

Sygn. akt: KIO 3300/20
KIO 3312/20

WYROK

z dnia 20 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2020 r. przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI Sp. z o.o.**

z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19 (87-718 Sopot) oraz **NDI SOPOT S.A.** z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19 (87-718 Sopot) – sygn. akt KIO 3300/20;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Grupę Blackbird**

Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Nowym Sączu przy ul. Wiśniowieckiego 116 (33-300 Nowy Sącz), **J. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „KOS” J. K. z siedzibą w Nowym Sączu przy ul. Wczasowej 6 (33-300 Nowy Sącz) oraz **Tamex Obiekty Sportowe S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Rydygiera 8/3a (01-793 Warszawa) – sygn. akt KIO 3312/20

w postępowaniu prowadzonym przez **Nowosądecką Infrastrukturę Komunalną Sp. z o.o.** z siedzibą w Nowym Sączu przy ul. Rynek 1 (33-300 Nowy Sącz), przy udziale:

A. wykonawcy **A. G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GRAND A. G. z siedzibą w Korzennej pod nr 91 (33-322 Korzenna), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 3300/20 oraz 3312/20;

B. wykonawcy **Strabag Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3312/20 oraz po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3300/20;

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Grupy Blackbird**

Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Nowym Sączu przy ul. Wiśniowieckiego 116 (33-300 Nowy Sącz), **J. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „KOS” J. K. z siedzibą w Nowym Sączu przy ul. Wczasowej 6 (33-300 Nowy Sącz) oraz **Tamex Obiekty Sportowe S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Rydygiera 8/3a (01-793 Warszawa), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3300/20;

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI Sp. z o.o.**

z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19 (87-718 Sopot) oraz **NDI SOPOT S.A.** z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19 (87-718 Sopot), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3312/20

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 3300/20 w zakresie zarzutów odnoszących się do czynności zamawiającego polegających na: wydłużeniu wykonawcy A. G. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą GRAND A. G. z siedzibą w Korzennej, terminu do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, polegającego na wymaganiu od wykonawców wykazaniem się środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 10.000.000,00 złotych (*słownie: dziesięć milionów złotych*) pomimo tego, że ww. wykonawca nie przedłożył tych dokumentów w pierwotnie wyznaczonym przez zamawiającego terminie na ich uzupełnienie wyznaczonym w wezwaniu z dnia 20 listopada 2020 r. oraz zaniechaniu przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania tego wykonawcy z uwagi na to, że nie wykazał on spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej (zarzuty podniesione w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania).
2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3300/20.
3. Uwzględnić odwołanie w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 3312/20 w zakresie zarzutów odnoszących do spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia przez wykonawcę A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GRAND A. G. z siedzibą w Korzennej w związku z otrzymaniem przez zamawiającego dokumentów w odpowiedzi na wezwanie do ich uzupełnienia po upływie wyznaczonego terminu oraz błędnego przyjęcia, że zamawiający uprawniony jest do przedłużenia terminu na składanie dokumentów wymaganych do uzupełnienia już po upływie tego terminu (zarzuty podniesione w pkt 1, 2, 3, 4, 5, 6 i 7 *petitum* odwołania).
4. W pozostałym zakresie oddać odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3312/20.
5. W związku z uwzględnieniem odwołań w zakresie określonym w pkt 1 i 3 powyżej, Izba nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu z dnia 4 grudnia 2020 r., wykluczenie wykonawcy A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GRAND A. G. z siedzibą w Korzennej z postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu bez udziału oferty ww. wykonawcy.

6. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3300/20 obciąża zamawiającego **Nowosądecką Infrastrukturę Komunalną Sp. z o.o.** z siedzibą w Nowym Sączu

w części 1/3 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI Sp. z o.o.** z siedzibą w Sopocie oraz **NDI SOPOT S.A.** z siedzibą w Sopocie w części 2/3 i:

6.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI Sp. z o.o.** z siedzibą

w Sopocie oraz **NDI SOPOT S.A.** z siedzibą w Sopocie tytułem wpisu od odwołania;

6.2. zasądza od zamawiającego **Nowosądeckiej Infrastruktury Komunalnej Sp. z o.o.**

z siedzibą w Nowym Sączu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia: **NDI Sp. z o.o.** z siedzibą w Sopocie oraz **NDI SOPOT S.A.**

z siedzibą w Sopocie kwotę w wysokości 5 466 zł 67 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta sześćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt siedem groszy groszy), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawców, a kosztami postępowania za jakie odpowiadali w świetle jego wyniku.

7. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3312/20 obciąża zamawiającego **Nowosądecką Infrastrukturę Komunalną Sp. z o.o.** z siedzibą w Nowym Sączu i:

7.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Grupę Blackbird Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Nowym Sączu, **J. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „KOS” J. K. z siedzibą w Nowym Sączu oraz **Tamex Obiekty Sportowe S.A.** z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

7.2. zasądza od zamawiającego **Nowosądeckiej Infrastruktury Komunalnej Sp. z o.o.**

z siedzibą w Nowym Sączu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia: **Grupy Blackbird Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Nowym Sączu, **J. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „KOS” J. K. z siedzibą w Nowym Sączu oraz **Tamex Obiekty Sportowe S.A.** z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.)

w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) na niniejsze wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 3300/20
KIO 3312/20

Uzasadnienie

Nowosądecka Infrastruktura Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Realizacja obiektu stadionu miejskiego w Nowym Sączu przy ul. Kilińskiego wraz z wyposażeniem, infrastrukturą i zagospodarowaniem terenów i otoczenia obiektu - realizacja w trybie "zaprojektuj i wybuduj"* – znak sprawy: NIK.271.1.2020, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 sierpnia 2020 r., pod numerem 2020/S 152-369567.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Sygn. akt KIO 3300/20

W dniu 14 grudnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **NDI Sp. z o.o.** z siedzibą w Sopocie oraz **NDI SOPOT S.A.** z siedzibą w Sopocie (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie od:

- czynności wyboru przez zamawiającego oferty złożonej przez A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: GRAND A. G. z siedzibą w Korzennej (zwanego dalej: „GRAND”) pomimo tego, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), a wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp;

- czynności zamawiającego polegającej na powtórnym wezwaniu GRAND w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.2.1 rozdziału VII SIWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, polegającego na wymaganiu od wykonawców wykazaniem się środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 10.000.000,00 złotych (słownie: *dziesięć milionów złotych*), ewentualnie czynności wydłużenia GRAND terminu na uzupełnienie tego dokumentu;

- zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania GRAND na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na to, że GRAND nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.2.1 rozdziału VII SIWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, polegającego na wymaganiu od wykonawców

wykazaniem się środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 10.000.000,00 złotych (słownie: *dziesięciu milionów złotych*);

- zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp:

a) GRAND;

b) PH-U GOLDFOOD Sp. z o.o. Sp.k., PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO-HANDLOWE „KOS” J. K., - OBIEKTY SPORTOWE S.A. (zwanymi dalej „Konsorcjum Grupa Blackbird”);

c) MIRBUD S.A. (zwanego dalej „MIRBUD”);

d) Strabag Sp. z o.o. (zwanego dalej „Strabag”);

e) Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. i FIBREĘ TECH Spółka Akcyjna (zwanymi dalej „Konsorcjum BPBP”);

z uwagi na to, że wykonawcy ci w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd w zakresie możliwości przedłużenia terminu rękojmi i gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane do zadeklarowanego w ich ofertach 6 letniego terminu, na warunkach przewidzianych w § 2 ust. 7 Wzoru Umowy, w tym konieczności zapewnienia ubezpieczenia wszystkich ryzyk inwestycji (zwanego dalej: „Ubezpieczeniem CAR”) przez cały okres realizacji robót oraz terminu gwarancji i rękojmi, co miało wpływ na ocenę ich ofert w zakresie kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XV pkt 3 SIWZ;

- zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp GRAND, Konsorcjum Grupy Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP z uwagi na to, że wykonawcy ci w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawili informacje wprowadzające zamawiającego w błąd w zakresie możliwości przedłużenia terminu rękojmi i gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane do zadeklarowanego w ich ofertach 6 letniego terminu na warunkach przewidzianych w § 2 ust. 7 Wzoru Umowy, w tym konieczności zapewnienia Ubezpieczenia CAR przez cały okres realizacji robót oraz terminu gwarancji i rękojmi, co miało wpływ na ocenę ich ofert w zakresie kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XV pkt 3 SIWZ;

- zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dalej (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm. – zwanej dalej „UZNK”) GRAND, Konsorcjum Grupy Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP z uwagi na to, że zadeklarowali w złożonych ofertach wydłużony do 6 lat termin rękojmi i gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane na warunkach przewidzianych we wzorze umowy, w szczególności uwzględniając obowiązek wykonawcy zapewnienia Ubezpieczenia CAR na cały okres realizacji zamówienia oraz okres gwarancji rękojmi, który nie jest możliwy do wykonania;

- zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty GRAND, Konsorcjum Grupy Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP z uwagi na to, że treść tych ofert jest sprzeczna z SIWZ tj. § 2 ust. 7 Wzoru Umowy w zakresie jakim wykonawcy ci zaoferowali 6 letni okres gwarancji jakości i rękojmi bez zapewnienia wymaganego przez Zamawiającego Ubezpieczenia CAR na cały ten okres.

Odwolujący zarzucał zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1.art. 7 ust. 1 i 26 ust. 3 Pzp przez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji powtórne (drugie z kolei) wezwanie GRAND w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.2.1 rozdziału VII SIWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, polegającego na wymaganiu od wykonawców wykazaniem się środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 10.000.000,00 złotych (słownie: *dziesięciu milionów złotych*), ewentualnie czynności wydłużenia GRAND terminu na uzupełnienie tego dokumentu pomimo tego, że GRAND nie przedłożył tych dokumentów w pierwotnie wyznaczonym przez zamawiającego terminie na ich uzupełnienie wyznaczonym w wezwaniu zamawiającego z dnia 20 listopada 2020 r.;
- 2.art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania GRAND na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na to, że nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.2.1 rozdziału VII SIWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, polegającego na wymaganiu od wykonawców wykazaniem się środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 10.000.000,00 złotych (słownie: *dziesięciu milionów złotych*);
- 3.art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania GRAND, Konsorcjum Grupy Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP pomimo tego, że w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd w zakresie możliwości przedłużenia terminu rękojmi i gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane do zadeklarowanego w ich ofertach 6 letniego terminu, na warunkach przewidzianych w § 2 ust. 7 Wzoru Umowy, w tym konieczności zapewnienia Ubezpieczenia CAR przez cały okres realizacji robót oraz terminu gwarancji i rękojmi, co miało wpływ na ocenę ich ofert w zakresie kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XV pkt 3 SIWZ;
- 4.art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania GRAND, Konsorcjum Grupy Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP pomimo tego, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawili informacje wprowadzające zamawiającego w błąd w zakresie możliwości przedłużenia terminu rękojmi i gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane do zadeklarowanego w ich ofertach 6 letniego terminu na warunkach przewidzianych w § 2 ust. 7 Wzoru Umowy, w tym konieczności zapewnienia Ubezpieczenia CAR przez cały okres realizacji robót oraz terminu gwarancji i rękojmi, co miało wpływ na ocenę ich ofert w zakresie kryterium oceny ofert wskazanego w Rozdziale XV pkt 3 SIWZ;
- 5.art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia GRAND, Konsorcjum Grupy Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP z uwagi na to, że zadeklarowali w złożonych ofertach wydłużony do 6 lat termin rękojmi i gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane na warunkach przewidzianych we wzorze umowy, w szczególności uwzględniając obowiązek wykonawcy do zapewnienia Ubezpieczenia CAR na cały okres realizacji zamówienia oraz okres gwarancji rękojmi, który nie jest możliwy do wykonania;
- 6.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty GRAND, Konsorcjum Grupy Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP pomimo tego, że treść ofert złożonych przez tych wykonawców jest sprzeczna z SIWZ tj. § 2 ust. 7 Wzoru Umowy w zakresie jakim wykonawcy ci zaoferowali 6 letni okres gwarancji jakości i rękojmi bez zapewnienia wymaganego przez zamawiającego Ubezpieczenia CAR na

cały ten okres.

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez GRAND, jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności powtórnego (drugiego z kolei) wezwania GRAND w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.2.1 rozdziału VII SIWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, polegającego na wymaganiu od wykonawców wykazaniem się środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 10.000.000,00 złotych (słownie: *dziesięciu milionów złotych*), ewentualnie czynności wydłużenia GRAND terminu na uzupełnienie tego dokumentu;
- 3) wykluczenie z postępowania GRAND na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp oraz odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp;
- 4) wykluczenie Konsorcjum Grupy Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz odrzucenie ofert złożonych przez tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp;
- 5) dokonanie ponownego badania oraz oceny ofert.

W kwestii interesu odwołujący wskazał, że naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów Pzp oferta odwołującego – która uplasowała się aktualnie na czwartym miejscu w rankingu ofert – mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Co za tym idzie, odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte postępowaniem. Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Zdaniem odwołującego jego interes w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że oferuje wykonanie zamówienia w postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z zamawiającym umowy, a w przypadku uwzględnienia odwołania szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną – oferta odwołującego będzie miała szanse po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert zostać ofertą najkorzystniejszą. Z kolei naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może wyrządzić odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści – przychodów z nieuzyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę GRAND odwołujący przytoczył okoliczności faktyczne dotyczące treści dokumentów oraz oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej przez zamawiającego.

Opisując brak uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów w wyznaczonym terminie, bezpodstawnie powtórne wezwanie do uzupełnienia dokumentów odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 20 listopada 2020 r. wezwał wykonawcę GRAND do uzupełnienia dokumentu:

- informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - warunki zostały określone w Rozdziale VII pkt 3 ppkt 3.2.1 specyfikacji, gdyż przedłożone przez Wykonawcę dwie Opinie bankowe wydane przez Alior Bank S.A. 29 września 2020 r. (godz. 13:33) oraz 28 października 2020 r. (godz. 16:38), a także Zaświadczenie i opinia wydane przez ING Bank Śląski S.A. z 7 października 2020 roku nie są dostatecznie jednoznaczne, a co za tym idzie wystarczające do stwierdzenia, że Wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 10.000.000 złotych.

Następnie odwołujący wskazał, że w wezwaniu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów z dnia 20 listopada 2020 r. zamawiający dogłębnie uzasadniając swoje wątpliwości w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej GRAND, wskazał iż:

Wykonawca zobowiązany jest do złożenia Zamawiającemu wymaganych dokumentów oraz wyjaśnień odnośnie treści dokumentów za pośrednictwem Platformy Zakupowej dostępnej pod adresem <https://platformazakupowa.pl/prn/nowysacz> do dnia 27.11.2020 r.

oraz

Zamawiający zwraca także uwagę, iż zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy jest on zobowiązany zatrzymać wniesione wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na niniejsze wezwanie nie złoży dokumentów lub oświadczeń, co spowoduje brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej

Odwołujący zaznaczył, że dniu 27 listopada 2020 r. GRAND złożył wniosek o wydłużenie terminu na złożenie przedmiotowych uzupełnień o 7 dni, tj. do dnia 4 grudnia 2020 r. W uzasadnieniu GRAND wskazał, że *z uwagi na przytoczone w Wezwaniu wątpliwości przez Zamawiającego, koniecznym jest zweryfikowanie dokumentacji oraz pozyskanie zaświadczeń z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, jak również z Banku. Dodatkowo, niezbędne jest skorygowanie oświadczeń i wykazu robót, złożonych przez osoby skierowane do realizacji zamówienia publicznego. W głównej mierze jest to dokumentacja, która powinna zostać skorygowana przez podmioty i instytucje zewnętrzne. W związku z panującą sytuacją epidemiczną, zarówno pracownicy Banków, Urzędów, jak i osoby skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, od których zobowiązani jesteśmy pozyskać niezbędne dokumenty / wyjaśnienia, prowadzą obecnie ograniczoną działalność stacjonarną, wobec czego, pozyskanie niezbędnej dokumentacji skompletowanie wszystkich wyjaśnień w krótkim czasie jest bardzo utrudnione.*

Po czym odwołujący zauważył, że w dniu 27 listopada 2020 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp odmówił przedłużenia oraz wyznaczenia nowego terminu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, słusznie powołując się na wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 5 października 2009 r., sygn. akt II Ca 511/09, który wskazał iż *wyznaczony przez zamawiającego termin do uzupełnienia dokumentów, nie może być traktowany przez zamawiającego jako czas na podjęcie działań w celu pozyskania brakującego dokumentu.* Dokument ten powinien być w posiadaniu wykonawcy, najpóźniej w dacie upływu terminu do składania ofert. Tym samym zamawiający nie uwzględnił wniosku GRAND, kierując się także ekonomiką prowadzonego postępowania i koniecznością zachowania realności terminów realizacji zamówienia.

Następnie w dniu 30 listopada 2020 r. – już po upływie terminu na uzupełnienie dokumentów przez GRAND – zamawiający przedłużył GRAND termin na uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wskazał po pierwsze, że nie jest możliwe wydłużenie terminu, który już minął. Zatem w przypadku, w którym termin na uzupełnienie przez GRAND dokumentów minął, zamawiający nie miał już możliwości przedłużenia pierwotnie

wskazanego terminu. Ponadto, zamawiający nie może unieważnić czynności wyznaczenia terminu na uzupełnienie dokumentów – musiałby bowiem unieważnić czynność wezwania GRAND do uzupełnienia dokumentów, a to byłoby nieuzasadnione, ponieważ zaistniały przesłanki do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wskazanego dokumentu. Zamawiający może unieważnić własne czynności, ale tylko wówczas, gdy istnieją ku temu podstawy prawne. Po wtóre odwołujący wskazał, że retrospektywnie przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów przez GRAND, w sytuacji, w której termin ten minął, stanowi de facto powtórne wezwanie GRAND do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co jest niedopuszczalne na gruncie zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp (potwierdza to liczne orzecznictwo KIO wskazujące na zasadę jednokrotności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp). Odwołujący wskazał dalej, że w dniu 2 grudnia 2020 r. (5 dni po pierwotnie wyznaczonym terminie) GRAND przedstawił zamawiającemu pismo w którym zawarł informacje dotyczące dokumentów, które m.in. rzekomo potwierdzały zdolność kredytową GRAND w wysokości co najmniej 10.000.000,00 złotych.

Zdaniem odwołującego powyższe okoliczności w zestawieniu z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej winny skutkować wykluczeniem GRAND z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. GRAND nie przedstawił bowiem w wyznaczonym przez zamawiającego pierwotnie terminie dokumentów potwierdzających spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.2.1 rozdziału VII SIWZ dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, polegającego na wymaganiu od wykonawców wykazaniem się środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 10.000.000,00 złotych (*słownie: dziesięć milionów złotych*) i tym samym nie wykazał spełniania tego warunku. Jednakże, nie zważając na przytoczone powyżej okoliczności, w dniu 4 grudnia 2020 r. zamawiający dokonał wyboru oferty GRAND, jako najkorzystniejszej niejako zapominając o odmowie przedłużenia terminu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów z dnia 27 listopada 2020 r. i uznając, że wyjaśnienia oraz dokumenty przedłożone w dniu 2 grudnia 2020 r. przez GRAND umożliwiają wybór oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutów dotyczących wprowadzenia zamawiającego w błąd odwołujący wyjaśnił, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp niezbędne jest stwierdzenie następujących przesłanek:

- a) wprowadzenie zamawiającego w błąd;
- b) przy przedstawianiu informacji, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria oceny ofert;
- c) zamierzone działanie wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo.

Zgodnie zaś z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2292/17) przesłanki, których zaistnienie warunkuje zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp to:

- a) przedstawienie przez wykonawcę informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd;
- b) okoliczność, że informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego;
- c) okoliczność, że informacje te zostały przedstawione przez wykonawcę w wyniku jego lekkomyślności lub niedbalstwa.

Odwołujący podniósł, że w SIWZ zamawiający wskazał, że wymaga by na przedmiotowe roboty Wykonawca udzielił co najmniej 5-letniej rękojmi i gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane oraz co najmniej 2-letniej rękojmi i gwarancji jakości na urządzenia. Jednocześnie w rozdziale XV SIWZ zamawiający wskazał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Jednym z kryteriów, wskazanych w rozdziale XV pkt 3 SIWZ, jest możliwość przedłużenia okresu gwarancji i rękojmi.

Przedstawiając treść tego kryterium odwołujący podkreślił, że poza nim każdy z oferentów zadeklarował w złożonej ofercie łączny termin gwarancji jakości i rękojmi na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały w wysokości 6 lat. Co więcej, zgodnie ze Wzorem Umowy stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ, wykonawcy są zobowiązani do złożenia stosownych oświadczeń o posiadanym ubezpieczeniu wymaganym przez zamawiającego w postępowaniu.

Powołując się na treść § 2 ust. 7 i 9 Wzoru Umowy odwołujący wskazał, że w sytuacji gdy wykonawca zdecydował się w swojej ofercie przedłużyć łączny termin gwarancji jakości i rękojmi na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane do 6 lat – to tym samym zadeklarował, iż dostarczy zamawiającemu polisę ubezpieczenia wszystkich ryzyk inwestycji z długością okresu równego terminowi realizacji zamówienia oraz okresu gwarancyjnego wynoszącego 6 lat (72 miesiące). Odwołujący wyjaśnił, że na skutek wystąpienia przez niego do kilku Towarzystw Ubezpieczeniowych z wnioskiem o przedstawienie ofert w zakresie możliwości otrzymania polisy dotyczącej ubezpieczenia CAR o maksymalnej długości okresu gwarancyjnego z uwzględnieniem okresu gwarancji i rękojmi, otrzymał odpowiedzi od szeregu wiodących ubezpieczycieli, tj. PZU S.A., TUiR WARTA S.A. oraz Grupa Generali Polska, iż żaden z ww. ubezpieczycieli nie jest w stanie zaoferować na okres gwarancji i rękojmi polisy CAR z długością okresu ubezpieczenia 6 lat (72 miesiące). Firmy ubezpieczeniowe wskazywały, że maksymalnym okresem gwarancyjnym, jaki może być zaproponowany w zakresie inwestycji wynosi 5 lat (60 miesięcy). Jedynie taki produkt w tym zakresie jest dostępny na rynku i stanowi on maksymalny okres gwarancyjny. Odwołujący wskazał, że z uwagi na brak dostępności Ubezpieczenia CAR z długością okresu ubezpieczenia wynoszącą 6 lat (72 miesięcy) w swojej ofercie zadeklarował termin 5,5 lat gwarancji i jakości na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane. Stwierdził przy tym, że wydłużenie okresu gwarancji i rękojmi do 5,5 roku (66 miesięcy) na warunkach przewidzianych we Wzorze Umowy było możliwe jedynie z uwagi na dobrą, owocną współpracę w przeszłości w zakresie innych, ukończonych inwestycji. Jak bowiem wskazał wcześniej, wydłużony okres gwarancji i rękojmi do 66 miesięcy i tak nie jest standardem rynkowym.

Zgodnie z powyższym, odwołujący stwierdził, że GRAND, Konsorcjum Grupa Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP przedstawili w ofertach informacje wprowadzające zamawiającego w błąd w zakresie zadeklarowanego łącznego terminu gwarancji jakości i rękojmi na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały wynoszącego 6 lat, na warunkach przewidzianych we Wzorze Umowy, bowiem nie jest możliwe wydłużenie tego terminu na warunkach określonych w Umowie tj. z jednoczesnym przedstawieniem przez tych wykonawców polisy CAR na łączny okres terminu realizacji umowy oraz wydłużonego terminu gwarancji i rękojmi. Na polskim rynku ubezpieczeniowym maksymalny okres Ubezpieczenia CAR, jaki może być zaproponowany przez wykonawców wynosi 5 lat (60 miesięcy), zaś uzyskanie przez odwołującego okresu gwarancji i rękojmi wydłużonego do 5,5 roku (66 miesięcy) jest działaniem extraordinarynym, wynikającym z zaufania oraz wieloletniej współpracy w zakresie realizacji inwestycji w przeszłości. Zatem w ocenie odwołującego GRAND, Konsorcjum Grupa Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP deklarując 6 letni termin gwarancji i rękojmi na potrzeby kryterium oceny ofert wskazanego w rozdziale XV pkt 3 SIWZ, wprowadzili zamawiającego w błąd w zakresie zaoferowania przez tych wykonawców tym samym ubezpieczenia

CAR na okres realizacji robót oraz wydłużony 6 letni okres gwarancji i rękojmi. Jak już zostało to wykazane, nie jest możliwe uzyskanie na rynku ubezpieczenia CAR o takim okresie. W konsekwencji, zadeklarowanie przez GRAND, Konsorcjum Grupa Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP 6 letniego okresu gwarancji jakości i rękojmi na warunkach wskazanych we Wzorze Umowy na potrzeby kryterium oceny ofert wskazanego w rozdziale XV pkt 3 SIWZ jest niezgodne z rzeczywistością, bowiem wykonawcy ci nie są w stanie zaoferować wydłużonego do 6 lat okresu gwarancji i rękojmi na warunkach wskazanych w § 2 ust. 7 Wzoru Umowy oraz wymaganego Ubezpieczenia CAR na taki okres. Ponieważ wskazane powyżej informacje były podstawą do uznania przez zamawiającego, iż GRAND, Konsorcjum Grupa Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP winni otrzymać 35 pkt zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w rozdziale XV pkt 3 SIWZ, na skutek czego zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez GRAND, informacje podane przez tych wykonawców wprowadziły zamawiającego w błąd. Tym samym, ziściła się kolejna przesłanka wymagana tak w art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 Pzp. W ocenie odwołującego działania GRAND, Konsorcjum Grupa Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP w sposób ewidentny noszą znamiona „niedbalstwa lub „lekkomyślności”. Obowiązkiem wykonawcy biorącego udział w postępowaniu jest dokonanie weryfikacji informacji składanych w toku przetargu. Na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.2019.1145) dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Co więcej, w opinii odwołującego składanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznej informacji nieprawdziwych stanowi przestępstwo stypizowane w art. 297 par. 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U.2019.1950). W związku z powyższym wykonawca przygotowując ofertę winien dochować staranności i ostrożności składając szczegółowe oświadczenia w ofercie. Informacje podane przez wykonawcę powinny być rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan faktyczny. W szczególności wykonawcy winni zanim złożą deklarację o wydłużeniu oferowanego terminu gwarancji jakości i rękojmi, zweryfikować, czy na taki okres są w stanie uzyskać Ubezpieczenie CAR. Zdaniem odwołującego, działanie GRAND, Konsorcjum Grupa Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP należy potraktować, jako działanie co najmniej lekkomyślne lub rażąco niedbałe. Z tych względów zmaterializowały się przesłanki ich wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, a nie dokonując tej czynności, zamawiający naruszył wskazane przepisy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast art. 3 ust. 1 UZNK stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 UZNK ustawodawca wskazał przykładowy katalog czynów nieuczciwej konkurencji, wskazując na: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniacej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Katalog wskazany w art. 3 ust. 2 UZNK ma charakter otwarty. Z powyższego wynika, że pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji jest pojęciem niezwykle szerokim, zaś stwierdzenie, czy konkretne zachowanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wymaga każdorazowo dokładnej analizy zaistnienia znamion takiego czynu, co szczególnie w przypadku niedookreślonych przesłanek może być trudne. Zdaniem odwołującego w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją w której GRAND, Konsorcjum Grupa Blackbird, MIRBUD Strabag i Konsorcjum BPBP w złożonych ofertach zadeklarowali łączny termin gwarancji jakości i rękojmi na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały w wysokości 6 lat, tj. produkt który nie występuje na polskim rynku ubezpieczeń. Takie działanie względem odwołującego, który rzetelnie zbadał możliwości rynkowe uzyskania gwarancji jakości i rękojmi na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały w maksymalnym zakresie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wyjaśnił, że wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu są przedsiębiorcami, którzy konkurują ze sobą na rynku a ich działanie było co najmniej sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz zasadami uczciwości kupieckiej. Grożące naruszenie dotyczy uzasadnionego interesu odwołującego, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym nie został on wybrany jako podmiot, który będzie realizował przedmiot zamówienia wskutek zadeklarowania przez pozostałych oferentów wydłużenia łącznego terminu gwarancji jakości i rękojmi na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały do 6 lat, na warunkach określonych w § 2 ust. 6 Wzoru Umowy, które nie jest możliwe z uwagi na to, że wykonawcy ci nie dostarczą zamawiającemu Ubezpieczenia CAR na cały ten okres. Jednocześnie, zagrożenie naruszenia interesu odwołującego jest w pełni realne, ponieważ jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym odwołujący uznał, że w przedmiotowej sprawie zamawiający zaniechał odrzucenia ofert GRAND, Konsorcjum Grupa Blackbird, MIRBUD Strabag i Konsorcjum BPBP, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK.

W uzasadnieniu dla zarzutu odnoszącego się sprzeczności oferty z SIWZ odwołujący wskazał, że według art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli stwierdzi, że jest ona sprzeczna z treścią SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna podlegać ocenie z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli jako niezgodność treści oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego zawartymi w SIWZ, w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Sprzeczność treści oferty z SIWZ zachodzi wówczas, gdy zaoferowany przedmiot świadczenia nie odpowiada świadczeniu, które jest przedmiotem zamówienia. Zgodnie z § 2 ust. 7 Wzoru Umowy zamawiający wymagał, by wykonawcy zaoferowali zapewnienie Ubezpieczenia CAR przez cały czas trwania Umowy aż do dnia upływu okresu rękojmi i gwarancji. Jak już wskazał odwołujący powyżej, GRAND, Konsorcjum Grupa Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP zaoferowali wydłużenie terminu gwarancji jakości i rękojmi do 6 lat, na który to okres, włącznie z okresem realizacji robót, nie jest możliwe uzyskanie Ubezpieczenia CAR. Zatem wykonawcy Ci zaoferowali wydłużony okres gwarancji i rękojmi, który nie będzie w całości objęty Ubezpieczeniem CAR. W związku z powyższym, zaoferowany zakres świadczenia objęty ofertami złożonymi przez GRAND, Konsorcjum Grupa Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w § 2 ust. 7 Wzoru Umowy i jest sprzeczny z SIWZ.

W ocenie odwołującego nie jest możliwa zmiana zaoferowanego przez GRAND, Konsorcjum Grupa Blackbird, MIRBUD Strabag i Konsorcjum BPBP wydłużonego terminu gwarancji jakości i rękojmi na okres krótszy, w którym możliwe byłoby zapewnienie Ubezpieczenia CAR i tym samym doprowadzenie ofert tych wykonawców do zgodności z wymaganiami § 2

ust. 7 Wzoru Umowy. Taka zamiana prowadziłaby bowiem do istotnej zmiany oferty i tym samym byłaby niezgodna z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji, zdaniem odwołującego, zamawiający winien odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty złożone przez GRAND, Konsorcjum Grupę Blackbird, MIRBUD, Strabag i Konsorcjum BPBP.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy: Konsorcjum Grupa Blackbird, Strabag oraz GRAND.

W dniu 14 stycznia 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na wskazal, że w przypadku braku stwierdzenia przesłanek do odrzucenia obu odwołań wniosk o oddalenie obu przedmiotowych odwołań w całości jako bezzasadnych.

W uwagach natury ogólnej do obu odwołań, zamawiający wyjaśnił, że zarówno odwołujący konsorcjum NDI, jak i odwołujący Grupa Blackbird kwestionują czynność zamawiającego polegającą na wyborze oferty złożonej przez GRAND, co do zasady zarzut opierając na fakcie, iż wyjaśnienia i dokumenty przedłożone przez tego wykonawcę w dniu 2 grudnia 2020 r. w odpowiedzi na wezwania z dnia 27 listopada 2020 r., skierowane na podstawie art. 26 ust. 4 i art. 24 ust. 3 Pzp, zostały złożone po terminie. Odwołujący konsorcjum NDI zarzuca, że w dniu 30 listopada 2020 r. zamawiający de facto skierował do wykonawcy niedopuszczalne powtórne wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem w sprawie doszło do retrospektywnego przedłużenia terminu na uzupełnienie dokumentów, w sytuacji gdy pierwotny termin upłynął, a zamawiający niejako „zapomniał” o odmowie przedłużenia terminu. W tym zakresie odwołanie jest wniesione od czynności wyboru oferty oraz od czynności powtórnego wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku. Odwołujący konsorcjum Grupa Blackbird zarzuca zaś, że zamawiający de facto ponownie wezwał wykonawcę do uzupełnienia tych samych dokumentów w tym samym zakresie w sytuacji, gdy przedłużył termin na składanie uzupełnień w trzy dni po upływie terminu pierwotnie wyznaczonego. Odwołujący Grupa Blackbird nie wskazał w petitum od jakich czynności wnosi odwołanie, formułując zarzuty naruszenia przepisów Pzp (w tym pkt VI.6 dotyczący procedury wezwania do uzupełniania dokumentów). Jednocześnie w obu odwołaniach wskazano, iż o okolicznościach stanowiących podstawę ich wniesienia powzięto wiedzę w dniu 4 grudnia 2020 r. po zapoznaniu się z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W ocenie zamawiającego dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy kluczowe jest, co zdają się pomijać obaj odwołujący, iż w dniu 30 listopada 2020 r. zamawiający unieważnił czynność polegającą na odmowie przedłużenia terminu, czynność częściowego unieważnienia terminu do przedłożenia dokumentów i czynność przedłużenia (wyznaczenie nowego terminu). W ocenie zamawiającego czynności tej odwołujący nie kwestionują w żadnym zakresie zarówno w treści zarzutów, jako i w podstawie faktycznej obu odwołań. W tym miejscu zamawiający wskazał, że w istocie na dzień 27 listopada 2020 r. pierwotnie wyznaczony został wykonawcy termin do przedłożenia dokumentów w wykonaniu wezwania na podstawie art. 24 ust. 3 i art. 24 ust. 4 Pzp. W dniu 27 listopada 2020 r. kierownik zamawiającego odmówił uwzględniania wniosku wykonawcy o przedłużenie ww. terminu, jednak w wyniku reasumpcji w dniu 30 listopada 2020 r. częściowo unieważnił swoją czynność z dnia 20 listopada 2020 r. polegającą na wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów w zakresie wyznaczonego terminu dokonania czynności do dnia 27 listopada 2020 r. a nadto unieważnił czynność polegającą na odmowie przedłużenia (z równoczesnym wyznaczeniem nowego) terminu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów. W związku z precyzyjnym unieważnieniem czynności zamawiający zobowiązał wykonawcę do złożenia wymaganych w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r. (znak: NIK.271.1.2020) dokumentów oraz wyjaśnień odnośnie treści dokumentów za pośrednictwem Platformy Zakupowej dostępnej pod adresem <https://platformazakupowa.pl> w nowo wyznaczonym nieprzekraczalnym terminie do dnia 2 grudnia 2020 r. do godz. 15.00. Nie budzi wątpliwości, że przyznanie zamawiającemu prawa do korzystania z uprawnienia do unieważnienia postępowania również w odniesieniu do poszczególnych czynności zamówienia, pozostaje w zgodzie z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak się jednak podkreśla dopuszczenie możliwości unieważnienia poszczególnych czynności w postępowaniu samodzielnie przez zamawiającego nie daje zamawiającemu prawa do dowolności dokonywania takiej czynności, ponieważ wykonawca może skorzystać ze środka lub środków ochrony prawnej. Nie sposób tym samym przyjąć, że czynność unieważnienia czynności mogłaby być kwestionowana w ramach odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W odniesieniu do zamówień o wartości wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp odwołanie przysługuje od każdej czynności, a więc także czynności unieważnienia uprzednio podjętych czynności.

Jak podniósł zamawiający zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 Pzp zarzut odwołania musi być postawiony wyraźnie, tzn. wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, ani doprecyzowywanie treści zarzutów odwołania. W tym miejscu zamawiający wyjaśnił, że podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie KIO, iż treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych w petitum odwołania, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji (wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2018 r., KIO 1613/18). Odwołanie powinno jednak wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań. Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy należy zarzucić, że niezależnie od oceny zasadności podjętej przez zamawiającego czynności unieważnienia uprzednio podjętych czynności i wyznaczenia nowego terminu, to nie sposób – jak to czynią obaj odwołujący – traktować tej czynności jako nieistniejącej, bowiem Pzp nie zna takiej koncepcji (vide formułowanie zarzutu o ponownym wezwaniu do przedłożenia dokumentów i złożenia wyjaśnień w związku z retrospektywnym przedłużeniem terminu, podczas gdy zamawiający unieważnił czynność w zakresie wyznaczenia terminu pierwotnego, odmowy przedłużenia terminu i wyznaczył jeden termin, uwzględniający okoliczności związane z sytuacją epidemiczną i w konsekwencji realny dla wykonania przez wykonawcę wezwania). Podkreślenia wymaga, że odwołujący powzięli lub mogli powziąć wiedzę o dokonaniu ww. czynności przez zamawiającego odwołujący konsorcjum NDI w dniu 9 grudnia 2020 r., odwołujący Grupa Blackbird w dniu 11 grudnia 2020 r., kiedy otrzymali zestawienie wiadomości kierowanej do wykonawcy GRAND. Nawet, gdyby dana czynność podjęta została z rażącym naruszeniem prawa, co w tej sprawie nie miało miejsca, to wymagane byłoby sprecyzowanie zarzutu w tym zakresie i żądania przez odwołującego.

Reasumując, w ocenie zamawiającego skoro nie zostało skutecznie wniesione odwołanie od czynności z dnia 30

listopada 2020 r. polegającej na częściowym unieważnieniu czynności z dnia 20 listopada 2020 r. polegającej na wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów w zakresie wyznaczonego terminu dokonania czynności do dnia 27 listopada 2020 r. oraz unieważnieniu czynności polegającej na odmowie przedłużenia (wyznaczenie nowego) terminu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, w wyniku czego wyznaczono termin do dnia 2 grudnia 2020 r., to nie sposób zasadnie twierdzić, iż do złożenia dokumentów i wyjaśnień przez wykonawcę doszło z przekroczeniem terminu albo w odpowiedzi na powtórne wezwanie. Nie sposób również, jak czynią to oboje Odwołujący się, pomijając treść wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w dniu 2 grudnia 2020 r. dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu postawionych w SIWZ. Odwołujący, nie zaskarżając w pełnym zakresie czynności poprzedzających wybór oferty najkorzystniejszej, pozbawili się prawa do skutecznego podnoszenia zarzutów z powołaniem się na złożenie przez wykonawcę dokumentów po terminie lub w wykonaniu powtórnego wezwania. Czynność unieważnienia czynności w zakresie wyznaczenia wykonawcy terminu do dnia 27 listopada 2020 r. oraz unieważnienia czynności polegającej na odmowie przedłużenia (wyznaczenie nowego) terminu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów jest więc ostateczna (prawomocna), wiąże zarówno zamawiającego, jak i wykonawcę oraz skład Izby orzekający w niniejszej sprawie.

Jeśli chodzi o odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 3300/20 zamawiający odnosząc się do zarzutów dotyczących powtórnego wezwania GRAND do przedłożenia dokumentów i wyjaśnień wskazał, że przedmiotowa czynność wezwania GRAND do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień była jedną czynnością. Wezwanie w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp miało bezwzględnie charakter jednokrotny. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający raz wezwał do uzupełnienia dokumentów, którą to czynność dokonał przy udziale dopuszczalnej procedury sanacyjnej. Pismem z dnia 30 listopada 2020 r. doręczonym w tym samym dniu zamawiający dokonał następujące czynności:

1. częściowo unieważnił czynność zamawiającego z dnia 20 listopada 2020 r. polegającą na wezwaniu wykonawcy GRAND, do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów z dnia 20 listopada 2020 r. w zakresie wyznaczonego terminu dokonania czynności do dnia 27 listopada 2020 r.;

2. unieważnił czynność zamawiającego z dnia 27 listopada 2020 r. polegającą na odmowie przedłużenia (wyznaczenie nowego) terminu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów;

3. ostatecznie wyznaczył wykonawcy GRAND termin do:

- 1) uzupełnienia dokumentów (które są niekompletne, zawierają błędy oraz budzą wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r. (znak: NIK.271.1.2020) wątpliwości);

- 2) wyjaśnienia treści dokumentów które są niekompletne, zawierają błędy oraz budzą wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r. (znak: NIK.271.1.2020) wątpliwości).

W związku z tym w ocenie zamawiającego w oparciu o powyższą czynność wykonawca GRAND zobowiązany był do złożenia zamawiającemu wymaganych w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r. (znak: NIK.271.1.2020) dokumentów oraz wyjaśnień odnośnie treści dokumentów za pośrednictwem Platformy Zakupowej dostępnej pod adresem <https://platformazakupowa.pl> w nowo wyznaczonym nieprzekraczalnym terminie do dnia 2 grudnia 2020 r. do godz. 15.00. Tym samym nie sposób uznać, że czynność ta miała charakter wielokrotny.

Zamawiający podniósł, że procedura sanacyjna którą zastosował była prawnie prawidłowa i możliwa do zastosowania. Orzecznictwo KIO jest spójne w zakresie możliwości naprawy błędów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na każdym jego etapie jak bowiem wskazuje orzecznictwo, zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatry się w swoim działaniu nieprawidłowości. Wskazuje się, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samodzielnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający zawsze może więc dokonać niejako uzdrowienia swojej czynności co miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Zdaniem zamawiającego materialną podstawą dokonania opisanej powyżej czynności sanacyjnej były ustalenia podjęte na posiedzeniu komisji zawarte w protokole z 30 listopada 2020 r. Komisja zważyła tam, że z przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wynika jednoznacznie, że to zamawiający w wezwaniu wskazuje termin, w jakim oświadczenia lub dokumenty powinny być złożone (lub uzupełnione, poprawione) lub w jakim wykonawca powinien udzielić stosownych wyjaśnień. Komisja zważyła także, że zamawiający nie ma całkowitej swobody w tym zakresie. Wyznaczony bowiem termin powinien być terminem realnym, pozwalającym na zadośćuczynienie wezwaniu Zamawiającego. Zakreślony termin powinien być adekwatny do okoliczności, to jest uwzględniać realną możliwość uzyskania i złożenia uzupełnionych/poprawionych dokumentów przez wezwanego Wykonawcę. Za wyrokiem KIO z 12 października 2017 r. (sygn. akt KIO 2035/17), Komisja wskazała, że termin „odpowiedni” to taki, który pozwala wykonawcy na realizację wezwania zamawiającego, a z drugiej nie prowadzi do przedłużenia postępowania. Wskazany przez zamawiającego termin powinien być adekwatny do sytuacji istniejącej w danym postępowaniu i dawać wezwanym wykonawcom realną szansę na przedłożenie dokumentów. W mającej miejsce w czasie podejmowania czynności sytuacji okoliczności związanych ze skalą zakażeń i choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2 zasadnym stało się wyznaczenie nowego terminu na złożenie pożądaných dokumentów. W czynności tej najbardziej istotnym był fakt, że wykonawca GRAND złożył stosowny wniosek o przedłużenie terminu, w którym podniósł, że uzupełnieniu podlega w głównej mierze jest to dokumentacja, która powinna zostać skorygowana przez podmioty i instytucje zewnętrzne. Uzasadnił także, że w związku z panującą sytuacją epidemiczną, zarówno pracownicy banków, urzędów, jak i osoby skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, od których zobowiązany jest pozyskać niezbędne dokumenty i wyjaśnienia, prowadzą obecnie ograniczoną działalność stacjonarną, wobec czego, pozyskanie niezbędnej dokumentacji i skompletowanie wszystkich wyjaśnień w wyznaczonym czasie było zbyt wielkim utrudnieniem. Wykonawca GRAND jasno zakomunikował, że wobec stanu pandemii COVID-19 boryka się z trudnościami organizacyjnymi w zakresie dokonania czynności, do której wezwał go zamawiający. Podnieść należy, że wykonawca musi mieć więc realną szansę uzupełnienia, na wezwanie zamawiającego, oświadczeń i dokumentów, które potwierdzą spełnianie postawionego warunku udziału w postępowaniu. Fakt, że po ostatecznym wyznaczeniu realnego terminu na dokonanie czynności wykonawca GRAND potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu – potwierdza prawidłowość decyzji zamawiającego. Niedokonanie czynności wyznaczenia realnego terminu na dokonanie przedmiotowej czynności stanowiłoby nieuzasadnione uniemożliwienie wykonawcy GRAND skutecznego ubiegania się o pozyskanie zamówienia w sytuacji posiadania rzeczywistego potencjału do jego realizacji. Dokonując przedmiotowej czynności zamawiający stwierdził, że niejako przywrócił możliwość konkurencji na przetargu na zasadach równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zaniechanie wyznaczenia realnego terminu na uzupełnienie dokumentów stanowiłoby o dyskryminacji wykonawcy GRAND. Zamawiający swoją czynności naprawczą przywrócił prowadzenie postępowania do zgodności z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Z ww. przepisu należy wyprowadzić normę, że każdy termin określany w

stosunkach pomiędzy podmiotami powinien być „odpowiedni”, „stosowny” lub „adekwatny” do danej czynności, w tym stopnia jej skomplikowania (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2020 r. sygn. akt KIO 1943/20). Taki termin został dopiero wyznaczony w oparciu o czynność zamawiającego z dnia 30 listopada 2020 r. Wskazać także należy, że od 20 listopada 2020 r. (piątek), a właściwie od 23 listopada 2020 r. (poniedziałek) data wysłania wiadomości: 2020-11-20 17:34:02, data odczytania wiadomości: 2020-11-23 06:57:391 wykonawca GRAND w realiach pandemii COVID-19 nie mógł realnie sprostać wezwaniu zamawiającego w pierwotnie wyznaczonym terminie. Dopiero wyznaczony na nowo termin po dokonaniu stosownych unieważnień czynności zapewnił realne dokonanie czynności we właściwej formie, treści i terminie.

W zakresie zarzutów dotyczących wskazanego przez pozostałych wykonawców terminu gwarancji i rękojmi w związku z kryterium pozacenowym zamawiający wyjaśnił, że zarzuty sformułowane w tym zakresie opierają się na nieusprawiedliwionej okoliczności sprawy tezie, że w przypadku zadeklarowania przedłużonego okresu gwarancji jakości i rękojmi za wady do 6 lat najpóźniej w dniu podpisania umowy wykonawca zobowiązany jest przedstawić kopię polisy ubezpieczeniowej, w tym obejmującej ubezpieczenie od wszystkich ryzyk inwestycji, z długością okresu równego terminowi realizacji zamówienia oraz okresu gwarancyjnego wynoszącego 6 lat (72 miesiące). Powyższe nie uwzględnia jednak kompleksowej wykładni postanowień umownych w zakresie obowiązku posiadania stosownych ubezpieczeń przez cały czas trwania umowy aż do dnia upływu okresu rękojmi i gwarancji. W tym miejscu podnieść należy, że powołanym paragrafie 2 ust. 7 wzoru umowy (w brzmieniu uwzględniającym wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 30 września 2020 r. i w konsekwencji zmianę wzoru umowy) zawarte zostało oświadczenie wykonawcy o zobowiązaniu się do utrzymywania wskazanych ubezpieczeń przez cały czas trwania umowy aż do dnia upływu okresu rękojmi i gwarancji. Zamawiający, co istotne, wskazał iż przez utrzymywanie ubezpieczenia należy rozumieć w szczególności zobowiązanie do przedstawiania kopii polis ubezpieczeniowych wraz z dowodami opłaty składek za kolejne okresy ochrony ubezpieczeniowej (w szczególności, a więc niewyłącznie). Co istotne nie wskazano, że te kolejne okresy ochrony ubezpieczeniowej miałyby być konsekwencją przedłużenia terminu realizacji inwestycji, a samo powołanie się na kolejne okresy ubezpieczenia wskazuje, że mają one po sobie następować z zachowaniem ciągłości. Niezależnie jednak od tego, co zdaje się pomijać odwołujący, w paragrafie 2 ust. 10 zamawiający zastrzegł sobie prawo do zawarcia stosownych umów ubezpieczenia na koszt i ryzyko wykonawcy (generalnego wykonawcy) w przypadku uchybienia obowiązkom wynikającym z ust. 7 i 8. Skoro w umowie zastrzeżono postanowienia na wypadek uchybienia przez wykonawcę m.in. zobowiązania do przedkładania kopii polis ubezpieczeniowych wraz z dowodami uiszczenia składek, to tym samym zamawiający dopuścił, iż na etapie przed podpisaniem umowy może zostać mu przedłożona do akceptacji polisa nieobjmująca całego okresu trwania umowy, tj. do dnia upływu okresu rękojmi i gwarancji. Zabezpieczeniem interesu zamawiającego w takim przypadku jest prawo do zawarcia stosownej umowy ubezpieczenia w imieniu wykonawcy.

Niezależnie od powyższego zamawiający wskazał, że odwołujący się nie udowodnił zarzutu w zakresie braku możliwości zaoferowania przedłużonego łącznego okresu gwarancji jakości i rękojmi na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane do 6 lat z zapewnieniem pełnej ochrony ubezpieczeniowej wszystkich ryzyk inwestycji przez cały okres realizacji inwestycji i okresu ochrony gwarancyjnej. Podkreślenia wymaga, że na potwierdzenie zasadności swoich twierdzeń odwołujący przedstawili jedynie 4 stanowiska ubezpieczycieli, z czego dwa odwołują się do niezanych ustaleń poczynionych w trakcie rozmów telefonicznych, ale ani z jednego nie wynika, że ubezpieczycielom udostępniono pełną dokumentację postępowania pozwalającą ocenić ryzyko i że odpowiedź dotyczy każdego potencjalnego wykonawcy, a nie wyłącznie odwołującego. Mając na uwadze, że ubezpieczenie od ryzyk inwestycji jest ubezpieczeniem dobrowolnym, to ostateczny zakres i długość ochrony ubezpieczeniowej zależy od wyników oceny ryzyka każdorazowo podejmowanej przez ubezpieczyciela. Podnieść należy również, że z przedłożonych stanowisk ubezpieczycieli nie wynika, iż wykonawca, dysponujący własną historią ubezpieczeniową, nie uzyska stosownego ubezpieczenia od ryzyk konkretnej inwestycji na okres 6 lat, a to jest kluczowe w perspektywie zarzutów odwołania. Kwestionując trafność wniosków wyprowadzonych przez odwołującego z wybiórczego zestawienia stanowisk ubezpieczycieli, zamawiający wskazał, że zlecił brokerowi ubezpieczeniowemu analizę rynku pod kątem ww. zarzutów. Z treści tej opinii wynika, że zawarcie stosownej umowy ubezpieczenia na okres 6 lat nie wyklucza co najmniej PZU S.A. oraz Sopotkie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia. Wniosków tej opinii nie zakwestionowano skutecznie w zakresie podniesionych zarzutów odwołania, a każdy ewentualny dowód zmierzający w tym kierunku należałoby ocenić jako spóźniony. Odwołujący pominął istnienie tego dokumentu i nie dokonał jego analizy w świetle trafności podnoszonych zarzutów, co czyni niepełnym uzasadnienie zarzutu przedstawione w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego zamawiający stwierdził, że odwołujący, kwestionując wybór najkorzystniejszej oferty poprzez zarzut braku możliwości zapewnienia ochrony ubezpieczeniowej z tytułu ryzyk inwestycji w okresie dłuższym niż 5,5 roku, w istocie zmierzają do kwestionowania treści SIWZ, w tym wzoru umowy oraz kryteriów oceny ofert. Wszelkie próby podejmowane w tym kierunku przez odwołującego na tym etapie ocenić należy jako spóźnione. Jeżeli odwołujący uważał, że pozacenowe kryterium oceny ofert jest określone w sposób nieprawidłowy, prowadzący w części do zawarcia umowy nieważnej jako niemożliwej do spełnienia, to mogli ten stan rzeczy naprawić przez wniesienie odwołania, czego nie uczynił. Zamawiający podniósł, że jednoznaczne stanowisko w przedmiocie odmowy zmiany SIWZ w ww. zakresie zamawiający przedstawił w dniu 30 września 2020 r., udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców. Wobec braku zaskarżenia w procedurze odwoławczej te zapisy SIWZ przyjęły więc charakter ostatecznych i wiążą zarówno zamawiającego, wykonawców i Izbę.

Mając na względzie powyższe, zamawiający jako bezzasadne ocenił zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, u podstaw których leży zarzut braku możliwości zapewnienia ochrony ubezpieczeniowej z tytułu ryzyk inwestycji w okresie dłuższym niż 5,5 roku.

W dniu 14 stycznia 2021 r. pismo procesowe złożył wykonawca Strabag wraz z załącznikami.

Sygn. akt KIO 3312/20

W dniu 14 grudnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Grupa Blackbird Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Nowym Sączu, J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „KOS” J. K. z siedzibą w Nowym Sączu oraz Tamex Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie, w którym wskazali następujące zarzuty:

1. naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez błędne przyjęcie, że wykonawca A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GRAND A. G. z siedzibą w Korzennej (dalej zwany nadal:

„GRAND”) wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu tyżącego się zdolności finansowej (choć GRAND złożył opinie bankowe, z których nie wynika żądana zdolność kredytowa lub posiadanie odpowiednich środków finansowych), pomimo że zamawiający nie otrzymał uzupełnienia żadanego przez siebie dokumentu do wyznaczonego przez siebie terminu, tj. 27 listopada 2020 r., lecz dopiero w dniu 2 grudnia 2020 r.;

2.naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez błędne przyjęcie, że wykonawca GRAND wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu tyżącego się posiadanego doświadczenia (choć GRAND złożył referencję z datą sprzed skończenia inwestycji KPP w Miechowie), pomimo że zamawiający nie otrzymał uzupełnienia żadanego przez siebie dokumentu do wyznaczonego przez siebie terminu, tj. 27 listopada 2020 r., lecz dopiero w dniu 2 grudnia 2020 r.;

3.naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez błędne przyjęcie, że wykonawca GRAND wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu tyżącego się posiadanego potencjału osobowego, (choć GRAND złożył wykaz osób, z którego nie wynika, aby pan P.B., skierowany do realizacji zamówienia w charakterze Projektanta-Architekta, posiadał doświadczenie w zakresie realizacji obiektu obejmującego 1000 miejsc siedzących), pomimo że zamawiający nie otrzymał uzupełnienia żadanego przez siebie dokumentu do wyznaczonego przez siebie terminu, tj. 27 listopada 2020 r., lecz dopiero w dniu 2 grudnia 2020 r.;

4.naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez błędne przyjęcie, że wykonawca GRAND wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu tyżącego się posiadanego potencjału osobowego, (choć GRAND złożył wykaz osób, z którego nie wynika, aby pan S.R., skierowany do realizacji zamówienia w charakterze Projektanta w specjalności telekomunikacyjnej, posiadał uprawnienia o zakresie zgodnym z wymaganiem), pomimo że zamawiający nie otrzymał uzupełnienia żadanego przez siebie dokumentu do wyznaczonego przez siebie terminu, tj. 27 listopada 2020 r., lecz dopiero w dniu 2 grudnia 2020 r.;

5.naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez błędne przyjęcie, że wykonawca GRAND wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu tyżącego się posiadanego potencjału osobowego, (choć GRAND złożył wykaz osób, z którego nie wynika, aby pan J.G., skierowany do realizacji zamówienia w charakterze Kierownika budowy, posiadał uprawnienia o zakresie zgodnym z wymaganiem), pomimo że zamawiający nie otrzymał uzupełnienia żadanego przez siebie dokumentu do wyznaczonego przez siebie terminu, tj. 27 listopada 2020 r., lecz dopiero w dniu 2 grudnia 2020 r.;

6.naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez błędne przyjęcie, że wykonawca GRAND wykazał brak podstaw do wykluczenia, (choć GRAND złożył zaświadczenie z ZUS, z którego nie wynika kt wystawił/podpisał to zaświadczenie), pomimo że zamawiający nie otrzymał uzupełnienia żadanego przez siebie dokumentu do wyznaczonego przez siebie terminu, tj. 27 listopada 2020 r., lecz dopiero w dniu 2 grudnia 2020 r.;

7.naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez błędne przyjęcie, że zamawiający – po uprzedniej odmowie na przedłużenie terminu wyznaczonego na uzupełnienie dokumentów, a następnie po upływie tego terminu – widząc, że wykonawca GRAND nie złożył jakichkolwiek uzupełnień, uprawniony jest przedłużenia terminu na składanie uzupełnień w trzy dni po upływie tego terminu, tj. 30 listopada 2020 r., co *de facto* równoznaczne jest z ponownym wezwaniem tego wykonawcy do ponownego uzupełnienia tych samych dokumentów w takim samym zakresie, co godzi w zasadę równości traktowania wykonawców i jednokrotności wzywania do uzupełnień tego samego zakresu oferty;

8.naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 46 ust. 4a Pzp, przez błędne przyjęcie, że wykonawca GRAND dokonał terminowego uzupełnienia dokumentów, które zostało przez zamawiającego wyznaczone na dzień 27 listopada 2020 r., skutkiem czego zamawiający nie jest zobowiązany do zatrzymania temu wykonawcy wadium, podczas gdy rzeczone uzupełnienia wpłynęły do zamawiającego po upływie tego terminu, tj. w dniu 2 grudnia 2020 r.;

z ostrożności również:

9.naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez błędne przyjęcie, że wykonawca GRAND wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu tyżącego się posiadanego potencjału osobowego, pomimo że z uzupełnionego wykazu osób wynika, że pan P.B., skierowany do realizacji zamówienia w charakterze Projektanta-Architekta, nie posiada żadanego przez zamawiającego doświadczenia, gdyż nie wykonał wskazanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwaney dalej nadal: „SIWZ”) dokumentacji projektowej, a jedynie był jej współautorem;

z najdalej idącej ostrożności również:

10.naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp w związku z § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zwanego dalej: „Rozporządzenie ws. Dokumentów”), przez błędne przyjęcie, że wykonawca GRAND wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu tyżącego się posiadanego doświadczenia, pomimo że ze złożonych dowodów do wykazu doświadczenia nie wynika, aby basen realizowany dla Gminy Jawor został należycie wykonany, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończony, gdyż załączone oświadczenie własne należy w okolicznościach sprawy pominąć (nie stanowi dowodu), zaś protokół odbioru końcowego nie zawiera informacji wartościujących, w szczególności z których wynikałoby czy zostały usunięte wady i usterki, a także że nie zostały potrącone jakiekolwiek kary umowne, co dopiero mogłoby stanowić dowód należytego wykonania tej inwestycji.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem: wykluczenia wykonawcy GRAND z postępowania oraz zatrzymania wykonawcy GRAND wadium;

3)dokonania wyboru oferty odwołującego, w ramach powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów Pzp. Zdaniem odwołującego gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami Pzp, należycie zbadałby i ocenił ofertę złożoną przez GRAND. W konsekwencji, zamawiający nie dokonałby wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, lecz wykluczyłby tego wykonawcę z uwagi na wystąpienie podstaw do opisanych w treści niniejszego odwołania oraz zatrzymałby GRAND wadium. Wówczas, zamawiający dokonałby wyboru oferty odwołującego, który nie podlega wykluczeniu, złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ, która zawiera najwyższą ilość punktów w ocenianych kryteriach. Odwołujący zaznaczył również, że gdyby oferta nr 5 została oceniona (w dniu 3 grudnia 2020 r. zamawiający odrzucił tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp), to uplasowałaby się za ofertą odwołującego, na trzecim miejscu. W wyniku powyższego, tj. gdyby zamawiający

podejmował czynności zgodne z przepisami Pzp, odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie i osiągnął zysk, który planował osiągnąć poprzez realizację przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Pzp niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik postępowania, zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić odwołanie.

Na wstępie odwołujący wskazał, że w dniu 19 października 2020r. zamawiający wezwał wykonawcę GRAND do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Po ich zbadaniu, zamawiający stwierdził, że występuje w nich szereg uchybień, które jednak są konwalidowane, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zatem, w dniu 20 listopada 2020r. zamawiający wystosował do GRAND wniosek o uzupełnienie oferty – w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - w niżej wskazanym zakresie (oraz wniosek o wyjaśnienie oferty w trybie art. 26, ust. 4 ustawy Pzp). Z uwagi na fakt, że odwołujący w pełni poparł stanowisko zamawiającego w zakresie wadliwości rzeczonych dokumentów i oświadczeń, odwołujący przytoczył w odwołaniu treść niniejszego wezwania, traktując ją jako własne uzasadnienie do postawionych zarzutów.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 1 odwołujący wyjaśnił dlaczego zarzut dotyczący się niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego się zdolności finansowej jest zasadny, cytując w tym zakresie zastrzeżenia zamawiającego i uznając je za własne. Następnie odwołujący zauważył, że w ostatnim dniu upływu terminu na złożenie uzupełnień, tj. w dniu 27 listopada 2020 r., wykonawca GRAND zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na uzupełnienie o kolejne siedem (7) dni, a zamawiający udzielił odmownej odpowiedzi na wniosek GRAND. W ocenie odwołującego siedmiodniowy termin wyznaczony przez zamawiającego, wykonawcy GRAND na uzupełnienie oferty minął, a GRAND nie złożył w wymaganym terminie jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego posiadanie zdolności finansowej, żądanej w Rozdziale VII ust. 3 pkt 3.2.1 SIWZ. Tym samym, GRAND nie wykazał spełnienia rzeczzonego warunku, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania. Tym samym, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu z pkt 2 odwołujący wyjaśnił dlaczego zarzut dotyczący się niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego się posiadanego doświadczenia jest zasadny, cytując w tym zakresie zastrzeżenia Zamawiającego i uznając je za własne. Następnie odwołujący zauważył, że w ostatnim dniu upływu terminu na złożenie uzupełnień, tj. w dniu 27 listopada 2020 r., wykonawca GRAND zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na uzupełnienie o kolejne siedem (7) dni, a zamawiający udzielił odmownej odpowiedzi na wniosek GRAND. W ocenie odwołującego siedmiodniowy termin wyznaczony przez zamawiającego wykonawcy GRAND na uzupełnienie oferty minął, a GRAND nie złożył w wymaganym terminie jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego posiadanie doświadczenia, żądanego w Rozdziale VII ust. 3 pkt 3.3.1.1. SIWZ. Tym samym, GRAND nie wykazał spełnienia rzeczzonego warunku, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania. Tym samym, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

W uzasadnieniu dla zarzutu z pkt 3 odwołujący wyjaśnił dlaczego zarzut dotyczący się niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego się posiadanego potencjału osobowego jest zasadny, cytując w tym zakresie zastrzeżenia zamawiającego i uznając je za własne. Następnie odwołujący zauważył, że w ostatnim dniu upływu terminu na złożenie uzupełnień, tj. w dniu 27 listopada 2020 r., wykonawca GRAND zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na uzupełnienie o kolejne siedem (7) dni, a zamawiający udzielił odmownej odpowiedzi na wniosek GRAND. W ocenie odwołującego siedmiodniowy termin wyznaczony przez zamawiającego wykonawcy GRAND na uzupełnienie oferty minął, a GRAND nie złożył w wymaganym terminie jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego posiadanie doświadczenia, żądanego w Rozdziale VII ust. 3 pkt 3.3.2.1. SIWZ. Tym samym, GRAND nie wykazał spełnienia rzeczzonego warunku, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania. Tym samym, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Jeśli chodzi o zarzut z pkt 4 odwołujący wyjaśnił dlaczego zarzut dotyczący się niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego się posiadanego potencjału osobowego jest zasadny, cytując w tym zakresie zastrzeżenia zamawiającego i uznając je za własne. Następnie odwołujący zauważył, że w ostatnim dniu upływu terminu na złożenie uzupełnień, tj. w dniu 27 listopada 2020 r., wykonawca GRAND zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na uzupełnienie o kolejne siedem (7) dni, a zamawiający udzielił odmownej odpowiedzi na wniosek GRAND. W ocenie odwołującego siedmiodniowy termin wyznaczony przez zamawiającego wykonawcy GRAND na uzupełnienie oferty minął, a GRAND nie złożył w wymaganym terminie jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego posiadanie doświadczenia, żądanego w Rozdziale VII ust. 3 pkt 3.3.2.4. SIWZ. Tym samym, GRAND nie wykazał spełnienia rzeczzonego warunku, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania. Tym samym, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu z pkt 5 odwołujący wyjaśnił dlaczego zarzut dotyczący się niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego się posiadanego potencjału osobowego jest zasadny, cytując w tym zakresie zastrzeżenia zamawiającego i uznając je za własne. Następnie odwołujący zauważył, że w ostatnim dniu upływu terminu na złożenie uzupełnień, tj. w dniu 27 listopada 2020 r., wykonawca GRAND zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na uzupełnienie o kolejne siedem (7) dni, a zamawiający udzielił odmownej odpowiedzi na wniosek GRAND. W ocenie odwołującego siedmiodniowy termin wyznaczony przez zamawiającego wykonawcy GRAND na uzupełnienie oferty minął, a GRAND nie złożył w wymaganym terminie jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego posiadanie doświadczenia, żądanego w Rozdziale VII ust. 3 pkt 3.3.2.7. SIWZ. Tym samym, GRAND nie wykazał spełnienia rzeczzonego warunku, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania. Tym samym, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

W przypadku zarzutu z pkt 6 odwołujący wyjaśnił dlaczego zarzut dotyczący się niewykazania braku podstaw do wykluczenia, w zakresie złożenia zaświadczenia o niezaleganiu w opłaceniu składek wystawione przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, jest zasadny, cytując w tym zakresie zastrzeżenia zamawiającego i uznając je za własne. Następnie odwołujący zauważył, że w ostatnim dniu upływu terminu na złożenie uzupełnień, tj. w dniu 27 listopada 2020 r., wykonawca GRAND zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na uzupełnienie o kolejne siedem (7) dni, a zamawiający udzielił odmownej odpowiedzi na wniosek GRAND. W ocenie odwołującego siedmiodniowy termin wyznaczony przez zamawiającego wykonawcy GRAND na uzupełnienie oferty minął, a GRAND nie złożył w wymaganym terminie jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego posiadanie doświadczenia, żądanego w Rozdziale VII ust. 2 pkt 3.3.2.1. SIWZ oraz żądanego w Rozdziale VIII ust. 2 lit. g) SIWZ. Tym samym, GRAND nie wykazał spełnienia rzeczzonego warunku, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania. Tym samym, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp jest zasadny i zasługuje na

uwzględnienie.

Uzasadniając zarzut wskazany w pkt 7 odwołujący dla celów porządkowych, jeszcze raz wskazał, że wykonawca GRAND w ostatnim dniu upływu terminu na złożenie uzupełnień, tj. w dniu 27 listopada 2020 r., o godzinie 16:20:27, zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na uzupełnienie o kolejne siedem (7) dni. W tym samym dniu zamawiający, o godz. 22:27:35 udzielił odmownej odpowiedzi na wniosek GRAND. Siedmiodniowy termin wyznaczony przez zamawiającego wykonawcy GRAND na uzupełnienie oferty minął, a GRAND nie złożył w wymaganym terminie jakiegokolwiek dokumentu, wnioskowanego przez zamawiającego w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r. Odwołujący wyjaśnił, że w pełni podziela stanowisko zamawiającego, wskazane w odmownej odpowiedzi na wniosek GRAND, że termin na uzupełnienie dokumentów był realny. Dzień 27 listopada 2020 r. to piątek, zaś w okresie od 23 do 27 listopada 2020 r., nie było żadnych świąt państwowych, więc każdy z tych dni był dniem roboczym. Tym samym, GRAND otrzymał aż tydzień, przeszło 5 dni roboczych, za uzupełnienie własnej oferty. Zdaniem odwołującego zaniechanie dokonania przez GRAND uzupełnień w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wynika wyłącznie z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy. Termin wyznaczony przez zamawiającego był wystarczający, aby wykonawca – działający z należytą starannością – był w stanie uzupełnić swą ofertę o wnioskowane dokumenty. Zatem, bezskuteczny upływ wyznaczonego przez zamawiającego terminu skutkować winno konsekwencjami wskazanymi w art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że zamawiający nie jest uprawniony do przedłużenia terminu składania uzupełnień po upływie pierwotnie wyznaczonego terminu. Takie działania, jako niełojalne i faworyzujące GRAND, nie zasługują na ochronę Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym, zdaniem odwołującego, dopuszczając się dwukrotnego wezwania do uzupełnień tego samego zakresu, zamawiający w sposób rażący naruszył prymarne zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz udzielania zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustaw, a także przepisy art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jeśli chodzi o uzasadnienie dotyczące zarzutu podniesionego w pkt 8 odwołujący wskazał, że stosownie do postanowienia art. 46 ust. 4a Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 rodzaje dokumentów żądanych w postępowaniu od wykonawców ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a załączniki do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ust. 1, pełnomocnictwo lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 uprawnienia zamawiającego w toku badania i oceny ofert ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Przepis ten stwarza więc materialno-prawną podstawę dla obowiązku zatrzymania wadium przez zamawiającego w przypadku zaistnienia sytuacji opisanej w tym przepisie. Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie sporne jest, czy art. 46 ust. 4a Pzp zobowiązuje zamawiających do zatrzymania wadium wraz z odsetkami wykonawcy, który w celu wykonania wezwania zamawiającego, a także wykazania spełniania określonych warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, przedstawia dokumenty, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, lub zawierają błędy (patrz np. wyrok KIO z 29 marca 2012 r., sygn. akt KIO 536/12, KIO 537/12). Nie jest jednak sporna okoliczność, że w przypadku nie złożenia wymaganych dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw znajduje zastosowanie obowiązek zatrzymania wadium wykonawcy.

Zdaniem odwołującego wykonawca GRAND nie tylko miał wystarczającą ilość czasu na uzupełnienie dokumentów, zwłaszcza, że powinny być one być już w posiadaniu tego wykonawcy. Niedbalstwo GRAND i brak należytej staranności przejawiają się nie tylko w uchybieniu terminom dla dokonania określonych czynności, ale także we wnioskowaniu o wydłużenie terminu na uzupełnienie dopiero o 16:20:27, gdy powinien spodziewać się, że w ogóle ono nie zostanie przez zamawiającego przeczytane w tym dniu, gdyż zgodnie z informacją zawartą w Rozdziale IX ust. 3 SIWZ, w piątki zamawiający urzęduje do godz. 15:30.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że zaniechanie uzupełnienia przez GRAND dokumentów do dnia 27 listopada 2020 r., było spowodowane niedochowaniem przez GRAND należytej staranności. Długi termin na dokonanie uzupełnień pozawalał na skuteczne konwalidowanie oferty, lecz niedbalstwo i nonszalancja GRAND w komunikacji z zamawiającym spowodowały, że zbyt opieszale działał i nie był w stanie sprostać wezwaniu zamawiającego, pomimo tak hojnie przyznanego siedmiodniowego terminu na uzupełnienia. Tym samym, zdaniem odwołującego, ziściła się przesłanka z art. 46 ust. 4a Pzp, obciążająca zamawiającego do zatrzymania wadium GRAND z uwagi na całkowicie bierną postawę tego wykonawcy i brak złożenia jakichkolwiek dokumentów, w jakiegokolwiek formie do dnia 27 listopada 2020 r.

Zarzut wskazany w pkt 9 odwołujący podniósł z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę, iż doszło do złamania zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnień tego samego zakresu. Odwołujący w tym zarzucie odniósł się bowiem do uzupełnionego wykazu osób, wykazując brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do Projektanta głównego. Odwołujący wskazał, że zgodnie z oświadczeniem GRAND pan P.B. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu postawionego w Rozdziale VII ust. 3 pkt 3.3.2.1. SIWZ. W uzupełnionych dokumentach dotyczących się tego specjalisty GRAND oświadcza, że pan P.B. nie ma doświadczenia w wykonaniu pełno-branżowej dokumentacji projektowej, lecz że ma doświadczenie w wykonaniu CZĘŚCI pełno-branżowej dokumentacji projektowej. Powyższe wynika z dwóch dokumentów – wykazu osób, gdzie zamiast potwierdzić doświadczenie konkretnej osoby i oświadczyć, że pan P.B. „wykonał” dokumentację, GRAND używa określenia odzwierciedlające zbiorcze doświadczenie dwóch lub więcej osób tj. „wykonano”. Dalej, w referencji wystawionej przez Bruk-Bet sp. z o.o. z siedzibą w Żabnie, wystawca referencji poświadczył, że wykazywana „pełno-branżowa dokumentacja projektowa” była wykonywana przez dwa biura projektowe, oraz że nadzór autorski był sprawowany przez dwie osoby, a nie wyłącznie przez pana P.B. Tym samym, GRAND nie wykazał, aby pan P.B. posiadał doświadczenie w wykonaniu chociaż jednej „pełno-branżowej dokumentacji projektowej”, zgodnej z warunkami SIWZ.

W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że w praktyce zdarza się, że jest dwóch lub więcej autorów jednego dzieła, albo że dopiero suma dzieł (poszczególnych zakresów dokumentacji projektowej) daje konkretny efekt. O ile w pierwszym przypadku można mówić o nabyciu stosownego doświadczenia wszystkich współautorów dokumentacji projektowej, o tyle w drugim przypadku nie ma możliwości, aby nabyć stosowne doświadczenie, jeżeli zrealizowało się tylko część dokumentacji projektowej. Z uwagi na fakt, że pan P.B. zrealizował jedynie określony zakres dokumentacji wymaganej treścią warunku, stwierdzić należy, że GRAND nie wykazał wymaganego doświadczenia uzupełnionym wykazem i dokumentami. Z uwagi na brzmienie warunku, który dotyczył dokumentacji projektowej budowy lub przebudowy lub rozbudowy obiektu kultury fizycznej (sportowego) lub rekreacyjnego lub kulturalnego posiadającego minimum 1.000 miejsc siedzących, która uzyskała pozwolenie na budowę, należy przyjąć, że zgodnie z literalną i celowościową wykładnią tego warunku, intencją zamawiającego było wykazanie się przez wykonawców dysponowaniem

osoby z doświadczeniem w wykonaniu dokumentacji projektowej do średniego obiektu, za to wykonanej samodzielnie. Należy uwzględnić, że treść warunku dla głównego projektanta jest różna od treści warunku dla projektantów w poszczególnych specjalnościach, którzy nie muszą wykazywać się doświadczeniem zdobytym na podobnym obiekcie jaki będzie realizowany w wyniku udzielonego zamówienia. Zatem, zasadne było wymaganie, aby główny projektant miał doświadczenie w sporządzaniu całej dokumentacji projektowej, a nie tylko części składowej tej dokumentacji.

Reasumując odwołujący stwierdził, że GRAND wprost wskazał, że wykazywana realizacja dokumentacji projektowej, która miała dokumentować doświadczenie pana P.B., była wykonana jedynie częściowo. Wykonawca GRAND nie oświadczył, że pan P.B. *wykonał pełno-branżową dokumentację projektową*, tylko że brał udział w zadaniu. Tymczasem, uwzględniając fakt, że niezbędny zakres dokumentacji projektowej wskazuje Inwestor, to GRAND powinien był być w stanie wykazać, że główny projektant (pan P.B.) był autorem (lub współautorem) wszystkich elementów wchodzących w skład danej dokumentacji projektowej. Tym samym, GRAND nie wykazał spełnienia warunku wskazanego w Rozdziale VII ust. 3 pkt 3.3.2.1. SIWZ, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania. Tym samym, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

W przypadku zarzutu z pkt 10 postawionego z najdalej idącej ostrożności odwołujący wskazał, że GRAND nie udowodnił należyście, iż niżej wskazana realizacja wykonana na rzecz Gminy Jawor faktycznie może potwierdzać zdobycie odnośnego doświadczenia. Mianowicie, na potwierdzenie należytego wykonania ww. inwestycji GRAND przedstawił oświadczenie własne oraz Protokół końcowy odbioru robót z dnia 31 lipca 2020r. Obydwa ww. dokumenty nie mogą potwierdzać należytego wykonania przebudowy basenu w Jaworze. Oświadczenie własne – z uwagi na fakt, że nie ziszczyły się przesłanki, umożliwiające zastąpienie poświadczenia Inwestora przez oświadczenie własne; Protokołu – ponieważ nie zawiera on elementów wartościujących, ocennych, które pozwalają na przyjęcie, że realizacja została należyście wykonana.

W odniesieniu do oświadczenia własnego odwołujący wskazał, że wymogi Pzp dotyczące dowodów należytego wykonania dostaw, robót budowlanych czy usług, mających potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, są klarowne - co do zasady wykonawca powinien przedkładać listy referencyjne pochodzące od kontrahentów. W wyjątkowych przypadkach dopuszczalne jest jednak zastąpienie ich oświadczeniami własnymi. Postawienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia ma służyć zasadniczo ograniczeniu kręgu wykonawców biorących udział w postępowaniu wyłącznie do podmiotów, które w przeszłości realizowały już określonego rodzaju dostawy, roboty czy usługi i posiadają niezbędne know-how pozwalające na sprawne i należyte wykonanie zamówienia będącego przedmiotem przetargu. W każdym przypadku należy mieć na uwadze wyjątkowy charakter uregulowania dopuszczającego możliwość zastąpienia przez wykonawcę referencji oświadczeniem własnym. W świetle wskazówek wynikających z orzecznictwa KIO złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia o należyтым wykonaniu dostawy lub usługi (zamiast przedłożenia referencji pochodzących od odbiorcy dostawy lub usługi) dopuszczalne jest jedynie w sytuacjach szczególnych, odpowiednio uzasadnionych niemożliwością uzyskania referencji.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący uznał, że GRAND powinien był – wraz ze złożeniem oświadczenia własnego – wykazać, jakie to nastąpiły szczególne okoliczności, które nie pozwalają mu na złożenie dokumentu pochodzącego od Inwestora.

W odniesieniu do oświadczenia własnego odwołujący wskazał, że choć Protokół odbioru końcowego potwierdza wykonanie inwestycji w terminie, to nie zawiera jakiegokolwiek stwierdzenia, które pozwalało zamawiającemu na uznanie, że Protokół ten potwierdza należyte wykonanie zamówienia. Literalna treść Protokołu i § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów w zakresie dowodów przedkładanych w celu wykazania prawidłowości danej realizacji wyraźnie wskazuje, że po pierwsze ustawodawca akcentuje konieczność odniesienia się w ramach takich dokumentów do jakości i prawidłowości referencyjnych prac, a nadto rozróżniając pojęcia *zgodności z przepisami prawa budowlanego* i *prawidłowego ukończenia* do obu tych aspektów równoległe nakazuje się odnieść. W tym kontekście, warto zwrócić uwagę, że o ile Rozporządzenie ws. rodzajów dokumentów obowiązujące w 2006 r. posługiwało się jedynie sformułowaniem „należytego wykonania robót budowlanych”, o tyle kolejne Rozporządzenia obowiązujące od 2009 r. (w tym obecnie obowiązujące z 26 lipca 2016 r.) nakazują weryfikację referencyjnych prac równoległe pod kątem zgodności ich wykonania z prawem budowlanym/zasadami sztuki budowlanej oraz ich prawidłowego ukończenia. W konsekwencji, w dokumentach mających dowodzić prawidłowości danej inwestycji powinna się znaleźć ocena wykonanych prac właśnie pod kątem tych dwóch zmiennych. Nade wszystko, skoro celem referencji czy też innego dokumentu jest weryfikacja czy roboty budowlane, których wykonanie ma być podstawą do uzyskania kolejnego kontraktu, zostały wykonane w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami prawa budowlanego, to w treści złożonego dokumentu, który do nich się odnosi, muszą znaleźć się sformułowania wartościujące wykonane prace i wskazujące na ich pozytywną ocenę, prawidłowość i staranność. W przeciwnym wypadku taki dokument nie spełnia swojej funkcji i nie może stanowić potwierdzenia, zdefiniowanego w §2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów.

Odwołujący wskazał, że samo oświadczenie Inwestora w Protokole końcowym, że roboty zostały wykonane terminowo, nie oznacza, że zostały prawidłowo ukończone, ani tym bardziej, że nie zostały naliczone kary umowne za nienależyte wykonanie zamówienia. To właśnie wartościujące elementy oświadczenia – których próżno szukać w złożonym Protokole – pozwalałyby zamawiającemu na przyjęcie, że realizacja potwierdza nabycie doświadczenia, niezbędnego do należytej realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Wobec jednak tak lapidarnej treści Protokołu, zamawiający nie powinien był domniemywać czeqokolwiek, szukać informacji na własną rękę lub wręcz zakładać, że z pewnością basen w Jaworach został należyście zrealizowany, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończony. Przeciwnie, zamawiający powinien był wezwać GRAND do uzupełnień. Jeżeli zaś zrodziłyby się w zamawiającym wątpliwości w zakresie prawdziwości klarownych oświadczeń, potwierdzających spełnienie warunku (których obecnie brak w ofercie GRAND), do wówczas mógłby podjąć się własnych badań, w celu weryfikacji prawdziwości tych twierdzeń. Każdorazowo jednak, to z oferty wykonawcy ma wynikać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a brak takich oświadczeń w ofercie GRAND powinien był skutkować wezwaniem tego wykonawcy do uzupełnienia oferty.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, zamawiający winien wdrożyć w odniesieniu do omawianej realizacji obligatoryjną procedurę przewidzianą art. 26 ust. 3 Pzp, tak aby uzyskać od wykonawcy – na którym ciąży przecież obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu – potwierdzenie, iż realizacja, na którą się powołuje, istotnie wykonana została w sposób należyty i zgodny z przepisami prawa budowlanego, względnie aby wykonawca legitymował się inną (nową) referencją, która sprostaby w pełni wymaganiom określonym w Rozdziale VII ust. 3.3.1.1, SIWZ. Tym samym, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp w związku z § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia w sprawie dokumentów jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy: wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie oraz NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie oraz Strabag Sp. z o.o., a po stronie odwołującego wykonawca GRAND.

Jak wskazano powyżej przy opisie okoliczności dotyczących sprawy o sygn. akt KIO 3300/20 zamawiający w dniu 14 stycznia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Jeśli chodzi o przedmiotowe odwołanie zamawiający podniósł następującą argumentację.

W zakresie zarzutów podniesionych w pkt 1-7 zamawiający wyjaśnił, że czynność wezwania GRAND do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień była jedną czynnością. Wezwanie w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, miało bezwzględnie charakter jednokrotny. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający raz wezwał do uzupełnienia dokumentów, którą to czynność dokonał przy udziale dopuszczalnej procedury sanacyjnej. Pismem z dnia 30 listopada 2020 r. doręczonym w tym samym dniu zamawiający dokonał następujące czynności:

1. częściowo unieważnił czynność zamawiającego z dnia 20 listopada 2020 r. polegającą na wezwaniu wykonawcy: GRAND, do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów z dnia 20 listopada 2020 r. w zakresie wyznaczonego terminu dokonania czynności do dnia 27 listopada 2020 r.;
2. unieważnił czynność zamawiającego z dnia 27 listopada 2020 r. polegającą na odmowie przedłużenia (wyznaczenie nowego) terminu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów;
3. ostatecznie wyznaczył wykonawcy GRAND termin do:

- 1) uzupełnienia dokumentów (które są niekompletne, zawierają błędy oraz budzą wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r. (znak: NIK.271.1.2020) wątpliwości);
- 2) wyjaśnienia treści dokumentów które są niekompletne, zawierają błędy oraz budzą wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r. (znak: NIK.271.1.2020) wątpliwości).

W oparciu o powyższą czynność wykonawca GRAND zobowiązany był do złożenia zamawiającemu wymaganych w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r. (znak: NIK.271.1.2020) dokumentów oraz wyjaśnień odnośnie treści dokumentów za pośrednictwem Platformy Zakupowej dostępnej pod adresem <https://platformazakupowa.pl> w nowo wyznaczonym nieprzekraczalnym terminie do dnia 2 grudnia 2020 r. do godz. 15.00. Tym samym nie sposób uznać, że czynność ta miała charakter wielokrotny.

Zamawiający podniósł, że procedura sanacyjna którą zastosował była prawnie prawidłowa i możliwa do zastosowania. Orzecznictwo KIO jest spójne w zakresie możliwości naprawy błędów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na każdym jego etapie. Jak bowiem wskazuje orzecznictwo, zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatry się w swoim działaniu nieprawidłowości. Wskazuje się, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samodzielnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obciążone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający zawsze może więc dokonać niejako uzdrowienia swojej czynności co miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Dalej zamawiający wyjaśnił, że materialną podstawą dokonania opisanej powyżej czynności sanacyjnej były ustalenia podjęte na posiedzeniu komisji zawarte w protokole z 30 listopada 2020 r. Komisja zważyła tam, że z przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wynika jednoznacznie, że to zamawiający w wezwaniu wskazuje termin, w jakim oświadczenia lub dokumenty powinny być złożone (lub uzupełnione, poprawione) lub w jakim wykonawca powinien udzielić stosownych wyjaśnień. Komisja zważyła także, że zamawiający nie ma całkowitej swobody w tym zakresie. Wyznaczony bowiem termin powinien być terminem realnym, pozwalającym na zadośćuczynienie wezwaniu zamawiającego. Zakreślony termin powinien być adekwatny do okoliczności, to jest uwzględniać realną możliwość uzyskania i złożenia uzupełnionych/poprawionych dokumentów przez wezwanego wykonawcę. Za wyrokiem KIO z 12 października 2017 r. (sygn. akt KIO 2035/17), Komisja wskazała, że termin „odpowiedni” to taki, który pozwala wykonawcy na realizację wezwania zamawiającego, a z drugiej nie prowadzi do przedłużenia postępowania. Wskazany przez zamawiającego termin powinien być adekwatny do sytuacji istniejącej w danym postępowaniu i dawać wezwanym wykonawcom realną szansę na przedłożenie dokumentów. W mającej miejsce w czasie podejmowania czynności sytuacji okoliczności związanych ze skalą zakażeń i choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2 zasadnym stało się wyznaczenie nowego terminu na złożenie połączonych dokumentów. W czynności tej najbardziej istotnym był fakt, że wykonawca Grand złożył stosowny wniosek o przedłużenie terminu w którym podniósł, że uzupełnieniu podlega w głównej mierze jest to dokumentacja, która powinna zostać skorygowana przez podmioty i instytucje zewnętrzne. Uzasadnił także, że w związku z panującą sytuacją epidemiczną, zarówno pracownicy banków, urzędów, jak i osoby skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, od których zobowiązany jest pozyskać niezbędne dokumenty i wyjaśnienia, prowadzą obecnie ograniczoną działalność stacjonarną, wobec czego, pozyskanie niezbędnej dokumentacji i skompletowanie wszystkich wyjaśnień w wyznaczonym czasie było zbyt wielkim utrudnieniem. Wykonawca Grand jasno zakomunikował, że wobec stanu pandemii COVID-19 boryka się z trudnościami organizacyjnymi w zakresie dokonania czynności, do której wezwał go zamawiający. Podnieść należy, że wykonawca musi mieć więc realną szansę uzupełnienia, na wezwanie zamawiającego, oświadczeń i dokumentów, które potwierdzą spełnianie postawionego warunku udziału w postępowaniu. Fakt, że po ostatecznym wyznaczeniu realnego terminu na dokonanie czynności wykonawca Grand potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu potwierdza prawidłowość decyzji zamawiającego. Niedokonanie czynności wyznaczenia realnego terminu na dokonanie przedmiotowej czynności stanowiłoby nieuzasadnione uniemożliwienie wykonawcy Grand skutecznego ubiegania się o pozyskanie zamówienia w sytuacji posiadania rzeczywistego potencjału do jego realizacji. Dokonując przedmiotowej czynności zamawiający niejako przywrócił możliwość konkurencji w przetargu na zasadach równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zaniechanie wyznaczenia realnego terminu na uzupełnienie dokumentów stanowiłoby o dyskryminacji wykonawcy Grand. Zamawiający swoją czynności naprawczą przywrócił prowadzenie postępowania do zgodności z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Z ww. przepisu należy wyprowadzić normę, że każdy termin określany w stosunkach pomiędzy podmiotami powinien być „odpowiedni” „stosowny” lub „adekwatny” do danej czynności, w tym stopnia jej skomplikowania (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2020 r. sygn. akt KIO 1943/20). Taki termin został dopiero wyznaczony w oparciu o czynność zamawiającego z dnia 30 listopada 2020 r. Zamawiający wskazał przy tym, że od 20 listopada 2020 r. (piątek), a właściwie od 23 listopada 2020 r. (poniedziałek) data wysłania wiadomości: 2020-11-20 17:34:02, data odczytania wiadomości: 2020-11-23 06:57:391 wykonawca Grand w realiach pandemii COVID-19 nie mógł realnie sprostać wezwaniu zamawiającego w pierwotnie wyznaczonym terminie. Dopiero wyznaczony na nowo termin po dokonaniu stosownych unieważnień czynności zapewnił realne dokonanie czynności we właściwej formie, treści i terminie.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący wadium zamawiający stwierdził, że bezzasadnym jest zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 46 ust. 4a Pzp przez błędne przyjęcie, że wykonawca dokonał terminowego uzupełnienia dokumentów, podczas gdy wyznaczony termin upłynął w dniu 27 listopada 2020 r. skutkiem czego zamawiający nie jest zobowiązany do zatrzymania temu wykonawcy wadium.

W ocenie zamawiającego zarzut niewłaściwego zastosowania przepisu polega na wykazaniu, że rzeczywisty, ustalony w sposób niewątpliwy stan faktyczny nie odpowiada stanowi hipotetycznemu, wskazanemu w zastosowanym przepisie. Nie sposób skutecznie stawiać zarzutu nietrafnego zastosowania prawa materialnego, gdy z jego uzasadnienia wynika, że kwestionowane są ustalenia stanu faktycznego, tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, gdzie istota sporu sprowadza się do rozstrzygnięcia czy w wykonaniu wezwania skierowanego na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp doszło do złożenia przez wykonawcę dokumentów i wyjaśnień z przekroczeniem wyznaczonego terminu. Niezależnie jednak od tego, że zamawiający nie podziela poglądu odwołującego w ww. zakresie, to zauważa, iż dla oceny zasadności zatrzymania wadium w okolicznościach niniejszej sprawy nie jest wystarczające samo odniesienie się poprawności decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu dokonywana jest zero-jedynkowo, natomiast dla oceny, czy wadium mogłoby zostać przez zamawiającego zatrzymane znaczenie ma również to, czy brak właściwej reakcji na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp mógł wynikać z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy. Ocena pod tym kątem wymagałaby uwzględnienia okoliczności, których istnienie nie ma wpływu na ustalenie, czy złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Niezależnie od oceny dopuszczalności tak sformułowanego zarzutu i skorelowanego z nim żądania o nakazanie zamawiającemu zatrzymania wadium, to, co istotne, odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do tego czy nieterminowe wykonanie zobowiązania do przedłożenia dokumentów i wyjaśnień wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Pomijane są bowiem okoliczności wskazane przez wykonawcę we wniosku z dnia 27 listopada 2020 r., a odwołujący skupił się wyłącznie na fakcie złożenia dokumentów w dniu 2 grudnia 2020 r.

W zakresie zarzutu postawionego z ostrożności, a zawartego w pkt 9 zamawiający wyjaśnił, że argumentacja odwołującego przeprowadzana z uwzględnieniem swoistej wykładni SIWZ oraz treści przepisów prawa w zakresie postawionego warunku dotyczącego doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zadania w charakterze architekta-projektanta, jest chybiona z tego względu, iż nie uwzględnia treści decyzji nr 1573/15 wydanej przez Starostę Tarnowskiego w dniu 1 grudnia 2015 r. o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę, obejmującej na rozbudowę, przebudowę i nadbudowę istniejącego kompleksu sportowego zlokalizowanego na dz. nr 253/2, 261/2, 261/3, 1132/2, 261/4, 261/5, 261/6, 261/7, 261/8, 261/9, 253/1 w miejscowości Nieciecza. W treści decyzji organ architektoniczno-budowlany wskazał jednego autora projektu, tj. mgr inż. arch. P.B., podając numer uprawnień w specjalności architektonicznej wpisany na listę MOIA. Na gruncie prawa budowlanego projektant jest jednym z uczestników procesu inwestycyjnego, do którego obowiązków należało m.in. (w brzmieniu na dzień wydania ww. decyzji): opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z wymaganiami ustawy, ustaleniami określonymi w decyzjach administracyjnych dotyczących zamierzenia budowlanego, obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej (art. 20 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 443)) oraz zapewnienie, w razie potrzeby, udziału w opracowaniu projektu osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności oraz wzajemne skoordynowanie techniczne wykonanych przez te osoby opracowań projektowych, zapewniające uwzględnienie zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w procesie budowy, z uwzględnieniem specyfiki projektowanego obiektu budowlanego (art. 20 ust. 1 pkt 1a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 443)). Podkreślenia wymaga, że zgodnie z tymi z wymaganiami dotyczącymi formy i zakresu projektu budowlanego na stronie tytułowej należało zamieścić imię, nazwisko, numer uprawnień, specjalność oraz podpis projektanta, oraz imiona i nazwiska osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności opracowujących poszczególne części projektu budowlanego, wraz z określeniem zakresu ich opracowania, specjalności i numeru posiadanych uprawnień budowlanych oraz datę opracowania i podpisy (par. 3 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego nadanym Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 22 września 2015 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. poz. 1554)). Ustawodawca, w stanie prawnym obowiązującym w dacie wydania ww. pozwolenia na budowę, rozróżniał wyraźnie projektanta od osoby posiadającej uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności opracowującej część projektu budowlanego. Proste przenoszenie pojęć z zakresu prawa autorskiego (autor, współautor projektu) na grunt prawa budowlanego, gdzie pojęcia i zakresy obowiązków poszczególnych uczestników procesu inwestycyjnego zostały zdefiniowane jest nieprawidłowe. Z dokumentu urzędowego, jakim jest ww. decyzja Starosty Tarnowskiego, wydanego przez właściwym organ w zakresie jego kompetencji, wynika, że pan P.B. był projektantem w ramach zadania pn. Rozbudowa, przebudowa i nadbudowa istniejącego kompleksu sportowego zlokalizowanego na dz. nr 253/2, 261/2, 261/3, 1132/2, 261/4, 261/5, 261/6, 261/7, 261/8, 261/9, 253/1 w miejscowości Nieciecza. W tym stanie rzeczy nie sposób zasadnie twierdzić za odwołującym, że nie wykonywał on dokumentacji pełnobrańkowej dotyczącej obiektu opisanego w SIWZ w ramach wymaganego doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia.

Przechodząc do ostatniego zarzutu opisanego w pkt 10, postawionego z najdalej idącej ostrożności procesowej, zamawiający wskazał, że w protokole końcowym odbioru robót dotyczących zadania pn. Przebudowa basenu letniego w Jaworze w ramach zadania „Basen Miejski” stwierdza się, że przedmiot umowy został zakończony w terminie określonym w umowie, teren budowy został uporządkowany i generalnie stwierdzono, że zakres robót objęty zawartą umową został zrealizowany – co było podstawą do dokonania czynności odbioru końcowego. Powyższe, w ocenie zamawiającego pozwala na uznanie, że wykazane roboty zostały wykonane należycie.

Dalej zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z regulacją wynikającą z rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2020 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1282) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa

budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty (§ 2 ust. 4 pkt 1). Jak się podkreśla, najważniejsza jednak jest treść, a nie nazwa czy tytuł przedkładanego dokumentu. Choć w praktyce dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie robót, dostaw lub usług często nazywa się referencjami, niekoniecznie wymaganym dokumentem będzie dokument o nazwie „referencja”. W konkretnych przypadkach za takie dokumenty mogą zostać uznane np. pisemne potwierdzenia prawidłowego wykonania, protokoły odbiorów końcowych, a nawet pismo zamawiającego skierowane do wykonawcy po zakończeniu realizacji zamówienia, towarzyszące zwracanej gwarancji należytego wykonania. Do zamawiającego należy ostateczna ocena, czy dany dokument jest wystarczającym potwierdzeniem prawidłowego wykonania zadania wykazanego, jako doświadczenie wykonawcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2013 r. KIO 645/13). Odwołując się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej uzasadnione jest twierdzenie, że zawarcie określeń wartościujących w dokumentach przedkładanych przez wykonawcę nie jest warunkiem *sine qua non* uznania, że roboty, których dotyczą te dokumenty zostały wykonane należyście. W ocenie zamawiającego, skoro w protokole odbioru robót dotyczących przebudowy basenu w Jaworze stwierdzono: inwestycja została zakończona w terminie określonym w umowie, teren budowy został uporządkowany i zakres robót objęty zawartą umową został zrealizowany, to nie sposób zasadnie twierdzić, że roboty te nie zostały należyście wykonane.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania oraz dowody przedstawione na posiedzeniu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte przez wniesienie odwołań w dniu 14 grudnia 2020 r., a więc przed 1 stycznia 2021 r.

Izba ustaliła, że odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Tym samym Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji zamawiającego, który wobec obu odwołań wskazywał, że nie zostały skutecznie wniesione od czynności z dnia 30 listopada 2020 r. polegającej na częściowym unieważnieniu czynności z dnia 20 listopada 2020 r. polegającej na wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów w zakresie wyznaczonego terminu dokonania czynności do dnia 27 listopada 2020 r. oraz unieważnieniu czynności polegającej na odmowie przedłużenia (wyznaczenia nowego) terminu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, w wyniku czego wyznaczono termin do dnia 2 grudnia 2020 r. Zdaniem zamawiającego odwołujący, nie zaskarżając w pełnym zakresie czynności poprzedzających wybór oferty najkorzystniejszej, pozbawili się prawa do skutecznego podnoszenia zarzutów z powołaniem się na złożenie przez wykonawcę GRAND dokumentów po terminie lub w wykonaniu powtórnego wezwania. Jako podstawę prawną swojego stanowiska zamawiający podał treść art. 180 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Jak wynika z treści art. 187 ust. 7 w zw. z ust 6 i 3 Pzp niezachowanie warunków formalnych, w szczególności tych, o których mowa w art. 180 ust. 3 Pzp może, po bezskutecznym upływie terminu do poprawienia lub uzupełnienia odwołania, doprowadzić do jego zwrócenia w formie postanowienia.

Jak ustaliła Izba oba odwołania zawierały wskazanie czynności i zaniechań zamawiającego. Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3300/20 wyraźnie wskazywało czynności i zaniechania zamawiającego, którym odwołujący zarzucił niezgodność z przepisami Pzp, w tym czynność wskazana w pkt 2 (str. 2 odwołania) wyraźnie odnosiła się do powtórnego wezwania wykonawcy GRAND w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ewentualnie do czynności wydłużenia temu wykonawcy terminu na uzupełnienie dokumentów. Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 3312/20 w zarzucie podniesionym w pkt 7 *petitum* odwołania odnosił się do czynności zamawiającego z dnia 30 listopada 2020 r. przez wskazanie, że zamawiający błędnie przyjął, iż był uprawniony do przedłużenia wykonawcy GRAND terminu na składanie uzupełnień.

Ponadto odwołujący aż do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty nie mogli wiedzieć jaką ostatecznie decyzję podejmie zamawiający w zakresie wykonawcy GRAND i którą ofertę uzna za najkorzystniejszą w postępowaniu. Dodatkowo zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty i obaj odwołujący wskazywali w treści swoich odwołań, że wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę ich wniesienia powzięli w dniu 4 grudnia 2020 r., w którym otrzymali informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. W związku z tym to moment wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, przy prawidłowym opublikowaniu tej informacji, który nastąpił w dniu 4 grudnia 2020 r. wyznaczał początek biegu terminu na wniesienie odwołania, także co tych czynności zamawiającego, które składały się na badanie i ocenę oferty wykonawcy GRAND.

Tym samym Izba uznała, że oba odwołania nie zawierały braków formalnych skutkujących ich zwróceniem, ani nie zawierały zarzutów, co do których termin wniesienia odwołania już upłynął, co skutkowałoby odrzuceniem z odwołań w całości lub części.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego pełnomocnik wykonawcy GRAND wskazał, że jeśli chodzi o sprawę oznaczoną sygn. akt KIO 3312/20 otrzymał kopię odwołania niepodpisaną przez pełnomocnika odwołującego. Tym samym wniósł o sprawdzenie czy odwołanie zostało podpisane przez umocowanego pełnomocnika oraz miał wątpliwość czy niepodpisany dokument jaki otrzymał jest kopią odwołania. W

związku ze stanowiskiem wykonawcy GRAND zamawiający wyjaśnił, że w dniu 14 grudnia 2020 r. otrzymał plik *.pdf zawierający odwołanie i załączniki, który nie był podpisany elektronicznie.

W związku z powyższym wnioskiem należy wyjaśnić, że Izba bada z urzędu czy nie spełniły się przesłanki do odrzucenia odwołania. Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3312/20 wniesione do Prezesa Izby za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej na portalu ePUAP zostało podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika odwołującego. Natomiast jeśli chodzi o wątpliwości ww. wykonawcy co do braku podpisu pod otrzymaną kopią odwołania, to jako adekwatną można przytoczyć argumentację zaproponowaną przez Sąd Okręgowy w Łodzi, który w postanowieniu z 23 kwietnia 2015 r. sygn. akt III Ca 302/15 stwierdził, że brak jest jakichkolwiek podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp w związku z art. 180 ust. 5 Pzp z powodu przesłania zamawiającemu (w tym przypadku przez niego wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu) kopii odwołania nie zawierającej podpisu. W opinii Sądu w oparciu o treść art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, brak podpisu pod kopią odwołania nie może stanowić podstawy do odrzucenia przez Izbę odwołania, bowiem wskazanie w treści ww. przepisu na kopię odwołania oznacza wyłączenie obowiązku zachowania formy pisemnej, dla której zachowania warunkiem koniecznym jest złożenie podpisu. W związku z tym brak podpisu na kopii odwołania nie stanowi wady skutkującej odrzuceniem przez KIO odwołania. Wskazać należy, że obowiązek przesłania kopii odwołania ma na celu umożliwienie zamawiającemu zapoznanie się z treścią odwołania, w tym w szczególności z podniesionymi zarzutami i żądaniami, a także przytoczoną argumentacją.

W przedmiotowej sprawie odwołujący dochował obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania wysyłając mu drogą elektroniczną tożsamą treść odwołania, które zostało złożone do Izby. W związku z tym opisane powyżej okoliczności nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia odwołania w trybie przewidzianym w art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone w rozpatrywanych sprawach przystąpienia spełniały wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestników postępowania odwoławczego:

- wykonawcę A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GRAND A. G. z siedzibą w Korzennej (zwanego dalej nadal: „GRAND”), po stronie zamawiającego w sprawach oznaczonych sygn. akt KIO 3300/20 i KIO 3312/20;
 - wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, po stronie zamawiającego w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 3300/20 i po stronie odwołującego w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 3312/20;
 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grupę Blackbird Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Nowym Sączu, J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „KOS” J. K. z siedzibą w Nowym Sączu oraz Tamex Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanymi dalej: Grupą Blackbird), po stronie zamawiającego w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 3300/20;
 - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie oraz NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie, po stronie odwołującego w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 3312/20.
- Tym samym Izba oddaliła opozycję odwołującego w sprawie KIO 3312/20 wobec zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w związku z brakiem interesu tego wykonawcy.
- Tytułem wyjaśnienia dla oddalenia opozycji należy wskazać, że interes przystępującego należy traktować szerzej niż interes we wniesieniu odwołania. Skład orzekający podzielił w tym zakresie argumentację wyrażoną w wyroku z 12 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1110/15, w którym wskazano, że *interes w rozumieniu art. 185 ust. 2 p.z.p. (interes konieczny do uznania zgłoszenia przystąpienia za skuteczne) nie może być utożsamiany z interesem z art. 179 ust. 1 p.z.p. (koniecznym do złożenia odwołania) – wystarczy zasadniczo jakakolwiek korzyść, nawet hipotetyczna, w zgłoszeniu przystąpienia po deklarowanej stronie postępowania. Za taką korzyść (a więc interes w przystąpieniu) można uznać możliwość sklasyfikowania na wyższej pozycji w rankingu ofert, choćby – nadal – była to pozycja odległa.*

Izba dopuściła w niniejszych sprawach dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na dwóch płytach DVD, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w dniach 29 grudnia 2020 r., dla sprawy KIO 3300/20 oraz 31 grudnia 2020 r. dla sprawy KIO 3312/20 w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - ofert wykonawców;
 - pisma wykonawcy konsorcjum NDI z dnia 21 października 2020 r. w sprawie niezgodności treści pozostałych ofert w postępowaniu z treścią SIWZ oraz wprowadzenia zamawiającego w błąd w związku z kryterium przedłużenia okresu gwarancji i rękojmi wraz z załącznikami;
 - opinii brokerskiej z dnia 2 listopada 2020 r. wraz z załącznikami;
 - wezwania do wyjaśnień treści oferty z dnia 20 listopada 2020 r. skierowanego do wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w związku z zadeklarowanym okresem gwarancji i rękojmi;
 - pism stanowiących odpowiedzi wykonawców na powyższe wyjaśnienia;
 - wezwania z dnia 20 listopada 2020 r. skierowanego do wykonawcy GRAND o uzupełnienie i wyjaśnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp;
 - pisma z dnia 27 listopada 2020 r. skierowanego przez wykonawcę GRAND do zamawiającego o wydłużenie terminu na uzupełnienie i wyjaśnienie dokumentów;
 - pisma z dnia 27 listopada 2020 r. skierowanego przez zamawiającego do wykonawcy GRAND, zawierającego odmowę przedłużenia (wyznaczenia nowego) terminu na uzupełnienie i wyjaśnienie dokumentów;
 - pisma z dnia 30 listopada 2020 r. skierowanego do wykonawcy GRAND w sprawie: unieważnienia czynności wyznaczenia terminu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, unieważnienia czynności odmowy przedłużenia (wyznaczenia nowego) terminu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów i przedłużenia (wyznaczenia nowego) terminu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów;
 - protokołu z prac komisji przetargowej z dnia 30 listopada 2020 r.;
 - informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 4 grudnia 2020 r.;
- 2) załączonej do odwołania w sprawie KIO 3300/20 promesy AXA Ubezpieczenia TUIR S.A. z dnia 25 listopada 2020 r.;
- 3) dokumentów załączonych do pisma procesowego przystępującego Strabag Sp. z o.o. z dnia 14 stycznia 2021 r., które dotyczyły sprawy KIO 3300/20 i odnosiły się do kryterium przedłużenia gwarancji i rękojmi;
- 4) złożonych przez odwołującego w sprawie KIO 3300/20:
 - opinii brokera ubezpieczeniowego w zakresie ubezpieczenia CAR;
 - memorandum dotyczącego okresu ubezpieczenia w ubezpieczeniach budowlano-montażowych;
- 5) dokumentów złożonych na posiedzeniu przez przystępującego – Grupę Blackbird w sprawie KIO 3300/20 tj. wydruków

korrespondencji z poczty elektronicznej;

6) złożonego na posiedzeniu przez przystępującego GRAND w sprawie KIO 3300/20 oświadczenia towarzystwa ubezpieczeniowego z 13 stycznia 2021 r.

Izba oddaliła podnoszone przez odwołującego w sprawie KIO 3312/20 oraz przystępującego GRAND wnioski dowodowe z zeznań świadków: A. G. (2), P. S., burmistrza gminy Jawor (wnioskowani przez odwołującego) oraz A. G. (wnioskowany przez wykonawcę GRAND). Powyższe wnioski dowodowe miały być dopuszczone na okoliczność dotyczącą zarzutów podniesionych w pkt 9 i 10 odwołania w sprawie KIO 3312/20 tj. zarzutu postawionego z ostrożności dotyczącego osoby Projektanta-Architekta oraz zarzutu z najdalej idącej ostrożności, a referującego do przebiegu realizacji inwestycji świadczonej na rzecz gminy Jawor.

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k.c. w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący, który wnioskował o przeprowadzenie powyższych dowodów w zakresie postawionego zarzutu pozostał w materii dowodowej bierny, skupiając się właściwie na dowodach z zeznań świadków. W postępowaniu odwoławczym przed Izbą dowód z zeznań świadków może mieć oczywiście swoją wartość, niemniej mając na uwadze zasadę pisemności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, ekonomikę postępowania odwoławczego oraz okoliczność, że dowodzone fakty w zdecydowanej większości przypadków znajdują swoje odzwierciedlenie lub potwierdzenie w dokumentach to należy wskazać, że strona lub uczestnik powinny koncentrować się przy zbieraniu materiału dowodowego na tym, aby wykazywać swoje twierdzenia za pomocą dowodów mających formę pisemną. Dopuszczenie dowodów z zeznań świadków dotyczy raczej okoliczności, które powstają z niedających się wyjaśnić rozbieżności wynikających z przedłożonych dokumentów lub których nie da się wywnioskować lub ustalić w inny sposób. W ocenie Izby takie okoliczności nie miały miejsca w przypadku wniosków odwołującego i przystępującego GRAND o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków.

W związku z tym Izba mając na uwadze treść art. 190 ust. 6 Pzp uznała, że dopuszczenie i przeprowadzenie ww. wniosków dowodowych doprowadzi jedynie do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła co następuje

Pismem z dnia 19 października 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę GRAND na podstawie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24aa Pzp do złożenia dokumentów i oświadczeń w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca GRAND wraz z pismem z dnia 29 października 2020 r. na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazujących brak podstaw do wykluczenia brak podstaw do wykluczenia złożył:

- opinię bankową Alior Bank;
- zaświadczenie i opinię ING Bank Śląski;
- ubezpieczenie Odpowiedzialności Cywilnej wraz z Aneks nr 1 oraz potwierdzeniem realizacji przelewu;
- wykaz wykonanych robót budowlanych Załącznik nr 1 wraz z dowodami określającymi należyte ich wykonanie;
- wykaz osób Załącznik nr 2 wraz z Uprawnieniami Budowlanymi;
- informację z Krajowego Rejestru Karnego;
- zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach US;
- zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek ZUS.

Pismem z dnia 20 listopada 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę GRAND na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do:

1. uzupełnienia dokumentów [które są niekompletne, zawierają błędy oraz budzą wskazane przez Zamawiającego w pkt. II niniejszego wezwania wątpliwości];

1) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – warunki zostały określone w Rozdziale VII pkt 3 ppkt 3.2.1 specyfikacji gdyż przedłożone przez Wykonawcę dwie Opinie bankowe wydane przez Alior Bank S.A. 29 września 2020 r. (godz. 13:33) oraz 28 października 2020 r. (godz. 16:38), a także Zaświadczenie i opinia wydane przez ING Bank Śląski S.A. z 7 października 2020 roku nie są dostatecznie jednoznaczne, a co za tym idzie wystarczające do stwierdzenia, że Wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 10.000.000 złotych – co szczegółowo zostało wskazane w pkt. II. 1 niniejszego wezwania;

2) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty - wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do pisma z dnia 19.10.2020 r. - warunki zostały określone w Rozdz. VII pkt 3 ppkt. 3.3.1 specyfikacji, zwanego dalej „Wykazem robót” – **który zawiera błędy wskazane w pkt. II.2 niniejszego wezwania;**

3) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - wg wzoru stanowiącego **Załącznik nr 2** do pisma z dnia 19.10.2020 r. - warunki określone zostały w Rozdziale VII pkt 3 ppkt 3.3.2 specyfikacji, zwany dalej „Wykazem osób” – **który jest niekompletny oraz zawiera błędy i wątpliwości wskazane w pkt. II.3 niniejszego wezwania;** **4) zaświadczenia** właściwej terenowej jednostki organizacyjnej **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych** lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo inny dokument potwierdzający, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – **który zawiera błędy i wątpliwości wskazane w pkt. II.4 niniejszego wezwania;**

2. **wyjaśnienia treści dokumentów** [które są niekompletne, zawierają błędy oraz budzą wskazane przez zamawiającego w pkt. II niniejszego wezwania wątpliwości]:

1) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – w zakresie wątpliwości wskazanych w pkt. II. 3 pkt 5 lit. a niniejszego wezwania;

- złożonych w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w **art. 25 ust. 1 ustawy**.

W pkt II przedmiotowego pisma zamawiający przedstawił szczegółowe uzasadnienie oraz zastrzeżenia w stosunku do dokumentów objętych wezwaniem.

Zamawiający zobowiązał wykonawcę GRAND do złożenia wymaganych dokumentów oraz wyjaśnień odnośnie treści dokumentów za pośrednictwem Platformy Zakupowej dostępnej pod adresem <https://platformazakupowa.pl/pn/nowysacz> do dnia 27 listopada 2020 r.

Wykonawca GRAND pismem z dnia 27 listopada 2020 r. zwrócił się z wnioskiem do zamawiającego o wydłużenie terminu na złożenie przedmiotowych uzupełnień o 7 dni, tj. do dnia 4 grudnia 2020 r.

Jako uzasadnienie dla tego wniosku wykonawca GRAND wskazał, że:

Z uwagi na przytoczone w Wezwaniu wątpliwości Zamawiającego, koniecznym jest zweryfikowanie dokumentacji oraz pozyskanie zaświadczeń i informacji z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, jak również z Banku. Dodatkowo, niezbędne jest skorygowanie oświadczeń i wykazu robót, złożonych przez osoby skierowane do realizacji zamówienia publicznego.

W głównej mierze jest to dokumentacja, która powinna zostać skorygowana przez podmioty i instytucje zewnętrzne.

W związku z panującą sytuacją epidemiczną, zarówno pracownicy Banków, Urzędów, jak i osoby skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, od których zobowiązani jesteśmy pozyskać niezbędne dokumenty i wyjaśnienia, prowadzą obecnie ograniczoną działalność stacjonarną, wobec czego, pozyskanie niezbędnej dokumentacji i skompletowanie wszystkich wyjaśnień w krótkim czasie jest bardzo utrudnione.

Mając na uwadze powyższe, zapewniamy, że dołożymy wszelkich starań, aby przygotować i przedłożyć wszystkie niezbędne uzupełnienia i wyjaśnienia w możliwie najszybszym terminie, jednak mając na uwadze opisane wyżej okoliczności, bardzo prosimy o przychylne rozpatrzenie naszego wniosku i przedłużenie terminu jak na wstępie.

Jeszcze tego samego dnia tj. pismem z dnia 27 listopada 2020 r. opatrzonym nagłówkiem **ODMOWA PRZEDŁUŻENIA (WYZNACZENIE NOWEGO) TERMINU DO UZUPEŁNIENIA I WYJAŚNIENIA DOKUMENTÓW** zamawiający wskazał m. in., że z przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy wynika jednoznacznie, że to Zamawiający w wezwaniu wskazuje termin, w jakim oświadczenia lub dokumenty powinny być złożone (lub uzupełnione, poprawione) lub w jakim Wykonawca powinien udzielić stosownych wyjaśnień. Wyznaczony termin jest terminem realnym, pozwalającym na zadośćuczynienie wezwaniu Zamawiającego. Wyznaczony przez Zamawiającego termin do uzupełnienia dokumentów, nie może być bowiem traktowany jako czas na podjęcie działań w celu pozyskania brakujących dokumentów. Dokument ten powinien być w posiadaniu wykonawcy, najpóźniej w dacie upływu terminu do składania ofert [tak: Wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 5 października 2009 r. sygn. akt. II Ca 511/09, opubl. LEX nr 1713339].

Tym samym zamawiający nie uwzględnił wniosku wykonawcy GRAND o wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów i złożenie wyjaśnień.

Następnie zamawiający pismem z dnia 30 listopada 2020 r. skierowanym na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poinformował wykonawcę GRAND, że:

1. częściowo unieważnia czynność Zamawiającego z dnia 20.11.2020 r. polegającą na wezwaniu Wykonawcy: **GRAND A. G.**, Korzena 91, 33-322 Korzena, zwanego dalej „Wykonawcą” do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów z dnia 20.11.2020 r. w zakresie wyznaczonego terminu dokonania czynności do dnia 27.11.2020 r.;

2. unieważnia czynność Zamawiającego z dnia 27.11.2020 r. polegającą na odmowie przedłużenia (wyznaczenie nowego) terminu do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów;

3. ostatecznie wyznacza Wykonawcy termin do:

2) **uzupełnienia dokumentów** [które są niekompletne, zawierają błędy oraz budzą wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r. (znak: NIK.271.1.2020) wątpliwości];

3) **wyjaśnienia treści dokumentów** [które są niekompletne, zawierają błędy oraz budzą wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r. (znak: NIK.271.1.2020) wątpliwości].

W związku z tym zamawiający wyznaczył wykonawcy GRAND nowy termin na uzupełnienie i wyjaśnienie dokumentów do dnia 2 grudnia 2020 r. do godz. 15:00.

W uzasadnieniu tego pisma zamawiający wskazał, że z przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy wynika jednoznacznie, że to Zamawiający w wezwaniu wskazuje termin, w jakim oświadczenia lub dokumenty powinny być złożone (lub uzupełnione, poprawione) lub w jakim Wykonawca powinien udzielić stosownych wyjaśnień. Zamawiający zważył jednak, że nie ma całkowitej swobody w tym zakresie. Wyznaczony bowiem termin powinien być terminem realnym, pozwalającym na zadośćuczynienie wezwaniu Zamawiającego. Zakreślony termin powinien być adekwatny do okoliczności, to jest uwzględniać realną możliwość uzyskania i złożenia uzupełnionych/poprawionych dokumentów przez wezwanego Wykonawcę. Za wyrokiem KIO z 12.10.2017 r. (sygn. akt KIO 2035/17, opubl. LEX nr 2406855), Zamawiający wskazuje, że termin „odpowiedni” to taki, który pozwala Wykonawcy na realizację wezwania Zamawiającego, a z drugiej nie prowadzi do przedłużenia postępowania. Wskazany przez Zamawiającego termin powinien być adekwatny do sytuacji istniejącej w danym postępowaniu i dawać wezwanym wykonawcom realną szansę na przedłożenie dokumentów. W obecnej sytuacji okoliczności związanych ze skalą zakażeń i choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2 zasadnym jest wyznaczenie nowego terminu jak w pkt. II niniejszego pisma.

Tym samym Zamawiający ostatecznie częściowo uwzględnił wniosek Wykonawcy z dnia 27.11.2020 r., kierując się również ekonomią prowadzonego postępowania i koniecznością zachowania realności terminów realizacji zamówienia.

Wykonawca GRAND w terminie do 2 grudnia 2020 r. złożył uzupełnione dokumenty oraz wyjaśnienia.

W rozdziale XV SIWZ zamawiający opisał kryteria oceny ofert w postępowaniu. Kryteriami tymi były: cena o wadze 60%, przedłużenie terminu gwarancji i rękojmi o wadze 35% oraz wysokość kar umownych o wadze 5%.

W pkt 3 rozdziału XV SIWZ zostało opisane kryterium dotyczące przedłużenia terminu gwarancji i rękojmi, którego treść po modyfikacji SIWZ dokonanej 11 września 2020 r. przedstawiała się następująco:

3. W zakresie kryterium: **przedłużenie terminu gwarancji i rękojmi (waga 35 %)** – (przy obowiązkowo wymaganej 5-letniej rękojmi i gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane oraz min. 2-letniej rękojmi i gwarancji jakości na urządzenia):

- za przedłużenie terminu **rękojmi i gwarancji jakości na urządzenia do 3 lat** (bez przedłużenia rękojmi i gwarancji

jakości na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane) – oferta otrzyma **12 pkt**
- za przedłużenie terminu **rękojmi i gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane do 5,5 lat z równoczesnym przedłużeniem terminu rękojmi i gwarancji jakości na urządzenia do 3 lat** – oferta otrzyma **24 pkt**;
- za przedłużenie terminu **rękojmi i gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały budowlane do 6 lat z równoczesnym przedłużeniem terminu rękojmi i gwarancji jakości na urządzenia do 3 lat** – oferta otrzyma **35 pkt**.”

Punkty zostaną przyznane na podstawie oświadczenia złożonego w pkt 2 Wzoru oferty (**Zmieniony1 Załącznik nr 6** do specyfikacji). W przypadku, gdy Wykonawca w pkt 2 Wzoru oferty przedłuży termin gwarancji i rękojmi o więcej niż zakładane przez Zamawiającego terminy, Zamawiający dla przyznania punktacji i oceny oferty uzna, iż Wykonawca zaoferował maksymalny możliwy termin przedłużenia gwarancji i rękojmi. W przypadku zaś, gdy Wykonawca pozostawi w pkt 2 Wzoru oferty niewypełnioną rubrykę dotyczącą terminu przedłużenia gwarancji i rękojmi Zamawiający uzna, iż Wykonawca nie przedłuży terminu gwarancji i rękojmi.

Wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ zawierał m. in. następujące postanowienie co do ubezpieczenia wykonawcy, zawarte w treści § 2 ust. 7-11:

7. Generalny Wykonawca oświadcza, iż posiada ubezpieczenie (bez franszyzy redukcyjnej):

a) od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej – suma ubezpieczenia _____ zł;

b) od ryzyka śmierci lub kalectwa w wyniku działania lub zaniechania Generalnego Wykonawcy i osób upoważnionych do przebywania na placu budowy – suma ubezpieczenia _____ zł za każde zdarzenie;

c) ubezpieczenie wszystkich ryzyk Inwestycji – suma ubezpieczenia równa wynagrodzeniu określone w § 20 ust. 1 Umowy;

a nadto zobowiązuje się utrzymywać powyższe ubezpieczenia przez cały czas trwania Umowy aż do dnia upływu okresu rękojmi i gwarancji, w szczególności Generalny Wykonawca zobowiązany jest przedstawiać Zamawiającemu kopie polis ubezpieczeniowych wraz z kopiami dowodów opłaty składek za kolejne okresy ochrony ubezpieczeniowej. Zmiana warunków ubezpieczenia Generalnego Wykonawcy może być dokonana wyłącznie za wcześniejszą pisemną zgodą Zamawiającego lub na skutek zmian wprowadzonych przez Towarzystwo Ubezpieczeniowe, z którym Generalny Wykonawca zawarł umowę ubezpieczenia.

8. Gdy powyższa zmiana pogorszy ochronę ubezpieczeniową, Generalny Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie rozszerzyć zakres ubezpieczenia do poziomu odpowiadającemu zakresowi ubezpieczenia z chwili podpisania niniejszej Umowy.

9. Kopia polis ubezpieczeniowych Generalnego Wykonawcy wraz z kopią dowodów opłaty składek stanowi **Załącznik nr 4** do Umowy.

10. W przypadku uchybienia przez Generalnego Wykonawcę obowiązkowi z ust. 7 i 8 powyżej Zamawiający ma prawo do zawarcia stosownych umów ubezpieczenia na koszt i ryzyko Generalnego Wykonawcy.

11. Wypełnienie przez Generalnego Wykonawcę obowiązku z ust. 7 i 8 powyżej nie wyłącza i nie ogranicza jego odpowiedzialności wynikającej z niniejszej Umowy.

Wykonawcy: konsorcjum Grupa Blackbird, MIRBUD S.A., konsorcjum BPBP S.A., Starbag Sp. z o.o. oraz GRAND zadeklarowali w swoich ofertach łączny termin gwarancji jakości i rękojmi na wykonane roboty budowlane i użyte do ich wykonania wyroby i materiały w wysokości 6 lat. Wykonawca konsorcjum NDI zadeklarował w złożonej ofercie ww. termin na okres 5,5 roku.

Wykonawca konsorcjum NDI pismem z dnia 21 października 2020 r. wskazał, że w ofertach złożonych przez pozostałych pięciu oferentów w postępowaniu, występują nieprawidłowości, które powodują, iż:

- oferty są niezgodne z SIWZ lub też

- oferenci, aby uzyskać zamówienie posłużyli się w ramach Postępowania informacją wprowadzającą Zamawiającego w błąd.

Zastrzeżenia podniesione w piśmie przez ww. wykonawcę dotyczyły kryterium przedłużenia terminu gwarancji i rękojmi zadeklarowanego przez pozostałych wykonawców. Na potwierdzenie swojego stanowiska wykonawca załączył wydruki informacji pozyskanych od PZU S.A., TUIR WARTA S.A. oraz Grupę Generali Polska.

Pismem z dnia 26 października 2020 r. zamawiający zwrócił się do prezesa zarządu DB PARTON Sp. z o.o. z wnioskiem o opinię biegłego na podstawie art. 21 ust. 4 Pzp w sprawie uzyskania opinii brokerskiej powołanego biegłego (brokera ubezpieczeniowego) pana M. G. w przedmiocie:

- zasadności analizy i argumentów podniesionych przez konsorcjum NDI w piśmie z dnia 21 października 2020 r.;

- możliwości uzyskania i zawarcia umów ubezpieczenia w kontekście wymogów zamawiającego.

Biegły sporządził opinię z dnia 2 listopada 2020 r., w której nie zgodził się z argumentacją wykonawcy konsorcjum NDI określającą, iż z pewnością oferenci nie będą w stanie przedstawić polisy ubezpieczenia wszystkich ryzyk Inwestycji (CAR) o długości okresu gwarancyjnego na okres gwarancji i rękojmi 6 lat, bowiem decyzję o konkretnie składanej ofercie podejmuje zakład ubezpieczeń. Biegły zauważył, że konsorcjum NDI samo zaproponowało ubezpieczenie na okres dłuższy niż standardowo oferowany przez rynek ubezpieczeniowy, więc nie można kategorycznie stwierdzić, iż inny oferent nie uzyska oferty uwzględniającej okres ubezpieczeniowy wynoszący 72 miesiące. Do opinii załączono prowadzoną przez biegłego korespondencję w tej sprawie w PZU S.A. (Oddział Sprzedaży Korporacyjnej Kraków) oraz STU Ergo Hestia S.A. (Przedstawicielstwo Korporacyjne w Krakowie). Z korespondencji tej wynikało, że nie wyklucza się możliwości zawarcia ubezpieczenia na okres gwarancyjny 72 miesięcy.

Pismami z dnia 20 listopada 2020 r. zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie możliwości uzyskania i zawarcia umów ubezpieczenia w kontekście wymogów zamawiającego. Zamawiający wyznaczył termin na złożenie wyjaśnień do dnia 26 listopada 2020 r.

W określonym przez zamawiającego terminie wszyscy wezwani wykonawcy przekazali odpowiedzi, w których potwierdzili swoje deklaracje w zakresie możliwości uzyskania i zawarcia umów ubezpieczenia w kontekście wymogów zamawiającego.

Informacją z dnia 4 grudnia 2020 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy GRAND. Oferty wykonawców: konsorcjum Grupy Blackbird, MIRBUD S.A., Starbag Sp. z o.o. oraz GRAND otrzymały maksymalną liczbę punktów tj. 35 w ramach kryterium przedłużenia terminu gwarancji i rękojmi. Wykonawca konsorcjum NDI otrzymał 24 pkt w ramach tego kryterium. Oferta wykonawcy konsorcjum BPBP S.A. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, zatem nie została

oceniona.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 7 ust. 1 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- art. 26 ust. 3 Pzp – 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 udzielania wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania;
- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – 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;
- art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp – 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;
- 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;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- art. 3 ust. 1 UZNK – Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- art. 7 ust. 3 Pzp – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego;
- art. 46 ust. 4a Pzp – Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;
- § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia – W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: 1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.

Izba zważyła co następuje.

Sygn. akt KIO 3300/20

Izba uwzględniła odwołanie w przedmiotowej sprawie w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania. Odwołujący w ramach przedmiotowych zarzutów skupił się na warunku udziału w postępowaniu opisanym w rozdziale VII pkt 3.2.1 SIWZ, który dotyczył sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Zamawiający określił w treści tego warunku, że będzie rozpatrywał wyłącznie oferty takich wykonawców, którzy posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 10.000.000,00 złotych (słownie: *dziesięciu milionów złotych*). Natomiast w pkt 2 ppkt a) rozdziału VIII SIWZ zawierającym wykaz oświadczeń lub dokumentów w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, zamawiający zawarł zapis zgodnie z którym dokumentem, który wykonawcy zobowiązani są złożyć na potwierdzenie spełniania wskazanego warunku jest *informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - warunki zostały określone w Rozdziale VII pkt 3 ppkt 3.2.1 specyfikacji*. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawca GRAND przedłożył dwie opinie bankowe wydane przez Alior Bank S.A. z 29 września 2020 r. oraz z 28 października 2020 r., a także zaświadczenie i opinię wydaną przez ING Bank Śląski S.A. 7 października 2020 r. Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego zamawiający bardzo dokładnie zbadał dokumenty przekazane przez wykonawcę GRAND w celu spełnienia tego warunku. W piśmie z dnia 20 listopada 2020 r., stanowiącym wezwanie ww. wykonawcy do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp zamawiający skrupulatnie opisał uzasadnienie dla poczynionego twierdzenia polegającego na ustaleniu, że przedłożone przez wykonawcę GRAND dokumenty z obu banków nie były dostatecznie jednoznaczne, a co za tym idzie wystarczające do stwierdzenia, że wykonawca ten posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 10.000.000 zł. W związku z powyższym, zamawiający zgodnie z postawionym warunkiem wezwał wykonawcę GRAND do uzupełnienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej jednoznacznie

wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Późniejsze okoliczności faktyczne związane z przedmiotowym wezwaniem zostały opisane powyżej w części dotyczących ustaleń. Po krótko można wskazać, że zamawiający określił wykonawcy GRAND termin na uzupełnienie i wyjaśnienie do dnia 27 listopada 2020 r. Wykonawca GRAND w dniu przypadającym na koniec wyznaczonego przez zamawiającego terminu tj. w dniu 27 listopada 2020 r. zawniósł o jego przedłużenie. Zamawiający tego samego dnia przekazał wykonawcy informację odmowną na powyższy wniosek, a następnie w dniu 30 listopada 2020 r. zmienił zdanie, ponieważ unieważnił czynność dotyczącą wyznaczenia terminu na wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, unieważnił czynność odmowy przedłużenia (wyznaczenia nowego) terminu oraz przedłużył (wyzaczył nowy) termin na tę okoliczność określając go do 2 grudnia 2020 r.

Przechodząc do rozważenia działań zamawiającego skład orzekający w pierwszej kolejności doszedł do przekonania, że już ze względów formalnych Izba nie miała możliwości kwestionowania ustaleń zamawiającego podniesionych w wezwaniu z dnia 20 listopada 2020 r., ponieważ wezwanie to jako czynność w postępowaniu mogło być przedmiotem odwołania. Wykonawca GRAND nie kwestionował tej czynności poprzez wniesienie odwołania, zatem wezwanie oraz podana w nim argumentacja zamawiającego, na potrzeby przedmiotowego postępowania odwoławczego, nie powodowały żadnych wątpliwości.

Jeśli chodzi o ocenę czynności zamawiającego związanej z badaniem oferty wykonawcy GRAND skład orzekający w pełni podzielił argumentację odwołującego i uznał, że po pierwsze, co do zasady nie jest możliwe wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów, który już minął. Mając na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy w sytuacji, w której termin na uzupełnienie przez wykonawcę GRAND dokumentów minął, zamawiający nie miał już możliwości przedłużenia pierwotnie wskazanego terminu. Ponadto, zamawiający nie może unieważnić czynności wyznaczenia terminu na uzupełnienie dokumentów – musiałby bowiem unieważnić czynność wezwania wykonawcy GRAND do uzupełnienia dokumentów, a to w okolicznościach przedmiotowej sprawy byłoby nieuzasadnione, ponieważ zaistniały przesłanki do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wskazanego dokumentu. Zamawiający w ocenie Izby może unieważnić własną czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, ale tylko wówczas, gdy istnieją ku temu podstawy faktyczne i prawne. Po drugie należy wskazać, że retrospektywnie przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę GRAND, w sytuacji, w której termin ten minął, w stanie niniejszej sprawy, należało potraktować jako powtórne wezwanie wykonawcy GRAND do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co jest niedopuszczalne na gruncie zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp oraz wypracowanej przez jednolite orzecznictwo zasady jednokrotności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W powyższym fragmencie Izba kilkakrotnie wskazywała na okoliczności lub stan przedmiotowej sprawy, ponieważ tym bardziej potwierdzają one bezprawność działania zamawiającego. Po pierwsze skład orzekający zwrócił uwagę na niestaranność wykonawcy GRAND. Jak wynika z zebranego materiału dowodowego oraz twierdzeń podanych na rozprawie wykonawca ten zwrócił się z wnioskiem o przedłużenie terminu w ostatnim dniu wyznaczonego terminu, po godzinach pracy zamawiającego. Dodatkowo wniosek o przedłużenie terminu nie zawierał żadnego konkretnego uzasadnienia poza odwołaniem się *de facto* do sytuacji epidemicznej. Wykonawca nie przekazał żadnych dokumentów ani wyjaśnień, nie wskazał jakich konkretnie dokumentów nie mógł uzyskać w związku z sytuacją epidemiczną oraz jakie podjął działania żeby je mimo wszystko otrzymać. Warto przypomnieć, że wykonawca GRAND miał 7 dni na uzupełnienie dokumentów i co prawda wezwanie zostało mu przesłane w piątek 20 listopada 2020 r., przez co można przyjąć, że kolejnych dwóch dni przypadających na sobotę i niedzielę nie mógł wykorzystać w tym samym stopniu co dni robocze to jednak już na początku następnego tygodnia wykonawca GRAND powinien wiedzieć, które dokumenty czy wyjaśnienia będzie mu trudniej uzyskać i zasygnalizować tę kwestię zamawiającemu odpowiednio wcześniej. Tym samym skład orzekający doszedł do przekonania, że wykonawca GRAND nie dochował należytej staranności jaka na nim spoczywała jako na wykonawcy biorącym udział w postępowaniu przetargowym w związku z wnioskiem o przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów.

Po drugie zamawiający nie miał podstaw do zmiany swojego stanowiska z 27 listopada 2020 r., co znalazło swoje odzwierciedlenie w uzasadnieniu zmiany decyzji z dnia 30 listopada 2020 r. oraz protokole prac komisji przetargowej z tego samego dnia. Zamawiający nie przedstawił konkretnego i uzasadnionego powodu dla przedłużenia wykonawcy GRAND terminu przywołując zdawkowo argument o trwającej sytuacji epidemicznej.

W dniu 2 grudnia 2020 r. (5 dni po pierwotnie wyznaczonym terminie) wykonawca GRAND przedstawił zamawiającemu pismo, w którym zawarł m. in. informacje dotyczące dokumentów, które odnosiły się do warunku zdolności ekonomicznej i finansowej. Przedmiotowych dokumentów i wyjaśnień nie można jednak wziąć pod uwagę ponieważ zostały złożone z naruszeniem zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp, w tym szczególnie zasady przejrzystości oraz dyspozycji zawartej w art. 26 ust. 3 Pzp. W konsekwencji wykonawca GRAND nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zatem powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie składu orzekającego powyżej dokonanych rozstrzygnięć nie należy traktować jako przejawu nadmiernego formalizmu. Postępowanie przetargowe jest w swojej istocie postępowaniem sformalizowanym, a formalizm ten nie jest cechą samą w sobie, ale stanowi reminiscencję zasad udzielania zamówień określonych w dziale I rozdziale II Pzp i jest cenną wskazówką dla jednolitego i konsekwentnego działania dla zamawiającego wobec wykonawców.

Druga grupa zarzutów, opisana w pkt 3, 4, 5 i 6 *petitum* odwołania odnosiła się do deklaracji pozostałych wykonawców co do 6-letniego terminu gwarancji i rękojmi na potrzeby kryterium oceny ofert wskazanego w rozdziale XV pkt 3 Pzp. Argumentację odwołującego w tym zakresie sprowadzała się do stwierdzenia, że nie jest możliwe uzyskanie gwarancji w zakresie wymaganym przez zamawiającego na okres 6 lat, ponieważ na polskim rynku ubezpieczeniowym maksymalny okres Ubezpieczenia CAR, jaki może być zaproponowany przez wykonawców wynosi 5 lat (60 miesięcy), zaś uzyskanie przez odwołującego okresu gwarancji i rękojmi wydłużonego do 5,5 roku (66 miesięcy) było działaniem ekstraordynaryjnym, wynikającym z zaufania oraz wieloletniej współpracy w zakresie realizacji inwestycji w przeszłości.

W ocenie składu orzekającego, odwołujący nie udowodnił swojego twierdzenia, że nie jest możliwe uzyskanie gwarancji w zakresie wymaganym przez zamawiającego na okres 6 lat.

Po pierwsze Izba zwróciła uwagę na to, że zamawiający w trakcie badania i oceny ofert dość skrupulatnie analizował przedmiotową kwestię. Jak wskazano w części dotyczącej ustaleń odwołujący pismem z dnia 21 października 2020 r., zwracał uwagę zamawiającemu w tej materii i zgłaszał zastrzeżenia co do wykonawców deklarujących 6-letni okres gwarancji i rękojmi. Zamawiający w celu dokonania rzetelnej oceny ofert w postępowaniu na podstawie art. 21 ust. 4 Pzp powołał biegłego, brokera ubezpieczeniowego w celu ustalenia zasadności analizy i argumentów odwołującego oraz możliwości uzyskania i zawarcia umów ubezpieczenia w kontekście wymogów zamawiającego. Biegły w swojej opinii z 2 listopada 2020 r., nie zgodził się z argumentacją odwołującego wskazującą, iż z pewnością wykonawcy nie będą w

stanie przedstawić polisy ubezpieczenia wszystkich ryzyk Inwestycji (CAR) o długości okresu gwarancyjnego na okres gwarancji i rękojmi 6 lat, bowiem decyzję o konkretnie składanej ofercie podejmuje zakład ubezpieczeń. Dla poparcia swojego stanowiska biegły załączył korespondencję prowadzoną z przedstawicielami dwóch towarzystw ubezpieczeniowych, z której wynikało, że nie wyklucza się możliwości zawarcia ubezpieczenia na okres gwarancyjny 72 miesięcy. Ponadto zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o potwierdzenie spełnienia wymogów postawionych przez zamawiającego w zakresie ubezpieczenia i w odpowiedzi na to wezwanie wykonawcy podtrzymali swoje dotychczasowe stanowisko.

Po drugie odwołujący nie udowodnił swojego stanowiska w przedmiotowym zakresie. Już samo przedstawienie dowodu negatywnego, który potwierdzi, że jakaś okoliczność lub zdarzenie się nie wydarzy, w sytuacji gdy dotyczy ono działania konkretnego sektora gospodarki, jest niezmiernie trudne. Odwołujący w celu udowodnienia zarzutów złożył albo dokumenty, które ogólnie opisywały ubezpieczenie CAR i podkreślały różnice pomiędzy ubezpieczeniem CAR, a innymi rodzajami ubezpieczeń np. OC lub mienia (dowody złożone na posiedzeniu) lub pochodziły od wybranych towarzystw ubezpieczeniowych, które wskazywały, że nie oferują ubezpieczenia na okres gwarancyjny 72 miesięcy (dowody załączone do odwołania). W kontekście zebranego w sprawie materiału Izba uznała, że powyższe dowody nie potwierdzają, że uzyskanie 6-letniego ubezpieczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego jest niemożliwe. Odwołujący wykazał co najwyżej, że ubezpieczenie w zakresie zadeklarowanym przez pozostałych wykonawców jest niestandardowe, a jego przyznanie wymaga pogłębionej analizy ze strony ubezpieczyciela, ale nie oznacza to, że jest niemożliwe do osiągnięcia.

Po trzecie pozostali wykonawcy składając ofertę, w tym podając informację w ramach przedmiotowego kryterium nie zadeklarowali okresu ubezpieczenia, który nie wynikał z konstrukcji samego kryterium. Wprost przeciwnie, wykonawcy podali jedną z określonych przez zamawiającego możliwości realizacji tego kryterium, która była wyraźnie wskazana w treści SIWZ. Stawianie zarzutu w konstrukcji przyjętej przez odwołującego na obecnym etapie tj. po wyborze najkorzystniejszej oferty, wobec kryterium, które zostało przyjęte w treści SIWZ przez zamawiającego, należy uznać za niedające podstaw do uwzględnienia zarzutu. Ponadto zamawiający odpowiednio zabezpieczył się przed ewentualnymi trudnościami związanymi z dochowaniem tego wymogu. Zgodnie z § 2 ust. 10 Wzoru Umowy – *W przypadku uchybienia przez Generalnego Wykonawcę obowiązkom z ust. 7 i 8 powyżej Zamawiający ma prawo do zawarcia stosownych umów ubezpieczenia na koszt i ryzyko Generalnego Wykonawcy.*

Po czwarte należy zwrócić uwagę, że także odwołujący zadeklarował okres ubezpieczenia (5,5 roku, 66 miesięcy), który przekracza standardowo stosowany 5-letni okres ubezpieczenia dla tego typu inwestycji. Stąd też skoro odwołujący został niestandardowo potraktowany w tym aspekcie przez ubezpieczycieli funkcjonujących na rynku to nie oznacza, że inni wykonawcy nie mogą zostać obdarzeni podobnym zaufaniem.

Tym samym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, postawione w związku z dokonaniem przez zamawiającego badaniem i oceną ofert pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu w kontekście kryterium przedłużenie terminu gwarancji i rękojmi.

Sygn. akt KIO 3312/20

Izba uwzględniła odwołanie w przedmiotowej sprawie w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 1, 2, 3, 4, 5, 6 i 7 *petitum* odwołania. Odwołujący w ramach przedmiotowych zarzutów w odróżnieniu od odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3300/20 powołał się na wszystkie okoliczności odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, podniesionych przez zamawiającego w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r. Oznacza to, że odwołujący w ww. zarzutach wskazywał, iż wykonawca GRAND nie złożył w wymaganym terminie jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego:

- posiadanie zdolności finansowej wymaganej w rozdziale VII pkt 3.2.1. SIWZ;
- posiadanie doświadczenia wymaganego w rozdziale VII pkt 3.3.1.1. SIWZ;
- posiadanie doświadczenia wymaganego w rozdziale VII pkt 3.3.2.1. SIWZ;
- posiadanie doświadczenia wymaganego w rozdziale VII pkt 3.3.2.4. SIWZ;
- posiadanie doświadczenia wymaganego w rozdziale VII pkt 3.3.2.7. SIWZ;
- wykazanie braku podstawy do wykluczenia określonej w rozdziale VII ust. 2 oraz rozdziale VIII ust. 2 lit. g).

Ostatni uwzględniony zarzut dotyczył błędnego przyjęcia przez zamawiającego, że – po uprzedniej odmowie na przedłużenie terminu wyznaczonego na uzupełnienie dokumentów, a następnie po upływie tego terminu – widząc, iż wykonawca GRAND nie złożył jakichkolwiek uzupełnień, uprawniony jest przedłużenia terminu na składanie uzupełnień w trzy dni po upływie tego terminu, tj. 30 listopada 2020 r.

Mimo tego, że zakres odwołania w przedmiotowej sprawie jest inny niż w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 3300/20, ponieważ w tamtej sprawie odwołujący kwestionował wyłącznie spełnienie przez wykonawcę GRAND warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej (rozdział VIII pkt 3.2.1. SIWZ), to uzasadnienie dla zarzutów uwzględnionych, co do swojej istoty jest analogiczne jak we wcześniejszej sprawie.

W związku z tym jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego zamawiający bardzo dokładnie zbadał dokumenty przekazane przez wykonawcę GRAND w celu spełnienia tego warunku. W piśmie z dnia 20 listopada 2020 r., stanowiącym wezwanie ww. wykonawcy do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp zamawiający skrupulatnie opisał uzasadnienie dla poczynionych twierdzeń w zakresie zastrzeżeń co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia. Po krótko należy przypomnieć, że zamawiający określił wykonawcy GRAND termin na uzupełnienie i wyjaśnienie do dnia 27 listopada 2020 r. Wykonawca GRAND w dniu przypadającym na koniec wyznaczonego przez zamawiającego terminu tj. w dniu 27 listopada 2020 r. zawnioskował o jego przedłużenie. Zamawiający tego samego dnia przekazał wykonawcy informację odmowną na powyższy wniosek, a następnie w dniu 30 listopada 2020 r. zmienił zdanie, ponieważ unieważnił czynność dotyczącą wyznaczenia terminu na wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, unieważnił czynność odmowy przedłużenia (wyznaczenia nowego) terminu oraz przedłużył (wyznaczył nowy) termin na tę okoliczność określając go do 2 grudnia 2020 r.

Przechodząc do rozważenia działań zamawiającego skład orzekający w pierwszej kolejności doszedł do przekonania, że już ze względów formalnych Izba nie miała możliwości kwestionowania ustaleń zamawiającego podniesionych w wezwaniu z dnia 20 listopada 2020 r., ponieważ wezwanie to jako czynność w postępowaniu mogło być przedmiotem odwołania. Wykonawca GRAND nie kwestionował tej czynności poprzez wniesienie odwołania, zatem wezwanie oraz podana w nim argumentacja zamawiającego, na potrzeby przedmiotowego postępowania odwoławczego, nie powodowały żadnych wątpliwości.

Jeśli chodzi o ocenę czynności zamawiającego związanej z badaniem oferty wykonawcy GRAND skład orzekający uznał, że po pierwsze, co do zasady nie jest możliwe wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów, który już minął. Mając na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy w sytuacji, w której termin na uzupełnienie przez wykonawcę GRAND dokumentów minął, zamawiający nie miał już możliwości przedłużenia pierwotnie wskazanego terminu. Ponadto, zamawiający nie może unieważnić czynności wyznaczenia terminu na uzupełnienie dokumentów – musiałby bowiem unieważnić czynność wezwania wykonawcy GRAND do uzupełnienia dokumentów, a to w okolicznościach przedmiotowej sprawy byłoby nieuzasadnione, ponieważ zaistniały przesłanki do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający w ocenie Izby może unieważnić własną czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, ale tylko wówczas, gdy istnieją ku temu podstawy faktyczne i prawne. Po drugie należy wskazać, że retrospektywne przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę GRAND, w sytuacji, w której termin ten minął, w stanie niniejszej sprawy, należało potraktować jako powtórne wezwanie wykonawcy GRAND do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co jest niedopuszczalne na gruncie zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp oraz wypracowanej przez jednolite orzecznictwo zasady jednokrotności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W powyższym fragmencie Izba kilkakrotnie wskazywała na okoliczności lub stan przedmiotowej sprawy, ponieważ tym bardziej potwierdzają one bezprawność działania zamawiającego. Po pierwsze skład orzekający zwrócił uwagę na niestarość wykonawcy GRAND. Jak wynika z zebranego materiału dowodowego oraz twierdzeń podanych na rozprawie wykonawca ten zwrócił się z wnioskiem o przedłużenie terminu w ostatnim dniu wyznaczonego terminu, po godzinach pracy zamawiającego. Dodatkowo wniosek o przedłużenie terminu nie zawierał żadnego konkretnego uzasadnienia poza odwołaniem się *de facto* do sytuacji epidemicznej. Wykonawca nie przekazał żadnych dokumentów ani wyjaśnień, nie wskazał jakich konkretnie dokumentów nie mógł uzyskać w związku z sytuacją epidemiczną oraz jakie podjął działania żeby je mimo wszystko otrzymać. Warto przypomnieć, że wykonawca GRAND miał 7 dni na uzupełnienie dokumentów i co prawda wezwanie zostało mu przesłane w piątek 20 listopada 2020 r., przez co można przyjąć, że kolejnych dwóch dni przypadających na sobotę i niedzielę nie mógł wykorzystać w tym samym stopniu co dni robocze to jednak już na początku następnego tygodnia wykonawca GRAND powinien wiedzieć, które dokumenty czy wyjaśnienia będzie mu trudniej uzyskać i zasygnalizować tę kwestię zamawiającemu odpowiednio wcześniej. Tym samym skład orzekający doszedł do przekonania, że wykonawca GRAND nie dochował należytej staranności jaka na nim spoczywała jako na wykonawcy biorącym udział w postępowaniu przetargowym w związku z wnioskiem o przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów.

Po drugie zamawiający nie miał podstaw do zmiany swojego stanowiska z 27 listopada 2020 r., co znalazło swoje odzwierciedlenie w uzasadnieniu zmiany decyzji z dnia 30 listopada 2020 r. oraz protokole prac komisji przetargowej z tego samego dnia. Zamawiający nie przedstawił konkretnego i uzasadnionego powodu dla przedłużenia wykonawcy GRAND terminu, przywołując zdawkowo argument o trwającej sytuacji epidemicznej.

W dniu 2 grudnia 2020 r. (5 dni po pierwotnie wyznaczonym terminie) wykonawca GRAND przedstawił zamawiającemu pismo, w którym zawarł informacje dotyczące dokumentów, które odnosiły się do wezwania z dnia 20 listopada 2020 r. Przedmiotowych dokumentów i wyjaśnień nie można jednak wziąć pod uwagę, ponieważ zostały złożone z naruszeniem zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp, w tym szczególnie zasady przejrzystości oraz dyspozycji zawartej w art. 26 ust. 3 Pzp. W konsekwencji wykonawca GRAND nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstawy do wykluczenia wymienionych w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r., zatem powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie składu orzekającego powyżej dokonanych rozstrzygnięć nie należy traktować jako przejawu nadmiernego formalizmu. Postępowanie przetargowe jest w swojej istocie postępowaniem sformalizowanym, a formalizm ten nie jest cechą samą w sobie, ale stanowi reminiscencję zasad udzielania zamówień określonych w dziale I rozdziale II Pzp i jest cenną wskazówką dla jednolitego i konsekwentnego działania dla zamawiającego wobec wykonawców.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut podniesiony w pkt 8 *petitum* odwołania. Treść art. 46 ust. 4a Pzp wskazuje na przyczyny leżące po stronie wykonawcy. To odwołujący postawił zarzut w tym zakresie i wniósł o zatrzymanie wadium wykonawcy GRAND w związku z tym mając na uwadze zasadę rozkładu ciężaru dowodu to odwołujący powinien udowodnić, że niezłożenie dokumentów wymaganych na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy GRAND. Tymczasem odwołujący odwoływał się ogólnie do kwestii niedochowania należytej staranności przez ww. wykonawcę, co w kontekście zatrzymania wadium należy uznać za niewystarczające.

Ponadto zgodnie z przepisem zawartym w art. 46 ust. 4a Pzp zamawiający może zatrzymać wadium z określonych w przepisie przyczyn tylko temu wykonawcy, który swoim zachowaniem spowodował, że jego oferta, pomimo że najkorzystniejsza, nie może zostać wybrana. Natomiast w celu uchwycenia istoty przedmiotowego przepisu warto zwrócić uwagę na uzasadnienie jego wprowadzenia podane w druku sejmowym Nr 471, (Sejm VI kadencji, s. 7) – *regulacja sprzyja sytuacji, w której grupa będących w porozumieniu wykonawców może powodować, że zamówienie jest udzielane temu spośród nich, który zaoferował najniższą cenę. Wykonawcy ci mogą celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu, podlegając jedynie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 [obecnie odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b]. Mając to na uwadze, celowe jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 z sytuacją wykonawcy, który uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przyczyni się to do racjonalizowania wydatków środków publicznych.*

W ocenie Izby zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp powinno mieć miejsce wyjątkowo, w ściśle określonych okolicznościach, po sprawdzeniu przyczyn zaistniałej sytuacji oraz po ocenie intencji wykonawcy. Należy mieć na względzie przede wszystkim cel, w jakim ww. przepis został do ustawy wprowadzony, czyli zapobieganie zgomom wykonawców. Podkreślił to Sąd Najwyższy w wyroku z 10 maja 2013 r. o sygn. akt I CSK 422/12 stwierdzając, że badając zasadność zatrzymania wadium, sąd nie może tracić z pola widzenia celu tej sankcji i zawinienia oferenta. Nieuzupełnienie na czas dokumentacji nie oznacza od razu utraty wadium. Podobne stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 7 lipca 2011 r. o sygn. akt II CSK 675/10, tj. zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub oświadczeń, nie zaś w przypadku, gdy przekazuje informacje w niewłaściwej formie (faksem zamiast w formie pisemnej), a po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczony zostaje oryginał dokumentu. O istnieniu ryzyka zmywy wykonawców – czemu przeciwdziałać ma przedmiotowa regulacja – można byłoby mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego. Interpretacja przepisu art. 46 ust. 4a Pzp wymaga uwzględnienia jego

celu, a zatem powinien być stosowany wyłącznie w celu zapobiegania znikom wykonawców.

W przedmiotowej sprawie w żaden sposób nie można było uznać, że działania wykonawcy GRAND nosiły znamiona lub chociażby sugerowały zomę przetargow, przez co dokonujc wykladni celowosciowej ww. przepisu w kontekscie powyrszej argumentacji, lzba stwierdzila, ze nie mial on zastosowania. Wykonawca GRAND dopuscil sie co prawda niestaranego zachowania skladajac dokumenty na wezwanie zamawiajacego jednak, jak wskazano powyzej, nieuzupelnienie na czas dokumentacji nie oznacza od razu utraty wadium, a wykluczenie wykonawcy GRAND z postepowania nalezalo uznac za wystarczajaca sankcje.

W zwiazku z powyrszym lzba oddalila zarzut naruszenia przez zamawiajacego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 46 ust. 4a Pzp.

Jeśli chodzi o zarzuty podniesione w pkt 9 i 10 *petitum* odwolania to nalezy wskazać, ze zostaly one podniesione z ostrozności na wypadek nieuwzglednienia wcześniejszych zarzutów (pkt 9) lub z najdalej idacej ostrozności (pkt 10). lzba uznala w zwiazku z tym, ze przedmiotowe zarzuty mial charakter ewentualny wobec pozostalych rozpoznanych zarzutów. Tym samym, majac na uwadze uwzglednienie odwolania w zakresie niespeelnienia warunków udzialu w postepowaniu przez wykonawce GRAND, orzekanie co do zarzutów ewentualnych stalo sie bezprzedmiotowe i lzba pozostawila je bez rozpoznania.

Majac na uwadze powyrsze, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp lzba uwzglednia odwolanie, jezeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które mialo wpływ lub moze miec istotny wpływ na wynik postepowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym zostala wypelniona hipoteza normy prawnej wyrazonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

Ponadto lzba wskazuje, ze podstawą wydania orzeczenia łącznego, w sprawach o sygn. akt KIO 3300/20 i KIO 3312/20, był art. 192 ust. 8 Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu konczącym postepowanie odwolawcze lzba rozstrzyga o kosztach postepowania odwolawczego. Z kolei w swietle art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postepowania odwolawczego stosownie do jego wyniku, z zastrzezeniem art. 186 ust. 6.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okregowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – *Wprawdzie żaden z przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postepowaniu odwolawczym i sposobu ich rozliczania nie odwołuje sie do zasady stosunkowego rozdzielenia kosztów; jednak do tego w efekcie sprowadza sie rozstrzygnięcie oparte na zasadzie odpowiedzialności za wynik postepowania odwolawczego. W sytuacji rozliczenie kosztów stosownie do wyniku postepowania uwzglednić zatem nalezalo w jakiej czesci odwołanie odnioslo skutek (...).*

W sprawie o sygn. akt KIO 3300/20 na rozprawę zostalo skierowanych sześć zarzutów, natomiast odwolanie okazalo sie zasadne w zakresie dwóch zarzutów i chybione w pozostalym zakresie. W zwiazku z tym lzba kosztami postepowania odwolawczego w czesci 2/3 obciazyla odwolujacego i a w czesci 1/3 zamawiajacego. Rozstrzygajac o kosztach lzba kierowala sie tym, ze odwolujacy z jednej strony doprowadzil do uniewaznienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postepowaniu, a uwzglednione zarzuty mialy wpływ na wynik postepowania, z drugiej strony natomiast nie osiagnal w calosci celu zwiazanego z wniesionym odwołaniem, poniewaz nie udalo mu sie podwazyc wszystkich pozostalych ofert w postepowaniu, do czego dazyl.

Na koszty postepowania odwolawczego skladal sie wpis uiszczony przez odwolujacego w wysokości 20 000 zł, koszty poniesione przez odwolujacego z tytulu zastepstwa przed lzba wysokości 3 600 zł oraz koszty poniesione przez zamawiajacego z tytulu zastepstwa przed lzba wysokości 3 600 zł, zatem łącznie 27 200 zł. Zamawiajacy poniosl dotychczas koszty postepowania odwolawczego w wysokości 3 600 zł, tymczasem odpowiadal za nie do wysokości 9 066,67 zł (27 200 zł x 1/3) – kwota zaokraglona do jednego grosza w gore z powodu nieskonczonego wyniku dzielenia. Z kolei odwolujacy poniosl do tej pory koszty w wysokości 23 600 zł (koszt wpisu oraz wynagrodzenia pelnomocnika), a odpowiadal za te koszty w kwocie 18 133,33 zł (27 200 zł x 2/3) – kwota zaokraglona do jednego grosza w dol z powodu nieskonczonego wyniku dzielenia. Wobec powyrszego lzba zasadzila od zamawiajacego na rzecz odwolujacego kwote 5 466,67 zł (23 600 zł – 18 133,33 zł), stanowiacą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwolujacego, a kosztami postepowania za jakie odpowiadal w swietle jego wyniku.

W sprawie o sygn. akt KIO 3300/20 lzba zasadzila koszty w calosci na rzecz odwolujacego wychodzac z zalozenia, ze mimo tego, iż nie wszystkie zarzuty odwolania zostaly uwzglednione, to odwolujacy co do istoty osiagnal swój cel tj. doprowadzil do uniewaznienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postepowaniu i wykluczenia wybranego wykonawcy z postepowania.

Biorac powyrsze pod uwage, o kosztach postepowania orzeczono stosownie do wyniku postepowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postepowaniu odwolawczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczacy:.....

Czlonkowie:

.....