

Sygn. akt: KIO 2878/20

.....

**WYROK**  
z dnia 24 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2020 r. przez Odwołującego – **D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DARTRANS D. S.**, Wiatrak 4b, 11-200 Bartoszyce

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Lidzbark Warmiński**, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński

przy udziale

Wykonawcy – **A. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.H.U PS-BUD A. S.** Deksyty 2/1, 11-220 Górowo Iławieckie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

**2** Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DARTRANS D. S. i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – D. S. (DARTRANS D. S.) tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2 zasądza od Odwołującego – D. S. (DARTRANS D. S.) na rzecz Zamawiającego – Gminy Lidzbark Warmiński kwotę 3.974,64 zł (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt cztery złotych sześćdziesiąt cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wpisem od odwołania wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu.

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

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 2878/20

**Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminie Lidzbark Warmiński na *przebudowę odcinka drogi gminnej nr 117016N na odcinku Pilnik-Nowosady*, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31.07.2020r., nr 568831-N-2020, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (PHU PS-BUD A. S.), Wykonawca D. S. (DARTRANS D. S.) wniósł w dniu 3 listopada 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2878/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1 art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22a ust. 2 Ustawy Pzp poprzez zaniecanie odrzucenia oferty Wykonawcy PHU PS-BUD A. S. pomimo, że treść oferty tego Wykonawcy nie odpowiada treści siwz, tj. rozdziałowi X (opis sposobu przygotowania oferty) pkt 4 oraz pkt 14 ppkt 3 – Wykonawca nie załączył do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu mu zasobów w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych oraz złożył ofertę niezgodną z treścią siwz;
- 2 art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez skierowanie do Wykonawcy PHU PS-BUD A. S. pisma w dniu 02.09.2020r. skutkującego prowadzeniem negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonaniem zmiany treści oferty w zakresie korzystania z podwykonawcy przy realizacji zamówienia, w zakresie podlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13-14, 16-20 ustawy Pzp, w zakresie powstania przy realizacji zamówienia po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego, w zakresie posiadania statusu średniego przedsiębiorcy oraz w zakresie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego;
- 3 art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez skierowanie do Wykonawcy PHU PS-BUD A. S. w dniu 27.10.2020r. pisma w sprawie wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń i dokumentów, a w rzeczywistości oznaczającego prowadzenie negocjacji i dokonanie zmiany treści oferty w zakresie daty złożonych przez tego Wykonawcę oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania;
- 4 art. 26 ust 3 w zw. z art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez wezwanie w dniu 15.09.2020r. Wykonawcy PHU PS-BUD A. S. do wniesienia wadium w innej formie niż gwarancja – poręczenie zapłaty, a tym samym prowadzenie z Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty;
- 5 art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie w dniu 6.10.2020 r. Wykonawcy PHU PS-BUD A. S. do złożenia oświadczeń i dokumentów w sytuacji, gdy oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu;
- 6 art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości postępowania oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności z dnia 29 października 2020 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty PHU PS-BUD A. S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy i nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący opisał, jako brak zgodności oferty z siwz – rozdział X (opis sposobu przygotowania oferty) pkt 4. Sposób wypełnienia formularza oferty, w którym Wykonawca PHU PS-BUD A. S. podał, iż zamierza powierzyć podwykonawcy wykonanie prac polegających na wykonaniu podbudowy wzmocnienia cementem oraz wykonaniu profilowania, wpisując siebie, uniemożliwia zweryfikowanie, czy będzie korzystał z podwykonawcy i w jakim zakresie. Wykonawca nie wskazał również na ilu stronach została sporządzona (pkt 21), nie ponumerował stron (pkt 22), nie określił, jakie dokumenty załączył do oferty. Zamawiający nie mógł w tym zakresie poprawić formularza oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezgodność oferty dotyczy również zapisów rozdziału X (opis sposobu przygotowania oferty) pkt 4 i 14 ppkt 3. W załączniku nr 3 do siwz (część IIA) Wykonawca potwierdził, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jednocześnie Wykonawca wpisał podmiot, na którego zasobach polega – ANODOS Sp. z o.o. bez wskazania zakresu udostępnianych zasobów. W tym samym załączniku Wykonawca w zakresie części I.B dot. przesłanek wykluczenia z postępowania wskazała siebie. Tak sporządzony załącznik nr 3 do siwz czytany łącznie z formularzem oferty oznacza, że Wykonawca nie powołał się na zasoby podmiotów w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i zamierza sam bez udziału podwykonawców wykonać cały przedmiot zamówienia.

Wykonawca nie załączył do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego (innego dowodu zgodnie z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp), co uniemożliwiało zweryfikowanie oświadczeń Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp polega na skierowaniu pism, które faktycznie skutkowało prowadzeniem negocjacji w zakresie treści oferty oraz doprowadziły do zmiany treści w zakresie podwykonawcy, podlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13-14, 16-20, w zakresie powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, posiadania statusu średniego przedsiębiorcy oraz korzystania z zasobów podmiotu trzeciego. Czynności te prowadziły do omińnięcia przepisu art. 26 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Wezwanie z dnia 2.09.2020r. stanowiło o prowadzeniu negocjacji z wykonawcą na temat treści złożonej oferty, prowadzących do zmiany treści oferty.

Brak wskazania w formularzu oferty, czy wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, która to informacja nie może być uzupełniona na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinna prowadzić do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią siwz. Nie jest możliwe wyjaśnienie oświadczenia, którego Wykonawca nie złożył w ofercie.

Wezwanie w dniu 27.10.2020 r. do wyjaśnienia aktualności złożonych oświadczeń i dokumentów nie było dopuszczalne i oznaczało prowadzenie negocjacji i zmianę treści oferty. Zamawiający wezwał już Wykonawcę do złożenia dokumentów i oświadczeń, a kolejne wezwanie w oparciu o art. 26 ust. 2 i 3 ustawy nie jest możliwe.

Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp wzywając pismem z dnia 15.09.2020 r. Wykonawcę do wniesienia wadium w innej formie niż gwarancja – poręczenie zapłaty i świadczy o prowadzeniu negocjacji dotyczących złożonej oferty. Wadium nie jest dokumentem, który podlega wyjaśnieniu, uzupełnieniu, czy też poprawieniu. Złożenie wadium w sposób nieprawidłowy, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp prowadzi do odrzucenia oferty.

Wezwanie z dnia 6.10.2020r. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o której mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu narusza art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy stanowi o naruszeniu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący dodatkowo wskazał na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy, który nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, tj. posiadanego doświadczenia – w realizacji co najmniej 2 zamówień na roboty budowlane, każde na kwotę 1,5 mln zł. brutto.

Wykonawca zmienił oświadczenie złożone w formularzu oferty o samodzielnym spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wskazując w dniu 3.09.2020r. na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, tj. ANDOS Sp. z o.o. Zamawiający nie był uprawniony do przyjęcia tego oświadczenia, co prowadził do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Wcześniejsze oświadczenie z oferty uniemożliwiało powołanie się na zasoby i zdolność innego podmiotu, a Wykonawca podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający opisał przebieg postępowania, w tym czynności jakie podejmował wobec oferty wybranej, najwyższej ocenionej w postępowaniu, w którym zastosował procedurę odwróconą (art. 24aa ustawy). Zamawiający w pierwszej kolejności w wezwaniu z dnia 02.09.2020r. wyjaśnił treść oferty, w której Wykonawca (A. S.) podał swoje dane w miejscu dotyczącym podwykonawcy (załącznik nr 2 do siwz, pkt 10), podmiotu trzeciego (załącznik nr 3 do siwz, część B i C), natomiast w oświadczeniu składanym na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp wskazał podmiot trzeci (ANODOS Sp. z o.o.), na którego zasobach polega w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wyjaśnienia złożone w dniu 3.09.2020r. Wykonawca potwierdził, iż powołał się na zasoby podmiotu trzeciego i omyłkowo wpisał siebie jako podwykonawcę. Jednocześnie potwierdził, iż Wykonawca jak i Podwykonawca nie podlegają wykluczeniu.

W dniu 18.09.2020 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia w oryginale zobowiązania podmiotu trzeciego, które zostało w terminie uzupełnione.

W dniu 6.10.2020r. Wykonawca został wezwany na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W dniu 12.10.2020r. Wykonawca złożył dokumenty, których aktualność była przedmiotem dalszych wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego z dnia 27.10.2020r. Ponieważ Wykonawca potwierdził aktualność oświadczeń i dokumentów na dzień 27.10.2020r. Zamawiający w dniu 29.10.2020r. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający uzasadniał wezwania kierowane do Wykonawcy A. S. koniecznością uzyskania dodatkowych informacji, które pozwały na należyte zbadanie i ocenę oferty. Nie były to negocjacje, a zadane w piśmie z 02.09.2020r. pytanie miało charakter otwarty pozwalający Wykonawcy na wskazanie rzeczywistej przyczyny podanych w formularzu danych.

Odnosząc się do momentu złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego Zamawiający wskazał na brak w przepisach

regulacji, która wprost określałaby ten moment. Mając na uwadze, iż dokument ten stanowi punkt wyjścia do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, uwzględniając wstępną ocenę dokonywaną w procedurze odrwróconej na podstawie oświadczenia wykonawcy co do zakresu, w jakim samodzielnie spełnia warunki, Zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że taki potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać wstępnej ocenie. W tym zakresie konieczne były wyjaśnienia Wykonawcy, które pozwalały na podjęcie dalszych czynności w postępowaniu. Analizując art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, dokument zobowiązania należy złożyć w wyniku wezwania do uzupełnienia, jednak już z treści oferty powinno wynikać, że wykonawca powołuje się na potencjał innego podmiotu, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Brak oświadczenia dotyczącego powstania lub nie obowiązku podatkowego, w ocenie Zamawiającego nie mógł prowadzić do wykluczenia Wykonawcy z postępowania, a przyjęta w wyroku z dnia 8 czerwca 2016 r. (sygn. akt KIO 914/16) wykładnia Izby wskazuje, iż takie oświadczenie składa tylko wykonawca, którego wybór oferty będzie prowadził do powstania takiego obowiązku u zamawiającego. Dla rozwiania wątpliwości Zamawiający w dniu 02.09.2020r. zażądał wyjaśnień w tym zakresie.

Odnosząc się do wadium, Zamawiający wskazał na poprawność oświadczenia o wyrażeniu zgody na wydłużenie terminu związania ofertą. Omyłkowo wraz z oświadczeniem Wykonawca przekazał tą samą gwarancję ubezpieczeniową, której termin ważności upływał 16.09.2020r. (złożoną wraz z ofertą). Zwrócenie uwagi Wykonawcy na ten fakt nie może być traktowane jako prowadzenie negocjacji. Ponadto, Zamawiający wskazał iż tego samego dnia, w którym wysłano wezwanie Wykonawca wpłacił wadium w formie pieniężnej na rachunek Zamawiającego.

Zamawiający wystąpił o złożenie dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp tylko raz wezwaniem z dnia 6 października 2020r., a pismem z dnia 27 października 2020r. wystąpił na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie oświadczeń (ich aktualności).

Stanowisko w sprawie przedstawił również Przystępujący po stronie Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 20.11.2020r.

### **Stanowisko Izby.**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu ma interes w złożeniu odwołania na czynność wyboru oferty konkurencyjnej. Sytuacja Odwołującego wymagała podjęcia kroków prawnych w celu uchylecia skutków niekorzystnych dla tego wykonawcy decyzji uniemożliwiającej udzielenie zamówienia temu wykonawcy. Tym samym spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w zakresie związanym z podstawą faktyczną zarzutów, tj. oceną oferty wybranej wraz z dokumentami i oświadczeniami, Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem procedury odrwróconej, o której mowa w art. 24 aa Ustawy. W postępowaniu złożonych zostało sześć ofert.

Jako najwyżej oceniona – oferta A. S. (P.H.U. PS-BUD A. S.) podlegała pełnej weryfikacji pod kątem braku podstaw do wykluczenia z postępowania i spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Na etapie składania oferty w siwz Zamawiający wymagał oświadczenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu (art. 24 ust. 1 ustawy Pzp) oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1b pkt 1-3 ustawy Pzp) – wg załącznika nr 3 do siwz, aktualne na dzień składania ofert, stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (pkt V.1). W pkt V.2 siwz Zamawiający wyjaśnił, iż stosując procedurę odrwróconą, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp w toku czynności nie będzie dokonywał podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń. W pierwszej kolejności dokona oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta uplasuje się na najwyższej pozycji w rankingu, dokona oceny podmiotowej, tj. zbada oświadczenie wstępne, a następnie zażąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż w przypadku braku oświadczenia (dokumentów) niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, ich niekompletności lub błędów lub wątpliwości, wezwie do ich złożenia, uzupełnienia, poprawienia w terminie wskazanym, chyba że oferta podlegałaby odrzuceniu (pkt V.3 siwz).

Wykonawca ten w formularzu oferty – pkt 10 wypełniając oświadczenie dotyczące udziału podwykonawców podał w tabeli swoje dane dla wykonania podbudowy wzmocnienia cementem oraz profilowania (nazwa i adres). Wykonawca nie wypełnił oświadczenia z pkt 16 formularza ofertowego, w którym należało zaznaczyć jedną z dwóch możliwych odpowiedzi dotyczących powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego oraz wskazać zakres i wartość towaru/usług, które prowadzić będą do powstania tego zobowiązania. Stanowiące załącznik do oferty oświadczenia dotyczące podmiotu trzeciego, na którego zasoby Wykonawca powołuje się oraz podwykonawcy niebędącego tym podmiotem odnoszą się wyłącznie do samego Wykonawcy – PHU PS-BUD A. S. (oświadczenia z załącznika nr 3 dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania – pkt I). W oświadczeniach z pkt II załącznika nr 3 do siwz (dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu) Wykonawca wskazał, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotu trzeciego – ANODOS Sp. z o.o.

Oferta została zabezpieczona wadium wniesionym w formie poręczenia zapłaty wadium udzielonego przez Działdowską Agencję Rozwoju S.A. Nr 199/2020/FG z dnia 17.08.2020r., ważne do 16 września 2020r.

Z uwagi na sprzeczne informacje zawarte w ofercie Zamawiający pismem z dnia 02.09.2020r. wystąpił do Wykonawcy o wyjaśnienie tych sprzeczności, do których Wykonawca odniósł się w wyjaśnieniach z dnia 03.09.2020r. potwierdzając udział podwykonawcy (podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby – ANODOS Sp. z o.o. w zakresie wykonania podbudowy wzmocnionej cementem i profilowania), polegania na zasobach podmiotu trzeciego. Wykonawca wskazał na omyłki popełnione przy wypełnianiu formularzy jak również brak załączenia zobowiązania podmiotu trzeciego, które

załączył do wyjaśnień. Wykonawca potwierdził, iż wybór oferty nie będzie prowadził do powstania obowiązku podatkowego u Zamawiającego. Przyznał się do omyłkowego zaznaczenia, iż jest średnim przedsiębiorcą, w sytuacji gdy jest małym przedsiębiorcą.

W zobowiązaniu podmiotu trzeciego – ANODOS Sp. z o.o. z dnia 17.08.2020r. wskazane zostały udostępnione zasoby, tj. zdolność techniczna lub zawodowa w zakresie wymaganego doświadczenia: *Wiedza i doświadczenie w wykonywaniu robót. Nadzór i wykonanie nad robotami – podbudowy stabilizowanej cementem i profilowania.*

Pismem z dnia 10.09.2020r. Zamawiający wystąpił do wykonawców z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na czas niezbędny do zakończenia postępowania, tj. do dnia 13.11.2020r. Termin związania ofertami upływał w dniu 15.09.2020r. Oświadczenie dotyczące wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz zabezpieczeniem wadium należało przekazać do Zamawiającego do dnia 15.09.2020r. do godziny 14:00.

W dniu 14.09.2020r. do Zamawiającego wpłynęło oświadczenie od Wykonawcy A. S. o przedłużeniu terminu związania ofertą do 13.11.2020r. wraz z poręczeniem zapłaty wadium Nr 199/2020/FG z dnia 17.08.2020r. Poręczenie to jest tym samym, które Wykonawca złożył wraz z ofertą z terminem ważności do 16.09.2020r.

W dniu 15.09.2020r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia oryginału aktualnej gwarancji stanowiącej zabezpieczenie wadium bądź wniesienia wadium w innej formie gwarantującej deklarowany okres związania ofertą. Zamawiający zwrócił uwagę na wpływ ważności przekazanego poręczenia w dniu 16 września 2020r. Wezwanie skierowane przekazane zostało mailem w dniu 15.09.2020r., godzina 12:50.

Odpowiadając na wniosek Zamawiającego Wykonawca poinformował, że dnia 16 września 2020 r. wniósł nowe wadium w formie pieniądza na przedłużony okres związania ofertą i załączył przelew bankowy z zaksięgowaną kwotą 15.000,00 PLN na rachunek Gminy Lidzbark Warmiński (podany w siwz., str. 10). Dodatkowo Wykonawca załączył Aneks nr 1 z dnia 15.09.2020r. do poręczenia zapłaty wadium nr 199/2020/FG z dnia 17.08.2020r. udzielonego przez Działdowską Agencję Rozwoju S.A. z terminem ważności do 13.11.2020r.

W dniu 18.09.2020r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wezwał Wykonawcę do złożenia w oryginale zobowiązania podmiotów do oddania w dyspozycję niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

#### **Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba uwzględniła odwołanie w całości.**

Na wstępie należy zauważyć, iż Odwołujący opierał zarzuty kierowane wobec czynności oceny oferty wybranej wskazując na uchybienia Zamawiającego wynikające z postępowania wyjaśniającego, które w jego ocenie prowadziło do niedozwolonej negocjacji treści oferty. Odwołujący nie kwestionował żadnego z dokumentów, w tym treści zobowiązania podmiotu trzeciego, pod względem możliwości oceny, czy udostępnienie potencjału technicznego lub zawodowego miało charakter realny i potwierdzało, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Podnoszone dopiero na rozprawie nowe podstawy faktyczne dla zarzutu zaniechania wykluczenia Wykonawcy A. S., tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy nie mogły wpływać na rozstrzygnięcie. Odwołujący w odwołaniu zarzut ten opierał wyłącznie na ustaleniu, iż Wykonawca zmienił oświadczenie wstępne złożone w formularzu oferty o samodzielnym spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wskazując w dniu 3.09.2020r. na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, tj. ANDOS Sp. z o.o. W jego ocenie Zamawiający nie był uprawniony do przyjęcia tego oświadczenia, co prowadzić miało do naruszenia Ustawy. Ponadto w treści odwołania Odwołujący kwestionował możliwość uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, które nie zostało załączone do oferty, co w jego ocenie uniemożliwiało zweryfikowanie oświadczeń Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i świadczyło o niezgodności treści oferty z siwz.

W orzecznictwie w sposób jednolity uznaje się, iż zakres zarzutu, jakim pozostaje związana Izba wyznaczając okoliczności faktyczne stanowiące podstawę kwalifikacji prawnej działań Zamawiającego. Znajduje to potwierdzenie w licznych wyrokach, w tym w wyroku z dnia 23 czerwca 2020r., sygn. akt KIO 787/20, w którym wskazano, iż *Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z przywołanego przepisu wynika zakaz orzekania przez Izbę w odniesieniu do zarzutów, które zostaną sformułowane na późniejszym etapie, poza odwołaniem, w tym również na etapie rozprawy. Kluczowe znaczenie ma rozstrzygnięcie co oznacza pojęcie „zarzutu”, o którym mowa we wskazanym wyżej przepisie. Na ten temat wielokrotnie i jednolicie wypowiedziały się zarówno Izba, jak i sądy okręgowe sprawujące nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby. Zarzut stanowią wskazane przez odwołującego konkretne fakty świadczące o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wskazanie zaś nowych faktów, nawet wypełniających dyspozycję tego samego przepisu ustawy Pzp, stanowi nowy zarzut. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy Izba uznała, iż w odwołaniu nie został postawiony zarzut wadliwej oceny zobowiązania podmiotu trzeciego, w tym niedostatecznej i wewnętrznie sprzecznej treści tego zobowiązania.

Odnosząc się do zarzutów należy wskazać, iż w przeważającej części Odwołujący wskazywał na niezgodność co do formy, a nie treści oferty, która po uzyskaniu wyjaśnień pozwalała ustalić w sposób jednoznaczny, jaki jest zakres zobowiązania Wykonawcy. Odwołujący wskazał bowiem na kwestie techniczne takie jak brak numeracji stron, brak podania ilości stron, na jakich oferta została złożona, czy też brak opisanego załączników do oferty. Ponadto, jako świadczące o niezgodności oferty z siwz wskazane zostały uchybienia, jakich dopuścił się Wykonawca przy wypełnianiu formularza oferty, które prowadziły do niejednoznaczności oświadczenia, co do udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, powstania po stronie Zamawiającego zobowiązania podatkowego, korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, oraz niezgodności ze stanem faktycznym przez wskazania, że Wykonawca jest średnim przedsiębiorcą.

Odnosząc się do tych okoliczności Izba uznała, iż formularz oferty wymagał wyjaśnienia w zakresie oświadczeń ze sobą sprzecznych, które odnosiły się do stwierdzenia, czy na etapie realizacji zamówienia Wykonawca zamierza zlecić realizację części prac podwykonawcy, którym będzie podmiot trzeci udostępniający swój potencjał konieczny do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia. Ponieważ w ofercie został wskazany podmiot trzeci dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający słusznie zwrócił się do Wykonawcy o jednoznaczne potwierdzenie, czy podmiot ten będzie realizował zamówienia w zakresie w jakim

zostało to wskazane dla podwykonawcy. Ponieważ Wykonawca wskazał siebie jako podwykonawcę uzasadnione było przypuszczenie, iż Wykonawca wadliwie wypełnił formularz (nie może występować jako Wykonawca i Podwykonawca), a rzeczywistą intencją Wykonawcy było powołanie się na potencjał wskazane w ofercie podmiotu, który będzie realizował zamówienia w charakterze podwykonawcy. W ocenie Izby wyjaśnienia Wykonawcy nie prowadziły do negocjacji treści oferty, ale pozwalało na ustalenie spójnej treści zobowiązania bez jego zmiany.

Uzupełnienie oświadczenia o elementy dotyczące informacji, które nie wpływały na treść oferty, nie mogło prowadzić do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z siwz. Dotyczy to oświadczeń Wykonawcy z formularza oferty, w którym nie wypełnił pkt 16, w którym należało zaznaczyć jedną z dwóch możliwych odpowiedzi dotyczących powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego oraz wskazać zakres i wartość towaru/usług, które prowadzić będą do powstania tego zobowiązania oraz deklaracji co do posiadania statusu średniego/małego przedsiębiorcy (pkt 18). Izba uznała, iż te elementy treści oferty miały wyłącznie charakter informacyjny i pozostawały poza elementami podlegającymi woli Wykonawcy, kształtującymi zakres jego zobowiązania. Ocena zgodności oferty z siwz prowadzona jest w odniesieniu do tych elementów, które wpływają na zakres świadczenia wykonawcy i jego zgodność z wymaganiami zamawiającego. Nie każda niezgodność oznacza, iż oferta podlega eliminacji z postępowania. Przepisy ustawy pozwalają na korektę oferty nawet w zakresie wpływającym na ustalenie zgodności oferty z siwz w oparciu o przepisy art. 87 ustawy. W niniejszej sprawie taka korekta nie była konieczna i wystarczające było odebranie wyjaśnień, które odnosiły się do elementów, które nie mogły wpływać na zakres rzeczowy zobowiązania Wykonawcy.

Na gruncie zapisów siwz ofertę należało złożyć na formularzu stanowiącym załącznik nr 2 do siwz wraz z oryginałem pisemnego zobowiązania podmiotów do oddania w dyspozycję niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (pkt X.14.3 siwz). Załącznikiem do oferty były również wstępne oświadczenia wykonawcy przygotowane według wzoru w załącznikach nr 3 i 4 do siwz. Ponieważ Wykonawca w załączniku nr 3 powołał się na potencjał podmiotu trzeciego powinien był załączyć do oferty oryginał zobowiązania podmiotu trzeciego. Jego brak nie dyskwalifikował jednak oferty jako niezgodnej z siwz, gdyż Zamawiający zgodnie z pkt V.3 siwz uprawniony był wezwać do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia oceny oferty. Nie budzi również wątpliwości, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowi podstawę dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, która stanowi element weryfikacji przygotowania wykonawcy do realizacji zamówienia i podlega procedurze opisanej w art. 26 ust. 3 Ustawy. Stąd zarzut oparty na stwierdzeniu braku możliwości uzupełnienia tego dokumentu należało uznać za bezpodstawny. Ponownie Izba zauważa, iż w odwołaniu nie zostały podniesione żadne argumenty wskazujące na niedostateczną treść zobowiązania podmiotu trzeciego, co oznaczało, iż sam dokument nie budził zastrzeżeń i pozwalał ocenić przygotowanie zawodowe Wykonawcy.

Zarzut ewentualny dotyczący wadium, którego Wykonawca miał nie przedłużyć o czas, na jaki uległ wydłużeniu termin związania ofertą Izba oddaliła.

Nie budziło wątpliwości, iż termin związania ofertą został skutecznie wydłużony, jak również to, iż oferta pierwotnie była zabezpieczona wadium wniesionym w formie poręczenia zapłaty ważnym do 16.09.2020r. Wykonawca składając oświadczenie Zamawiającemu o wyrażeniu zgody na wydłużenie terminu związania ofertą przekazał to samo wadium, które zabezpieczało ofertę do 16.09.2020r., i dopiero na wezwanie Zamawiającego z dnia 15.09.2020r. do złożenia oryginału aktualnej gwarancji przedłożył w dniu 17.09.2020r. aneks nr 1 z dnia 15.09.2020r. do Poręczenia zapłaty wadium Nr 199/2020/FG z dnia 17.08.2020 r. udzielone przez Działdowską Agencję Rozwoju S.A. na podstawie art. 45 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, ważne do dnia 13 listopada 2020r. W niniejszej sprawie okolicznością istotną, a pominiętą przez Odwołującego jest, iż Wykonawca jeszcze w dniu 16.09.2020r. dokonał wpłaty na rachunek bankowy Zamawiającego wskazany w siwz kwoty wadium (15.000 zł). Tym samym oferta pozostawała zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą, w tym na okres wydłużony.

Argumentacja odnosząca się do rzekomego uprzywilejowania Wykonawcy poprzez skierowanie wezwania do uzupełnienia oryginału polisy w ocenie Izby nie prowadziła do wykazania zasadności zarzutu naruszenia art. 7 Ustawy. Odwołujący podnosił, iż nierówne traktowanie wykonawców miało wynikać z braku skierowania analogicznego wezwania do pozostałych wykonawców, którzy zostali wezwani do przedłużenia terminu związania ofertami. Oddalając w tym zakresie zarzut Izba miała na uwadze okoliczność bezsporną, jaką było skuteczne złożenie oświadczeń o przedłużeniu terminu wraz z wydłużeniem ważności wadium przez pozostałych wykonawców. Zamawiający w tej sytuacji nie miał powodów do kierowania wezwań, skoro pozostali wykonawcy w sposób skuteczny zabezpieczyli oferty wadium na wydłużony okres związania. W ocenie Izby wezwanie do uzupełnienia wadium miało wyłącznie na celu zwrócenie uwagi na błąd jaki popełnił Wykonawca przesyłając ponownie tą samą polisę, której ważność upływała w dniu 16.09.2020r., co zostało wprost ujęte w wezwaniu z dnia 15.09.2020r. Nie jest to działanie sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji. Przeciwnie pozwala uniknąć sytuacji, w której najkorzystniejsza oferta zostaje odrzucona z przyczyn, których można uniknąć bez narażania się na zarzut prowadzenia niedozwolonych negocjacji. Zamawiający w formalny sposób zwrócił uwagę na omyłkę Wykonawcy, co nie narusza zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 w. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu ustalone na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążała nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**