

WYROK

z dnia 15 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **MorisPolska Sp.**

z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Baletowa 4, 02867 Warszawa [pełnomocnik] [2] Berndorf Baderbau Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworzu, ul. Zdrojowa 78, 43384 Jaworze

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasta Wejherowa, Plac Jakuba Wejhera 8, 84200 Wejherowo**

przy udziale wykonawcy **S. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Ogólnobudowlanych S. R., ul. Fałata 10, 83400 Kościerzyna** głaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **MorisPolska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Baletowa 4, 02867 Warszawa [pełnomocnik] [2] Berndorf Baderbau Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworzu, ul. Zdrojowa 78, 43384 Jaworze** zalicza w 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 [1] **MorisPolska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Baletowa 4, 02867 Warszawa [pełnomocnik] [2] Berndorf Baderbau Sp. z o.o.**

z siedzibą w Jaworzu, ul. Zdrojowa 78, 43384 Jaworze tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasta Wejherowa, Plac Jakuba Wejhera 8, 84200 Wejherowo wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Budowa zespołu otwartych basenów kąpielowych – Centrum Integracji Społecznej „Wodne Ogrody” w Wejherowie z opcją«.

20.05.2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2020/S 098235544.

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

04.09.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Robót Ogólnobudowlanych S. R., u. Fałata 10, 83400 Kościerzyna.

14.09.2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] **MorisPolska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Baletowa 4, 02867 Warszawa [pełnomocnik] [2] Berndorf Baderbau Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworzu, ul. Zdrojowa 78, 43384 Jaworze** (dalej odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

I) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy S. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Ogólnobudowlanych S. R. [dalej wykonawca ZRO] z postępowania, mimo że podmiot ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa – względnie – w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa – wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1.2.2 SIWZ (w zakresie doświadczenia wykonawcy);

II) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że podmiot ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1.2.2 SIWZ (w zakresie doświadczenia wykonawcy);

III) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że podmiot ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, względnie – w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa – wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1.2.2 lit. a SIWZ (w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę ZRO do realizacji zamówienia);

IV) art. 26 ust. 2f w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp – przez wezwanie wykonawcy ZRO do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na etapie postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej, pomimo, że wykaz osób zawierał nieprawdziwe informacje, a nie tylko „nieaktualne” informacje, a ponadto – doprowadziło to do ograniczenia odwołującemu możliwości złożenia odwołania wobec czynności oceny przez zamawiającego złożonego dokumentu;

V) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że podmiot ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1.2.1 SIWZ (w zakresie posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej);

VI) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że z zobowiązania podmiotu trzeciego Grand A. G. (dalej podmiot Grand)

udostępniającego wykonawcy zdolność w postaci wiedzy i doświadczenia wynika, że podmiot ten nie zrealizuje wszystkich robót budowlanych do realizacji, których jego zdolność jest wymagana, co powoduje, że wykonawca ZRO nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

VII) art. 24 ust. 4 Pzp – przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy ZRO za odrzuconą, mimo że wykonawca ZRO podlega wykluczeniu z postępowania;

VIII) art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126, z 2018 r. poz. 1993 i z 2019 r. poz. 2447) w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. poz. 1320, z 2018 r. poz. 1991 oraz z 2019 r. poz. 2517) – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZRO, mimo że wykonawcy ZRO przedstawił zaświadczenia właściwych terenowych jednostek organizacyjnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (we własnym zakresie, jak również w zakresie podmiotu trzeciego Grand) w formie niedopuszczalnej w świetle przepisów wykonawczych wydanych na podstawie przepisów ustawy Pzp, względnie – przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podlegających uzupełnieniu;

IX) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo że jest ona ofertą najkorzystniejszą w kryteriach oceny ofert określonych w SIWZ oraz nie podlega odrzuceniu;

X) ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ZRO jako oferty najkorzystniejszej;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3) wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą;

4) odrzucenia oferty wykonawcy ZRO, ewentualnie wezwania wykonawcy ZRO do uzupełnienia zaświadczeń właściwych terenowych jednostek organizacyjnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych we właściwej formie;

5) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Zarys wstępny sprawy

1. Zamawiający w rozdz. III pkt 3 SIWZ wskazał, że zgodnie z art. 24aa Pzp najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W ramach przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest do:

– wykonania robót budowlanych polegających na budowie zespołu otwartych basenów kąpielowych – Centrum Integracji Społecznej „Wodne Ogrody” w Wejherowie (zamówienie podstawowe);

– wykonania robót budowlanych polegających na budowie budynku SPA wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu (opcja).

2. W rozdz. VIII pkt 1.2.2 oraz pkt 1.2.1. SIWZ zamawiający pierwotnie określił m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu (wyłuszczone treści istotne z punktu widzenia odwołania):

W zakresie doświadczenia wykonawcy:

»Zamawiający określa niżej wymieniony warunek w zakresie doświadczenia Wykonawcy:

Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał:

– dwa (2) zamówienia (potwierdzone dowodem, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego prawidłowo ukończone) polegające na budowie lub przebudowie odkrytego kąpieliska z minimum jednym obiegiem technologii uzdatniania wody basenowej o wydajności filtra lub filtrów min. 500 m³/h wraz z niecką lub nieckami basenowymi wykonanymi ze stali nierdzewnej w konstrukcji spawanej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 800 m² o wartości robót co najmniej 15.000.000,00 PLN brutto w każdym zamówieniu, oraz

– dwa (2) zamówienia (potwierdzone dowodem, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone) polegające na budowie lub przebudowie wodnego placu zabaw z nawierzchnią o powierzchni nie mniejszej niż 50 m² z zabawkami wodnymi wykonanymi ze stali nierdzewnej wraz z technologią uzdatniania wody w każdym zamówieniu».

W zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia:

»Zamawiający określa niżej wymieniony warunek w zakresie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia: zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia następujące osoby, legitymujące się odpowiednimi uprawnieniami i doświadczeniem, niezbędnymi do wykonania zamówienia:

– co najmniej jedną osobę, która będzie pełnić funkcję Kierownika Budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia od chwili uzyskania uprawnień w pełnieniu funkcji na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w branży konstrukcyjno-budowlanej, w tym przy realizacji co najmniej jednego (1) zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie odkrytego kąpieliska wraz z niecką lub nieckami basenowymi wykonanymi ze stali nierdzewnej w konstrukcji spawanej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 800 m² o wartości robót co najmniej 15.000.000,00 zł brutto;

– co najmniej jedną osobę, która będzie pełnić funkcję Kierownika Robót branży sanitarnej, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń oraz posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia od chwili uzyskania uprawnień w pełnieniu funkcji na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w branży sanitarnej, w tym przy realizacji co najmniej jednego (1) zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie kąpieliska z minimum jednym obiegiem technologii uzdatniania wody basenowej o wydajności filtra lub filtrów min. 500 m³/h».

W zakresie zdolności ekonomicznej:

Zamawiający uzna, że Wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej lub finansowej zapewniającej należyte wykonanie zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 20.000.000,00 zł (słownie: dwadzieścia milionów złotych 00/100) oraz posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę

gwarancyjną nie niższą niż 20.000.000,00 zł.

3. Opis powyższych warunków – w zakresie warunków udziału dotyczących doświadczenia wykonawcy oraz dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia – udziału uległ zmianie w ramach odpowiedzi na pytanie nr 2 w ramach wyjaśnień treści SIWZ z 10.06.2020 r.:

W zakresie doświadczenia wykonawcy:

»Zamawiający określa niżej wymieniony warunek w zakresie doświadczenia Wykonawcy:

Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał:

–jedno (1) zamówienie (potwierdzone dowodem, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone) polegające na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej obejmującego w swoim zakresie budowę lub przebudowę odkrytego lub krytego basenu z minimum jednym obiegiem technologii uzdatniania wody basenowej o wydajności filtra lub filtrów minimum 300 m³/h wraz z niecką lub nieckami basenowymi wykonanymi ze stali nierdzewnej w konstrukcji spawanej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 800 m² o wartości robót co najmniej 20.000.000,00 zł brutto w każdym zamówieniu, oraz

–jedno (1) zamówienie (potwierdzone dowodem, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone) polegające na budowie lub przebudowie wodnego placu zabaw z nawierzchnią o powierzchni nie mniejszej niż 50 m² z zabawkami wodnymi wykonanymi ze stali nierdzewnej wraz z technologią uzdatniania wody w każdym zamówieniu.

W zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia:

Zamawiający określa niżej wymieniony warunek w zakresie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia: zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia następujące osoby, legitymujące się odpowiednimi uprawnieniami i doświadczeniem, niezbędnymi do wykonania zamówienia:

–co najmniej jedną osobę, która będzie pełnić funkcję Kierownika Budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia od chwili uzyskania uprawnień w pełnieniu funkcji na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w branży konstrukcyjno-budowlanej, w tym przy realizacji co najmniej jednego (1) zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej obejmującego w swoim zakresie budowę lub przebudowę odkrytego lub krytego basenu wraz z niecką lub nieckami basenowymi wykonanymi ze stali nierdzewnej w konstrukcji spawanej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 800 m² o wartości robót co najmniej 20.000.000 zł brutto;

–co najmniej jedną osobę, która będzie pełnić funkcję Kierownika Robót branży sanitarnej, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń oraz posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia od chwili uzyskania uprawnień w pełnieniu funkcji na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót w branży sanitarnej, w tym przy realizacji co najmniej jednego (1) zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie obiektu użyteczności publicznej zawierającego w swoim zakresie budowę lub przebudowę odkrytego lub krytego basenu z minimum jednym obiegiem technologii uzdatniania wody basenowej o wydajności filtra lub filtrów minimum 300 m³/h.

4. Zgodnie z rozdz. X ust. 2 pkt 1 SIWZ wykonawcy – w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału, o których mowa rozdz. VIII pkt 1.2.2 oraz pkt 1.2.1. SIWZ w zakresie doświadczenia wykonawcy, osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia oraz zdolności ekonomicznej – zobowiązani byli przedstawić odpowiednio:

–wykaz robót budowlanych (zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ) wraz z referencjami oraz

–wykaz osób (zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ);

–informację 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.

W ramach wykazu osób wykonawcy zobowiązani byli podać informację o podstawie dysponowania odpowiednimi osobami, a w szczególności kierownikiem budowy o odpowiednich kwalifikacjach.

5. 3.08.2020 r. w postępowaniu oferty złożyli m.in. odwołujący oraz wykonawca ZRO. Jednocześnie zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 37 000 000 zł brutto.

6. 21.08.2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę ZRO do przedstawienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

W odpowiedzi wykonawca ZRO 27.08.2020 r. przedstawił zamawiającemu m.in. wykaz robót:

W zakresie robót dotyczących budowy lub przebudowy wodnego placu zabaw z nawierzchnią o powierzchni nie mniejszej niż 50 m² z zabawkami wodnymi wykonanymi ze stali nierdzewnej wraz z technologią uzdatniania wody – wykonawca ZRO powołał się na prace wykonane przez podmiot trzeci Grand A. G. na rzecz Gminy Jawor polegające na przebudowie obiektu użyteczności publicznej – basenu letniego w Jaworze w ramach zdanja pn. „Basen Miejski”.

Wykonawca ZRO wskazał, że w ramach tego zadania zrealizowano wodny plac zabaw z nawierzchnią 50m² z zabawkami wodnymi wykonanymi ze stali nierdzewnej wraz z technologią uzdatniania wody w Gminie Jawor.

Ponadto wykonawca ZRO 27.08.2020 r. przedstawił zamawiającemu m.in wykaz osób i jako Kierownika Budowy wykonawca ZRO wpisał do wykazu osób pana I. O. (dalej IO). Jednocześnie wykonawca ZRO wskazał w wykazie osób że podstawą dysponowania panem IO jest umowa cywilnoprawna (dysponowanie bezpośrednio).

Wykonawca ZRO przedstawił 27.08.2020 r. opinię bankową z 24.07.2020 r. oraz zaświadczenie z banku o posiadanych środkach finansowych z 26.08.2020 r.:

Z opinii bankowej wynikało, że wykonawca ZRO posiadał zdolność kredytową na poziomie 17 000 000 zł, ale nie wskazano konkretnie dnia stwierdzenia tej zdolności, wskazano jedynie, że działano w oparciu o wyniki finansowe do 31.03.2020 r.

Ponadto wskazano, że w ramach tej zdolności zawarte jest funkcjonujące zadłużenie wykonawcy ZRO wobec wszystkich instytucji finansowych wg stanu na 31.03.2020 r.:

»W ww. kwocie zdolności kredytowej zawarte jest funkcjonujące zadłużenie Klienta wobec wszystkich instytucji finansowych (banków, towarzystw ubezpieczeniowych, Instytucji leasingowych itp.) wg stanu na 31 marca 2020 r. zgodnie z informacją przekazaną w tym zakresie Bankowi Posiadacza, a także udzielone dotychczas przez Bank finansowanie«.

Ponadto – po wezwaniu do wyjaśnień – 2.09.2020 r. wykonawca ZRO ponownie złożył informację banku i

przedstawił dodatkowo zaświadczenie o wysokości salda na 3.09.2020 r. – która miała „uzupełniać” brakujące środki zdolności kredytowej.

7. Tymczasem – informacje podane przez wykonawcę ZRO w wykazie robót oraz wykazie osób nie są prawdziwe oraz wykonawca ZRO w istocie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie informacji podanych przez wykonawcę ZRO w wykazie robót odwołujący powziął wątpliwości czy w ramach prac wykonanych na rzecz Gminy Jawor polegających na przebudowie obiektu użyteczności publicznej – basenu letniego w Jaworze w ramach zdania pn. „Basen Miejski” podmiot trzeci Grand faktycznie zrealizował wodny plac zabaw o nawierzchni 50 m².

W związku z tym odwołujący zlecił wykonanie pomiarów kontrolnych basenów rekreacyjnych w Jaworze, w tym wodnego placu zabaw, przez geodetę B. S. (dalej geodeta BS).

Z pomiaru wykonanego przez geodetę BS 7.09.2020 r. oraz przestawionego w formie Sprawozdania technicznego z 8.07.2020 r. (w załączeniu) wynika, że powierzchnia wodnego placu zabaw ograniczonego odwodnieniem liniowym wynosi zaledwie 40,47 m² (ewentualnie 47,51 m², jeśli brać pod uwagę powierzchnię wodnego placu zabaw z odwodnieniem liniowym) – natomiast w żaden sposób nie ma wymaganej powierzchni 50 m².

Pomiar wodnego placu zabaw ograniczonego odwodnieniem liniowym w naturze wykonany przez geodetę BS wykazał, że w ramach zadania wykonano plac o takiej powierzchni faktycznej 40,470 m².

Z kolei pomiar w naturze wodnego placu zabaw z odwodnieniem liniowym wykonany przez geodetę BS wykazał, że w ramach zadania wykonano plac o takiej powierzchni faktycznej 47,51 m².

W zakresie informacji podanych przez wykonawcę ZRO w wykazie osób okazało się, że wykonawca ZRO – nie dysponuje osobą – Kierownikiem budowy. 8.08.2020 r. pan IO poinformował zamawiającego, że jako osoba wskazana przez wykonawcę ZRO do pełnienia funkcji Kierownika Budowy wycofał się z udzielenia wykonawcy ZRO doświadczenia jako Kierownik budowy i w związku z tym nie będzie pełnił wskazanej funkcji w trakcie realizacji inwestycji.

Ponadto pan IO wyjaśnił zamawiającemu, że do 8.09.2020 r. nie podpisał z wykonawcą ZRO umowy cywilnoprawnej, na której podstawie zobowiązałby się do pełnienia przedmiotowej funkcji i wyklucza możliwość podpisania takiej umowy w przyszłości.

W związku z tym zamawiający 9.09.2020 r. tj. już po wyborze oferty wykonawcy ZRO jako oferty najkorzystniejszej – wezwał wykonawcę ZRO do złożenia aktualnego wykazu osób.

8. Z treści oferty wykonawcy ZRO wynika, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie on polegał na potencjale podmiotu trzeciego Grand A. G. w postaci wiedzy i doświadczenia.

W związku z tym wykonawca ZRO przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego Grand. Z zobowiązania tego wynikało, że podmiot trzeci będzie brał czynny udział w realizacji zamówienia przez „dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologii basenowej”:

»2) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

– czynny udział w realizacji zamówienia

3) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

– dostawa i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologii basenowej».

Wobec takiego określenia zakresu udziału podmiotu trzeciego Grand w realizacji zamówienia – zamawiający wezwał wykonawcę ZRO do złożenia wyjaśnień w zakresie treści zobowiązania podmiotu trzeciego.

Zamawiający wezwał wykonawcę ZRO do złożenia wyjaśnień, przy czym – w ramach wyjaśnień zostało złożone nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego Grand. Zobowiązanie to zostało złożone ponownie – w ramach odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia. Oznacza to, że zamawiający – nie może ponownie wezwać wykonawcy ZRO do uzupełnienia przedmiotowego wezwania.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego Grand – wystawione zostało z datą po terminie składania ofert, ale nie ma w jego treści wskazania, aby było ono aktualne na dzień składania ofert tzn. aby jego zakres był aktualny na dzień składania ofert.

Ponadto – z treści poprawionego zobowiązania podmiotu trzeciego Grand wynika, że – wbrew dyspozycji art. 22a ust. 4 Pzp – nie zrealizuje on wszystkich robót budowlanych do realizacji, których jego zdolność jest wymagana.

9. Niezależnie od tego z udostępnionej przez zamawiającego odwołującemu dokumentacji postępowania w zakresie wykonawcy ZRO wynika, że wykonawca ZRO nie złożył zaświadczeń właściwych terenowych jednostek organizacyjnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w formie przewidzianej w § 14 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów (we własnym zakresie oraz w zakresie podmiotu trzeciego Grand).

Złożony przez wykonawcę dokument – zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku, Inspektorat w Kościerzynie – mimo, że zostało wystawione w oryginale jako dokument elektroniczny – zostało złożone przez wykonawcę ZRO w toku postępowania jako skan potwierdzany za zgodność z oryginałem tj. w formie elektronicznej kopii dokumentu.

Okoliczność, że przedmiotowy dokument został oryginalnie wydany w formie dokumentu elektronicznego wynika z jego treści, gdzie wskazano, że został on podpisany elektronicznie przez osobę upoważnioną do jego wystawienia:

»Pracownik ZUS upoważniony do wydania zaświadczenia: J. [...] Dokument został podpisany, aby go zweryfikować należy użyć oprogramowania do weryfikacji podpisu Data Złożenia podpisu 202006-23 [...] Podpis elektroniczny».

W konsekwencji dokument ten nie mógł zostać przedstawiony przez wykonawcę ZRO w formie skanu ani elektronicznej kopii dokumentu poświadczającej za zgodność z oryginałem.

Wynika to z przepisu § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27.06.2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. poz. 1320, z 2018 r. poz. 1991 oraz z 2019 r. poz. 2517), gdzie określono, że wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia, tylko jeśli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego.

Tymczasem dokument został złożony jako skan podpisany przez wykonawcę ZRO.

Zamawiający w toku postępowania nie wezwał wykonawcy ZRO do uzupełnienia powyższego dokumentu.

Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku zaświadczenia dotyczącego podmiotu trzeciego Grand. Dokument ten został potwierdzony za zgodność przez ten podmiot, a nie złożony w oryginale:

»Zaświadczenie wydaje się na wniosek płatnika składek [...]. Potwierdzam zgodność z oryginałem. Elektronicznie podpisany przez A[...]».

10. 4.09.2020 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania. Oferta wykonawcy ZRO została wybrana jako oferta najkorzystniejsza (100 pkt), zaś oferta odwołującego sklasyfikowana została na 2 miejscu w kryteriach oceny ofert (99,19 pkt).

Uzasadnienie zarzutów

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że podmiot ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa – względnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa – wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1.2.2. SIWZ (w zakresie doświadczenia wykonawcy)

Wykonawca ZRO w ramach wykazu robót – w celu wykazania, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadanego doświadczenia (rozdz. VIII pkt 1.2.2 SIWZ) – powołał się na prace wykonane na rzecz Gminy Jawor polegające na przebudowie obiektu użyteczności publicznej – basenu letniego w Jaworze w ramach zdania pn. „Basen Miejski”, gdzie miał zostać wykonany wodny plac zabaw o nawierzchni 50 m².

Z dokumentu Protokołu końcowego odbioru robót z 31.07.2020 r. wynika, że prace te wykonał podmiot trzeci Grand udostępniający wykonawcy ZRO zasoby.

Tymczasem jak wynika z informacji dostępnych odwołującemu – uzyskanych w wyniku zlecenia geodecie BS pomiarów wykonanego wodnego placu zabaw (opracowanie w załączeniu):

– projekt zadania realizowanego na rzecz Gminy Jawor zakładał wykonanie wodnego placu zabaw ograniczonego odwodnieniem liniowym o powierzchni 41,718 m², natomiast pomiar w naturze wykonany przez geodetę BS wykazał, że w ramach zadania wykonano faktycznie 40,470 m². Tym samym w rzeczywistości wykonano o 1,248 m² mniej niż zakładał projekt,

– projekt zakładał wykonanie wodnego placu zabaw z odwodnieniem liniowym o powierzchni 47,881 m², natomiast pomiar w naturze wykonany przez geodetę BS wykazał, że w ramach zadania wykonano faktycznie 47,51 m².

Tym samym w rzeczywistości wykonano o 0,371 m² mniej niż zakładał projekt.

Mając na to uwadze – niezależnie czy brać pod uwagę rozmiar wodnego placu zabaw ograniczonego odwodnieniem liniowym czy rozmiar wodnego placu zabaw z odwodnieniem liniowym – w rzeczywistości w ramach prac realizowanych na rzecz Gminy Jawor nie wykonano zadania odpowiadającego treści warunku udziału w postępowaniu (tj. polegającego na budowie lub przebudowie wodnego placu zabaw z nawierzchnią o powierzchni nie mniejszej niż 50 m² z zabawkami wodnymi wykonanymi ze stali nierdzewnej wraz z technologią uzdatniania wody). W rzeczywistości w ramach zadania realizowanego na rzecz Gminy Jawor wykonano wodny plac zabaw o powierzchni nie większej niż 47,51 m² (jeśli brać pod uwagę rozmiar wodnego placu zabaw z odwodnieniem liniowym).

Informacja ta jest obiektywnie nieprawdziwa – powierzchnia wodnego placu zabaw – nie przekracza 50 m².

Informacja ta – wprowadziła w błąd zamawiającego, co do przekonania, że powierzchnia przekracza tę wielkość.

Informacja ta – miała wpływ na decyzję zamawiającego o potwierdzeniu warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że wykonawca ZRO przedstawił powyższą informację w celu potwierdzenia, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, a zatem musiał mieć świadomość, że jest to informacją, która będzie miała wpływ na proces decyzyjny zamawiającego w postępowaniu (tj. przy weryfikacji czy wykonawca ZRO spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza).

W konsekwencji wykonawca ZRO powinien wykazać się przy przedstawieniu przedmiotowej informacji szczególną starannością oraz dokonać co najmniej weryfikacji czy w ramach zadania realizowanego na rzecz Gminy Jawor podmiot trzeci Grand faktycznie wykonał wodny plac zabaw o powierzchni co najmniej 50 m². Względnie – wykonawca ZRO świadomie przedstawił zamawiającemu nieprawdziwą informację, że podmiot trzeci Grand faktycznie wykonał wodny plac zabaw o powierzchni co najmniej 50 m².

Zamawiający powinien był więc wykluczyć wykonawcę ZRO z postępowania w związku z przedstawieniem przez ten podmiot w wykazie robót nieprawdziwej informacji. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO w takich okolicznościach, tj. mimo że podmiot ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa – względnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa – przedstawił nieprawdziwą informację stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że podmiot ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1.2.2. SIWZ (w zakresie doświadczenia wykonawcy)

Wykonawca ZRO nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (rozdz. VIII pkt 1.2.2 SIWZ), bowiem w ramach powołanych przez niego w wykazie robót prac wykonanych na rzecz Gminy Jawor nie wykonano wodnego placu zabaw o nawierzchni co najmniej 50 m².

W istocie podmiot trzeci Grand wykonał w ramach tego zadania wodny plac zabaw o powierzchni 40,470 m² (jeśli brać pod uwagę powierzchnię wodnego placu zabaw ograniczoną odwodnieniem liniowym), ewentualnie 47,51 m² (jeśli brać pod uwagę powierzchnię wodnego placu zabaw z odwodnieniem liniowym). Znajduje to potwierdzenie w pomiarach wykonanych w naturze przez geodetę BS na zlecenie odwołującego (opracowanie w załączeniu).

Zamawiający powinien był więc wykluczyć wykonawcę ZRO z postępowania w związku z niespełnieniem przez ten podmiot warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Wykonawca ZRO nie wykazał się doświadczeniem w realizacji zadania obejmującego wykonanie wodnego placu zabaw o powierzchni co najmniej 50 m². Zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Ewentualnie – gdyby przyjąć, że wykonawca ZRO nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w wykazie robót – zamawiający powinien był wezwać wykonawcę ZRO do uzupełnienia wykazu robót o inne zadanie. Zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp.

III. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że podmiot ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa – względnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa – wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1.2.2. lit. a SIWZ (w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia)

Wykonawca ZRO w wykazie osób – w celu potwierdzenia, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (rozdz. VIII pkt 1.2.2 lit. a SIWZ) – wskazał, że dysponuje Kierownikiem Budowy panem IO oraz że podstawą dysponowania jest umową cywilnoprawną.

Zamawiający uzyskał w tym zakresie jednoznaczną wiedzę, że umowa cywilnoprawna – nie była podstawą dysponowania Kierownikiem Budowy – 8.08.2020 r. pan IO poinformował zamawiającego, że jako osoba wskazana

przez wykonawcę ZRO do pełnienia funkcji Kierownika Budowy wycofał się z udzielenia wykonawcy ZRO doświadczenia jako Kierownik Budowy i w związku z tym nie będzie pełnił wskazanej funkcji w trakcie realizacji inwestycji. Ponadto pan IO wyjaśnił zamawiającemu, że do 8.09.2020 r. nie podpisał z wykonawcą ZRO umowy cywilnoprawnej, na której podstawie zobowiązałby się do pełnienia przedmiotowej funkcji i wyklucza możliwość podpisania takiej umowy w przyszłości.

W związku z tym zamawiający 9.09.2020 r. tj. już po wyborze oferty wykonawcy ZRO jako oferty najkorzystniejszej – wezwał wykonawcę ZRO do złożenia aktualnego wykazu osób.

Odwolujący podniósł, że wykonawca ZRO przedstawił informację, że będzie dysponował panem IO na podstawie umowy cywilnoprawnej w celu potwierdzenia, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, a zatem musiał mieć świadomość, że jest to informacja, która będzie miała wpływ na proces decyzyjny zamawiającego w postępowaniu (tj. przy weryfikacji czy wykonawca ZRO spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza).

Charakter przedmiotowej informacji jest taki, że informacja ta dotyczyła bezpośrednio wykonawcy ZRO (a nie np. podmiotu trzeciego, który udostępnił wykonawcy ZRO swoje zasoby – jak ma to miejsce w przypadku nieprawdziwej informacji podanej przez wykonawcę ZRO w wykazie robót). Zatem wykonawca ZRO nie musiał w tej mierze prowadzić weryfikacji, lecz był w pełni świadomy tego czy zawarł z Kierownikiem Budowy panem IO umowę cywilnoprawną oraz czy będzie nim dysponował.

Zatem podanie przez wykonawcę ZRO zamawiającemu w wykazie osób, że będzie dysponował Kierownikiem Budowy panem IO na podstawie umowy cywilnoprawnej – w sytuacji, gdy pan IO oświadczył, że nie zawarł z wykonawcą ZRO umowy cywilnoprawnej oraz że nie będzie pozostawał w jego dyspozycji – stanowiło podanie nieprawdziwej informacji w warunkach co najmniej zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Informacja ta jest obiektywnie nieprawdziwa – wykonawca nie dysponował na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Informacja ta – wprowadziła w błąd zamawiającego, co do przekonania o dysponowaniu tą osobą.

Informacja ta – miała wpływ na decyzję zamawiającego o potwierdzeniu warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający powinien był więc wykluczyć wykonawcę ZRO z postępowania w związku z przedstawieniem przez ten podmiot w wykazie osób nieprawdziwej informacji. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO w takich okolicznościach tj. mimo że podmiot ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa – względnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa – przedstawił nieprawdziwą informację stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

IV.Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2f w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp – przez wezwanie wykonawcy ZRO do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na etapie postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej, pomimo, że wykaz osób zawierał nieprawdziwe informacje a nie tylko „nieaktualne”, a ponadto – doprowadziło to do ograniczenia odwołującemu możliwości złożenia odwołania wobec czynności oceny przez zamawiającego złożonego dokumentu

Zamawiający 9.09.2020 r., tj. już po wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu wezwał wykonawcę ZRO w trybie art. 26 ust. 2f Pzp do złożenia aktualnego wykazu osób. Wezwanie miało związek z oświadczeniem pana IO z 8.08.2020 r., w którym potwierdził on, że wykonawca ZRO w wykazie osób podał nieprawdziwą informację, że dysponuje panem IO oraz że podstawą tego dysponowania jest umowa cywilnoprawna.

Przede wszystkim – wskazać należy, że na obecnym etapie postępowania – kiedy zamawiający miał już świadomość, że wykonawca ZRO przedstawił nieprawdziwą informację w wykazie osób – wezwanie wykonawcy ZRO do złożenia aktualnego wykazu osób – nie było niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający – przy takim stanie wiedzy – powinien był wykluczyć wykonawcę ZRO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Tym samym wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f Pzp było niezasadne – wobec niespełnienia określonych w tym przepisie przesłanek.

Dodatkowo – wskazać należy, że wezwanie wykonawcy ZRO do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na etapie postępowania – po wyborze oferty najkorzystniejszej – doprowadziło do ograniczenia odwołującemu możliwości złożenia odwołania wobec czynności oceny przez zamawiającego złożonego dokumentu.

Ponadto – wyznaczenie daty 11.09.2020 r. na złożenie dokumentów – w praktyce oznacza, że odwołujący – będzie miał zbyt krótki czas na postawienie zarzutu odnośnie dokumentów, które zostaną złożone – i to przy założeniu, że odwołujący otrzyma dokumentację 14.09.2020 r.

V.Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że podmiot ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1.2.1 SIWZ (w zakresie posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej

1. Wykonawca ZRO przedstawił zamawiającemu 27.08.2020 r. informację z banku dotyczącą zdolności kredytowej datowaną na 24.07.2020 r. oraz zaświadczenie z banku o posiadanych środkach finansowych datowane na 26.08.2020 r.

Informacja z banku w zakresie zdolności kredytowej co prawda datowana była na 24.07.2020 r., lecz z jej treści wynikało, że faktycznie potwierdzała zdolność kredytową wykonawcy ZRO na 31.03.2020 r. Wynika to następującego fragmentu:

»Według oceny Banku przeprowadzonej w oparciu o udostępnione Bankowi przez ww. Posiadacza wyniki finansowe do 31.03.2020 r. [wykonawca ZRO ...] posiada zdolność kredytową [...].

W ww. kwocie zdolności kredytowej zawarte jest funkcjonujące zadłużenie Klienta wobec wszystkich instytucji finansowych [...] wg stanu na 31 marca 2020 r. zgodnie z informacją przekazaną w tym zakresie Bankowi [...]».

Tymczasem wedle § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów informacja banku powinna potwierdzać zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Zwrócić tutaj uwagę należy, że w przypadku informacji z banku ustawodawca wymaga, aby potwierdzała ona zdolność kredytową w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, a nie aby była wystawiona w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert (jak to miejsce chociażby w przypadku dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania, tj. informacji z KRK czy zaświadczenia z ZUS).

Termin składania ofert w rozpoznawanym postępowaniu przypadał na 3.08.2020 r. Oznacza to, że w świetle § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów złożona przez wykonawcę ZRO informacja banku powinna potwierdzać jego zdolność kredytową nie wcześniej niż na 3.07.2020 r.

Tymczasem – jak wynika z przedstawionej przez wykonawcę ZRO informacji z banku z 24.07.2020 r. – dokument ten potwierdza zdolność kredytową tego podmiotu wedle informacji dostępnych bankowi do 31.03.2020 r., a zatem

właśnie na 31.03.2020 r. Jednocześnie z dokumentu nie wynika informacja jaka była zdolność kredytowa wykonawcy ZRO na 24.07.2020 r. (data dokumentu) czy na 3.07.2020 r. (granica aktualność dokumentu w świetle § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów).

2. Zamawiający 2.09.2020 r. wezwał wykonawcę ZRO w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie treści informacji z banku datowanej na 24.07.2020 r. oraz zaświadczenia z banku o posiadanych środkach finansowych datowanego na 26.08.2020 r. Wezwanie z 2.09.2020 r. nie obejmowało żądania złożenia dokumentów.

- 3.09.2020 r. wykonawca ZRO przedstawił wyjaśnienia oraz dokonał samouzupełnienia:
- informacji z banku przez ponowne złożenie tej samej informacji z banku datowanej na 24.07.2020 r.;
 - zaświadczenia z banku o posiadanych środkach finansowych datowanego na 3.09.2020 r.

Odwołujący podniósł, że na skutek samouzupełnienia ww. dokumentów przez wykonawcę ZRO – z uwagi na zasadę jednokrotności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp – doszło do wyczerpania możliwości wezwania wykonawcy ZRO przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez ten podmiot warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej.

Wobec powyższego przyjąć należy, że wykonawca ZRO nie potwierdził, że spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu, jako że przedstawiony przez niego 2-krotnie dokument potwierdza zdolność kredytową tego podmiotu wedle informacji dostępnych bankowi do 31.03.2020 r., a zatem właśnie na 31.03.2020 r., a nie na 24.07.2020 r. czy 3.07.2020 r. (granica aktualność dokumentu w świetle § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów).

Zamawiający powinien był więc wykluczyć wykonawcę ZRO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z niepotwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz w związku z wyczerpaniem możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

3. Dokumenty przedstawione przez wykonawcę ZRO w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. dokumenty złożone pierwotnie 27.08.2020 r.:

- informacja z banku dotycząca zdolności kredytowej datowana na 24.7.2020 r.;
- zaświadczenie z banku o posiadanych środkach finansowych datowane na 26.08.2020 r.;

czy dokumenty złożone w ramach samouzupełnienia 3.09.2020 r.:

- informacja z banku datowana na 24.07.2020 r.;
- zaświadczenie z banku o posiadanych środkach finansowych datowane na 3.09.2020 r.

nie mogą skutecznie potwierdzić spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jako że dokumenty te nie potwierdzają okoliczności istotnych dla spełnienia warunku udziału na ten sam dzień.

Ma to o tyle znaczenie, że wykonawca ZRO usiłuje wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 20 000 000 zł – w taki sposób, że łączy wartość dostępnej wykonawcy ZRO zdolności kredytowej z wartością dostępnych mu środków finansowych na rachunku bankowym.

Wobec tego wykonawca ZRO powinien przedstawić dokumenty, z których wynikałoby, że w na dany dzień – ale ten sam dzień zarówno w przypadku zdolności kredytowej, jak i wysokości posiadanych środków finansowych – posiada on zdolność kredytową oraz środki finansowe na takim poziomie, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie niższej niż 20 000 000 zł.

Tymczasem wykonawca ZRO przedstawił zamawiającemu dokumenty, z których wynika, że:

1) dokumenty złożone pierwotnie 27.08.2020 r.;

– na 31.03.2020 r. posiadał zdolność kredytową na poziomie 17 000 000 zł (informacja z banku datowana na 24.07.2020 r.);

– na 25.08.2020 r. posiada na rachunku środki finansowe w wysokości 3 581 737,57 zł;

2) dokumenty złożone w ramach samouzupełnienia 3.09.2020 r.:

– na 31.03.2020 r. posiadał zdolność kredytową na poziomie 17 000 000 zł (informacja z banku datowana na 24.07.2020 r.);

– na 3.09.2020 r. posiada na rachunkach środki finansowe w wysokości 5 893 133,23 zł, 155 778,96 euro oraz 177 254,23 zł (zaświadczenie z banku o posiadanych środkach finansowych datowane na 3.09.2020 r.

Tym samym – z uwagi na przyjęty przez wykonawcę ZRO model spełnienia warunku udziału przez zsumowanie wartości dostępnej mu zdolności kredytowej z wartością dostępnych mu środków finansowych na rachunku bankowym – zamawiający nie mógł dokonać skutecznie weryfikacji czy wykonawca ZRO spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Z uwagi na rozbieżność dat w złożonych dokumentach – obiektywnie nie było możliwe zweryfikowanie czy wykonawca ZRO w terminie składania ofert, tj. na 3.08.2020 r. posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 20 000 000 zł.

Nawet jeśli przyjąć, że informacja z banku datowana na 24.07.2020 r. potwierdzała zdolność kredytową wykonawcy ZRO na 24.07.2020 r. (z czym odwołujący się nie zgadza oraz co stoi w sprzeczności z treścią tego dokumentu, gdzie 2-krotnie mowa jest potwierdzeniu zdolności na 31.03.2020 r.), to weryfikacja spełnienia warunku udziału przez wykonawcę ZRO była niemożliwa. Wynika to z faktu, że wartość dostępnych wykonawcy ZRO środków finansowych znana jest tylko na 25.08.2020 r. oraz na 3.09.2020 r. Wartość ta nie jest natomiast znana na 24.07.2020 r. Tym samym zamawiający nie mógł zsumować wartości zdolności kredytowej znanej na 24.07.2020 r. (a faktycznie na 31.03.2020 r.) z wartością dostępnych środków finansowych znaną na 25.08.2020 r. oraz 3.09.2020 r.

Zamawiający powinien był więc wykluczyć wykonawcę ZRO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z niepotwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz w związku z wyczerpaniem możliwości wezwania wykonawcy ZRO do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

VI. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że z zobowiązania podmiotu trzeciego Grand udostępniającego wykonawcy ZRO zdolność w postaci wiedzy i doświadczenia wynika, że podmiot ten nie zrealizuje wszystkich robót budowlanych do realizacji, których jego zdolność jest wymagana, co powoduje, że wykonawca ZRO nie spełnia warunków udziału w postępowaniu

Wykonawca ZRO oświadczył w ofercie, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie polegał na potencjale podmiotu trzeciego Grand w postaci wiedzy i doświadczenia.

W związku z tym wykonawca ZRO przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego Grand. Z zobowiązania tego wynikało, że podmiot trzeci będzie brał czynny udział w realizacji zamówienia przez »dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologii basenowej:

2.sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

–czynny udział w realizacji zamówienia

3.zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

–dostawa i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologii basenowej».

Wobec takiego określenia zakresu udziału podmiotu trzeciego Grand w realizacji zamówienia – zamawiający wezwał wykonawcę ZRO do złożenia wyjaśnień w zakresie treści zobowiązania podmiotu trzeciego.

Zamawiający wezwał wykonawcę ZRO do złożenia wyjaśnień, przy czym – w ramach wyjaśnień zostało złożone nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego Grand. Ponadto – zostało ono złożone na wezwanie do uzupełnienia.

Oznacza to, że zamawiający – nie może ponownie wezwać wykonawcy ZRO do uzupełnienia przedmiotowego wezwania.

Po pierwsze – należy mieć na uwadze, że uzupełnione przez wykonawcę ZRO zobowiązanie podmiotu trzeciego Grand – wystawione zostało z datą po terminie składania ofert i nie ma w jego treści wskazania, aby było ono aktualne na składania ofert tzn. aby jego zakres był aktualny na termin składania ofert.

W szczególności nie wynika z jego treści, aby już w terminie składania ofert między wykonawcą ZRO a podmiotem trzecim Grand dokonano ustalenia, że wykona on następujący zakres prac:

»3. zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący: roboty budowlane polegające na budowie zespołu basenów zewnętrznych (pkt 2.4 OPZ zał. nr 7 do SIWZ) wraz z wykonaniem technologii basenowej (pkt 2.5 OPZ zał. nr 7 do SIWZ)« .

Należy więc przyjąć, że poprawione zobowiązanie nie było aktualne na składania ofert oraz że jego zakres został w istocie ustalony już po terminie składania ofert. Tym samym za wiążące należy uznać pierwotne zobowiązanie podmiotu trzeciego Grand, gdzie określił on swój udział w realizacji zamówienia następująco:

»2. sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

–czynny udział w realizacji zamówienia

3.zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

–dostawa i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologii basenowej».

Tymczasem – jak uznał sam zamawiający wzywając wykonawcę ZRO do złożenia wyjaśnień w zakresie treści zobowiązania podmiotu trzeciego – zakres tego udziału jest niewystarczający w kontekście art. 22a ust. 4 Pzp.

Po drugie – z treści poprawionego zobowiązania podmiotu trzeciego Grand wynika, że – wbrew dyspozycji art. 22a ust. 4 Pzp – nie zrealizuje on wszystkich robót budowlanych, do których realizacji jego zdolność jest wymagana.

Podmiot trzeci Grand wskazał w poprawionym zobowiązaniu, że jego udział w realizacji zamówienia będzie następujący:

»3. zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie następujący:

roboty budowlane polegające na budowie zespołu basenów zewnętrznych (pkt 2.4 OPZ zał. nr 7 do SIWZ) wraz z wykonaniem technologii basenowej (pkt 2.5 OPZ zał. nr 7 do SIWZ)«.

Powyższy zakres udziału podmiotu trzeciego Grand nie wyczerpuje jednak zakresu zadania, gdzie z uwagi na dyspozycję art. 22a ust. 4 Pzp niezbędny jest jego udział w związku z udostępnieniem zasobów. Poza zakresem podanym przez podmiot trzeci Grand pozostaje znaczny zakres zadania określony w pkt 2.1 (Budynek szatniowy), 2.2 (Budynek administracyjno-techniczny), 2.6 (Zagospodarowanie terenu) OPZ – zakres objęty zamówieniem podstawowym – oraz pkt 2,3 (Budynek spa i odnowy biologicznej) OPZ – zakres objęty prawem opcji.

Przy ocenie zakresie udziału podmiotu trzeciego Grand w realizacji zamówienia – należy mieć na uwadze, że zakres warunku w postępowaniu, gdzie ww. podmiot udostępni swój potencjał – jest bardzo szeroki:

–jedno (1) zamówienie (potwierdzone dowodem, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone) polegające na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej obejmującego w swoim zakresie budowę lub przebudowę odkrytego lub krytego basenu z minimum jednym obiegiem technologii uzdatniania wody basenowej o wydajności filtra lub filtrów minimum 300 m³/h wraz z niecką lub nieckami basenowymi wykonanymi ze stali nierdzewnej w konstrukcji spawanej o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 800 m² o wartości robót co najmniej 20.000.000 zł brutto, oraz

–jedno (1) zamówienie (potwierdzone dowodem, że te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone) polegające na budowie lub przebudowie wodnego placu zabaw z nawierzchnią o powierzchni nie mniejszej niż 50 m² z zabawkami wodnymi wykonanymi ze stali nierdzewnej wraz z technologią uzdatniania wody.

Zatem zakres udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia – również powinien być odpowiednio szeroki. Zobowiązanie podmiotu trzeciego Grand powinno więc zawierać nie tylko prace, o których mowa w pkt 2.1 (Budynek szatniowy), 2.2 (Budynek administracyjno-techniczny), 2.6 (Zagospodarowanie terenu) OPZ – zakres objęty zamówieniem podstawowym – oraz pkt 2.3 (Budynek spa i odnowy biologicznej) OPZ – zakres objęty prawem opcji, lecz dodatkowo obejmować elementy związane z udziałem w koordynowaniu prac wykonawcy ZRO.

Innymi słowy udział podmiotu trzeciego Grand w realizacji zamówienia – powinien być kompleksowy, a nie ograniczać się do wykonania jedynie części prac.

W związku z tym zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę ZRO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp, jako że z zobowiązania podmiotu trzeciego Grand udostępniającego wykonawcy zdolność w postaci wiedzy i doświadczenia wynika, że podmiot ten nie zrealizuje wszystkich robót budowlanych do realizacji, których jego zdolność jest wymagana.

VII.Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy ZRO za odrzuconą, mimo że wykonawca ZRO podlega wykluczeniu z postępowania

Zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do poprzednich zarzutów odwołania. Wykonawca ZRO podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w związku z podaniem zamawiającemu nieprawdziwych informacji, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, w wykazie robót oraz wykazie osób, jak również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy oraz zdolności ekonomicznej. W konsekwencji zamawiający powinien był uznać ofertę wykonawcy ZRO za odrzuconą. Zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp.

VIII.Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia

26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126, z 2018 r. poz. 1993 oraz z 2019 r. poz. 2447) w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. poz. 1320, z 2018 r. poz. 1991 oraz z 2019 r. poz. 2517) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZRO mimo że wykonawcy ZRO przedstawił zaświadczenia właściwych terenowych jednostek organizacyjnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (we własnym zakresie, jak również w zakresie podmiotu trzeciego Grand) w formie niedopuszczalnej w świetle przepisów wykonawczych wydanych na podstawie przepisów ustawy, włącznie – przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podlegających uzupełnieniu

Z udostępnionej przez zamawiającego odwołującemu dokumentacji postępowania w zakresie wykonawcy ZRO wynika, że wykonawca ZRO nie złożył zaświadczeń właściwych terenowych jednostek organizacyjnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w formie przewidzianej w § 14 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów (we własnym zakresie oraz w zakresie podmiotu trzeciego Grand).

Złożony przez wykonawcę ZRO dokument – zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku, Inspektorat w Kościerzynie – mimo, że zostało wystawione w oryginale jako dokument elektroniczny – zostało złożone przez wykonawcę ZRO w toku postępowania jako skan potwierdzony za zgodność z oryginałem tj. w formie elektronicznej kopii dokumentu.

Okoliczność, że przedmiotowy dokument został w oryginale wydany w formie dokumentu elektronicznego wynika z jego treści, gdzie wskazano, że został on podpisany elektronicznie przez osobę upoważnioną do jego wystawienia.

W konsekwencji dokument ten nie mógł zostać przez wykonawcę ZRO przedstawiony w formie skanu ani elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Wynika to z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27.06.2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie określono, że wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia, tylko jeśli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub inne dokumenty, lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego.

Tymczasem dokument został złożony jako skan podpisany przez wykonawcę ZRO.

Zamawiający w toku postępowania nie wezwał wykonawcy ZRO do uzupełnienia powyższego dokumentu.

Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku zaświadczenia dotyczącego podmiotu trzeciego Grand. Dokument ten został potwierdzony za zgodność przez ten podmiot, a nie złożony w oryginale.

W konsekwencji zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy ZRO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ewentualnie – wezwać wykonawcę ZRO do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

IX. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo że jest ona oferta najkorzystniejsza w kryteriach oceny ofert określonych w SIWZ oraz nie podlega odrzuceniu

Zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do poprzednich zarzutów odwołań. Zamawiający powinien był wybrać ofertę odwołującego jako ofertę najkorzystniejszą, jako że oferta ta zawiera najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia oraz nie podlega odrzuceniu, a wykonawca ZRO podlega wykluczeniu z postępowania, a oferta wykonawcy ZRO powinna być uznana za odrzuconą. Zaniechanie wyboru oferty odwołującego w takich okolicznościach stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 14.09.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 14.09.2020 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

17.09.2020 r. wykonawca ZRO złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 12.10.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

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

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

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

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

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

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

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

- 1) dowód nr O1 – opinię WACETOB Sp. z o.o. na wykazanie, że wewnętrzna rura nie powinna już wchodzić w zakres nawierzchni palcu zabaw (strona 2 akapit 1 od góry);
- 2) dowód nr O2 – oświadczenia: [1] kierownika budowy basenu, [2] projektanta architektury i [3] inspektora nadzoru (czyli trzech kluczowych osób w wykonaniu inwestycji posiadających uprawnienia budowlane) na wykazanie, że powierzchnia nawierzchni liczona z rynnami jak i powierzchnia nawierzchni właściwej bez rynien wynosi nie więcej niż 48 m² i 42 m²;
- 3) dowód nr O3 – fotografie obiektu w Jaworze z wykazaniem, że nawierzchnia do białego okręgu to nawierzchnia bez rynny przepływowej i ona ma do powierzchni do 42 m², a nawierzchnia z zagłębieniem („z dołkiem”) to nawierzchnia z rynną przepływową i ma do 48 m²;

- 4) dowód nr O4 – opinia ANG SPÓŁDZIELNIA (jednostki finansowej działającej w formie spółdzielni), brak w tym wskazaniu, na jaki dzień opinia została wydana; z treści akapitu 4 od dołu wynika, że opinia została wydana na dzień 31.03.2020 r., dlatego pośrednio można stwierdzić, że odnosi się do stanu na 31.03.2020 r., gdyż wskazano tu zadłużenie w ramach sumy zdolności kredytowej na ten dzień, na stronie 1 brak w punkcie 3 informacji o konkretnej wysokości zadłużenia, co potwierdza, że przedmiotowa informacja z 24.07.2020 r. nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

B) zamawiającego:

- 5) składa dowód nr Z1 pismo z 16.09.2020 r. do Gminy Jawor z prośbą o potwierdzenie czy wykonawca Grand wykonał wodny plac zabaw z nawierzchnią o powierzchni 50 m²;
- 6) składa dowód nr Z2 zdjęcie z wskazaniem ogrodzenia na wykazanie, że podkreśla, że plac wodny kończy się ogrodzeniem, a nie na rynnicy.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że podmiot ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa – względnie – w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa – wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1.2.2 SIWZ (w zakresie doświadczenia wykonawcy) oraz zarzut drugi naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że podmiot ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1.2.2 SIWZ (w zakresie doświadczenia wykonawcy) – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający ustanowił w rozdz. VIII pkt 1.2.2 SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy. Wykonawca musiał dowodnie wykazać wykonanie robót budowlanych polegających cyt. »[...] na budowie lub przebudowie wodnego placu zabaw z nawierzchnią o powierzchni nie mniejszej niż 50 m² z zabawkami wodnymi wykonanymi ze stali nierdzewnej wraz z technologią uzdatniania wody [...]«.

Wykonawca ZRO w ramach wykazu robót – w celu wykazania, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadanego doświadczenia (rozdz. VIII pkt 1.2.2 SIWZ) – powołał się na roboty wykonane na rzecz Gminy Jawor polegające na przebudowie obiektu użyteczności publicznej – basenu letniego w Jaworze w ramach zdania pn. „Basen Miejski”, gdzie miał zostać wykonany wodny plac zabaw o nawierzchni 50 m². Roboty te wykonał podmiot trzeci Grand udostępniający wykonawcy ZRO swoje zasoby.

Odwołujący zarzucił, że nawierzchnia wykazanego wodnego placu zabaw wynosiła tylko ok. 42 m², a z rynnami nie więcej niż ok. 48 m². Odwołujący przedstawił na to dowód nr O1 – opinię WACETOB Sp. z o.o. na wykazanie, że wewnętrzna rura nie powinna już wchodzić w zakres nawierzchni placu zabaw strona 2 akapit 1 od góry, dowód nr O2 – oświadczenia: kierownika budowy basenu, projektanta architektury i inspektora nadzoru (czyli trzech kluczowych osób w wykonaniu inwestycji posiadających uprawnienia budowlane) na wykazanie, że powierzchnia nawierzchni liczona z rynnami jak i powierzchnia nawierzchni właściwej bez rynien wynosi nie więcej niż 48 m² i 42 m² i dowód nr O3 – fotografie obiektu w Jaworze z wykazaniem, że nawierzchnia do białego okręgu to nawierzchnia bez rynnicy przepływowej i ona ma do powierzchni do 42 m² a nawierzchnia „z dołkiem” to nawierzchnia z rynną przepływową i ma do 48 m².

Izba stwierdza jednak, że odwołujący wziął pod uwagę tylko powierzchnię lustra wody – w przypadku wykazania nawierzchni właściwej bez rynien – ok. 42 m² lub powierzchnię nawierzchni liczoną z rynnami. Natomiast ograniczenie wymaganej w SIWZ nawierzchni do powierzchni otoczonej rynnami (bez nich czy z nimi) nie wynika z żadnego z postanowień zawartych w SIWZ. Ponadto odwołujący nie wykazał istnienia definicji normatywnej »nawierzchni« czy »powierzchni« nakazującej rozumieć te pojęcia w sposób wskazany przez odwołującego. Ze względu na brak definicji normatywnej Izba wzięła pod uwagę definicję ze »Słownika języka polskiego« PWN Warszawa 1979 r. „nawierzchnia «górną warstwę lub zespół warstw w obrębie jezdni zapewniających pojazdom dogodny warunki ruchu»”. Dlatego Izba zauważyła, że biorąc pod uwagę nawierzchnię placu zabaw należy zaliczyć nie tylko powierzchnię lustra wody placu zabaw, ale także całą górną warstwę zapewniającą użytkownikom dogodny warunki korzystania z placu zabaw, a więc należy uwzględnić również powierzchnię obrzeża, bo bez niego użytkownicy (pojazdy w definicji słownikowej) nie mogliby korzystać z placu zabaw, bo woda np. wylałaby się. Sam wewnętrzny brzeg rynnicy czy nawet rynnica nie są elementami niezbędnymi do dogodnego, czyli właściwego korzystania z budowli jaką jest plac zabaw, gdyż należy do tego obiektu i do tej nawierzchni zaliczać również obrzeża i ich powierzchnię, aby można było umocować wspomniane rynnicy i właściwie korzystać z placu zabaw. Podobnie jak do nawierzchni drogi należy zaliczyć jej obramowanie w postaci krawężników czy obramowania specjalnie ułożonych np. kamieni. Zdaniem Izby dlatego zamawiający taki nacisk położył na użyciu w SIWZ wyrażenia »wodnego placu zabaw z nawierzchnią o powierzchni« – nieomal ocierając się o pleonazm, aby móc brać pod uwagę nie tylko powierzchnię lustra wody, ale całą powierzchnię budowli konieczną do właściwego użytkowania wodnego placu zabaw.

Również definicja »powierzchni« mówi »zewnątrzna, wierzchnia strona czegoś«, czyli nie ogranicza znaczenia wyrazu powierzchnia do jednolitej powłoki, ale obejmuje także inne obszary, z których składa się dana wierzchnia strona czegoś.

Dlatego zamawiający, a także wykonawca ZRO brali pod uwagę »powierzchnię nawierzchni« całego wodnego placu zabaw wraz z obudową, która wynosi nie mniej niż 50 m² i na tej podstawie należy stwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Podobnie wykazał to za pomocą planów inwestor (Gminy Jawor) i geodeta, na co powołali się zamawiający i przystępujący w swoich pismach procesowych.

Izba wzięła też pod uwagę dowód nr Z1 zapytanie zamawiającego do Gminy Jawor na wykazanie treści tego zapytania) i odpowiedź – załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie, z których do dokumentów wynika, że również Gmina Jawor uważa, że nawierzchnia wodnego placu zabaw mierzy co najmniej 50 m² i tym samym wykonawca ZRO spełnia warunek doświadczenia postawiony przez zamawiającego. Ponadto zamawiający przedstawił dowód nr Z2 zdjęcie ze wskazaniem ogrodzenia, na wykazanie całej nawierzchni wodnego placu zabaw, jednak same zdjęcia przedstawione przez odwołującego i zamawiającego mogą służyć tylko do zobrazowania wodnego placu zabaw, ale nie mogą służyć do wykonania obliczeń przedmiotowej nawierzchni.

Zdaniem Izby zamawiający na podstawie planów wodnego placu zabaw i obliczeń geodety nie miał podstaw do uznania, że zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp ani na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, gdyż wykonawca ZRO wykazał spełnienie kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu i wykonawca ZRO nie wprowadził zamawiającego w błąd. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia«. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd

przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów». Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia«.

Wobec wyżej przedstawionych przyczyn Izba nie może przychylić się do zarzutu pierwszego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz zarzutu drugiego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut trzeciego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że podmiot ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, względnie – w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa – wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1.2.2 lit. a SIWZ (w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę ZRO do realizacji zamówienia) i zarzut czwartego naruszenia art. 26 ust. 2f w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp – przez wezwanie wykonawcy ZRO do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na etapie postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej, pomimo, że wykaz osób zawierał nieprawdziwe informacje, a nie tylko „nieaktualne” informacje, a ponadto – doprowadziło to do ograniczenia odwołującemu możliwości złożenia odwołania wobec czynności oceny przez zamawiającego złożonego dokumentu – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że wykonawca ZRO wprowadził zamawiającego w błąd przez przedstawienie informacji, że wykonawca ZRO spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1.2.2 lit. a SIWZ (w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę ZRO do realizacji zamówienia) i naruszenie art. 26 ust. 2f Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp – przez wezwanie wykonawcy ZRO do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na etapie postępowania po wyborze najkorzystniejszej oferty, mimo że wykaz osób zawierał nieprawdziwe informacje, a nie tylko „nieaktualne” informacje – nie zasługują na uwzględnienie.

Wykonawca ZRO w wykazie osób – w celu potwierdzenia, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (rozdz. VIII pkt 1.2.2 lit. a SIWZ) – wskazał, że dysponuje Kierownikiem Budowy panem IO oraz że podstawą dysponowania jest umową cywilnoprawną. Sam odwołujący stwierdził w odwołaniu, że cyt. »8.08.2020 r. pan IO poinformował zamawiającego, że jako osoba wskazana przez wykonawcę ZRO do pełnienia funkcji Kierownika Budowy wycofał się z udzielenia wykonawcy ZRO doświadczenia jako Kierownik Budowy i w związku z tym nie będzie pełnił wskazanej funkcji w trakcie realizacji inwestycji«. Odwołujący nie wykazał, że między wykonawcą ZRO i panem IO nie istniała żadna umowa w terminie składania ofert, a tylko wykazał, że między tymi podmiotami nie istniała umowa na piśmie. Natomiast sam pan IO stwierdził w przytaczanym piśmie z 8.09.2020 r. do zamawiającego, że cyt. »oświadczam, że wycofuję się z zobowiązania do udzielenia tej firmie doświadczenia jako kierownik budowy i w związku z tym nie będę pełnił funkcji kierownika budowy na ww. inwestycji« [zał. nr 5 do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie]. Z pisma tego wynika, że między tymi podmiotami istniało porozumienie, które mogło upoważnić wykonawcę ZRO wykazania pana IO w złożonej ofercie w przedmiotowym zakresie.

Zdaniem Izby zamawiający wystarczająco zastosował procedurę wezwania wykonawcy ZRO do złożenia wskazanych dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 2f Pzp i nie musiał uruchamiać innych procedur [np. z art. 26 ust. 3 Pzp co sugeruje odwołujący], które powodowałyby znaczne wydłużenie procesu wyboru najkorzystniejszej oferty. Na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty, ale jeszcze przed zawarciem umowy, zamawiający – po uzyskaniu informacji od pana IO – posłużył się najprostszą procedurą – określoną w art. 26 ust. 2f Pzp – i wezwał wykonawcę ZRO do złożenia niektórych dokumentów, co zamawiający może uczynić na każdym etapie postępowania. Zamawiający uzyskując zadowalającą odpowiedź (wskazanie na stanowisko kierownika budowy innej osoby z wymaganymi kwalifikacjami) nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, o co wnosił odwołujący.

Przepis art. 26 ust. 2f Pzp brzmi »Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów«, a art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Również zarzut zbyt szybkiego procedowania przez zamawiającego przez zastosowanie art. 26 ust. 2f Pzp na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty a przed zawarciem umowy nie może być uwzględniony przez Izbę, gdyż odwołujący nie wykazał naruszenia jakichkolwiek terminów przez zamawiającego, a postępowania zamówieniowe cechują się dążeniem do uzyskania znacznej szybkości wykonywania wszystkich czynności.

Wobec powyższych stwierdzeń Izba nie może przychylić się do zarzutu trzeciego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp ani do zarzutu czwartego naruszenia art. 26 ust. 2f Pzp.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że podmiot ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1.2.1 SIWZ (w zakresie posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej) – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zgodnie z rozdz. VIII pkt 1.2.1 SIWZ wykonawca, w celu spełnienia warunku w zakresie posiadanych środków finansowych zapewniających należyte wykonanie zamówienia miał wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 20 000 000 zł. Zgodnie z rozdz. X ust. 2 pkt 1 tiret pierwsze SIWZ w związku z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126, z 2018 r. poz. 1993 oraz z 2019 r. poz. 2447) zamawiający wymagał aby wykonawca złożył »Informację

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».

Ze względu na prowadzenie postępowania w tzw. procedurze odwróconej zamawiający wezwał wykonawcę ZRO do złożenia dokumentów na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a«.

Wykonawca ZRO przedstawił zamawiającemu, w zastrzeżonym przez zamawiającego terminie dwa dokumenty na wykazanie spełnienia warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 20 000 000 zł: [1] zaświadczenie z 26.08.2020 r. o wysokości salda na rachunku wykonawcy ZRO na kwotę wyższą niż 3 500 000 zł oraz [2] opinię bankową z 24.07.2020 r. o zdolności kredytowej wykonawcy ZRO do kwoty 17 000 000 zł.

Zamawiający powołując się na art. 26 ust. 3 Pzp przeprowadził procedurę wyjaśnienia kwestii finansowych wykonawcy ZRO i biorąc pod uwagę posiadane dokumenty oraz wyjaśnienia wykonawcy ZRO stwierdził spełnienie przez wykonawcę ZRO warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej.

Odwolujący zakwestionował, że cyt. »Informacja z banku w zakresie zdolności kredytowej co prawda datowana była na 24.07.2020 r., lecz z jej treści wynikało, że [informacja] faktycznie potwierdzała zdolność kredytową wykonawcy ZRO na 31.03.2020 r. Wynika to następującego fragmentu: „Według oceny Banku przeprowadzonej w oparciu o udostępnione Bankowi przez ww. posiadacza wyniki finansowe do 31.03.2020 r. [wykonawca ZRO ...] posiada zdolność kredytową [...]. W ww. kwocie zdolności kredytowej zawarte jest funkcjonujące zadłużenie klienta wobec wszystkich instytucji finansowych [...] wg stanu na 31 marca 2020 r. zgodnie z informacją przekazaną w tym zakresie Bankowi [...]”«.

Jednak zdaniem Izby odwołujący nie wziął pod uwagę daty wystawienia opinii (24.07.2020 r.) oraz treści 5 akapitu od dołu analizowanej opinii bankowej, cyt. »Według oceny Banku [...] [wykonawca ZRO] posiada zdolność kredytową rozumianą jako możliwość uzyskania kredytu [...] a następnie spłaty do kwoty 17.000.000,00 PLN«. Ponadto potwierdza taką interpretację kolejna opinia bankowa z 17.09.2020 r. wskazana przez przystępującego wykonawcę ZRO jako załącznik do pisma przystępującego z 8.10.2020 r. akapit 4 od dołu w słowach, cyt. »Klient posiada zdolność kredytową do kwoty 17.000.000,00 PLN od dnia 26.06.2020 r. oraz posiadał taką samą zdolność kredytową na dzień 26.08.2020 oraz 03.09.2020«.

W przedmiotowej opinii z 24.07.2020 r. – zdaniem Izby – bez znaczenia jest przytoczenie informacji o zaszczościach, ale najistotniejsze jest stwierdzenie banku wystawiającego opinię, że wykonawca ZRO posiada zdolność kredytową do kwoty 17 000 000 zł, co pominął w swoich rozważaniach odwołujący oraz opiniodawca »ANG SPÓŁDZIELNIA«, której opinia została złożona przez odwołującego jako dowód nr O4.

Drugi z kwestionowanych przez odwołującego dokumentów był datowany na 26.08.2020 r. – „zaświadczenie o wysokości salda” i zdaniem odwołującego w tych dokumentach (opinia o zdolności kredytowej i zaświadczenie o wysokości salda) występuje zbyt duża różnica czasowa ich wystawienia. Jednak Izba zauważa, że żadne przepisy nie stawiają takich wymogów, aby dokumenty były wystawione w jednym dniu, co sugeruje odwołujący. Również zamawiający w SIWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu nie postawił takiego wymogu, aby dokumenty potwierdzające spełnienie warunku posiadania zdolności finansowej wykonawcy były wystawione w jednym dniu.

Dlatego zamawiający nie znajdując przesłanek do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nie mógł zastosować tego przepisu, a więc Izba nie może się przychylić do zarzutu piątego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut szósty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania, mimo że z zobowiązania podmiotu trzeciego Grand A. G. (dalej podmiot trzeci Grand) udostępniającego wykonawcy ZRO zdolność w postaci wiedzy i doświadczenia wynika, że podmiot ten nie zrealizuje wszystkich robót budowlanych do realizacji, których jego zdolność jest wymagana, co powoduje, że wykonawca ZRO nie spełnia warunków udziału w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wziął pod uwagę, że zgodnie z rozdz. VIII ust. 1 pkt 1.2.2 SIWZ zamawiający żądał od wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonania jednego zamówienia polegającego cyt. »na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej obejmującego w swoim zakresie budowę lub przebudowę odkrytego lub krytego basenu [...]« oraz jedno zamówienie cyt. »polegające na budowie lub przebudowie wodnego placu zabaw« czyli w efekcie zamawiający doprecyzował żądanie do wykazania tylko budowy lub przebudowy odkrytego lub krytego basenu oraz wykazania budowy lub przebudowy wodnego placu zabaw spełniających określone cechy. Tak też pierwotnie w ofercie zobowiązał się podmiot trzeci Grand. ponadto należy podkreślić, że w pkt 2 i 4 podmiot trzeci Grand zadeklarował się do czynnego udziału w realizacji zamówienia przez cały okres trwania wykonania zamówienia. Tak więc z treści zobowiązania wynika, że podmiot trzeci Grand zadeklarował bezpośredni i osobisty udział w robotach budowlanych, do których realizacji doświadczenie podmiotu trzeciego Grand jest wymagane.

Natomiast odwołujący zakwestionował brak zadeklarowania przez podmiot trzeci Grand wzięcia udziału w robotach budowlanych dotyczących budynków, co byłoby zmienieniem (rozszerzeniem) warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego po upływie terminu składania ofert, co byłoby niezgodne z art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp, który brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Dlatego Izba stwierdza, że zamawiający nie mógł uznać (i nie uznał w postępowaniu), że zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W związku z powyższym Izba nie może przychylić się do zarzutu szóstego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut siódmy naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp – przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy ZRO za odrzuconą, mimo że wykonawca ZRO podlega wykluczeniu z postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwolujący stwierdził, że zarzut siódmy jest konsekwencją zarzutów poprzednich od zarzutu pierwszego do zarzutu szóstego. W związku z potwierdzeniem się zasadności zarzutów od pierwszego do szóstego miał ziszczyć się obowiązek wykluczenia wykonawcy ZRO z postępowania i dlatego zamawiający powinien uznać ofertę wykonawcy ZRO za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, który to przepis brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«.

Jednak zdaniem Izby, o czym szczegółowo powyżej, żaden z zarzutów od pierwszego do szóstego nie zasługuje na uwzględnienie, dlatego również zarzut siódmy naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp nie może zostać uwzględniony przez Izbę.

W ocenie Izby, zarzut ósmy naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 14 ust. 2 rozporządzenia

Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126, z 2018 r. poz. 1993 oraz z 2019 r. poz. 2447) w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. poz. 1320, z 2018 r. poz. 1991 oraz z 2019 r. poz. 2517) – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZRO, że wykonawcy ZRO przedstawił zaświadczenia właściwych terenowych jednostek organizacyjnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (we własnym zakresie, jak również w zakresie podmiotu trzeciego Grand) w formie niedopuszczalnej w świetle przepisów wykonawczych wydanych na podstawie przepisów ustawy Pzp, względnie – przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podlegających uzupełnieniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący zarzucił wykonawcy ZRO przedstawienie zaświadczeń z ZUS w nieodpowiedniej formie, która nie została uwzględniona w wyżej wskazanych aktach wykonawczych do ustawy Pzp.

Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę łacińskiej reguły *Lex superior derogat legi inferiori*, która przetłumaczona na język Juliusza Słowackiego otrzymuje brzmienie »ustawa wyższej rangi uchyla ustawę niższą«, czyli »prawo ustanowione przez organ wyższej rangi [ustawa] (o tym samym stopniu szczegółowości i obowiązujące w tym samym czasie) należy stosować przed prawem ustanowionym przez organ niższej rangi [rozporządzenie]«. A przepisy ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 266, 321, 568, 695 i 875) w art. 50 ust. 4a4c stanowią, że zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez ZUS w postaci dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym mogą być wykorzystywane w formie wydruku przez płatnika składek, który uzyskał zaświadczenie. Przepisy te brzmią »4a. Zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek oraz decyzje o odmowie wydania zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład w postaci dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym mogą być wykorzystywane w formie wydruku przez płatnika składek, który je uzyskał. 4b. Zakład umożliwia weryfikację zaświadczenia lub decyzji, o których mowa w ust. 4a, przez udostępnioną przez Zakład stronę internetową, po podaniu: 1) danych identyfikujących zaświadczenie albo decyzję; 2) typu identyfikatora płatnika składek i jego numeru; 3) daty wydania zaświadczenia lub decyzji. 4c. Wydruki, o których mowa w ust. 4a, mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Zakład, jeżeli zawierają dane, o których mowa w ust. 4b, umożliwiające ich weryfikację w sposób określony w tym przepisie«.

Z tego względu zamawiający musiał wziąć pod uwagę zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem składek złożone zamawiającemu przez wykonawcę ZRO w formie wydruków i nie miał prawa do kwestionowania tej formy zaświadczeń ani odrzucać oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jest niezgodna z ustawą«. Ponadto w Izba stwierdza, że w rozpoznanej sytuacji zamawiający nie miał legitymacji do wezwania wykonawcy ZRO do złożenia tych dokumentów w innej formie na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, co sugerował odwołujący.

Z przytoczonych powodów Izba nie może przychylić się do zarzutu ósmego naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut dziewiąty naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w kryteriach oceny ofert określonych w SIWZ oraz oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że podobnie jak zarzut siódmy zarzut dziewiąty był zdaniem odwołującego postawiony jako konsekwencja uwzględnienia poprzednich zarzutów odwołania – od zarzutu pierwszego do zarzutu ósmego, a przynajmniej jednego z tych zarzutów. W związku z tym odwołujący stwierdził, że zamawiający powinien był wybrać ofertę odwołującego jako ofertę najkorzystniejszą, jako że zdaniem odwołującego oferta ta zawiera najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia oraz nie podlega odrzuceniu, a wykonawca ZRO podlega wykluczeniu z postępowania, a oferta wykonawcy ZRO powinna być uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp lub odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Jednak żaden z zarzutów od pierwszego do ósmego nie mógł być uwzględniony przez Izbę i w związku z tym również ten zarzut dziewiąty naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp nie może być pozytywnie rozpatrzony.

W ocenie Izby, zarzut dziesiąty naruszenia ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wskazał w odwołaniu żadnych naruszeń innych przepisów bądź tych samych przepisów co w zarzutach od pierwszego do dziewiątego, ale z innym uzasadnieniem w samym odwołaniu ani w piśmie odwołującego, a ponadto odwołujący stwierdził na rozprawie do protokołu, że nie będzie popierać tego zarzutu. W związku z brakiem jakichkolwiek argumentów na poparcie zarzutu dziesiątego Izba nie może uwzględnić tego zarzutu.

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

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania nie uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego ze względu na brak złożenia stosownego rachunku zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....