbiornikiem;

5) Spow – stacja powietrza i koagulantu – rurociągi powietrza między stacją dmuchaw a projektowanym reaktorem;

6) RB – reaktor biologiczny – armatura i montaż na rurociągach technologicznych w obrębie reaktora;

7) ZR1, ZR2, RB – żurawik do obsługi mieszadeł 19 kpl.;

8) ZbOS, PS, KST1, KST2 – żurawik do obsługi pomp 4 kpl.;

9) PS – armatura i rurociągi w pompowni ścieków.

Nadto inne roboty określone w SIWZ, to jest:

10) ogrodzenia;

11) drogi;

12) instalacje techniczne;

13) geodezja;

14) geologia.

Wartość robót zakresu nie ujętego w ofercie wykonawcy M wynosi 1 078 292,00 zł.

Dowód: Tabela braków w wycenie wykonawcy M pozycje od 1 do 14, załącznik nr 5 do odwołania z 12.11.2020 r. w sprawie KIO 2948/20.

Reasumując, oferta wybrana wykonawcy M nie odpowiada treści SIWZ i jako taka powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nadto, złożone wyjaśnienia (wyliczenia) nie stanowią dowodu na to, że nawet elementy oferty uwzględnione w zakresie robót zostały należycie wycenione.

Wykonawca M posługując się ogólnikowymi stwierdzeniami oraz informacjami o swojej firmie przytoczył niektóre z wykonanych przez wykonawcę M robót mające sprawić wrażenie i stanowić jakoby dowód potwierdzający i uzasadniający prawidłowość wyliczenia ceny oferty za zakres zamówienia w tym postępowaniu. Tymczasem, informacje te nie są dowodem i nie potwierdzają prawidłowości wyliczenia:

– ceny zmówienia,

– kosztów poszczególnych elementów robót,

– nakładów i ilości pracy sprzętu oraz robocizny przyjętych do wyceny,

– całości zakresu robót objętego zamówieniem.

Wykonawca M w złożonych wyjaśnieniach posługuje się ogólnymi scalonymi cenami jednostkowymi, nie dającymi się obiektywnie zweryfikować pod względem poprawności przyjętych ilości i nakładów r-g, m-g, i tak na przykład:

1) wyjaśnienia na str. 4 pkt I Wariant A pkt 1 b: odpowiedź dotycząca wyliczenia robót ziemnych i ich wartości dla reaktora biologicznego, gdzie przyjęto cenę jednostkową dla robót ziemnych 15 zł/m3, podczas gdy nie wskazano:

– jaki sprzęt zostanie użyty do robót ziemnych (koparki, zagęszczarki, samochody, szalunki, sprzęt do odwodnienia wykopu),

– w jakiej ilości i czasie wykona prace,

– jakie elementy zawiera cena 15 zł/m3.

Wskazana kwota wynikowa 39 600 zł nie pokrywa kosztów realizacji robót ziemnych dla tego elementu robót;

2) wyliczenie kosztów inwestycji zostało oszacowane jako koszty wykonania robót na podstawie wskaźników procentowych do „analogicznych, realizowanych przez wykonawcę robót", oraz wyliczanie procentowych rezerw na inne nie określone roboty. Taka forma wyjaśnień nie może zostać uznana za dowód potwierdzający trafność przyjętych założeń przez wykonawcę M do wyliczenia kosztów realizacji poszczególnych robót, przykład: str. 5 pkt I Wariant A pkt 4 – dot. wyliczenia pracy sprzętu. Wykonawca M przyjął na poziomie 30% jako analogiczny do innych realizacji wskaźnikowy szacunek kosztów na dźwig i szalunki systemowe w odniesieniu do robocizny. W tym przypadku również nie ma obiektywnej możliwości zweryfikowania ilości i czasu pracy sprzętu. Podobnie, przyjęty wskaźnik 30%, a nie np. 40% lub 50%, również nie został przez wykonawcę M wyjaśniony.

Sam parametr ogólnej ceny jednostkowej lub wartości danego elementu robót, wyliczony na podstawie wskaźników innych robót, nie można obiektywnie uznać za wystarczający, aby mógł stanowić dowód na potwierdzenie prawidłowej wyceny zakresu robót.

Ponadto wykonawca M w wyjaśnieniach podaje dwa warianty wyceny robót, które mają potwierdzać wzajemnie realny poziom cen za poszczególne elementy przyjęte w ofercie oraz jej wartość całkowitą. Wariant A bazujący na pracy własnej oraz wariant B zakładający udział w robotach ziemnych i innych pracach podwykonawcy – firmy SPÓLNIK podczas gdy taki podwykonawca nie został zgłoszony w ofercie.

Wyjaśnienia wykonawcy M budzą zatem uzasadnione wątpliwości co do ich rzetelności oraz co do zdolności wykonawcy M do zrealizowania pełnego zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia.

Tym bardziej zatem ceną nierealną, za którą wzorcowy wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia jest taka cena, która *a priori* nie uwzględnia pełnego zakresu przedmiotu tego zamówienia, jak w rozpoznawanej sprawie.

Reasumując: wykonawca M nie wykazał zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ppz.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 28.12.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 29.12.2020 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

30.12.2020 r. wykonawca M złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego odwołującego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 25.01.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji

istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

1)odwołującego: dowód nr 1 – tabela wyceny elementów robót przez wykonawcę M z 6.10.2020 r. i tabelę braków wyceny w ofercie wykonawcy M;

2)przystępującego wykonawcę M: dowód nr 2 – oświadczenie z 7.01.2021 r. p. T. D. i p. D. W. (prezesa i wiceprezesa Przedsiębiorstwa UsługowoProdukcyjnoHandlowego „OTECH" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorlicach) odnośnie potwierdzenia złożenia właściwych oświadczeń o współpracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia z wykonawcą M w odpowiednim czasie czyli 22.09.2020 r.

Izba nie wzięła pod uwagę dowodu przywołanego przez zamawiającego – pisma z 8.02.2011 r. Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego skierowanego do wojewodów (ogólnodostępne w Internecie), w którym to piśmie Inspektor wskazał, że nie są koniecznie wymagane podpisy na projektach jako członka zespołu, a tylko projektantów głównych i branżowych. Izba nie wzięła pod uwagę tego dowodu, gdyż zamawiający nie złożył dokumentu w formie pisemnej, a jedynie powołał się na ten dokument w wypowiedzi ustnej do protokołu.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy – naruszenia [1] art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 6 i art. 26 ust. 3 Pzp przez niewłaściwe zastosowanie przepisów i wielokrotne żądanie od wykonawcy M wyjaśnień i uzupełnień oferty – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący sformułował zarzuty naruszenia art. 22a ust. 6 i art. 26 ust. 3 Pzp ze względu na wielokrotne żądanie od wykonawcy M do składania wyjaśnień lub uzupełniania oferty. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiający jest uprawniony do dokonywania takich czynności. Jedynie zamawiający nie powinien żądać wielokrotnie uzupełnienia oferty dotyczących tych samych okoliczności na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, co w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym nie zaistniało.

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający wezwał 9.10.2020 r. wykonawcę M, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego – Zakładu Budownictwa Budowlanego „Moduł" B. G. [dalej wykonawca BG], a następnie 24.11.2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę M w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp w zakresie nabytego doświadczenia przez podmiot trzeci wskazany przez wykonawcę M tj. wykonawcę BG.

W odpowiedzi wykonawca M wskazał, że wykonawca BG spełnia warunki udziału w postępowaniu, jednak w związku z wezwaniem wykonawca M dokonał zamiany podmiotu trzeciego na – Przedsiębiorstwo UsługowoProdukcyjnoHandlowe „OTECH" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorlicach [dalej wykonawca O] . Izba podkreśla, że pierwsze wezwanie zamawiającego dotyczyło wyjaśnienia treści zobowiązania podmiotu trzeciego [wykonawcy BG] i wykonawca M zgodnie z wezwaniem udzielił wyjaśnień doprecyzowując treść zobowiązania. Zaś drugie wezwanie dotyczyło doświadczenia wykonawcy BG, a więc oba wezwania dotyczą dwóch różnych okoliczności, czyli wezwania te były wystosowane bez naruszenia reguły jednokrotnego uprawnienia do wezwania do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, 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«.

Nadto Izba musi stwierdzić, że wskazanie poświadczenia nieprawdy przez wykonawcę M i wykonawcę O – przez antydatowanie oświadczenia zawierającego zobowiązanie w zakresie dysponowania podmiotem trzecim – nie zostało dowiedzione przez odwołującego.

Ze względu na poleganie przez odwołującego wyłącznie na argumentacji naruszenia art. 22a ust. 6 i art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie naruszenia zasady sformułowanej w art. 7 ust. 1 Pzp – brak potwierdzenia się naruszenia tych przepisów szczegółowych przez zamawiającego – Izba nie może przychylić się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Z tych względów Izba nie może się przychylić do całego zarzutu pierwszego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 6 i art. 26 ust. 3 Pzp.

W ocenie Izby zarzuty od drugiego do czwartego – naruszenia [2] art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp, [3] art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, [4] art. 91 ust. 1 Pzpodpowiednio [2] przez wielokrotne wezwanie wykonawcy M do wyjaśnienia tej samej okoliczności (mającej przełożenie na kryterium oceny ofert) to jest dodatkowego doświadczenia projektanta automatyki, osoby projektanta, zwłaszcza, że wykonawca M podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, [3] przez niezastosowanie, pomimo zaistnienia podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia wykonawcy M z udziału w postępowaniu i tym samym uznania jego oferty za odrzuconą, wobec wprowadzenia zamawiającego w błąd wskutek przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, mających w tej sprawie istotny wpływ na decyzje zamawiającego dokonane w trakcie czynności oceny ofert wyrażające się w sklasyfikowaniu oferty jako najkorzystniejszej wg ustalonego kryterium oceny ofert i [4] przez wybór oferty wykonawcy M w wyniku przyznania wykonawcy M maksymalnej liczby punktów w kryterium doświadczenia projektanta automatyki, podczas gdy wykonawca M nie wykazał zgodnie z postanowieniem pkt 13.2.4 SIWZdodatkowego doświadczenia projektanta automatyka, bo wskazana osoba nie wykonała samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego, w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 3 (trzech) dokumentacji projektowych w branży automatyki obejmujących zakresem m.in. nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych, o przepustowości nie mniejszej niż 6 000 RLM, odebranych na podstawie protokołu odbioru końcowego – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiający jest uprawniony do dokonywania wzywania do wyjaśnień na podstawie kilku przepisów ustawy Pzp, z których zwłaszcza zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp zamawiający może żądać wyjaśnień wielokrotnie, aż do rozwiania wątpliwości. Jedynie zamawiający nie powinien wzywać wielokrotnie uzupełnień, poprawień lub wyjaśnień oferty dotyczących tych samych okoliczności na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

W rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym zamawiający w pkt 13.2.4 SIWZstwierdził, że »Jeżeli wskazana osoba wykonała [samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego – osoba wymieniona co najmniej w treści projektu] w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 3 [trzy] dokumentacje projektowe w branży

automatyki, obejmującą zakresem m.in. nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej, niż 6 000 RLM, odebrane na podstawie protokołu odbioru końcowego – 10 pkt«. Jednak należy podkreślić, że zamawiający, zgodnie z zał. nr 8 do SIWZ »Opis dodatkowego doświadczenia osób wyznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia« wymagał tylko oświadczenia wykonawcy bez dodatkowego dokumentowania tych okoliczności. Wykonawca M przewidział do wykonania zamówienia pana M. H i wykonawca M oświadczył na formularzu zał. 8 do SIWZ, że pan M. H posiada doświadczenie w realizacji 3 projektów, czyli doświadczenie uprawniające do przyznania ofercie wykonawcy M maksymalnej liczby 10 punktów w kryterium doświadczenie. Izba stwierdza, że zamawiający jest (i był) uprawniony do wielokrotnego żądania od wykonawcy (w rozpoznawanym przypadku od wykonawcy M) wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, aż do rozwiania każdej wątpliwości, chociaż zamawiającemu nie wolno prowadzić negocjacji z wykonawcą ani dokonywania jakiejkolwiek zmiany treści oferty, co wynika z art. 87 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »W toku badania
i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści«. Dlatego Izba nie odnajduje w zachowaniu zamawiającego naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, szczególnie, że wykonawca M na każde żądanie zamawiającego – wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp – udzielał wyczerpujących wyjaśnień, z których wynikało, że pan M. H posiadał właściwe doświadczenie, aby przyznać ofercie wykonawcy M maksymalną liczbę punktów (10 pkt) w kryterium doświadczenie zgodnie z przytoczonymi postanowieniami SIWZ. Zamawiający przyznając maksymalną liczbę punktów wykonawcy M uznał zwłaszcza oświadczenie pana M. B – pracodawcy pana M. H w okresie nabywania kwestionowanego doświadczenia przez pana Marcina H, w którym to oświadczeniu pan M. B potwierdził wykonanie odpowiednich czynności do uzyskania przez ofertę wykonawcy M maksymalnej liczby punktów w kryterium doświadczenie. Izba podkreśla, że zamawiający w SIWZ nie wskazał jakiegokolwiek zamkniętego katalogu dokumentów czy sytuacji, które uprawniałyby wykonawcę do ubiegania się o przyznanie punktów w kryterium doświadczenie. Zgodnie
z postanowieniem 13.2.4 SIWZ „osoba wymieniona co najmniej w treści projektu" oznacza, że projekt nie musi być jedynym dokumentem, który będzie brany pod uwagę przez zamawiającego w trakcie przyznawania odpowiedniej liczby punktów w kryterium doświadczenie, ale wykonawca może powołać się na inne dokumenty, a śród nich na oświadczenia odpowiadające kategoryzacji »co najmniej«, które zostaną uznane przez zamawiającego. Zdaniem Izby zamawiający nie naruszył żadnego przepisu ustawy Pzp ani postanowienia SIWZ uznając pisemne oświadczenie pana M. B ówczesnego pracodawcy stwierdzające uczestniczenie przez pana M. H w pracach zespołu projektowego upoważniających do przyznania właściwej liczby punktów przez zamawiającego w kryterium doświadczenie.

W związku z tym Izba nie może podzielić stanowiska odwołującego i musi stwierdzić, że zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 Pzp, a w związku z tym odwołujący – opierając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp na zarzucie naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp – również nie wykazał naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez zamawiającego.

Ponadto na zamawiającym nie zaciążył obowiązek wykluczenia wykonawcy M, gdyż wykonawca M nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, a więc nie zaistniała sytuacja określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który brzmi »Z postępowania
o udzielenie zamówienia wyklucza się […] 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«.

Również Izba zauważa, że zamawiający nie mógł naruszyć art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przede wszystkim dlatego, że do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego – jak w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym – nie stosuje się art. 87 ust. 1 pkt 5 Pzp, który stosuje się do postępowań dwuetapowych – np. do przetargu ograniczonego. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert«. Ponadto odwołujący nie wykazał, że wykonawca M podlega wykluczeniu, o czym wyżej.

Wreszcie Izba stwierdza, że zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę spośród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 Pzp ani nie mogących być uznanych za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, który to przepis brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«. Wybierając ofertę wykonawcy M zamawiający postąpił zgodnie z unormowaniem art. 91 ust. 1 Pzp, a więc nie naruszył tego przepisu, który brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

W związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutów 24 naruszenia [2] art. 7 ust. 1
w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp, [3] art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, [4] art. 91 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby, zarzuty piąty i szósty naruszenia [5] art. 24 ust. 1 pkt 16, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp i [6] art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 Pzp odpowiednio [5] przez niezastosowanie, pomimo zaistnienia podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia wykonawcy M z udziału w postępowaniu i tym samym uznania jego oferty za odrzuconą, wobec wprowadzenia zamawiającego przez tego wykonawcę M w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu przez przedstawienie dokumentu poświadczającego nieprawdę, to jest zobowiązania podmiotu trzeciego wykonawcy O, że w dacie 28.09.2020 r. wykonawca M spełniał warunek w zakresie doświadczenia postawiony w SIWZ i [6] przez niezastosowanie, pomimo zaistnienia podstaw faktycznych i prawnych do wykluczenia wykonawcy M z udziału w postępowaniu i tym samym uznania oferty wykonawcy M za odrzuconą, wobec nie wykazania przez wykonawcę M spełnienia warunku udziału w postępowaniu – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący zarzucił wykonawcy M i wykonawcy O antydatowanie oświadczenia woli wykonawcy O z 28.09.2020 r. dotyczącego umożliwienia polegania wykonawcy M na zdolnościach technicznych innego podmiotu, czyli wykonawcy O. Jednak odwołujący – poza sformułowaniem zarzutu – nie poparł stwierdzania antydatowania tego pisma żadnymi dowodami ani chociażby domniemaniami. Także do zamawiającego nie dotarły żadne informacje, a tym bardziej dowody wskazujące na antydatowanie omawianego dokumentu, co obligowałoby zamawiającego do wszczęcia odpowiednich procedur i wykluczenia wykonawcy M na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, który to przepis brzmi
»Z postępowania o udzielenie zamówienia 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«.

W związku z tym Izba stwierdza, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, gdyż nie miał podstaw do zastosowania tego przepisu i zamawiający nie zastosował tego przepisu.

Również Izba zauważa, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp o czym bliżej w uzasadnianiu rozpoznania zarzutów drugiego do czwartego.

Ponadto wykonawca M wobec wątpliwości zamawiającego skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 22a ust. 6 Pzp i zastąpił pierwotnie wykazanego w ofercie wykonawcę BG na wykonawcę O. Na podstawie danych wykonawcy O zamawiający musiał stwierdzić, że wykonawca M spełnia wszystkie warunki stawiane w SIWZ. Przepis art. 22a ust. 6 pkt 1 Pzp brzmi »Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego […] zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami […]«.

Dlatego zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia z postępowania wykonawcy M na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, który to przepis brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się […] wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału
w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia«.

W związku z wyżej przedstawionymi argumentami Izba nie może przychylić się do zarzutów piątego i szóstego naruszenia [5] art. 24 ust. 1 pkt 16, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp i [6] art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby zarzut siódmy do dziewiątego naruszenia [7] art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, [8] art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i [9] art. 91 ust. 1 Pzp odpowiednio [7] przez zaniechanie zastosowania, podczas gdy oferta wykonawcy M nie odpowiada treści SIWZ
i podlega odrzuceniu [8] przez zaniechanie zastosowania, podczas gdy oferta wykonawcy M zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez wykonawcę M wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt
w stosunku do przedmiotu zamówienia, za którą nie można wykonać pełnego zakresu przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ oraz PFU, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i [9] przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy M jako najkorzystniejszej wg ustalonego kryterium oceny ofert, pomimo że oferta wykonawcy M podlega odrzuceniu,
a wykonawca M wykluczeniu z udziału w dalszym postępowaniu – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że rozpoznawane postępowanie zamówieniowe jest realizowane w systemie „zaprojektuj i wykonaj". W tym systemie nie można wymagać zbyt szczegółowego wypełnienia kosztorysów, bo nie istnieje jeszcze ostateczny projekt uwzględniający wszystkie elementy przyszłej inwestycji. Dlatego w takim systemie wykonawcy opierają swoje wyliczenia na szacunkowych założeniach. Zamawiający po analizie oferty wykonawcy M uznał, że oferta wykonawcy M jest zgodna z postanowieniami SIWZ i PFU, co w ogóle nie podlega kwestii.

Ponadto Izba stwierdza, że zamawiający natykając się na niską cenę oferty wykonawcy M wezwał wykonawcę M do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, zgodnie
z art. 90 ust. 1 wprowadzenie do wyliczenia Pzp, który to przepis brzmi »Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie […]«. Pierwsze wezwanie z 1.10.2020 r., które zamawiający wystosował do wykonawcy M do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny było bardzo ogólnikowe i takie też zamawiający otrzymał wyjaśnienia – na ogólnym poziomie, ale zamawiający zadowolił się tymi wyjaśnieniami i dokonał wyboru oferty wykonawcy M. Następnie zamawiający wybrał ofertę wykonawcy M jako najkorzystniejszą. Jednak później, 16.11.2020 r. – na skutek wniesienia odwołania – zamawiający dokonał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. Dalej zamawiający wystosował 10.12.2020 r. pismo wzywające do uszczegółowienia wyjaśnień dotyczących konkretnych aspektów cenowych. Wykonawca M w wyznaczonym terminie złożył 18.12.2020 r. konkretniejsze niż uprzednio wyjaśnienia, odpowiadając jak uprzednio na wszystkie wątpliwości zamawiającego zredagowane w żądaniu wyjaśnień z 10.12.2020 r.

Izba stwierdza, podobnie jak zamawiający, że zamawiający nie natknął się na zaniechanie udzielenia wyjaśnień lub na wyjaśnienia będące nieadekwatnie ogólnymi w stosunku do żądania wyjaśnień oraz nie natknął się na wyjaśnienia potwierdzające, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Dlatego zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty wykonawcy M na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«. Także skoro oferta wykonawcy M i szczególnie wyjaśnienia wykonawcy M nie potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę zamawiający nie mógł również dokonać odrzucenia oferty wykonawcy M na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Wreszcie Izba musi stwierdzić, że zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 Pzp wybierając ofertę najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu ani nie mogących być uznane za odrzucone, a wprost przeciwnie, zamawiający wykonał należycie dyspozycję przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Dlatego Izba musi stwierdzić, że nie może przychylić się do zarzutów od siódmego do dziewiątego naruszenia [7] art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, [8] art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp
i [9] art. 91 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut dziesiąty naruszenia art. 192 ust. 2 Pzp – przez uniemożliwienie Izbie pełnej kontroli instancyjnej w sprawie KIO 2948/20 naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania w tej sprawie przez unieważnienie przez zamawiającego czynności wyboru tej samej oferty jako najkorzystniejszej po wniesieniu odwołania przez odwołującego, a przed rozpoznaniem odwołania przez Izbę (na rozprawie 26.11.2020 r.), nadto ukrycia dokumentu wezwania z 24.11.2020 r. przez nie załączenie tego dokumentu do dokumentacji postępowania do czasu rozpoznania przez Izbę odwołania
w sprawie KIO 2948/20 na rozprawie 26.11.2020 r. czym zamawiający uniemożliwił Izbie ustalenie rzeczywistego i pełnego stanu faktycznego w kontekście złożonej odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, w której zamawiający nie uwzględnił żadnego z zarzutów odwołania, podczas gdy z treści pisma skierowanego 24.11.2020 r. do wykonawcy M zamawiający podzielił zarzuty odwołania, lecz uniemożliwił Izbie ocenę prawidłowości i zgodności z ustawą dokonanych czynności oraz czynności zaniechanych – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że w przypadku zastrzeżeń do wyroku Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego

przysługuje skarga do sądu, zgodnie z art. 198a ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu«.

Izba nie może stwierdzić, że zamawiający wprowadził Izbę w błąd w zarzucanym zakresie, gdyż zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i następnie dokonał nowych czynności w postępowaniu oraz finalnie dokonał nowego wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nie uniemożliwił odwołującemu ani Izbie pełnej kontroli instancyjnej czego dowodem jest obecne odwołanie obejmujące wszystkie czynności kwestionowane przez zamawiającego.

Izba stwierdza, że zamawiający w postępowaniu zamówieniowym ani w postępowaniu odwoławczym nie naruszył art. 192 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«, gdyż zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonał nowych czynności, na które odwołujący może złożyć odwołanie w nieograniczonym zakresie.

Dodatkowo Izba stwierdza, że art. 183 ust. 1 Pzp nie daje możliwości zamawiającemu zawarcia umowy. Przepis ten brzmi »W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”«, a i to z wyjątkiem zawartym w art. 183 ust. 2 Pzp. Natomiast nie naruszając art. 183 ust. 1 Pzp (ani żadnych innych przepisów ustawy Pzp) zamawiający może procedować w postępowaniu zamówieniowym inne czynności, jak miało to miejsce w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym.

Wobec tego Izba nie może przychylić się również do ostatniego zarzutu – zarzutu dziesiątego – naruszenia art. 192 ust. 2 Pzp.

Z powodu oddalenia każdego z zarzutów odwołującego Izba musi odrzucić całość odwołania.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy
z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów
w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U.
z 2020 r. poz. 2437) uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.

Przewodniczący:……