Sygn. akt: KIO 1506/20

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę Kancelaria Prawna L. i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Gnieźnie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających: Miasto Łódź, Łódzka Spółka Infrastrukturalna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, Grupowa Oczyszczalnia Ścieków w Łodzi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi oraz Zakład Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, w imieniu i na rzecz których postępowanie prowadzi Zakład Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Kancelarię Prawną L. i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Gnieźnie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego Kancelarii Prawnej L. i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Gnieźnie na rzecz zamawiających Miasta Łódź, Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, Grupowej Oczyszczalni Ścieków w Łodzi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi oraz Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiających z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1506/20

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

Zamawiający Zakład Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, działający w imieniu i na rzecz Zamawiających: Miasta Łódź, Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, Grupowej Oczyszczalni Ścieków w Łodzi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Łodzi i Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (na podstawie porozumienia z dnia 29 sierpnia 2019 r.) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie analiz optymalizacyjnych dotyczących sektora wodno-kanalizacyjnego w Łodzi. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 grudnia 2019 r. pod numerem 636166-N-2019. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 6 lipca 2020 r. wykonawca Kancelaria Prawna L. i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Gnieźnie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego za kompletne i prawidłowe następujących dokumentów oraz zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do ich uzupełnienia:

    1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla M. M. - z dnia 8 kwietnia 2020r., potwierdzonego za zgodność z oryginałem dnia 9 kwietnia 2020r,, złożonego przez Odwołującego pismem z dnia 10 kwietnia 2020r. na wezwanie zamawiającego z dnia 30 marca 2020r.;

    2) informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla S. G. - z dnia 9 kwietnia 2020r., potwierdzonego za zgodność z oryginałem dnia 9 kwietnia 2020r., złożonego przez Odwołującego pismem z dnia 10 kwietnia 2020r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 marca 2020r.;

    3) zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego w Gnieźnie o niezaleganiu w podatkach dla Kancelarii Prawnej L. i Wspólnicy Spółka komandytowa, wydanego dnia 6 kwietnia 2020r., potwierdzonego za zgodność z oryginałem dnia 6 kwietnia 2020r., złożonego przez Odwołującego pismem z dnia 10 kwietnia 2020r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 marca 2020r.;

2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania na skutek przyjęcia przez Zamawiającego, iż złożył on w niepoprawnej formie następujące dokumenty:

    1) informację z Krajowego Rejestru Karnego dla Pani K. D. - wydanego dnia 22 stycznia 2020r., potwierdzonego za zgodność z oryginałem dnia 29 kwietnia 2020r., złożonego pismem Odwołującego z dnia 30 kwietnia 2020r, na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 kwietnia 2020r.;

    2) zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Mińsku Mazowieckim o niezaleganiu w podatkach dla DCF Consulting Sp. z o.o. - wydanego dnia 09 kwietnia 2020r., potwierdzonego za zgodność z oryginałem dnia 21 kwietnia 2020r., złożonego pismem Odwołującego z dnia 30 kwietnia 2020r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 kwietnia 2020r.

    w sytuacji kiedy Zamawiający odstąpił od wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów złożonych w tej samej formie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do ich złożenia z dnia 30 marca 2020r.;

3. art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez zmianę stanowiska Zamawiającego w zakresie kwalifikacji wymaganej formy następujących dokumentów wskazanych w punkcie 2.2) powyżej w sytuacji kiedy Zamawiający wcześniej w toku postępowania odstąpił od wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów złożonych w tej samej formie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do ich złożenia z dnia 30 marca 2020r.;

4. art. 22a ust. 3 ustawy, poprzez błędną ocenę Zamawiającego warunków udostępnia dla Wykonawcy zasobów firmy W. i Wspólnicy Sp. komandytowa z siedzibą w Poznaniu i przyjęciu przez Zamawiającego, iż Wykonawca nie wykazał udostępnienia zasobów firmy W. i Wspólnicy Sp. komandytowa w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i zatrzymania wadium oraz powtórzenia czynności w zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentacji wykazującej spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od

Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego przez pełnomocnika.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący, po szczegółowym opisaniu stanu faktycznego, wskazał, iż złożone na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp dokumenty, tj. zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla pani M. M. i Pana S. G. oraz zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach dla Kancelarii Prawnej L. i Wspólnicy Sp. k., nie budziły wątpliwości w ocenie Zamawiającego co do ich formy i treści, gdyż w żaden sposób nie zostały zakwestionowane na wcześniejszym etapie postępowania. Odwołujący wskazał, iż nie otrzymał w wezwaniu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp żądania ich uzupełnienia. Także w zaskarżonym piśmie 26 czerwca 2020 r. Zamawiający nie kwestionuje poprawności formy i treści tej dokumentacji. Przyjmując na podstawie wcześniejszych czynności Zamawiającego prawidłowość ww. złożonej dokumentacji, Odwołujący złożył żądane dokumenty w tożsamej formie w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego dla pani K. D.; zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach dla DCF Consulting Sp. z o.o. Odwołujący podkreślił, iż dokumenty te zostały złożonej w identycznej formie jaka została zaakceptowana przez Zamawiającego przy składaniu dokumentów na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższe w ocenie Odwołującego uzasadnia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis wyraża obowiązek Zamawiającego wystąpienia z wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentacji, jeśli w końcowej ocenie jest niekompletna, zawiera błędy lub budzi wątpliwości Zamawiającego. Od obowiązku tego Zamawiający odstąpił przyjmując, iż forma i treść dokumentów złożonych w odpowiedzi wezwanie Zamawiającego z dnia 30 marca 2020r. była prawidłowa. Jednocześnie identyczną treść i formę dokumentów złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 kwietnia 2020r. Zamawiający zakwestionował uzasadniając wykluczenie Odwołującego.

Następnie Odwołujący wskazał, iż zarzut naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp uzasadniony jest wykluczeniem Odwołującego z postępowania na skutek przyjęcia przez Zamawiającego, iż Odwołujący złożył w niepoprawnej formie informację z Krajowego Rejestru Karnego dla pani K. D. oraz zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Mińsku Mazowieckim o niezaleganiu w podatkach dla DCF Consulting Sp. z o.o., w sytuacji kiedy Zamawiający odstąpił od wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów złożonych w tej samej formie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do ich złożenia z dnia 30 marca 2020r. W ocenie Odwołującego odrzucenie dokumentacji z wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na niepoprawną formę ich złożenia, bez wcześniejszego zawiadomienia wykonawcy o powziętych w tym względzie wątpliwościach stanowi naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że zadaniem Zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W niniejszej sprawie przejrzystość postępowania nie została zachowana. Zamawiający w ocenie Odwołującego prowadził postępowanie niekonsekwentnie, przyjmując najpierw tożsamą co do treści i formy dokumentację za kompletą i poprawną, a przy końcowej ocenie oferty, uznając ją za złożoną w niewłaściwej formie, co skutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

Odwołujący nie zgodził się z praktyką Zamawiającego, który weryfikując identyczna dokumentację na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp akceptuje w pełni jej formę, a następnie przy końcowej ocenie postępowania na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp formy tej nie akcentuje, co w ocenie Zamawiającego stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy. Odwołujący podnisł, iż wykonawca nie może domyślać się, czy złożone przez niego dokumenty nie budzą wątpliwości w ocenie Zamawiającego. Działanie Zamawiającego zdaniem Odwołującego dowodzi o nienależytym wykonaniu obowiązków proceduralnych, co skutkuje naruszeniem obowiązków Zamawiającego lojalności proceduralnej w zakresie sposobu prowadzenia postępowania, a także ochrony dobrej wiary wykonawcy do sposobu prowadzenia wcześniejszych czynności postępowania. Jeśli treść i forma dokumentów uzasadniających wykluczenie Odwołującego nie spełniała wymogów określonych przez Zamawiającego, to w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinien on wezwać wcześniej Odwołującego do uzupełnienia identycznych co do treści i formy dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 marca 2020r. Wówczas Odwołujący miałby możliwość zmiany praktyki wykazywania przesłanek udziału w postępowaniu i złożenia w formie wymaganej przez Zamawiającego dokumentów, których brak Zamawiający traktuje obecnie jako uzasadnienie wykluczenia Odwołującego. W ocenie Odwołującego gdyby Zamawiający wykonał obowiązek proceduralny wynikający z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do wykluczenia Odwołującego nie doszłoby, ponieważ dostosowałby on swoje czynności do końcowych wymagań Zamawiającego. Ich zmiana w trakcie postępowania skutkuje zarzutem braku jego przejrzystości oraz złamaniem obowiązków lojalności postępowania Zamawiającego względem wykonawcy w toku postępowania. Odwołujący powołał się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 104/19. W jego ocenie Zamawiający nie wywiązał się z obowiązku wskazania, iż Odwołujący złożył dokumenty nieodpowiadające

wymaganiom określonym przez Zamawiającego zarówno co do treści, jak i formy oraz wezwania do ich poprawienia. Wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp skierowane do Odwołującego zawierało wyłącznie żądanie złożenia kolejnych dokumentów, bez informacji o konieczności poprawy ich formy.

Z powyższego powodu w ocenie Odwołującego uzasadniony jest również zarzut naruszenia art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez zmianę stanowiska Zamawiającego w zakresie kwalifikacji wymaganej formy dokumentów wykazujących warunki udziału wykonawcy w postępowaniu. W toku postępowania Zamawiający odstąpił od wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów złożonych w tej samej formie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do ich złożenia z dnia 30 marca 2020r. Tym samy zdaniem Odwołującego należy uznać, iż Zamawiający przyjął, iż następujące dokumenty zostały złożone prawidłowo: informacja z Krajowego Rejestru

Karnego dla pani M. M., zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Gnieźnie o niezaleganiu w podatkach dla Kancelarii Prawnej L. i Wspólnicy. Zdaniem Odwołującego brak wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do treści i formy ww. dokumentów skutkuje kwalifikacją ich akceptacji przez Zamawiającego w toku postępowania. Dlatego też za sprzeczne z treścią art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 65 §1 k.c. uznać należy stanowisko Zamawiającego kwestionujące treść i formę dokumentów o identycznej treści i formie. W ten sposób Zamawiający zmienił swoją ocenę prawną wymagań w zakresie treści i formy dokumentu informacji z Krajowego Rejestru Karnego oraz zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego. Zmiana ta nastąpiła z naruszeniem art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 65 §1 k.c. oraz wynikających z nich prawnego skutków, tj. związania Zamawiającego przyjętymi kwalifikacjami na wcześniejszym etapie postępowania, naruszeniem wymogu prawnej ochrony dobrej wiary wykonawcy w zakresie czynności podejmowanych przez niego w zaufaniu do kwalifikacji przez Zamawiającego istotnych dla rozstrzygnięcia postępowania. Zdaniem Odwołującego zarzut naruszenia art. 14 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 k.c. uzasadniony jest również z tego powodu, iż Zmawiający przyjmując wcześniej bez wątpliwości opisaną dokumentację Odwołującego żądaną wezwaniem z art. 26 ust. 2 ustawy, określił w istocie wymagany przez siebie standard wykazania udziału w postępowaniu w odniesieniu do informacji z KRK oraz zaświadczenia od właściwego naczelnika urzędu skarbowego. Z kolei kwestionując w piśmie z dnia 26 czerwca 2020r. dokumenty złożone na wezwanie z art. 26 ust. 3, Zamawiający zaprzeczył standardom wykazania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, które sam wcześniej wyznaczył.

W ocenie Odwołującego uzasadniony jest również zarzut naruszenie art. 22a ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę warunków udostępnia zasobów firmy W. i Wspólnicy Sp. k. i przyjęciu przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał udostępnienia zasobów ww. firmy w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia. Odwołujący podniósł, iż wspólnicy tej spółki osobowej oddali jej najważniejsze zasoby, czyli osoby wspólników, które to będą uczestniczyć w zespole projektowym odpowiedzialnym za zarządzanie wykonaniem umowy. Są to najważniejsze zasoby tego wykonawcy, działającego w formie spółki komandytowej, tj. osobowej, gdzie najważniejszym i kluczowym zasobem są jej wspólnicy, wykonujący w ten sposób działalność zawodową. Te zasoby ww. spółka przekazała, co jednoznacznie wskazuje dokumentacja przedstawiona przez Odwołującego. Odwołujący zwrócił także uwagę, że wskazywał, iż przedstawiciele spółki W. i Wspólnicy uczestniczyć będą w pracach zespołu projektowego zarządzającego realizacją zamówienia. Czynności te przedstawione zostały w kosztorysie ofertowym, który został zaakceptowany przez Zamawiającego, jako wiarygodne i prawnie skuteczne określenie czynności Wykonawcy oraz osób, z którymi zamierza on współdziałać przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący dodał, że przedmiotowa ocena powinna być wyrażona poprzez określenie wymagań w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia. Z kolei udział wykonawcy w zakresie prac zespołu projektowego prowadzącego realizację wykonania zamówienia jest wystraczającą przesłanką do przyjęcia, iż spółka W. i Wspólnicy reprezentowana przez jej wspólników uczestniczyć będzie w realizacji całego zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że z tego też względu spółka ta w oświadczeniu dnia 30 kwietnia 2020r. wskazała, iż uczestniczyć będzie w co najmniej 25% realizacji tego wielobranżowego zamówienia, obejmującego kooperację 5 wykonawców.

Odwołujący dodał, że przy zamówieniach na usługi, intelektualnym nośnikiem wiedzy i doświadczenia jest przede wszystkim czynnik ludzki, co w niniejszej sprawie zostało zagwarantowane. Powołał się także na art. 8 ust. 1 pkt 3 ustawy o radcach prawnych, podnosząc, że spółka komandytowa W. i Wspólnicy jest sposobem wykonywania zawodu radcy prawnego przez jej wspólników, tj. radców prawnych A. W., T. B., W. B. oraz K. I. . Dlatego też spółka powołana do wykonania zawodu radcy prawnego nie mogła oddać innego udziału aniżeli pracy osób, w której w niej wykonują ten zawód. Odwołujący powołał się także na wyroki lzby z dnia 1 czerwca 2015 roku sygn. akt KIO 1007/15, z dnia 1 marca 2016 r., sygn. akt KIO 195/16, z dnia 26 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 39/16, z dnia 11 maja 2015 r., sygn. akt KIO 863/15, z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2407/12 oraz wyroki sądów powszechnych (wyrok z dnia 24 marca 2011 r., sygn. akt XIX Ga 92/11, czy też wyrok z dnia

21 września 2011 r., sygn. akt XII Ga 412/11). W ocenie Odwołującego wymóg skutecznego udostępnienia zasobów przez spółkę W. i Wspólnicy wynika z następujących czynności: 1) umowy stron o współpracy doradczej z dnia 29 kwietnia 2020r., 2) oświadczenia spółki W. i Wspólnicy z dnia 30 kwietnia 2020r. - załącznik nr 12 do SIWZ, 3) kosztorysu ofertowego Wykonawcy i wyjaśnień do jego treści - dokument zaakceptowany przez Zamawiającego. Odwołujący dodał, że z uwagi na treść odwołania kwestionuje również jako pozbawioną podstaw prawnych czynność zatrzymania wadium oraz czynność unieważnienia postępowania.

Zamawiający w dniu 3 sierpnia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 Zamawiający wskazał m.in., że nie dzielił badania oferty

na żadne etapy - badanie trwało od złożenia dokumentów do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Podniósł, iż nie miał obowiązku zawierać wezwań w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do poszczególnych dokumentów w jednym piśmie. Przywołana przez Odwołującego okoliczność, że w piśmie z dnia 21 kwietnia 2020 roku Zamawiający nie wskazał, aby dołączona wcześniej dokumentacja była niekompletna, zawierała błędy bądź budziła wątpliwości nie może stanowić o jakimkolwiek wadliwym działaniu Zamawiającego, a już tym

bardziej niwelować wadliwość działania Wykonawcy polegającą na złożeniu dokumentów w niewłaściwej formie. Zamawiający zauważył, że Odwołujący pomija oczywiste kwestie dotyczące sposobu analizy dokumentów przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający w pierwszej kolejności po otrzymaniu pisma z dnia 10 kwietnia 2020 roku odnotował braki w dokumentacji, to w reakcji na taką sytuację wystosował wezwanie w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym brakujących dokumentów. Zamawiający nie miał obowiązku objęcia tym jednym pismem - wezwaniem wszystkich elementów dokumentacji złożonej przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 marca 2020 roku, mógł to zrobić odrębnym wezwaniem/wezwaniami. Nie można wywodzić błędu Zamawiającego z działania polegającego na tym, że skoro w pierwszej kolejności zauważył nieprawidłowość w postaci braku dokumentów, to w tej samej pierwszej kolejności wezwał do ich uzupełnienia i kontynuował proces badania złożonej dokumentacji. Wysyłając wezwanie do uzupełnienia dokumentacji o brakujące zaświadczenia, Zamawiający prowadził czynność badania (weryfikacji) dokumentacji przedłożonej na wezwanie z art 26 ust 2 Pzp (w tym m.in. zaświadczenia KRS dotyczące M. M. i S. G. oraz zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach dla Kancelarii Prawnej L. i Wspólnicy Sp. komandytowa). W toku czynności wpłynęła brakująca dokumentacja złożona w odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 kwietnia 2020 roku (art. 26 ust. 3) i jak się okazało była nieprawidłowa w stopniu skutkującym wykluczeniem Odwołującego. Zamawiający podkreślił, że nawet jednostkowy, nieusuwalny brak w zakresie dokumentów postępowania powoduje, że wykonawca traci walor spełniania warunków i niepodlegania wykluczeniu. Dodał, że żaden z przepisów Pzp nie nakłada ani jednoczesnego, ani kompletnego wzywania do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień przez danego wykonawcę. Ustawodawca pozostawił swobodę decyzyjną zamawiającemu w zakresie momentu wzywania wykonawcy do złożenia dokumentów spełniających wymagania Pzp i SIWZ w postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, iż przyjął, że w pierwszej kolejności dokona oceny formalnej kompletności złożonych oświadczeń i dokumentów, a dopiero następnie dokona oceny ich prawidłowości. Takie działanie jest procesem prawidłowym, gdyż w pierwszej kolejności zamawiający wezwał wykonawcę z art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów nie złożonych na wezwanie z art. 26 ust. 2 uzależniając dalsze wezwania lub uzupełnienia, od prawidłowości uzupełnienia dokumentów brakujących (KRK i zaświadczenia z US). Brak wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp, co do złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 marca 2020 r., stanowił odzwierciedlenie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwanie w stosunku do dokumentów dotyczących M. M., S. G.oraz Kancelarii Prawnej L. i Wspólnicy Spółka komandytowa nie jest czynnością, która miałaby jakikolwiek wpływ na wynik postępowania, gdyż istniała podstawa do odrzucenia oferty Wykonawcy spowodowana nieprawidłowościami dotyczącymi dokumentacji K. D. i DCF Consulting sp. z o.o. Zamawiający dodał, że twierdzenia, iż Odwołujący działał w przekonaniu, że wcześniej złożone dokumenty są prawidłowe, dlatego dokumenty dotyczące K. D. i DCF Consulting sp. z o.o. złożył w tożsamej formie, są nieuzasadnione i w sposób jednoznaczny wskazują na brak profesjonalizmu Wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący próbuje przerzucić na Zamawiającego odpowiedzialność za wadliwość własnych działań i brak profesjonalizmu, którego winno się od niego wymagać w szczególności z uwagi na charakter prowadzonej działalności.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Zamawiający, poza ww. argumentacją, dodał, iż zasadą jest, że Zamawiający wzywa o uzupełnienie dokumentów tylko jeden raz w stosunku do tych samych oświadczeń lub dokumentów, które składane są na potwierdzenie danych okoliczności. Z uwagi na okoliczność, że wezwanie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp ma charakter jednorazowy i ostateczny Zamawiający musiał wobec zaistniałych okoliczności wykluczyć

Odwołującego, zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp. W zakresie przywołanego w odwołaniu wyroku z dnia 1 października 2018 roku, sygn. akt KIO 1848/18, Zamawiający wskazał, że dopełnił procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przed wykluczeniem Odwołującego. Podkreślił, że czynność wykluczenia była związana z dokumentami w postaci zaświadczenia KRK dla K. D. oraz zaświadczenia US dla DCF Consulting Sp. z o. o., a nie jak mylnie wskazuje Odwołujący z dokumentami dotyczącymi M. M. i S. G. oraz Kancelarii Prawnej L. i Wspólnicy Spółka komandytowa. Zamawiający wskazał także, że nie doszło do naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszelkie czynności postępowania były przez Zamawiającego podejmowane w oparciu o obowiązujące przepisy. Podniósł, iż na dzień wystosowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający nie zbadał jeszcze wszystkich dokumentów przedłożonych na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, zaznaczając, że procedura badania oferty była dostosowywana do sytuacji związanej z wystąpieniem stanu epidemii COVID-19. Wskazał także, że nie zmieniał swoich wymogów co do treści i formy dokumentów. Od początku do końca postępowania Zamawiający oczekiwał na złożenie przez Wykonawcę dokumentacji w prawidłowej formie, zgodnej z SIWZ i wymogami prawa w tym zakresie.

W zakresie zarzutu nr 3 Zamawiający podkreślił, że z żadnego oświadczenia Zamawiającego, z żadnej jego czynności ani z żadnego dokumentu postępowania nie można wywieść jakiejkolwiek akceptacji Zamawiającego dla nieprawidłowej dokumentacji. Zamawiający przeprowadzki badanie dokumentów i stwierdził, że dokumenty KRK przedłożone w postaci wydruku wizualizacji eKRK dla K. D. oraz wydruku eUS dla DCF Consulting sp. z o.o. nie zostały złożone w prawidłowej formie. Podejmując ww. decyzję Zamawiający kierował się obowiązującymi przepisami prawa, które jasno wskazują jakie dokumenty mogą być przedkładane w postaci wydruku. Zamawiający nigdy nie podjął innego stanowiska w ww. kwestii i nie zmieniał go. Dodał, że treścią oferty nie są dokumenty podmiotowe, a także oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia Do oferty (oświadczenia woli) ma zastosowanie art. 65 par. 1 k.c., jak i inne, szczególne przepisy ustawy Pzp, np. art. 87. Natomiast dokumenty w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego KRK czy zaświadczenia US są to dokumenty urzędowe, a nie oświadczenia woli i do nich zastosowanie mają m.in. regulacje rozporządzenia prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych czy Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Zamawiającego Odwołujący w zakresie zarzutu nr 3 błędnie i mylnie przypisuje działaniom Zamawiającego walor milczącej zgody, a także konstrukcję art. 65 § 1 k.c. odwołującą się do zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem, które cechuje wysoki formalizm w zakresie działań zamawiającego i wykonawcy. Nadto ustawa Pzp wymaga dla określonych działań zamawiającego właściwego dokumentowania podejmowanych decyzji i rozstrzygnięć. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dochował wierności tym postanowieniom, co przejawia się szczególnie w kazuistyczności i szczegółowości adresowanych do Odwołującego wezwań do uzupełnienia dokumentów.

W odniesieniu do zarzutu nr 4 Zamawiający podniósł, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie analiz optymalizacyjnych dotyczących sektora wodno-kanalizacyjnego w Łodzi, których wynikiem ma być sporządzenie różnych wariantów modeli optymalizacyjnych tego sektora oraz opracowanie, dla wybranego przez Zamawiającego wariantu modelu, wytycznych do wykonania wdrożenia. Wyjaśnił, iż sektor wodnokanalizacyjny w Łodzi funkcjonuje w ramach 3 podmiotów - spółek kapitałowych z udziałem Miasta Łodzi: Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej sp. z o.o., Zakładu Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. i Grupowej Oczyszczalni Ścieków w Łodzi sp. z o.o. Gwarancja wykonania przedmiotu zamówienia przez podmiot posiadający właściwe doświadczenie jest istotna nie tylko dlatego, że jego konsekwencje obejmują wiele podmiotów, ale również dlatego, że ma stanowić podstawę do kolejnych działań Zamawiających (wykonania wdrożenia) i istotne znaczenie ma, aby zamówienie wykonał podmiot posiadający określone kwalifikacje. Zamawiający odwołał się do regulacji ustawowych oraz przedstawił stan faktyczny wynikający z dokumentacji. W jego ocenie złożone przez Odwołującego dokumenty nie udowadniają, że realizując zamówienie Odwołujący będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu W. i Wspólnicy Sp. k. w stosunku do całości zamówienia, tak by została spełniona zasada wyrażona w art.22 ustawy Pzp i zamówienie wykonał podmiot posiadający określone kwalifikacje zawodowe. Opisał wynikające z dokumentów warunki udostępnienia zasobów. Zamawiający zauważył, że w zobowiązaniach szczegółowo określono kwestie, które będą przedmiotem umowy podwykonawstwa, natomiast w sposób ogólnikowy odniesiono się do opisu udostępnionego zasobu jakim ma być „udział w pracy zespołu projektowego", przy czym szczegółowy zakres udziału podwykonawcy na zasadzie umowy podwykonawstwa, który Zamawiającemu został wskazany w treści zobowiązania odnosi się do „wycinka" zamówienia. Zawarte w zobowiązaniach firmy W. i Wspólnicy Sp. k. zapisy dotyczące sposobu wykorzystania

udostępnionych zasobów: „zasoby techniczne zawodowe wykorzystane będą przez wykonawcę do pracy zespołu projektowego" są lakoniczne i nie wskazują, w jaki sposób Wykonawca będzie dysponował podczas realizacji całości zamówienia tym podmiotem. Wykonawca nie dookreślił tego sposobu, pomimo wezwania go przez Zamawiającego pismem z dnia 21.04.2020 r. do uzupełnienia dokumentów wykazującym jednoznacznie „braki" złożonego w ofercie zobowiązania. Podobnie „umowa współpracy doradczej" zawiera kilka oszczędnych postanowień co do zasad współpracy pomiędzy Wykonawcą i podmiotem trzecim, które nie wskazują na sposób dostępu do zasobów podmiotu trzeciego w stosunku do całości zamówienia. Zamawiający wskazał także, że teza Odwołującego, że wspólnicy ww. spółki oddali Odwołującemu jej najważniejsze zasoby, czyli osoby wspólników, nie znajduje odzwierciedlenia w treści dokumentów zobowiązania podmiotu trzeciego czy umowy współpracy doradczej. Również treść wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, odpowiedzialnych za świadczenie usług, złożonego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30.03.2020 r., nie wskazuje na udział w realizacji zamówienia osób z firmy W. i Wspólnicy Sp. k. Nadto w Formularzu ofertowym Wykonawca oprócz własnych zasobów kadrowych wskazuje osobę dr hab. P. M. jako specjalistę analityka finansowego, przy czym osoba ta jest wspólnikiem spółki DCF Consulting sp. z o.o. i nie pozostaje w dyspozycji W. i Wspólnicy sp. k.

W konsekwencji Zamawiający miał wątpliwość, czy realizując zamówienie Wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu w stosunku do całości zamówienia, a w tym zakresie Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego - zobowiązania czy umowy współpracy, że podmiot który ma doświadczenie będzie skutecznie brat udział w realizacji całości tego zamówienia. Zamawiający wskazał również, że Odwołujący nie podnosił wcześniej tj. w piśmie z dnia 30.04.2020 r. w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów - pismo z dnia 21.04.2020 r., że czynność Zamawiającego w zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzą, że stosunek łączący Wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów w stosunku do całości zamówienia, stanowi naruszenie ustawy Pzp. Zamawiający zauważył, że już w piśmie z dnia 21.04.2020 r. jasno określił, że w przedłożonych przez Wykonawcę dokumentach: zobowiązaniu firmy W. i Wspólnicy Sp. k. oraz wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, odpowiedzialnych za świadczenie usług, złożonego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30.03.2020 r., nie zostało udowodnione Zamawiającemu, że realizując zamówienie Wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu w stosunku do całości zamówienia. Zamawiający dodał, że jego stanowisko wyrażone w ww. piśmie uwzględniało treść wszystkich dokumentów złożonych przez Wykonawcę do tego terminu, w tym tych złożonych w dniu 11.02.2020 r. oraz w dniu 06.03.2020 r., na które powołuje się Wykonawca jako dowody w niniejszej sprawie, tj. kosztorys ofertowy Wykonawcy, wyjaśnienia do kosztorysu ofertowego z dnia 11.02.2020 r. oraz 06.03.2020 r. W tym zakresie Zamawiający podkreślił, że są to dokumenty stanowiące oświadczenie Wykonawcy, a oświadczenie własne Wykonawcy nie jest wystarczające, w świetle art. 22a ust. 2 ustawy Pzp, do udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia. Zobowiązanie (gwarancja rzeczywistego dostępu do ich zasobów podmiotu trzeciego) musi pochodzić od podmiotu trzeciego.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 4 sierpnia 2020 r. złożył ponadto pismo procesowe, zawierające uzupełnienie argumentacji przedstawionej w odwołaniu, wskazujące na zmianę w toku postępowania przez Zamawiającego sposobu kwalifikacji dokumentów przedstawianych przez Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w ustawowym terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba uznała, iż Odwołujący, który został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, wykazał interes w uzyskaniu tego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty

Odwołującego wraz z załącznikami, wezwań kierowanych do Odwołującego w toku postępowania oraz złożonych w odpowiedzi na nie oświadczeń i dokumentów, zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postepowania i unieważnieniu postępowania. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie Odwołującego) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 sierpnia 2020 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego jako zamówienie klasyczne. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie analiz optymalizacyjnych dotyczacyh sektora wodno-kanalizacyjnego w Łodzi, sporządzenie co najmniej trzech wariatów modeli optymalizacyjnych sektora wodno-kanalizacyjnego w Łodzi, opracowanie wytycznych do planu wdrożenia, wykonania wdrożenia, wybranego przez Miasto Łódź wariantu modelu optymalizacyjego (Rozdział IV pkt 1 SIWZ). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i zasady jego realizacji zostały zawarte w załączniku nr 8 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia" oraz we wzorze umowy stanowiacym załacznik nr 7 do SIWZ (Rozdział IV pkt 2 SIWZ).

W Rozdziale X SIWZ Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu (pkt 1.1.) oraz spełniają warunki dotyczace zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 1.2.3). Zgodnie z pkt 1.2.3.1. wykonawca spełni ww. warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert,

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał 2 (dwie) umowy analiz optymalizacyjnych podmiotu lub podmiotów działających w sektorze rynku regulowanego (sektor energetyczny, sektor wod-kan) o wartości minimum 400.000 zł brutto każda z nich. Zamawiający wskazał, iż usługi analiz optymalizacyjnych muszą dotyczyć podmiotu/podmiotów zatrudniających w chwili rozpoczęcia realizacji usługi łącznie minimum 1000 osób, przy czym Zamawiający dopuszcza możliwość sumowania zatrudnienia maksymalnie w ramach 2 umów. Usługa analizy optymalizacyjnej powinna obejmować przeprowadzenie analizy stanu faktycznego funkcjonowania podmiotu/podmiotów oraz sformułowanie wniosków optymalizacyjnych w zakresie funkcjonowania całego podmiotu/podmiotów (analiza winna dotyczyć podmiotu, a nie procesu).

Zgodnie z pkt 4 Rozdziału X SIWZ, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w pkt.1.2.2. i 1.2.3., w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. W pkt 5 Zamawiający poinformował, że „stosowna sytuacja", o której mowa powyżej, wystąpi wyłącznie w przypadku kiedy: a) wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udowodni Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, b) zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w pkt.1.1 rozdziału X. W pkt 7 wskazano, iż Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 PZP oraz art. 24 ust. 5 pkt. 1 i pkt. 8 PZP. Z kolei w pkt 8 Zamawiający wskazał, iż jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 4, nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w niniejszym rozdziale.

W Rozdziale XI pkt 1.3 SIWZ wskazano, iż na etapie składania ofert Zamawiający wymaga od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów - przedłożenia oryginału zobowiązania podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Ponadto w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu

umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności: 1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu; 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego.

Dalej Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 24aa PZP może najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (Rozdział XI pkt 2). Zgodnie z pkt 4 Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, tj. m.in.: 1) wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; Wykaz usług powinien być sporządzony, według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ; 4) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, pkt 14 i pkt 21 PZP, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert; 6) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Ponadto Zamawiający w pkt 5 wskazał, iż oświadczenia, o których mowa w pkt 4 składane są w oryginale, a dokumenty inne niż oświadczenia, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio: wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą. Poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje w formie pisemnej. Zamawiający wymagał złożenia oferty w formie pisemnej (podpisanej własnoręcznym podpisem) pod rygorem nieważności (Rozdział XIV ust.1 pkt 3 SIWZ).

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty, w tym oferta Odwołującego. W formularzu ofertowym (pkt 7) Odwołujący wskazał, iż zamówienie zrealizuje przy udziale czterech podwykonawców, w tym firmy W. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Poznaniu. Zakres zamówienia powierzony temu podwykonawcy opisano następująco: „1. Udział 25% realizacji zamówienia, w tym optymalizacja warunków działania zamawiających w ramach zamówienia określonych w następujących dokumentach i czynnościach: Koncesja na wytwarzanie energii elektrycznej nr (...), Członkostwo w Rejestrze Świadectw Pochodzenia na Towarowej Giełdzie Energii, Członkostwo w Rejestrze Gwarancji Pochodzenia, Członkostwo w Rejestrze Rynku Mocy (OPZ str. 12); 2) opracowanie wytycznych (część B) w części: sporządzenia opisu spełniającego wymagania ustawy Pzp, wskazania różnych opcji wykonania poszczególnych elementów wdrożenia, określenia szacunkowej wartości zamówienia usług doradczych dla kolejnego etapu, przygotowania projektu umowy, wskazania minimalnych wymagań, jakie powinien określić zamawiający w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opisania kryteriów oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy Pzp (OPZ str. 13). Do oferty Odwołujący załączył oświadczenie firmy W. i Wspólnicy Sp. k., w którym ww. firma zobowiązała się do oddania Odwołującemu na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia następujących zasobów wskazując: „w ramach umowy podwykonawczej udostępniony zostanie wykonawcy potencjał (zasoby kadrowe i doświadczenie) firmy W. i wspólnicy Sp. k., w tym doświadczenie w realizacji dwóch umów ramowych, w ramach których wykonywane były m.in. analizy optymalizacyjne podmiotów działających w sektorze rynku regulowanego (sektor energetyczny), o wartości minimum 400.000 zł brutto każda umów. Oświadczam, iż:

a) udostępniam wykonawcy ww. zasoby w następującym zakresie: zdolności techniczne i zawodowe przekazane zostaną wykonawcy w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia;

b) sposób wykorzystania udostępnionych zasobów/zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: zasoby techniczne i zawodowe wykorzystane zostaną przez wykonawcę do pracy zespołu projektowego; na podstawie umowy podwykonawstwa

usług W. i wspólnicy Sp. k będzie miała udział w 25% realizacji zamówienia, w tym: 1) optymalizacji warunków działania zamawiających w ramach zamówienia określonych w następujących dokumentach i czynnościach: Koncesja na wytwarzanie energii elektrycznej nr (...), Członkostwo w Rejestrze Świadectw Pochodzenia na Towarowej Giełdzie Energii; Członkostwo w Rejestrze Gwarancji Pochodzenia; Członkostwo w Rejestrze Rynku Mocy (OPZ str. 12); 2) opracowanie wytycznych (część B) w części: sporządzenia opisu spełniającego wymagania ustawy Pzp, wskazania różnych opcji wykonania poszczególnych elementów wdrożenia, określenia szacunkowej wartości zamówienia usług doradczych dla kolejnego etapu, przygotowania projektu umowy, wskazania minimalnych wymagań, jakie powinien określić Zamawiający w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opisania kryteriów oceny Ofert zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (OPZ str. 13);

c) charakter stosunku łączącego mnie z Wykonawcą będzie następujący: czynności firmy W. i wspólnicy Sp. k. wykonywane będą na podstawie umowy podwykonawstwa zamówienia;

d) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: czynności firmy W. i wspólnicy Sp. k. wykonywane będą w okresie realizacji całego zamówienia."

Zamawiający w toku postępowania prowadził procedurę wyjaśnienia ceny oferty

Odwołującego, dwukrotnie kierując do niego wezwania w tym przedmiocie. W ramach wyjaśnień Odwołujący złożył m.in. kosztorys ofertowy wraz z załącznikami, w tym ofertą firmy

W. i wspólnicy Sp. k.

Zamawiający w dniu 30 marca 2020 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust.

2 ustawy Pzp do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, które wymienił w treści wezwania. W odpowiedzi Odwołujący złożył m.in. wykaz wykonanych usług, w którym wskazał dwie usługi zrealizowane przez spółkę W. i wspólnicy Sp. k., na której zasoby się powołał, na rzecz PSG Sp. z o.o., załączając także referencje. Złożył ponadto:

- informację z KRK dla p. M. M. w formie wydruku wizualizacji dokumentu elektronicznego wygenerowanego przez system e-Platforma Ministerstwa Sprawiedliwości opatrzonego własnoręcznych podpisem Prezesa Zarządu DCF Consulting sp. z o.o.

- informację z KRK dla p. S. G. w formie wizualizacji wydruku dokumentu elektronicznego wygenerowanego przez system e-Platforma Ministerstwa Sprawiedliwości poświadczonego za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu DCF Consulting sp. z o.o. własnoręcznym podpisem;

- zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Gnieźnie o niezaleganiu w podatkach przez Odwołującego w formie wydruku dokumentu elektronicznego poświadczonego za zgodność z oryginałem przez r.pr M. L. działającego w imieniu Odwołującego własnoręcznym podpisem;

Zamawiający w dniu 21 kwietnia 2020 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust.

3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, w tym: informacji z KRK dla p. K. D.; zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego dla DCF Consulting Sp. z o.o. Ponadto Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oryginału zobowiązania firmy W. i wspólnicy Sp. k., z uwzględnieniem zakresu, w jakim ww. podmiot udostępnia Odwołującemu zasoby w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia oraz potwierdzającego, że stosunek łączy Odwołującego z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów w stosunku do całości zamówienia. Zamawiający wyjaśnił regulacje wynikające z art. 22a ustawy Pzp wraz z przywołaniem orzecznictwa, wskazując m.in. na ust. 4, z którego wynika konieczność realizacji przez podmiot udostępniający zasoby usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zamawiający wskazał, że w przedłożonych przez Odwołującego dokumentach nie zostało udowodnione, że realizując zamówienie Odwołujący będzie dysponował zasobami tego podmiotu w stosunku do całości zamówienia, tak aby spełniona została przesłanka z art. 22 ustawy Pzp i zamówienie wykonał podmiot posiadający określone kwalifikacje zawodowe. W konsekwencji Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów, które potwierdzają, że stosunek łączący Odwołującego z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów w stosunku do całości zamówienia, określające w szczególności zakres dostępnych zasobów, sposób wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający wskazał także, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe firmy W. i wspólnicy Sp. k., nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby wykonawca zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego

wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności zawodowe wymagane w SIWZ.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył m.in.:

- informację z KRK dla p. K. D. w formie wydruku wizualizacji dokumentu elektronicznego wygenerowanego przez system e-Platforma Ministerstwa Sprawiedliwości poświadczonego za zgodność z oryginałem przez r.pr M. L. działającego w imieniu Odwołującego własnoręcznym podpisem;

- zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Mińsku Mazowieckiem o niezaleganiu w podatkach przez DCF Consulting sp. z o.o. w formie wydruku dokumentu elektronicznego poświadczonego za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu DCF Consulting sp. z o.o. własnoręcznym podpisem;

- umowę współpracy doradczej z dnia 29 kwietnia 2020 r. zawartej pomiędzy Odwołującym a firmą W. i wspólnicy Sp. k.;

- zobowiązanie firmy W. i wspólnicy Sp. k. do udostępnienia zasobów.

Zgodnie z ww. umową W. i wspólnicy Sp. k. („Podwykonwca") udostępnia zasoby swojego przedsiębiorstwa na czas postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego; w tym doświadczenie wykonawcy dot. działalności przedsiębiorstw w obszarze rynku regulowanego (§ 1 ust. 2). Zgodnie z § 2 ust. 2 Podwykonawca oświadcza, iż w przypadku rozpoczęcia realizacji zamówienia publicznego udostępni zasoby niezbędne do zamówienia. Strony w trakcie realizacji zamówienia uzgodnią szczegółowe warunki realizacji współpracy określonej w umowie (§ 2 ust. 3). Umowę zawarto na okres wykonywania zamówienia (§ 5). W złożonym zobowiązaniu podmiotu trzeciego spółka W. i wspólnicy Sp. k. zobowiązała się do oddania Odwołującego na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia następujących zasobów wskazując: „w ramach umowy podwykonawczej udostępniony zostanie wykonawcy potencjał (zasoby kadrowe i doświadczenie) firmy W. i wspólnicy Sp. k., w tym doświadczenie w realizacji dwóch umów ramowych, w ramach których wykonywane były m.in. analizy optymalizacyjne podmiotów działających w sektorze rynku regulowanego (sektor energetyczny), o wartości minimum 400.000 zł brutto każda umów, oświadczam, iż:

e) udostępniam wykonawcy ww. zasoby w następującym zakresie: zdolności techniczne

w postaci doświadczenia firmy W. i wspólnicy Sp. k. wynikającego realizacji na rzecz spółki Poiska Spółka Gazownictwa sp. ż o.o. dwóch umów doradztwa prawnego oraz regulacyjnego oraz zasobów technicznych niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego pn. „Wykonanie analiz optymalizacyjnych dotyczących sektora wodno-kanalizacyjnego w Łodzi", zdolności zawodowe firmy W. i wspólnicy Sp. k przekazane zostaną wykonawcy w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia;

f) sposób wykorzystania udostępnionych zasobów/zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: zasoby techniczne i zawodowe wykorzystane zostaną przez wykonawcę do pracy zespołu projektowego; na podstawie umowy podwykonawstwa usług W. i wspólnicy Sp. k będzie miała udział nie mniejszy 25% realizacji zamówienia, w tym: 1) optymalizacji warunków działania zamawiających w ramach zamówienia określonych w następujących dokumentach i czynnościach: Koncesja na wytwarzanie energii elektrycznej nr (...), Członkostwo w Rejestrze Świadectw Pochodzenia na Towarowej Giełdzie Energii; Członkostwo w Rejestrze Gwarancji Pochodzenia; Członkostwo w Rejestrze Rynku Mocy (OPZ str. 12); 2) opracowanie wytycznych (część B) w części: sporządzenia opisu spełniającego wymagania ustawy Pzp, wskazania różnych opcji wykonania poszczególnych elementów wdrożenia, określenia szacunkowej wartości zamówienia usług doradczych dla kolejnego etapu, przygotowania projektu umowy, wskazania minimalnych wymagań, jakie powinien określić Zamawiający w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opisania kryteriów oceny Ofert zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (OPZ str. 13);

g) charakter stosunku łączącego mnie z Wykonawcą będzie następujący: czynności firmy W. i wspólnicy Sp. k. wykonywane będą na podstawie umowy podwykonawstwa zamówienia;

h) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: czynności firmy W. i wspólnicy Sp. k. wykonywane będą w okresie realizacji całego zamówienia."

Zamawiający w dniu 30 czerwca 2020 r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia.
W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty, tj. informacja z KRK dla p. K. D. oraz

zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego dla DCF Consulting została złożone w formie wydruku dokumentu potwierdzonego za zgodność. Zamawiający wyjaśnił, iż z uwagi na brak własnoręcznego podpisu, wydruk komputerowy co do zasady nie ma rangi dokumentu (ani dokumentu urzędowego, ani prywatnego). Nadanie wydrukom komputerowym rangi dokumentu możliwe jest tylko w drodze jednoznacznej regulacji ustawowej. Wydruk komputerowy zawierający informację na temat karalności mógłby zostać uznany za dokument, tylko w sytuacji, gdyby możliwość taką przewidywała konkretna regulacja ustawowa, tj. gdyby przepis ustawy nadawał temu wydrukowi rangę dokumentu lub zrównywałby jego moc z mocą dokumentów. W ustawie o Krajowym Rejestrze Karnym nie znajduje się przepis, który pozwalałby na powyższe. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 9 września 2015 roku (KIO 1801/15) w przypadku, gdy informacja wydawana jest w formie pliku elektronicznego, dokumentem jest ten plik, który ma formę elektroniczną, a nie wydruk zawartości tego pliku. Zatem wydruk nie może zastąpić dokumentu. Wizualizacja zaświadczenia KRK możliwa jest przy wykorzystaniu funkcjonalności e-KRK, jednak wydruk nie jest dokumentem. Informacja taka widnieje na stronie głównej E-KRK. Zamawiający wskazał, iż do zrównania mocy wydruku komputerowego z dokumentem urzędowym mamy do czynienia w przypadku wydruku z Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego. Zgodnie z art. 4 ust. 4aa pobrane samodzielnie wydruki komputerowe aktualnych i pełnych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację. Regulacje ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym nie zawierają analogicznego przepisu, który dawałby podstawę do uznania, że wydruk jest dokumentem.

W tej kwestii zdaniem Zamawiającego istotne są również informacje zamieszczone przez Ministerstwo Sprawiedliwości na stronie e-krk, zgodnie z którymi, wydany dokument ma postać pliku XML, który można zapisać na informatycznym nośniku danych (np. pamięć USB, płyta CD, DVD). W przypadku korzystania przez Wykonawcę z opcji uzyskania zaświadczenia o niekaralności jaką daje e-Platforma Ministerstwa Sprawiedliwości, otrzymuje on archiwum w formacie ZIP, w którym są trzy pliki - zaświadczenie właściwe w formacie XML, plik podpisu zewnętrznego oraz wizualizacja zaświadczenia w formacie PDF. Przepis § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych wyklucza możliwość sporządzenia i przekazania elektronicznej kopii dokumentu w przypadku, gdy jego oryginał został sporządzony w postaci dokumentu elektronicznego. Zgodnie zaś 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, dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem. Mając na uwadze powyższe, zdaniem Zamawiającego, nie można uznać przedłożonego wraz z pismem z dnia 30 kwietnia 2020 roku wydruku wizualizacji dokumentu e-krk - informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pani K. D. za prawidłowe wykonanie wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający wskazał, iż podobna sytuacja ma miejsce dla zaświadczenia wystawionego przez naczelnika urzędu skarbowego dla DCF Consulting Sp. z o.o. - złożenie wydruku dokumentu uzyskanego elektronicznie potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę nie jest poprawne, ponieważ brak jest regulacji zrównujących moc wydruku z dokumentem wystawionym elektronicznie. W przypadku złożenia dokumentu w niewłaściwej formie, jak ma miejsce w tej sytuacji, należy uznać, że ww. dokument nie został złożony.

W odniesieniu do zobowiązania podmiotu trzeciego firmy W. i Wspólnicy Sp.k., na zasobach którego Odwołujący polegał w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności zawodowych, Zamawiający wskazał, iż w treści zobowiązania nadal w sposób lakoniczny jest wskazane, że „zasoby techniczne i zawodowe wykorzystane będą przez Wykonawcę do pracy zespołu projektowego", „w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia”, przy czym treść wykazu osób, jak również innych dokumentów przekazywanych przez Odwołującego w postępowaniu nie wskazuje na udział innych osób w realizacji zamówienia spoza firmy Odwołującego (z wyjątkiem osoby Analityka finansowego, który stanowi zasób firmy DFC Consulting sp. z o.o.). Pomimo zmiany zawartej w oświadczeniu z pkt. b) zobowiązania dotyczącej udziału (na podstawie umowy podwykonawstwa) ww. podmiotu w realizacji zamówienia z 25% na „nie mniejszy niż 25 %” zakres przedmiotowy (merytoryczny) wykonywanych czynności przez firmę W. i Wspólnicy Sp. k. nie został zmieniony. Zamawiający podniósł, że zakres ten nie dotyczy całości zamówienia, a jedynie jego części. Podobnie „umowa współpracy doradczej” zawiera kilka lakonicznych „postanowień” co do zasad współpracy pomiędzy Odwołującym i podmiotem trzecim, które nie wskazują na sposób dostępu do zasobów podmiotu trzeciego w stosunku do całości zamówienia. Umowa nie zawiera nic więcej poza oświadczeniem o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci, deklaracji współpracy na zasadzie podwykonawstwa w przypadku wyboru oferty Odwołującego, natomiast wskazano, że szczegółowe warunki realizacji współpracy zostaną przez strony określone „w trakcie realizacji zamówienia”. Przedłożone

dokumenty w ocenie Zamawiającego nie potwierdzają, że w stosunku do całości zamówienia zagwarantowany jest rzeczywisty dostęp do zasobów firmy W. i Wspólnicy Sp. k. i w związku z tym nie zostanie spełniona zasada wyrażona w art.22 PZP, aby zamówienie wykonał podmiot posiadający określone kwalifikacje zawodowe. Zamawiający wskazał, iż postawił warunek doświadczenia odnoszący się do całego zamówienia tj. by wykonawca "wykonał dwie umowy analiz optymalizacyjnych podmiotu lub podmiotów działających w sektorze rynku regulowanego (...)", a wykonawca w zakresie całego warunku odnoszącego się do całego zamówienia, powołał się na zdolności innego podmiotu. W związku z tym, zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, podmiot ten powinien wykonać zamówienie zgodnie z deklaracją, czyli w stosunku do całości. Zamawiający powołał się na wyroki KIO z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO 764/18, z dnia 29 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 711/19 oraz opinię UZP. W ocenie Zamawiającego poprzez złożenie dokumentów, które nie potwierdzają, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów w stosunku do całości zamówienia tj. dokumentów z których treści nie wynika, że wykonawca rzeczywiście zapewnia realny udział podmiotu w wykonywaniu zamówienia, w zakresie w jakim podmiot ten posiada wymagane zdolności, należy uznać, że wykonawca nie wykazuje spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż w sytuacji, gdy wszystkie dokumenty, tj. informacja z Krajowego Rejestru Karnego dla Pani K. D., zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego dla firmy DCF Consulting Sp. z o.o., dokumenty, w tym zobowiązanie firmy W. i wspólnicy Sp. k. potwierdzające, że stosunek łączący wykonawcę z ww. firmą gwarantuje rzeczywisty dostęp do jej zasobów w stosunku do całości zamówienia, były przedmiotem wezwania na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, została zrealizowana zasada jednokrotności wezwania w tym trybie. W tym zakresie Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2017 roku, sygn. akt KIO 1510/17. Zamawiający poinformował także, iż działając na podstawie art.46 ust. 4a ustawy Pzp zatrzymuje wadium w kwocie 5.000,00 zł (wraz z odsetkami), z uwagi na fakt, iż na wezwanie, o którym mowa w art.26 ust.3 ustawy Pzp nie zostały złożone ww. dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i na potwierdzenie, że nie zachodzą podstawy wykluczenia.

Zamawiający w dniu 30 czerwca 2020 r. poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ cena oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierzają przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i nie mogą zwiększyć tej kwoty.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby za bezzasadne uznać należy zarzuty oznaczone nr 1 - 3 odwołania, odnoszące się do kwestii wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na złożenie uzupełnionych dokumentów w nieprawidłowej formie w sytuacji, gdy - zdaniem Odwołującego - Zamawiający zaakceptował inne, wcześniej złożone w tej samej formie, dokumenty.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż wedle art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust.

1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zgodnie zaś z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Odwołujący wskazał także na naruszenie art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm., dalej jako „k.c."), zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady

współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, a który znajduje zastosowanie w związku z odesłaniem zawartym w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp (Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Na wstępie wskazać należy, że Izba bada prawidłowość czynności Zamawiającego po pierwsze przez pryzmat podstaw faktycznych i prawnych przedstawionych przez Zamawiającego w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a po drugie przez pryzmat podstaw faktycznych i prawnych wskazanych w treści odwołania (zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu). Dlatego tez rozpoznając zarzuty nr 1-3 odwołania Izba miała na względzie okoliczność, iż Odwołujący w treści odwołania nie kwestionował faktycznej przyczyny, jaka legła u podstaw wykluczenia go z postępowania, tj. nieprawidłowej formy złożonych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia zaświadczeń z KRK i US. W konsekwencji kwestia formy złożonych dokumentów, jako nie objęta podstawą faktyczną zarzutów, nie stanowiła przedmiotu oceny Izby w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Tym samym za spóźnione Izba uznała prezentowane podczas rozprawy przez Odwołującego argumenty, jakoby w innych postępowaniach zamawiający mieli akceptować jako prawidłowe poświadczone własnoręcznie za zgodność z oryginałem przez wykonawcę wydruki wizualizacji dokumentów elektronicznych (stanowisko Odwołującego było przy tym bardzo lakoniczne i niczym nie poparte).

Argumentacja przedstawiona w odwołaniu opierała się na założeniu, że Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia części dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (tj. wydruków wizualizacji zaświadczeń z KRK i US), co w ocenie Odwołującego oznaczało, że Zamawiający uznał je za kompletne i prawidłowe, a następnie zmienił swoje stanowisko i wykluczył Odwołującego z postępowania z uwagi na złożenie w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp brakujących zaświadczeń z KRK (dla p. K. D.) i US (dla DCF Consulting), które przedstawione zostały w takiej samej formie, tj. w formie wydruków dokumentów elektronicznych poświadczonych za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby założenie Odwołującego, że Zamawiający zaakceptował formę dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 marca 2020 r. z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp było błędne, taka okoliczność nie wynika bowiem z dokumentacji postępowania. Sam fakt, że Zamawiający w wezwaniu wystosowanym w dniu 21 kwietnia 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wskazał na nieprawidłową formę dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, nie jest równoznaczny z tym, że Zamawiający takie dokumenty zaakceptował. Izba za wiarygodne uznała stanowisko Zamawiającego prezentowane w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, że dostrzegając braki w złożonych dokumentach, co Zamawiający był w stanie ustalić już na podstawie pisma przewodniego, w którym Odwołujący wyszczególnił składane dokumenty, w pierwszej kolejności wezwał on Odwołującego do ich uzupełnienia, kontynuując procedurę badania oferty. Jakkolwiek faktycznie pożądane byłoby, aby Zamawiający wzywał wykonawców do uzupełnienia dokumentów w sposób kompleksowy, to czynnościom Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie nie sposób zarzucić naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zamawiający jest uprawniony do wezwania wykonawców do uzupełnienia czy wyjaśnienia oświadczeń lub dokumentów w każdym czasie, kiedy dostrzeże braki, błędy czy też poweźmie co do nich wątpliwości (z zastrzeżeniem, że wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter jednokrotny w stosunku do tych samych oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie tych samych okoliczności). Tym samym nie sposób uznać za zasadne twierdzeń Odwołującego, że po stronie Zamawiającego dojść miało do zmiany stanowiska co do kwalifikacji wymaganej formy dokumentów. Podkreślić należy, że kwestia prawidłowości formy złożonych dokumentów nie zależy od arbitralnej decyzji Zamawiającego - musi ona mieć odzwierciedlenie w przepisach prawa oraz postanowieniach SIWZ, a zaakceptowanie przez Zamawiającego dokumentów złożonych w nieprawidłowej formie skutkowałoby naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Izba przyznała rację Zamawiającemu, że Odwołujący konsekwencjami własnego zaniedbania próbuje obarczyć Zamawiającego. Odwołujący podnosząc, że gdyby Zamawiający wzywając go na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów służących wykazaniu braku podstawy wykluczenia, wskazał także na nieprawidłową formę części dokumentów już złożonych, to nie doszłoby do wykluczenia Odwołującego z postępowania, całkowicie pomija fakt, że gdyby na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp złożył komplet wymaganych dokumentów, to zostałby wezwany przez Zamawiającego do ich ewentualnego poprawienia czy uzupełnienia. Odwołujący jest profesjonalistą i obowiązują go standardy właściwe dla profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności (por. art. 355 § 2 k.c.). Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności

składanych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Odwołujący decydując się na ubieganie się o udzielenie zamówienia powinien przeanalizować SIWZ pod kątem wymaganych do złożenia oświadczeń i dokumentów, a na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp komplet tych oświadczeń i dokumentów przedstawić. Odwołujący winien mieć także świadomość, w jakiej formie powinien złożyć dokumenty mające potwierdzać brak podstaw wykluczenia. Nie składając kompletu wymaganych dokumentów (które Zamawiający precyzyjnie wskazał nie tylko w treści SIWZ, ale także w treści wezwania z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp), Odwołujący sam pozbawił się możliwości ich późniejszego uzupełnienia czy poprawienia na wypadek, gdyby okazały się błędne. Podkreślić bowiem należy, że przepisy ustawy Pzp co do zasady dają wykonawcom szansę sanowania nieprawidłowości w złożonych oświadczeniach lub dokumentach - art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiających w takiej sytuacji obowiązek wystosowania wezwania do ich uzupełnienia. Okoliczność, że Odwołujący w przedmiotowej sprawie nie mógł przedstawić dokumentów z KRK dla p. D. oraz z US dla DCF Consulting w prawidłowej formie, była konsekwencją wyłącznie tego, że z uwagi na własne zaniechanie, Odwołujący już raz był wzywany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w stosunku do tych samych dokumentów składanych na potwierdzenie tych samych okoliczności.

Izba wskazuje ponadto, że w przypadku gdy ziściły się przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania wobec niewykazania braku podstaw wykluczenia, odstąpienie przez Zamawiającego od wezwania Odwołującego do uzupełnienia innych dokumentów (tj. informacji z KRK dla p. M., p. G. oraz zaświadczenia z US w Gnieźnie o niezaleganiu przez Odwołującego w podatkach), było w pełni uzasadnione na gruncie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż nawet gdyby zostały one złożone w prawidłowej formie, to oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu (zgodnie z art. 24 ust.4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą). Tym samym nie znajduje uzasadnienia zarzut zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów.

W ocenie Izby nie potwierdził się także zarzut nr 4 odwołania, dotyczący oceny realności udostępnienia Odwołującemu zasobów przez spółkę W. i Wspólnicy sp. k.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Jak stanowi ust. 2 tego przepisu Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W ust. 3 ustawodawca wskazał, iż zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5. Zgodnie zaś z ust. 4 w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W myśl ust. 6 jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X pkt 1.2.3.1 SIWZ. (wykonanie dwóch umów analiz optymalizacyjnych podmiotu lub podmiotów działających w sektorze rynku regulowanego (sektor energetyczny, sektor wod-kan) o wartości minimum 400.000 zł brutto każda z nich) powołał się wyłącznie na doświadczenie podmiotu trzeciego - firmy W. i Wspólnicy Sp. k. Powyższe miało istotne konsekwencje - po pierwsze, jak stanowi art. 22a ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący miał obowiązek udowodnienia, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami ww. spółki, a po drugie, zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, spółka W. i Wspólnicy Sp. k. powinna zrealizować usługi, do których udostępnione zdolności są wymagane.

W aktualnie obowiązującym stanie prawnym wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu zobowiązany jest do zaangażowania tego podmiotu w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiekolwiek przełożenie

na realizację zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1755/17).

Celem takiego rozwiązania jest zapewnienie Zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający po to bowiem konstruuje warunki udziału w postępowaniu, aby udzielić zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię jego należytego wykonania. Jeżeli wykonawca samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i powołuje się na doświadczenie innego podmiotu, to musi zapewnić realny udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w takim zakresie, do jakiego odnosił się warunek.

Już tylko z tego względu chybiona jest argumentacja Odwołującego prezentowana na rozprawie, że w jego ocenie udział spółki W. i Wspólnicy Sp. k. w realizacji zamówienia w wymiarze 25% jest wystarczający, a Odwołujący jako podmiot posiadający wieloletnie doświadczenie wykona samodzielnie większość zamówienia. Odwołujący nie legitymował się na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu własnym doświadczeniem, lecz w całości doświadczeniem podmiotu trzeciego, a wobec tego zobowiązany był udowodnić, że ten podmiot zrealizuje usługi, do których wymagane były zdolności określone w warunku udziału w postępowaniu wskazanym w Rozdziale X pkt 1.2.3.1 SIWZ. Przedmiotowy warunek odnosił się do wykonania dwóch umów analiz optymalizacyjnych podmiotów działających w sektorze regulowanym (wod-kan lub energetycznym), a zatem odpowiadał de facto zdolnościom wymaganym dla realizacji całego przedmiotu niniejszego zamówienia, którym jest wykonanie analiz optymalizacyjnych sektora wod-kan w Łodzi. Odwołujący nie kwestionował zresztą wskazanej w informacji o wykluczeniu okoliczności, że treść warunku udziału w postępowaniu odnosiła się do całego zakresu zamówienia. Odwołujący nie kwestionował także na etapie kształtowania SIWZ samego brzmienia warunku, a podnoszona na rozprawie argumentacja, jakoby warunek ten był niemożliwy do spełnienia samodzielnie, jest argumentacją spóźnioną.

Określony w treści art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wymóg zrealizowania zamówienia w takiej części, z jaką wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania tej części zamówienia (co do zasady w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę). W konsekwencji, aby uznać, że udostępnienie zasobów przez firmę W. i Wspólnicy Sp. k. odpowiada wymaganiom wynikającym z ww. przepisu, firma ta powinna aktywnie uczestniczyć w realizacji całego zakresu zamówienia, a nie tylko wybranych jego elementów, skoro to do całego zakresu zamówienia odnosił się warunek udziału w postępowaniu (a okoliczności przeciwnej Odwołujący nie próbował wykazać). Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie, wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tyko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony. W konsekwencji okoliczność, że firma W. i Wspólnicy Sp. k. faktycznie wykona (wraz z Odwołującym) analizy optymalizacyjne, będące przedmiotem zamówienia, powinna wynikać jasno z treści zobowiązania tego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, ewentualnie innych złożonych przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia dowodów, a nie z domniemań Zamawiającego czy oświadczeń samego Odwołującego. Na powyższe zwracał Odwołującemu uwagę Zamawiający, wzywając go na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego z dokumentów złożonych przez Odwołującego nie wynika, iż firma W. i Wspólnicy Sp. k. zrealizuje zamówienie w całym zakresie, do jakiego odnosi się wymóg legitymowania się doświadczeniem wskazanym w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X pkt 1.2.3.1 SIWZ. Złożone przez Odwołującego zobowiązania ww. podmiotu do udostępnienia zasobów, wskazują w szczególności na udostępnienie tych zasobów w ściśle wyspecyfikowanym zakresie, zbieżnym z zakresem podwykonawstwa podanym przez Odwołującego w formularzu ofertowym (tj. udział 25% w realizacji zamówienia, w tym optymalizacja warunków działania zamawiających w ramach zamówienia określonych w następujących dokumentach i czynnościach: Koncesja na wytwarzanie energii elektrycznej nr (...), Członkostwo w Rejestrze Świadectw Pochodzenia na Towarowej Giełdzie Energii, Członkostwo w Rejestrze Gwarancji Pochodzenia, Członkostwo w Rejestrze Rynku Mocy (OPZ str. 12); 2) opracowanie wytycznych (część B) w części: sporządzenia opisu spełniającego wymagania ustawy Pzp, wskazania różnych opcji wykonania poszczególnych elementów wdrożenia, określenia szacunkowej wartości zamówienia usług doradczych dla kolejnego etapu, przygotowania projektu umowy, wskazania

minimalnych wymagań, jakie powinien określić zamawiający w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opisania kryteriów oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy Pzp (OPZ str. 13).

W pozostałym zakresie udział ww. podmiotu w realizacji zamówienia nie jest znany. Argumentacja przedstawiona w odwołaniu sprowadzająca się do stwierdzenia, że spółka W. i Wspólnicy Sp. k. oddała do dyspozycji Odwołującego jej najważniejsze zasoby, czyli osoby wspólników, które będą uczestniczyć w zespole projektowym, nie znajduje jednoznacznego potwierdzenia w przedstawionych przez Odwołującego dokumentach. Lakoniczne stwierdzenie zawarte w treści oświadczenia firmy W. i Wspólnicy Sp. k., że ww. podmiot będzie uczestniczył w zespole projektowym, nie pozwala na jednoznaczne przesądzenie że będzie on aktywnie uczestniczyć w realizacji zamówienia w całym zakresie (na taką konieczność wskazuje treść warunku), a jego prace w zespole projektowym nie ograniczą się do zakresu wyspecyfikowanego w oświadczeniu. Sam Odwołujący przyznał na rozprawie, że większość czynności będzie wykonywał samodzielnie. Również w formularzu ofertowym, w przeciwieństwie do dwóch innych podwykonawców, przy spółce W. i Wspólnicy Sp. k. Odwołujący nie wskazał „udział w całości zamówienia, w tym (...)", lecz stricte „25%", nie wskazał także na udział ww. podmiotu w zespole projektowym. Z kolei ze złożonej umowy o współpracy w ogóle nie wynika precyzyjny zakres obowiązków firmy W. i Wspólnicy Sp. k. podczas realizacji zamówienia, a jedynie, że dopiero w trakcie realizacji zamówienia zostaną uzgodnione szczegółowe warunki współpracy. Natomiast powoływanie się przez Odwołującego na okoliczności wynikające ze złożonego w ramach wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty kosztorysu jest o tyle nieuzasadnione, że wyjaśnienia stanowiły oświadczenie własne Odwołującego, a nie deklaracje podmiotu udostępniającego zasoby. Złożona zaś w załączeniu do tych wyjaśnień oferta spółki W. i Wspólnicy Sp. k. odnosi się jedynie do czynności wyszczególnionych przez Odwołującego w formularzu ofertowym, nie wskazując na udział w zespole projektowym.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł stanowiącą poniesione przez Zamawiającego koszty postępowania z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: .....