Sygn. akt: KIO 188/20, KIO 221/20

WYROK

z dnia 18 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 30 stycznia 2020 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Perfect sp. z o.o. w Bilczy (sygn. akt KIO 188/20),

B) w dniu 3 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Erbud S.A. w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa „Primbud" sp. z o.o. w Nisku (sygn. akt KIO 221/20)

w postępowaniu prowadzonym przez Uzdrowisko Busko-Zdrój S.A. w Busku-Zdroju

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Perfect sp. z o.o. w Bilczy, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 221/20 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. P., prowadzącego w Kielcach działalność gospodarczą pod nazwą M. P., Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane Per-Mir a także W. L., prowadzącego w Kielcach działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane Aga-Mar, W. L. i J. T. prowadzącego w Ociesękach działalność gospodarczą pod nazwą Budowlane Prace Izolacyjne J. T., działających wspólnie jako wspólnicy spółki cywilnej Expert s.c. w Kielcach, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 188/20 i 221/20 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia częściowo odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 188/20 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. P., prowadzącemu w Kielcach działalność gospodarczą pod nazwą M. P., Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane Per-Mir a także W.L., prowadzącemu w Kielcach działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane Aga-Mar, W. L. i J.T. prowadzącemu w Ociesękach działalność gospodarczą pod nazwą Budowlane Prace Izolacyjne J. T., działającym wspólnie jako wspólnicy spółki cywilnej Expert s.c. w Kielcach 0 punktów w kryterium oceny ofert „zatrudnienie osoby niepełnosprawnej",

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie KIO 188/20,

3. uwzględnia częściowo odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 221/20 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

a) przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. P., prowadzącemu w Kielcach działalność gospodarczą pod nazwą M.P.,

Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane Per-Mir a także W.L., prowadzącemu w Kielcach działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane Aga-Mar, W. L. i J. T. prowadzącemu w Ociesękach działalność gospodarczą pod nazwą Budowlane Prace Izolacyjne J. T., działającym wspólnie jako wspólnicy spółki cywilnej Expert s.c. w Kielcach 0 punktów w kryterium oceny ofert „zatrudnienie osoby niepełnosprawnej",

b) przyznanie wykonawcy Przedsiębiorstwu Budowlanemu Perfect sp. z o.o. w Bilczy 10 punktów w kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika budowy",

4. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 221/20,

5. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 188/20 obciąża Uzdrowisko Busko-

Zdrój S.A. w Busku-Zdroju w części % i wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Perfect sp. z o.o. w Bilczy w części % i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Perfect sp. z o.o. w Bilczy tytułem wpisu od odwołania,

5.2. zasądza od Uzdrowiska Busko-Zdrój S.A. w Busku-Zdroju na Przedsiębiorstwa Budowlanego Perfect sp. z o.o. w Bilczy kwotę 11.800 zł

00 gr (słownie: jedenastu tysięcy ośmiuset złotych zero groszy),

6. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 221/20 obciąża Uzdrowisko Busko-

Zdrój S.A. w Busku-Zdroju w części % i wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia Erbud S.A. w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Robót

Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa „Primbud" sp. z o.o. w Nisku w części % i:

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Erbud S.A. w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa „Primbud" sp. z o.o. w Nisku tytułem wpisu od odwołania,

6.2. zasądza od Uzdrowiska Busko-Zdrój S.A. w Busku-Zdroju na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Erbud S.A. w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa „Primbud" sp. z o.o. w Nisku kwotę 11.800 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy ośmiuset złotych zero groszy).

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 188/20, KIO 221/20

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

Uzdrowisko Busko-Zdrój S.A. w Busku-Zdroju, zwane dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „rozbudowa szpitala uzdrowiskowego „Krystyna"

służąca optymalizacji procesu terapeutyczno-leczniczego w chorobach układu krążenia.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 listopada 2019 r. nr 2019/S 213-521570.

22 stycznia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Perfect sp. z o.o. w Bilczy, zwanego dalej „odwołującym Perfect”, oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Erbud S.A. w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Monterskich Budownictwa „Primbud” sp. z o.o. w Nisku, zwanych dalej „odwołującym Erbud”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. P., prowadzącego w Kielcach działalność gospodarczą pod nazwą M. P., Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane Per-Mir a także W. L., prowadzącego w Kielcach działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane Aga-Mar, W. L. i J. T. prowadzącego w Ociesękach działalność gospodarczą pod nazwą Budowlane Prace Izolacyjne J. T., działających wspólnie jako wspólnicy spółki cywilnej Expert s.c. w Kielcach, zwanych dalej „przystępującym Per-Mir”, wykonawcą „Per-Mir”.

W dniu 30 stycznia 2020 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie złożone przez odwołującego Perfect, a w dniu 3 lutego 2020 r. przez odwołującego Erbud. Postępowania odwoławcze wywołane wniesionymi odwołaniami oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 188/20 oraz sygn. akt KIO 221/20.

Odwołujący Perfect wniósł odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 188/20 wobec:

1) czynności wyboru oferty przystępującego Per-Mir jako najkorzystniejszej,

2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego Per-Mir z udziału w postępowaniu,

Odwołujący Perfect zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 16, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie jego

zastosowania, a w konsekwencji poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego Per-Mir z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2) art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, a w konsekwencji poprzez zaniechania wykluczenia przystępującego Per-Mir z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert, które nie zostały określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, przejawiające się w przyznaniu punktacji za osobę niepełnosprawną nie zatrudnioną przez wykonawcę.

4) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez wybór przystępującego Per-Mir niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, przejawiające się w wyborze oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu oraz nie był uprawniony do otrzymania punktacji w kryterium „zatrudnienie osoby niepełnosprawnej".

Odwołujący Perfect wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego PER-MIR,

2) wykluczenia przystępującego PER-MIR z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

ewentualnie:

3) przyznania przystępującemu PER-MIR, zero punktów w kryterium „zatrudnienie osoby niepełnosprawnej" i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 i 2 odwołujący Perfect podniósł, że przystępujący PER-MIR przekazał zamawiającemu informację, iż wywiązało się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności składek na ubezpieczenie społeczne oraz, że nie posiada w tym zakresie żadnych zaległości. Odwołujący Perfect wskazał na

- oświadczenie JEDZ wspólnika spółki cywilnej EXPERT - Pana W. L.,

- oświadczenie JEDZ wspólnika spółki cywilnej EXPERT - Pana J. T.,

- zaświadczenia ZUS dotyczące członka konsorcjum przystępującego Perfect o niezaleganiu w opłacaniu składanek.

Odwołujący Perfect podniósł, że powyższe informacje pozostają nieprawdziwe.

Argumentował, że w przystępujący PER-MIR w swym piśmie z dnia 21.01.2020 r., poinformował zamawiającego, że „na dzień uzupełnienia dokumentów (11.01.2020 r.) potwierdzających zatrudnienie osoby niepełnosprawnej dostrzegliśmy, że zatrudniana przez Konsorcjanta EXPERT spółka cywilna T. J., L. W. osoba niepełnosprawna nie została zgłoszona przez biuro rachunkowe obsługujące konsorcjanta do ZUS od miesiąca lipca 2019 r. co uniemożliwiło nam udowodnienie zatrudnienia tej osoby. W dniu 18.01.2020 r. dopełniliśmy zatem wszelkich formalności związanej ze zgłoszeniem osoby niepełnosprawnej do ZUS regulując również wszelkie zaległe zobowiązania".

Odwołujący Perfect wywiódł, że z powyższego wynika, iż członek konsorcjum wykonawcy PER-MIR posiadał zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne dotyczące zatrudnionego z dniem 01 lipca 2019 r., pracownika - p. P. W. Argumentował, że potwierdza to nie tylko samo oświadczenie przystępującego PER-MIR, ale także dokumenty załączone do pisma z dnia 21 stycznia 2020 r.

- informacja z ZUS DRA,

- zgłoszenie do ZUS,

- listy płac za wskazany okres,

- kopia umowy o pracę osoby niepełnosprawnej.

Odwołujący Perfect podniósł, że informacje przekazane przez przystępującego PER-MIR dotyczące wywiązania się z wszystkich obowiązków dotyczących płatności składek na ubezpieczenia społeczne oraz o niezaleganiu z płatności na ubezpieczenia społeczne są - jako niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy - informacjami nieprawdziwymi. Odwołujący Perfect wskazał, że podania nieprawdziwych informacji nie usprawiedliwia powoływane przez przystępującego PER-MIR twierdzenie o nie dokonaniu zgłoszenia ww. osoby przez biuro rachunkowe obsługujące partnera konsorcjum przystępującego PER-MIR. Zgodnie z art. 36 ust. 2 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, obowiązek zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych spoczywa na płatniku składek. Płatnikiem składek, w myśl art. 4 pkt 2 powołanej ustawy, jest pracodawca - w tym przypadku członek Konsorcjum „EXPERT" spółka cywilna, T.J., L. W.. Powierzenie obsługi biuru rachunkowemu nie znosi tej odpowiedzialności z pracodawcy. Odwołujący wskazał także, że obowiązkiem przystępującego PER-MIR, jako podmiotu profesjonalnego, było upewnienie się, czy każdy z członków tego konsorcjum, nie narusza przepisów dotyczących zgłoszenia i opłacania składek na ubezpieczenia społeczne. Podniósł, że przystępujący PER-MIR nie dochował należytej staranności przy przedstawianiu zamawiającemu informacji w zakresie dotyczącym opłacania składek na ubezpieczenia społeczne i braku zaległości z tego tytułu. Według odwołującego okoliczności sprawy uzasadniają przypisanie przystępującemu PER-MIR rażącego niedbalstwa.

Odwołujący Perfect wskazał, że wykonawca powinien upewnić się co do wypełnienia podstawowego obowiązku pracodawcy, jakim jest zgłoszenie pracownika do ubezpieczenia i opłacanie składek, a w konsekwencji upewnić się, co do możliwości złożenia zgodnego z prawdą oświadczenia o braku tych zaległości, zwłaszcza - gdy tak jak w niniejszej sprawie - umowa z pracownikiem została podpisana w dniu 01 lipca 2019 r., termin składania ofert upływał w dniu 23 grudnia 2019 r. a więc członek wykonawcy PER-MIR dysponował okresem kilku miesięcy na zweryfikowanie tego, czy wywiązuje się z ww. obowiązków. Z ostrożności odwołujący podniósł, że postępowanie wykonawcy PER-MIR podpada pod lekkomyślność lub niedbalstwo, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Przy niedbalstwie, co podkreśla orzecznictwo, wykonawca nie musi nawet zdawać sobie sprawy i przewidywać skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd. Argumentował, że złożenie nieprawdziwych informacji miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Gdyby bowiem zamawiający otrzymał informację zgodną z rzeczywistością, tj. że członek przystępującego PER-MIR, uchybił tym obowiązkom i posiada zaległości w opłacaniu składek, zamawiający podejmowałby inne decyzje względem tego wykonawcy, niż podjął wskutek wprowadzenia w błąd. Zdaniem odwołującego Perfect bez znaczenia dla sprawy pozostaje to, że wykonawca PER-MIR, mając w perspektywie szanse na wygranie przetargu i próbując znaleźć argumenty dla przekonania zamawiającego, co do możliwości otrzymania 10 pkt za zatrudnienie osoby niepełnosprawnej (nie podawanej zamawiającemu w ramach wcześniejszych wyjaśnień, ani nie podawanej w treści oferty) - przywołało fakt

zatrudnienia tej osoby przez członka konsorcjum przystępującego, ujawniając przy okazji przed zamawiającym, że względem tej osoby nie były opłacane składki na ubezpieczenie społeczne.

Odwołujący Perfect podniósł także, że zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Wywiódł, że zamawiający przewidział tę podstawę wykluczenia w § 5 pkt I pkt 9 SIWZ. Przystępujący PER-MIR naruszył obowiązki dotyczące płatności składek na ubezpieczenie społeczne. Zgodnie z art. 47 ust. 1 pkt 3 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, składki za dany miesiąc winny być opłacone nie później niż do 15 dnia następnego miesiąca. W piśmie z 21.01.2020 r. przystępujący PER-MIR przyznał fakt istnienia zaległości w opłacaniu składek, tłumacząc jedynie, że zaległości zostały uregulowane w dniu 18.01.2020 r. Uregulowanie zaległości po terminie składania ofert nie uchyla zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego spłata zaległych należności, jak i zawarcie odpowiedniego porozumienia, powinno nastąpić przed złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W innym razie przepis ten pozbawiony byłby jakiegokolwiek znaczenia prawnego i praktycznego.

W uzasadnieniu zarzutu 3 odwołujący Perfect podniósł, że zamawiający przyznał przystępującemu PER-MIR, 10 pkt w kryterium „zatrudnienie osoby niepełnosprawnej". Podniósł, że w § 13 pkt 1 SIWZ, Zamawiający przewidział możliwość uzyskania punktów ww. kryterium, w przypadku, gdy „wykonawca wykaże, że zatrudnia co najmniej jedną osobę niepełnosprawną - w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych na podstawie stosunku pracy (umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy), posiadającą co najmniej lekki stopień niepełnosprawności wykonującą bezpośrednie czynności związane z realizacją robót budowalnych będących przedmiotem zamówienia w wymiarze pełnego wymiaru pracy z minimum 4 miesięcznym stażem pracy na stanowisku: pracownik budowlany / murarz / tynkarz / dekarz / posadzkarz - 10 punktów. Jeżeli Wykonawca nie wykaże warunków dla przyznania punktów w tym kryterium otrzyma 0 punktów".

Odwołujący Perfect wskazał, że w celu otrzymania punktacji ww. kryterium zamawiający przewidział obowiązek złożenia oświadczenia, w którego treści należało wskazać, czy wykonawca zatrudnia co najmniej 1 osobę niepełnosprawną. Argumentował,

że przystępujący PER-MIR, na potrzeby uzyskania punktów ww. kryterium, wskazał p. S. C. Osoba ta nie jest zatrudniana przez wykonawcę PER-MIR. Jest pracownikiem podwykonawcy przystępującego PER-MIR (okoliczność bezsporna). Odwołujący Perfect podniósł, że w treści SIWZ, zamawiający nie dopuścił możliwości posługiwania się potencjałem podwykonawcy dla uzyskania punktów w kryterium „zatrudnienie osoby niepełnosprawnej". W § 5 pkt 2 ppkt 2 SIWZ, zamawiający wskazał, że poleganie na potencjale podmiotu trzeciego dotyczy wyłącznie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wywiódł, że zamawiający zastrzegł, iż tylko w tym zakresie będzie oceniał, czy udostępnione wykonawcy zasoby pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący Perfect podniósł także, że okoliczność, iż zamawiający nie dokonał

zastrzeżenia o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane nie uprawniała zamawiającego do przyznawania punktów

w sposób odbiegający od zasad przewidzianych w treści SIWZ. Zdaniem odwołującego zastrzeżenie z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a kryteria oceny ofert z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, to dwie odrębne instytucje. Z braku ww. zastrzeżenia nie można więc wyprowadzać

wniosków co do treści kryteriów oceny ofert - w tej konkretnej sytuacji, że skoro podwykonawca może wykonywać kluczowe części zamówienia to tym samym można wykonawcy przyznać punkty za osobę zatrudnianą przez tego podwykonawcę. Z treści SIWZ nie wynika przy tym, że osoba zatrudniana przez podwykonawcę miałaby wykonywać pracę wyłącznie przy kluczowych częściach zamówienia na roboty budowlane. Wskazywał, że również z powołanego przez zamawiającego wyroku ze sprawy KIO 1093/18, w żadnym razie nie wynika możliwość przyznawania, w każdym przypadku, punktacji za osoby pozostające w zasobach podwykonawcy. W wyroku tym zamawiający zrównał niejako w SIWZ warunek udziału w postępowaniu oraz kryterium ceny ofert - wykazywane były te same osoby, ale jeśli posiadały większe doświadczenie wykonawca uzyskiwał punkty".

Odwołujący Perfect podniósł, że w niniejszej sprawie stan faktyczny jest diametralnie odmienny. Zdaniem odwołującego pogląd Izby wyrażony w ww. wyroku przemawia wręcz przeciwko możliwości wyinterpretowania z treści SIWZ dopuszczalności punktowania zasobów podwykonawcy. W treści warunku udziału w postępowaniu, dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający przewidział obowiązek „dysponowania, co najmniej 15 pracownikami wykonującymi bezpośrednie

czynności związane z realizacją robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia. Osoby te winny być zatrudnione na podstawie umowy o pracę z minimum 3 miesięcznym stażem pracy na stanowisku". W ramach warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie wymagał więc dysponowania osobą niepełnosprawną. W kryterium oceny ofert Zamawiający przyjął też inne wymagania dla zatrudnienia osoby niepełnosprawnej. Wymagał zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy, a ponadto przewidział dłuższy - 4 miesięczny staż pracy. Brak jest więc możliwości wywodzenia z treści SIWZ, że poleganie na zasobach podmiotu trzeciego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania co najmniej 15 pracownikami, oznaczało jednocześnie możliwość polegania na zasobach podmiotu trzeciego dla uzyskania punktów. Według odwołującego powyższe wynika także z Formularza oferty, gdzie zamawiający, w jednym miejscu przewidział obowiązek złożenia oświadczenia o dysponowaniu pracownikami na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w oddzielnym miejscu obowiązek złożenia oświadczenia o zatrudnianiu przez wykonawcę osoby niepełnosprawnej.

Odwołujący Perfect argumentował, że dla uzyskania punktów w kryterium „zatrudniania osoby niepełnosprawnej" konieczne było więc to, by wykonawca - a nie podwykonawca - zatrudniał tą osobę. W innym przypadku cele wynikające ze sposobu realizacji zamówienia, przewidziane w art. 29 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp nie mogłyby zostać spełnione. Podwykonawca, który użyczył zasoby na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zatrudnienia co najmniej 15 osób, nie ma bowiem obowiązku zatrudniania osoby niepełnosprawnej przez cały okres realizacji zamówienia. Wskazał, że w projekcie umowy zamawiający w żadnym miejscu nie przewidział dla podwykonawcy obowiązku zatrudniania osoby niepełnosprawnej, ani obowiązku wprowadzenia w umowach z podwykonawcami zobowiązania do zatrudnienia osoby niepełnosprawnej (§ 13 - 18 wzoru umowy). Tym samym, podwykonawca w każdym momencie realizacji umowy, chociażby na jej początku, mógłby rozwiązać z osobą niepełnosprawną umowę o pracę. Przyjęcie więc, że SIWZ dopuszczała możliwość punktowania zatrudnienia tej osoby przez podwykonawcę pozostaje w sprzeczności z art. 29 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp i nie realizuje celów wynikających z tego przepisu.

Odwołujący Perfect wskazał także, że możliwość ta nie wynika też bezpośrednio z przepisów prawa (art. 22a ust. 1 ustawy Pzp). Dopiero nowe Prawo zamówień publicznych przewiduje expressis verbis możliwość korzystania z potencjału podmiotów trzecich także na potrzeby kryteriów selekcji. W aktualnym stanie prawnym - w ślad za ww. orzeczeniem Izby - możliwość tą można ewentualnie dopuszczać wyjątkowo i to tylko wówczas, gdy z treści SIWZ da się ją w sposób jednoznaczny wyinterpretować. Zdaniem odwołującego działanie zamawiającego stanowi naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Gdyby z treści SIWZ wynikała możliwość posłużenia się zatrudnieniem osoby niepełnosprawnej przez podwykonawcę, inny mógłby też być krąg podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Kryteria oceny ofert, jako kluczowe, muszą podlegać interpretacji ścisłej. Według odwołującego nie jest dopuszczalna, na etapie badania ofert, interpretacja rozszerzająca.

Odwołujący Perfect podniósł ponadto, że naruszenie przepisów ustawy Pzp po stronie Zamawiającego uzasadnia ponadto fakt, że zamawiający powołał się w piśmie z dnia 22.01.2020 r. na okoliczność przedstawienia przez wykonawcę PER-MIR dodatkowych dokumentów potwierdzających zatrudnienie od dnia 01 lipca 2019 r. osoby posiadającej umiarkowany stopień niepełnosprawności. Wywiódł, że akceptując te dokumenty zamawiający dopuścił się złamania zasady jednokrotnego wezwania (art. 26 ustawy Pzp), jak również zakazu zmiany treści oferty. Argumentował, że przystępujący PER-MIR wskazał w ofercie na zatrudnienie osoby niepełnosprawnej z orzeczonym III stopniem niepełnosprawności zatrudnionej przez podwykonawcę. Nie podało w treści oferty zatrudnienia innej osoby zatrudnianej przez członka konsorcjum przystępującego, posiadającej inny stopień niepełnosprawności. Oświadczenia te stanowiły treść oferty, i zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie mogły ulec zmianie, ani podlegać żadnym negocjacjom.

Odwołujący Perfect podniósł także, że w kontekście ujawnionych informacji o niezgłoszeniu pracownika członka Konsorcjum do ZUS, Zamawiający przyznał punktację nie posiadając wiedzy o tym, od kiedy osoba wskazywana dopiero w wyjaśnieniach wliczona została w stan zatrudnienia. Zgodnie z art. 2a ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, osobę niepełnosprawną wlicza się do stanu zatrudnienia począwszy od dnia przedstawienia pracodawcy orzeczenia potwierdzającego niepełnosprawność.

Odwołujący Perfect wskazał także, że wskazać, że wykonawca PER-MIR oświadczył w treści oferty, że to on, a nie podwykonawca zatrudnia osobę niepełnosprawną o III stopniu niepełnosprawności. Oświadczenie to pozostawało nieprawdziwe. Stąd z tego też względu zamawiający powinien wykluczyć tego wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ewentualnie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższych naruszeń, zamawiający dopuścił się też naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący Erbud w sprawie o sygn. akt KIO 171/20 wniósł odwołanie wobec:

1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego „PER - MIR",

2) zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy „PER - MIR;

3) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy PER - MIR;

4) czynności przyznania wykonawcy PER - MIR w ramach oceny ofert liczby 10 pkt za zatrudnienie osoby niepełnosprawnej;

5) zaniechania wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Perfect Sp. z o.o., zwanego dalej „przystępującym Perfect" lub „wykonawcą Perfect" do wykazania

spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

6) zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Perfect,

7) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Perfect,

8) czynności przyznania wykonawcy Perfect w ramach oceny ofert liczby 30 pkt za doświadczenie kierownika budowy.

Odwołujący Erbud zarzucił zamawiającemu:

1) w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PER - MIR:

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy PER-MIR z postępowania;

- naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy PER-MIR z postępowania;

- naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przyznanie wykonawcy PER-MIR w ramach oceny ofert punktów za zatrudnienie osoby niepełnosprawnej, która nie jest zatrudniona przez tego wykonawcę i w konsekwencji poprzez wybór oferty wykonawcy PER-MIR jako najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert nieprzewidziane w SIWZ;

- naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy PER-MIR jako najkorzystniejszej, mimo że wskazany wykonawca kwalifikuje się do wykluczenia i nie był uprawniony do otrzymania w ramach oceny ofert punktów za zatrudnienie osoby niepełnosprawnej;

2) w odniesieniu do zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum Firm Przedsiębiorstwo Remontowo - Budowlane „PER - MIR" M. P. i EXPERT s.c. T. J., L. W.:

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy PER-MIR z postępowania;

- naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy PER-MIR z postępowania;

3) w odniesieniu do zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy PER - MIR:

- naruszenie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PER-MIR mimo tego, że wskazany wykonawca kwalifikuje się do wykluczenia z postępowania;

4) w odniesieniu do czynności przyznania wykonawcy PER - MIR w ramach oceny ofert liczby 10 pkt za zatrudnienie osoby niepełnosprawnej, a konsekwencji łącznie liczby 100 pkt:

- naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez

przyznanie wykonawcy PER-MIR w ramach oceny ofert punktów za zatrudnienie osoby niepełnosprawnej, która nie jest zatrudniona przez tego Wykonawcę i w konsekwencji poprzez wybór oferty wykonawcy PER-MIR jako najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert nieprzewidziane w SIWZ;

- naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy PER-MIR jako najkorzystniejszej, mimo że wskazany wykonawca kwalifikuje się do wykluczenia i nie był uprawniony do otrzymania w ramach oceny ofert punktów za zatrudnienie osoby niepełnosprawnej;

5) w odniesieniu do zaniechania wezwania wykonawcy Perfect do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

- naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Perfect do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

6) w odniesieniu do zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Perfect:

- naruszenie art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Perfect z postępowania pomimo niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

7) w odniesieniu do zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Perfect:

- naruszenie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Perfect mimo tego, że wskazany wykonawca kwalifikuje się do wykluczenia z postępowania;

8) w odniesieniu do czynności przyznania wykonawcy Perfect w ramach oceny ofert liczby 30 pkt za doświadczenie kierownika budowy, a w konsekwencji łącznie liczby 95,92 pkt:

- naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przyznanie wykonawcy Perfect w ramach oceny ofert liczby 30 pkt punktów za doświadczenie kierownika budowy i w konsekwencji poprzez przyznanie temu wykonawcy w ramach oceny ofert liczby 95,92 pkt;

- naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez przyznanie wykonawcy Perfect w ramach oceny ofert liczby 30 pkt punktów za doświadczenie kierownika budowy i w konsekwencji poprzez przyznanie temu wykonawcy w ramach oceny ofert liczby 95,92 pkt.

Odwołujący Erbud wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PER - MIR;

2) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;

3) wykluczenia wykonawcy PER-MIR i odrzucenia oferty tego wykonawcy;

4) nieprzyznawania w ramach oceny ofert wykonawcy PER-MIR punktów z tytułu zatrudniania osoby niepełnosprawnej;

5) wezwania wykonawcy Perfect do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej;

6) wykluczenia wykonawcy Perfect i odrzucenia oferty tego wykonawcy;

7) nieprzyznawania w ramach oceny ofert wykonawcy Perfect punktów z tytułu doświadczenia kierownika budowy;

8) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Erbud podniósł, w odniesieniu do zarzutu podania przez przystępującego PER-MIR informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, że zamawiający w SIWZ (§ 5 ust. I pkt 1 ppkt 9) SIWZ) przewidział wprost wykluczanie z postępowania wykonawców, którzy dopuścili się naruszenia przepisów dot. płacenia składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Wskazał, że wykonawca PER-MIR na potrzeby postępowania przetargowego początkowo przedstawił informację, że nie dopuścił się uchybień/naruszenia przepisów w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Jednocześnie, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w piśmie z dnia 21 stycznia 2020 r. (błędnie datowanym na 21 lipca 2020 r.) poinformował i przyznał wprost, że w istocie na moment składania dokumentów ofertowych oraz dokumentów przedstawianych z pismem z 11 stycznia 2020 r. nie odprowadzał składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne w odniesieniu do konkretnego pracownika. Zdaniem odwołującego Erbud to oznacza, że w istocie przedstawiając zamawiającemu wcześniejsze informacje o rzekomym braku zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne wskazany wykonawca przedstawiał zamawiającego informacje wprowadzające w błąd. Argumentował, że gdyby wykonawca rzetelnie przedstawił zamawiającemu wskazane informacje, to w takim przypadku zostałby z postępowania wykluczony mając na uwadze treść art. 24 ust. 1 pkt 16, 17 ustawy Pzp i art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących przyznania przystępującemu PER-MIR w ramach oceny oferty punktów z tytułu zatrudniania osoby niepełnosprawnej odwołujący Erbud podniósł, że w przedmiotowej sprawie, w ramach oceny ofert, punkty za zatrudnienie osoby niepełnosprawnej na określnym stanowisku mogły być przyznane wyłącznie w sytuacji, jeżeli wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zatrudniałby bezpośrednio tą osobę niepełnosprawną. W tej kwestii brak jest podstaw do przyznawania punktów w sytuacji, jeżeli wykonawca nie zatrudniałby bezpośrednio tej osoby niepełnosprawnej, tj. np. w przypadku powoływania się na udostępnienie zasób przez podmiot trzeci. Podkreślał, że udostępnianie zasobów przez podmiot trzeci ma służyć przede wszystkim do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący Erbud argumentował, że wyroki KIO dopuszczające wyjątkowo przyznawanie wykonawcy punktów w ramach oceny ofert za zasoby podmiotu trzeciego wskazują, że musi to być uwarunkowane okolicznościami konkretnej sprawy. Podnosił, że zamawiający musi wprost przewidzieć, że punkty będą przyznawane za zasoby udostępniane przez podmioty trzecie. Wywodził, że racjonalnym jest, aby taka możliwość punktowania zasobów podmiotu trzeciego powiązana była z koniecznością realnego wykorzystywania tych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W przeciwnym razie może dojść do sytuacji, gdy punkty zostałyby przyznane za zasoby podmiotu trzeciego, który w żaden sposób nie byłby zobowiązany do udziału w realizacji zamówienia.

Odwołujący Erbud podniósł, że w przedmiotowej zamawiający nie przewidział przyznawania punktów wykonawcy za zatrudnienie osoby niepełnosprawnej w przypadku, jeżeli tą osobę niepełnosprawną zatrudniałby faktycznie podmiot, na zasoby którego wykonawca się jedynie powołuje, Co więcej, w przedmiotowej sprawie zatrudnienie osoby niepełnosprawnej nawet nie jest warunkiem udziału w postępowaniu. Zatem w tej sytuacji tym bardziej racjonalnym jest przyznawanie punktów wyłącznie w przypadku zatrudnienia osoby niepełnosprawnej wprost przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Zdaniem odwołującego Erbud chybione jest powoływanie się przez zamawiającego na wyrok KIO z 26 czerwca 2018 r. (sygn. akt KIO 1093/18). Wskazana sprawa dotyczyła bowiem całkowicie innego stanu faktycznego niż stan przedmiotowej sprawy. W wymienionej sprawie dodatkowo punktowane w ramach oceny ofert było dodatkowe doświadczenie osoby przewidzianej do pełnienia określonej funkcji w trakcie realizacji zamówienia, którą to osobę niezależnie od tego wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wskazywali celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z tego względu w wymienionej sprawie nie było ryzyka, że osoba, dzięki której konkretna oferta otrzymała dodatkowe punkty, w istocie nie będzie pełnić żadnej funkcji. Argumentował, że w niniejszej sprawie zatrudnienie osoby niepełnosprawnej nie jest natomiast warunkiem udziału w postępowaniu. Z powyższych względów, przystępujący Per-Mir nie powinien w ramach oceny ofert otrzymać punktów z tytułu zatrudniania osoby niepełnosprawnej.

W odniesieniu do zarzutu niewykazania przez przystępującego Perfect spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odwołujący Erbud podniósł, że wykonawca ten, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej przedstawił m.in. zobowiązanie Firmy Budowlanej ANNA - BUD Sp. z o.o. Wskazane zobowiązanie nie jest jednak adresowane do wskazanego przystępującego Perfect. Analiza treści przedstawionego zobowiązania prowadzi bowiem do wniosku, że Firma Budowlana ANNA - BUD Sp. z o.o. jest zgodnie z treścią tego zobowiązania zarówno podmiotem udostępniającym zasoby, jak i podmiotem, któremu te zasoby są udostępniane. Odwołujący Erbud podniósł, że w tej sytuacji przystępujący Perfect nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Według odwołującego Erbud to

oznacza, że we wskazanej kwestii niezbędne jest co najmniej wystosowanie do wskazanego wykonawcy niezbędnego wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W przypadku natomiast braku wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest wykluczenie wykonawcy z postępowania.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących przyznania przystępującemu Perfect punktów z tytułu doświadczenia kierownika budowy, odwołujący Erbud podniósł, że wykonawca ten nie powinien otrzymać 30 pkt z tytułu doświadczenia osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy. Inwestycje referencyjne wskazane w odniesieniu do tej osoby nie dają bowiem podstaw do przyznania tej osobie 30 pkt.

Odwołujący Erbud wskazał, że zgodnie z SIWZ zamawiający wymagał, aby doświadczenie kierownika budowy dotyczyło pełnienia określonych funkcji w odniesieniu do konkretnych inwestycji realizowanych w odniesieniu do budynków użyteczności publicznej. Wywiódł, że zgodnie z rozporządzeniem ministra infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia 12 kwietnia 2002 r. (§ 3 pkt 6 rozporządzenia), jako budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Odnosząc powyższe do inwestycji referencyjnych wskazanych przez przystępującego Perfect dla osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika odwołujący Erbud wskazał, że te inwestycje referencyjne nie dają podstaw do przyznania wskazanemu wykonawcy 30 pkt. W szczególności takie inwestycje jak „Budowa Hotelu Uroczysko w Cedzynie", „Rozbudowa i przebudowa zakładu produkcji płytek ceramicznych dla potrzeb produkcji płytek dużych formatów wraz z instalacjami wewnętrznymi w Opocznie" i „Rozbudowa i przebudowa Centrum Dystrybucyjnego JMP S.A. w Modlnicy k. Krakowa" nie mogą być uznane za dotyczące budynków użyteczności publicznej. Nie spełniają one bowiem treści ww. definicji.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie obu odwołań w całości. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 221/20 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Perfect. Wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących swej oferty. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowań odwoławczych w obu sprawach po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Per-Mir. Wniósł o oddalenie odwołań. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: postanowienia SIWZ, ofertę przystępującego Per-Mir, COIG, ofertę przystępującego Perfect, ofertę przystępującego Eskom, wezwanie zamawiającego z 3 stycznia 2020 r. skierowane do przystępującego Per-Mir do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, dokumenty złożone przez przystępującego Per-Mir w odpowiedzi na ww. wezwanie przy piśmie z dnia 11 stycznia 2020 r., wezwanie zamawiającego skierowane do przystępującego Per-Mir w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 20 stycznia 2020 r., wyjaśnienia przystępującego Per-Mir z 21 stycznia 2020 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 22 stycznia 2020 r., załącznik do zgłoszenia przystąpień wykonawcy Per-Mir, dowody złożone przez strony i uczestników w trakcie posiedzenia Izby, to jest:

1) Dowód nr 1: raporty z przyczyn niedoręczenia korespondencji mailowej odwołującego Erbud z kopią odwołania na adres poczty elektronicznej
,

2) Dowód nr 2: opinia językoznawcza dr M. N.-J. 13 lutego 2020 r.,,

3) Dowód nr 3: dokumentacja fotograficzna wykonana przez Erbud,

4) Dowód nr 4: zrzuty ekranu ze strony internetowej zus.pl, zakładka „Panel Płatnika i „Lista osób zgłoszonych do ubezpieczeń”,

5) Dowód nr 5: poświadczenie Opoczno I sp. z o.o. w Opocznie z dnia 29 stycznia 2020 r.,

6) Dowód nr 6: oświadczenie Jeronimo Martins Polska S.A. w Kostrzynie z 6 lutego

2020 r.,

7) Dowód nr 7: oświadczenie Anna-Bud sp. z o.o. w Bilczy z 14 lutego 2020 r.,

8) Dowód nr 8: zaświadczenie ZUS O/ Kielcach z 3 lutego 2020 r. o nieposiadaniu przez Expert s.c. J. T., W. L. zaległości z tytułu ubezpieczeń społecznych, zdrowotnych i DGŚP wg stanu na dzień 3.2.2020 r.,

9) Dowód nr 9: zaświadczenie ZUS O/Kielce z 3 lutego 2020 r. o kwocie nadpłaconych składek na ubezpieczenia społeczne wg stanu na dzień 3 lutego 2020 r.,

10) Dowód nr 10: informacja ZUS O/Kielce z 10 lutego 2020 r.,

jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 221/20 w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Perfect uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w obu postępowaniach odwoławczych w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Per-Mir uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Oddalono wniosek przystępującego Perfect zawarty w zgłoszeniu przystąpienia o odrzucenie odwołania wniesionego przez Erbud w sprawie KIO 221/20 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Stosownie do powołanego przepisu, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5. Z kolei przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, iż Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia

przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Nie było sporne między stronami, że wobec przesłania odwołującemu Erbud przez zamawiającego drogą elektroniczną zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania w dniu 22 stycznia 2020 r., 10-dniowy termin na wniesienie odwołania wobec czynności zaskarżonych w odwołaniu upływał w poniedziałek, 3 lutego 2020 r. (art. 182 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 185 ust. 8 ustawy Pzp). Nie ulegało również wątpliwości, że termin ten, jako termin oznaczony w dniach, kończy się z upływem ostatniego dnia, a więc 3 lutego 2020 r. o g. 24.00 (art. 14 ust. 1 w zw. z art. 111 § 1 KC). Bez znaczenia pozostaje w tej sytuacji okoliczność, czy nastąpi to po godzinach pracy zamawiającego. Termin na wniesienie odwołania jest terminem ustawowym. Z mocy art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, w tym też terminie odwołujący Erbud miał obowiązek przesłać zmawiającemu kopię odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł się z zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu. Dostrzeżenia wymaga także, że stosownie do art. 61 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp,

§ 1. Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło

do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. § 2. Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Jak wynika z przywołanych przepisów, z punktu widzenia znajdujących zastosowanie w niniejszej sprawie przepisów materialnego prawa cywilnego bez znaczenia pozostaje zatem kwestia, czy adresat faktycznie zapoznał się z treścią składanego mu oświadczenia. Istotne jest jedynie, czy oświadczenie zostało mu przesłane w taki sposób, że potencjalnie miał możliwość zapoznania się z jego treścią.

Ustalono, że korespondencję z kopią odwołania odwołujący Erbud przesłał do zamawiającego faksem na nr faksu 41-3784154 wskazany w § 1 SIWZ w dniu 3 lutego 2020 r. o g. 15.06. Na podstawie raportu z transmisji faksowej 7 stron dokumentu ze statusem „OK", załączonego do odwołania ustalono, że odwołujący przesłał zamawiającemu skutecznie 7 stron z kopią odwołania (dowód nadania faksu, załącznik do odwołania). Faks przesłano ponownie w dniu 3 lutego 2020 r. o g. 15.13. Korespondencja z faksami dotarła do zamawiającego czytelnie 3 lutego 2020 r. o g. 15.06 i o g. 15.13 w ten sposób, że mógł on zapoznać się z jej treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania (por. oryginał otrzymanej korespondencji faksowej okazany przez zamawiającego na rozprawie, a także skan faksu otrzymanego przez zamawiającego zawarty w pliku „Erbud odwołanie.pdf" znajdujący się na płycie nr 2 z częścią dokumentacji postępowania, w aktach sprawy). Za niewiarygodne uznano w tej sytuacji oświadczenie prezesa zarządu zamawiającego z 7 lutego 2020 r., (załączone do zgłoszenia przystąpienia Perfect) jakoby faks ten został doręczony do zamawiającego 4 lutego 2020 r. Nie przedstawiono na to Izbie żadnego dowodu. Wzięto w tym zakresie pod uwagę oświadczenia pełnomocników zamawiającego przedstawione na rozprawie, iż informacja ta mogła wynikać z faktu, że godziny urzędowania zamawiającego kończą się o 15.00.

Ustalono ponadto, że korespondencję z kopią odwołania odwołujący przesłał pocztą elektroniczną w dniu 3 lutego 2020 r. o g. 14.54 i 15.00 także na adres .
Adres ten został podany przez zamawiającego na jego stronie internetowej w Biuletynie Informacji Publicznej o której to stronie jest mowa w §
1 SIWZ. Przystępujący Perfect nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, które obaliłoby domniemanie prawne z art. 180 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp, że korespondencja ta dotarła do zamawiającego w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jej treścią. Za niewiarygodne uznano w tym zakresie oświadczenie prezesa zarządu zamawiającego z 7 lutego 2020 r., (załączone do zgłoszenia przystąpienia Perfect) jakoby korespondencja mailowa z kopią odwołania została doręczona do zamawiającego 4 lutego 2020 r. Nie przedstawiono na to Izbie żadnego dowodu.

Ustalono także, że korespondencję z kopią odwołania odwołujący przesyłał pocztą elektroniczną na adres zamawiającego wskazany w SIWZ w dniu 3
lutego 2020 r. o g. 14.40, 14.54, 15.00. Korespondencja ta została zwrócona przez serwer zamawiającego z adnotacją: : maildrop: maildir over quota co oznacza,
że skrzynka odbiorcza jest pełna (por. dowód nr 1 złożony przez odwołującego Erbud na rozprawie). Dowód nr 1 pozwolił Izbie na ustalenie, że serwer pocztowy na którym znajdowała się skrzynka poczty elektronicznej zamawiającego działał w sposób prawidłowy i otrzymywał wiadomości mailowe. W orzecznictwie Sądu Najwyższego jako moment złożenia oświadczenia elektronicznego uznaje się chwilę przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych (por. postanowienie SN z dnia 10 grudnia 2003 r., V CZ 127/03, OSNC 2005, nr 1, poz. 12.). Natomiast obowiązek zapewnienia drożności samego urządzenia, które służy do obsługi elektronicznego kanału komunikacji, właściwej konfiguracji skrzynki pocztowej, jej regularnego opróżniania obciąża odbiorcę, a nie nadawcę wiadomości. W doktrynie prawa cywilnego akcentuje się bowiem, że w normalnym toku czynności mieści się konieczność zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urządzenia adresata, które wskazał on nadawcy jako możliwy do wykorzystania środek komunikacji (por. Kodeks Cywilny. Komentarz, red. E. Gniewek, Wydawnictwo C.H. Beck wyd. 4, Warszawa 2011, s. 154). Zaś zamawiający wyraźnie wskazał wykonawcom w SIWZ m.in. tę skrzynkę poczty elektronicznej jako jeden z kanałów komunikacji. W ocenie Izby okoliczności typu przepełnienie tego konta poczty elektronicznej obciążają odbiorcę a nie nadawcę wiadomości. Z omawianego powodu błąd polegający na braku możliwości zapisania wiadomości przez serwer pocztowy zamawiającego ubz.pl w skrzynce pocztowej „zamowienia" z powodu jej przepełnienia (komunikat: maildrop: maildir over quota) obciążał zamawiającego. Do obowiązków adresata należy bowiem prawidłowe skonfigurowanie skrzynki pocztowej, która wskazywana jest wykonawcom jako przeznaczona do kontaktów. W tym kontekście podkreślenia wymaga, że zamawiający jest profesjonalistą, spółką prawa handlowego, a zatem należytą staranność należy oceniać poprzez pryzmat zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba stwierdziła, ze również

korespondencja mailowa przesłana w dniu 3 lutego 2020 r. przez odwołującego na adres została przesłana do zamawiającego w sposób, że ten miał możliwość zapoznania się z jej treścią. Tym samym uznano, że przystępujący Perfect i w tym zakresie nie obalił domniemania prawnego z art. 180 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp.

Kierując się powyższymi rozważaniami wniosek przystępującego Perfect o odrzucenie odwołania w sprawie KIO 221/20 należało oddalić.

Izba stwierdziła także, że zostały wypełnione przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferty odwołujących Perfect i Erbud zostały sklasyfikowane ma miejscu odpowiednio drugim i trzecim, za ofertą wykonawcy Per-Mir. Odwołujący domagali się nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia z postępowania swych konkurentów. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał wykluczenia ofert konkurentów odwołujących skutkowało będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być uzyskanie przez któregoś z odwołujących zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołania zasługują częściowo na uwzględnienie.

Chybione okazały się zarzuty obu odwołujących co do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16, art. 24 ust. 1 pkt 17, a także art. 25 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego Per-Mir.

Obie przesłanki te łączą się ze sobą, więc zostaną omówione częściowo łącznie.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Tym samym jak wynika z analizy ww. przepisu, wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, jeżeli dokonał zaległych płatności wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności, przy czym ww. przepis nie wskazuje jednoznacznie momentu, w którym wykonawca winien dokonać powyższych czynności. Zauważyć również należy, iż omawiany przepis niejako sam w sobie zawiera już przesłankę samooczyszczenia wykonawcy, polegającą na dokonaniu zaległych płatności wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarciu wiążącego porozumienia w sprawie spłaty.

Dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z motywem 85 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65) (dalej zwanej również „dyrektywą"), istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko, np. w przypadku trudności finansowych, które sprawiałyby, że dany wykonawca staje się nieodpowiedni, lub, przeciwnie, z racji spłacenia w międzyczasie zaległych zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne. W związku z tym bardziej pożądane jest, by w miarę możliwości instytucje zamawiające weryfikowały takie informacje za pomocą dostępu do stosownych baz danych, które powinny mieć charakter państwowy w tym sensie, że powinny być zarządzane przez organy publiczne. (...)

Jak wynika zatem z powyższego, przepisy ww. dyrektywy odnoszą się do sytuacji, w której wykonawca staje się „odpowiedni" w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z racji spłacenia w międzyczasie zaległych składek na ubezpieczenia społeczne.

Jednocześnie zgodnie z art. 57 ust. 2 akapit drugi i trzeci dyrektywy, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do

wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne. Ustęp ten przestaje mieć zastosowanie, jeżeli wykonawca spełnił swoje obowiązki, dokonując płatności należnych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, lub też zawierając wiążące porozumienia w celu spłaty tych należności, obejmujące w stosownych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny. Powyższy przepis został transponowany do polskiego porządku prawnego i znalazł odzwierciedlenie w treści art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Ponadto zgodnie z treścią art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16 - 20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Z kolei zgodnie z ust. 9 ww. przepisu, wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż w świetle art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, z procedury samooczyszczenia może dodatkowo skorzystać również taki wykonawca, który podlega wykluczeniu wobec wystąpienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w ust. 5 art. 24, w tym również w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Bezsporne jest, że na dzień ofertowania, to jest 23 grudnia 2019 r., członkowie konsorcjum przystępującego PER-MIR tj. wspólnicy s.c. Expert J. T. i W. L. nie zgłosili swego pracownika pana P. W. do ubezpieczeń społecznych i zalegali z opłatą składek na ubezpieczenie społeczne dla ww. osoby. Pomimo zatrudnienia z dniem 1 lipca 2019 r. na podstawie umowy o pracę tego pracownika w ustawowym terminie nie zgłosili tego faktu do ZUS. (dowód: umowa o pracę, przy piśmie przystępującego z 21 stycznia 2020 r., zgłoszenie pracownika do ZUS z 18 stycznia 2020 r., przy piśmie przystępującego z 21 stycznia 2020 r.). Zgodnie z art. 36 ust. 2 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, obowiązek zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych spoczywa na płatniku składek. Płatnikiem składek, w myśl art. 4 pkt 2 powołanej ustawy, jest pracodawca - w tym przypadku „EXPERT" spółka cywilna, T. J., L. W. - członek konsorcjum przystępującego Per-Mir. Ponadto zgodnie z art. 32 ust. 4 ww. ustawy zgłoszeń, o których mowa w ust. 2 i 3, dokonuje się w terminie 7 dni od daty powstania obowiązku ubezpieczenia, z zastrzeżeniem ust. 4a-5a i 9a. Tymczasem, jak wynikał z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, członkowie konsorcjum przystępującego obowiązku zgłoszenia pracownika P. W. dopełnili dopiero 18 stycznia 2020 r. Nie ulegało także wątpliwości, że od niezgłoszonego pracownika nie odprowadzano należnych składek na ubezpieczenie społeczne. Stan ten istniał na moment składania ofert, a, zaległe składki wraz z odsetkami zostały opłacone w dniu20 stycznia 2020 r.

Dostrzeżenia wymagało jednak, że pismem z 21 stycznia 2020 r. przystępujący Per-Mir samodzielnie przyznał się zamawiającemu do naruszenia przez Expert s.c. ww. obowiązków. Istotne były również okoliczności zaistnienia tej sytuacji. Nie ulegało wątpliwości, że Expert s.c. powierzyła prowadzenie swych spraw rachunkowych, w tym spraw z zakresu ubezpieczeń społecznych, profesjonalnemu biuru rachunkowemu (dowód: pismo przystępującego Per-Mir z 21.01.2020 r., oświadczenie Biura Rachunkowego M. R. z 19 stycznia 2020 r. załączone do zgłoszenia przystąpienia Per-Mir). Z dowodów tych wynikało ponadto, że naruszenie przez Expert s.c. omawianych obowiązków nastąpiło wskutek zaniedbań ww. biura, które nie zgłosiło pracownika pana W. do ZUS. W błędzie mógł utrzymywać wykonawców fakt, że otrzymywali na bieżąco z ZUS zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek (por. zaświadczenia z ZUS załączone do pisma przystępującego Per-Mir z 11 stycznia 2020 r.). Ponadto, jak wynika z oświadczenia biura rachunkowego pani M. R. przyczyną nie wysłania zgłoszenia do ZUS w ustawowym terminie było przeoczenie. Jak wskazano w oświadczeniu biura, pracownica obsługująca firmę Expert s.c. od 1 lipca 2019 r. (dzień zatrudnienia pana W. przez Expert s.c.) przebywała na zwolnieniu lekarskim i - jak wskazano w oświadczeniu - prawdopodobnie to było przyczyną przeoczenia. Zdaniem Izby wykonawcy, w okolicznościach danej sprawy, mogli działać w zaufaniu do biura rachunkowego, skoro, jak wynika z pisma biura, była to pierwsze uchybienie jakiego dopuściło się od 2014 r., czyli od kiedy podjęto współpracę z Expert s.c.

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie prowadził też do wniosku, że był to przypadek incydentalny, dotyczący jednego z wielu pracowników zatrudnianych przez członka konsorcjum przystępującego (por. dokumenty ubezpieczeniowe innych pracowników załączone do pisma przystępującego Per-Mir z 11 stycznia 2020 r.). Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie prowadził do wniosku, że po wykryciu naruszenia obowiązków Expert s.c. w stosunku do pracownika pana P. W., wykonawcy dopełnili formalności związanych ze zgłoszeniem go do ubezpieczeń społecznych a także dokonali płatności składek na ubezpieczenie społeczne wraz z odsetkami w okresie od 18 do 21 stycznia 2020 r., co wykazali zamawiającemu (informacje z ZUS DRA, zgłoszenie do ZUS wraz z dowodem wysyłki, listy płac załączone do pisma przystępującego złożonego zamawiającemu w dniu 21 stycznia 2020 r.). Powyższe potwierdza także zaświadczenie z ZUS, w treści którego wskazano, że w dniu 21 stycznia 2020 r. płatnik Expert s.c. złożył korekty dokumentów rozliczeniowych ZUS RCA i ZUS DRA za okres od 07.2019 d. 12.2019, zaś różnice składek zostały pokryte wpłatami z 20 stycznia 2020 r. (zaświadczenie z ZUS złożone do akt spraw na rozprawie).

Przy ocenie sytuacji należało dojść do wniosku, że działanie wykonawców nie miało charakteru celowego. Wzięto pod uwagę, że to sami wykonawcy poinformowali zamawiającego o zaistniałej sytuacji w dniu 21 stycznia 2020 r., choć nie byli o to konkretnie pytani. Gdyby nie inicjatywa samych wykonawców, to zamawiający o tych faktach w ogóle by nie wiedział.

Z punktu widzenia przesłanki wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp znaczenie prawne ma fakt dokonania spłaty należnych płatności publicznoprawnych. Ustawodawca bowiem przewidział, że pomimo naruszenia obowiązków z ubezpieczeń społecznych wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeśli płatności tych dokonał. Ustawodawca nie wskazał jednak, na jakim etapie ma zostać dokonana spłata. W motywie 85 dyrektywy wskazano jednak, że istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko, np. w przypadku trudności finansowych, które sprawiałyby, że dany wykonawca staje się nieodpowiedni, lub, przeciwnie, z racji spłacenia w międzyczasie zaległych zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne. Z przywołanego fragmentu motywy 85 można zatem wnioskować, że prawodawca unijny dopuszcza - jak sam wskazuje - „spłacenie w międzyczasie zaległych zobowiązań”, co ma prowadzić do sytuacji, w której staje się wykonawcą odpowiednim, a więc niepodlegającym wykluczeniu. Prawodawca unijny w przypadku przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp zdaje się zatem dopuszczać sytuację, w której wykonawca był nieodpowiedni, ale wskutek dokonanej spłaty za takiego nie może być już uważany. Idąc tym tokiem rozumowania należało dojść do wniosku, że skoro nastąpiła spłata zaległych składek wraz z odsetkami na moment podejmowania decyzji przez zamawiającego, to nie zachodziła podstawa do wykluczenia przystępującego Per-Mir z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Chybione okazały się także zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechania wykluczenia przystępującego Per-Mir.

Stosownie do art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) 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;

17) 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.

Nie było sporne między stronami, że do oferty przystępującego Per-Mir załączono oświadczenia JEDZ członków konsorcjum to jest W. L. i J. T. działających wspólnie jako wspólnicy spółki cywilnej Expert s.c. w Kielcach. W dokumentach tych obaj członkowie konsorcjum przystępującego Per-Mir oświadczyli, że wywiązali się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności składek na ubezpieczenie społeczne oraz, że nie posiadają w tym zakresie żadnych zaległości. Oświadczenia te zostały opatrzone datą 20 grudnia 2019 r., a wiec sprzed upływu terminu składania ofert.

Nie było także sporne, że oświadczenia te, na chwilę ich sporządzenia, nie były zgodne z rzeczywistością. Jak wskazano wcześniej, wykonawcy nie zgłosili do ubezpieczeń

społecznych swego pracownika P.W. i nie dokonali składek na ubezpieczenie społeczne z tego tytułu.

Izba stwierdziła, ze w okolicznościach danej sprawy z pewnością nie zostało udowodnione, aby złożenie tych informacji było wynikiem zamierzonego działania wykonawców. Ustalone i przywołane wcześniej przez Izbę okoliczności niezgłoszenia pracownika do ubezpieczeń społecznych prowadziły do wniosku, że członkowie konsorcjum przystępującego nie mieli wiedzy o tym, że ich pracownik nie został zgłoszony do ubezpieczeń i nie są z tego tytułu odprowadzane należne składki. Nie było także sporne, że naruszenie obowiązków publicznoprawnych dotyczyło jednego pracownika, a także że w odniesieniu do pozostałych obowiązki były na bieżąco wykonywane należycie. Zostało także ustalone, że Expert s.c. powierzyła obowiązki dotyczące zgłaszania pracowników wyspecjalizowanemu biuru rachunkowemu i że winę za niezgłoszenie i nieopłacenie składek ponosi ten podmiot. Z pewnością zatem nie można było mówić o umyślności po stronie Expert s.c. Wykonawcy składając oświadczenia JEDZ nie mieli świadomości zaistniałego stanu rzeczy. Podpisując oświadczenia działali w subiektywnym przekonaniu, że składają je zgodnie z rzeczywistością. Wspólników Expert s.c. upewniało w przekonaniu to, że ich obowiązki wykonywał profesjonalista oraz fakt, że otrzymywali na bieżąco z ZUS zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek.

Zdaniem Izby, w okolicznościach danej sprawy można co najwyżej mówić o jakiejś postaci lekkomyślności bądź niedbalstwa po stronie wykonawców, lecz z pewnością nie mających charakteru rażących. Tym niemniej działania podjęte przez Expert s.c. po dniu 18 stycznia 2020 r. mogą być uznane za wykonanie skutecznej procedery samooczyszczenia (art. 24 ust. 8 ustawy Pzp). Wzięto pod uwagę, że wykonawcy samodzielnie przyznali zamawiającemu, że nie dopełnili obowiązków z zakresu ubezpieczeń społecznych względem pracownika P. W.. Jak wskazano wcześniej, gdyby nie aktywność samego przystępującego, zamawiający ani konkurenci przystępującego Per-Mir w ogóle nie powzięliby wiedzy o zaistniałej sytuacji. Po drugie, nie ulegało także wątpliwości, że w dniach od 18 do 21 stycznia 2020 r. Expert s.c. dokonała czynności, takich jak zgłoszenie pracownika do ubezpieczeń, korekt stosownych dokumentów, a także płatności zaległych składek wraz z odsetkami. Wyjaśniono także przyczyny zaistniałej sytuacji, a mianowicie błąd biura rachunkowego, przy pomocy którego spełniano obowiązki z zakresu ubezpieczeń. Błędu takiego trudno było się spodziewać, również biorąc pod uwagę fakt, że współpraca między biurem a Expert s.c. miała charakter wieloletni (trwała od 2014 r., i było to pierwsze uchybienie jakiego biuro się dopuściło). Wreszcie, dokumenty zgromadzone w sprawie prowadziły do wniosku, że naruszenie obowiązków miało charakter incydentalny, dotyczyło jednego z wielu pracowników, zaś w odniesieniu do pozostałych - obowiązki te są terminowo i należycie wykonywane. W związku z powyższym, w okolicznościach danej sprawy, można mówić o dokonaniu skutecznej procedury samooczyszczenia.

Zdaniem Izby środki naprawcze winny być oceniane w okolicznościach konkretnej sprawy i z uwzględnieniem charakteru przesłanki wykluczenia wykonawcy i tego czego uchybienie dotyczyło. Należało wziąć zatem pod uwagę fakt, że sporne oświadczenia dotyczyły specyficznej przesłanki niepodlegania wykluczeniu z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, która - jak wskazano wcześniej - jest o tyle charakterystyczna, że przewiduje odrębną, niejako dodatkową procedurę samooczyszczenia i co do której prawodawca unijny dopuścił wyraźnie jej dokonanie po terminie składania ofert.

Izba postanowiła na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp oddalić wniosek Przystępującego Per-Mir o przeprowadzenie dowodu z zeznań w charakterze świadka p. M. R., adres do doręczeń: ul. ******, ***** Kielce, pana W., adres do doręczeń ul. *******, ****** Kielce oraz p. W. L. oraz p. J. T. uczestników postępowania, na okoliczność braku wiedzy przed dniem 18.01.2020 r. odnośnie niewykonania obowiązku zgłoszenia pracownika p. W. do ubezpieczeń społecznych, powzięcia tej wiedzy w dn. 18.01.2020 r. i wykonania wszystkich obowiązków dot. zgłoszenia tego pracownika do ubezpieczeń społecznych i opłacenia zaległych składek wraz z odsetkami.

W odniesieniu do faktów wykonania wszystkich obowiązków dot. zgłoszenia tego pracownika do ubezpieczeń społecznych i opłacenia zaległych składek wraz z odsetkami Izba stwierdziła, że fakty te zostały już stwierdzone innymi dowodami, w tym informacjami ZUS DRA, zgłoszeniami do ZUS, załączonymi do pisma z 21 stycznia 2020 r., a także zaświadczeniami z ZUS, złożonymi na rozprawie przez przystępującemu Per-Mir.

W odniesieniu do faktów braku wiedzy przed dniem 18.01.2020 r. odnośnie niewykonania obowiązku zgłoszenia pracownika p. W. do ubezpieczeń społecznych, powzięcia tej wiedzy w dn. 18.01.2020 r. Izba stwierdziła, że fakty te zostały już stwierdzone innymi dowodami z dokumentów, a chronologia zdarzeń i stan wiedzy ww. osób możliwe są do ustalenia w oparciu o dokumenty, które osoby te podpisywały.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp uznano

za bezzasadny.

Zasadny częściowo okazał się zarzut odwołującego Erbud co do naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z powodu przyznania wykonawcy Perfect 30 pkt w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika budowy".

Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą

na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie 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.

Jak wynikało z opisu kryterium oceny ofert zamawiający przewidział, że oceniając ofertę według kryterium „doświadczenie kierownika budowy" Zamawiający będzie kierował się poniżej przedstawionymi zasadami:

1) pełnienie funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru na jednym zadaniu dotyczącym budowy, przebudowy, remontu budynku lub budynków użyteczności

publicznej o powierzchni użytkowej minimum 1.500 $m^2$ - 10 punktów,

2) pełnienie funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru na dwóch zadaniach dotyczących budowy, przebudowy, remontu budynku lub budynków użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 1.500 $m^2$ - 20 punktów,

3) pełnienie funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru na trzech zadaniach dotyczących budowy, przebudowy, remontu budynku lub budynków użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 1.500 $m^2$ - 30 punktów,

Nie podzielono stanowiska przystępującego Perfect, jakoby z ww. opisu kryterium wynikało, iż można było się wykazać doświadczeniem kierownika budowy lub inspektora nadzoru dotyczącym budowy, przebudowy, remontu jakiegokolwiek budynku, a nie tylko budynku użyteczności publicznej.

Przystępujący Perfect swój wywód oparł na tezie, że skoro zamawiający użył spójnika „lub" to wymóg „użyteczności publicznej" znajdował zastosowanie wyłącznie wtedy, gdyby wykonawcy zamierzali wykazać doświadczenie kierownika zdobyte na „budynkach", w liczbie mnogiej. Gdyby jednak chcieli wykazać doświadczenie zdobyte podczas realizacji inwestycji dotyczącej jednego „budynku", to mógł być to budynek dowolny, niekoniecznie budynek użyteczności publicznej.

Zdaniem Izby interpretacja kryterium dokonana przez przystępującego Perfect okazała się chybiona. Jej przyjęcie prowadziłoby do absurdalnego wniosku, że wymóg zamawiającego dotyczący doświadczenia kierownika budowy na „budynkach użyteczności publicznej", a więc w liczbie mnogiej traciłby jakikolwiek sens. Każdy budynek użyteczności publicznej jest bowiem jednocześnie budynkiem. A skoro tak, to przy podanym przez wykonawcę Perfect toku rozumowania, dalsza część alternatywy byłaby zbędna. Wystarczałoby wykazanie zdobycia przez kierownika doświadczenia na inwestycji dotyczącej jednego budynku. Przy wykładni opisu spornego kryterium podzielono w pełni argumentację z opinii językoznawczej złożonej przez odwołującego Erbud (dowód nr 2). Choć była to opinia prywatna, to pochodziła od eksperta w danej dziedzinie, doktora nauk humanistycznych UJ, w specjalności językoznawstwo pani M.N.-J.. W opinii tej poinformowała, że sformułowanie „budynku lub budynków użyteczności publicznej" wskazuje, iż chodzi wyłącznie o budynki użyteczności publicznej. Wywiodła, że użyte w wyrażeniu formy fleksyjne, konkretnie fleksja imienna, czyli deklinacja (odmiana rzeczownika przez przypadki i liczby), a dokładniej sposób operowania kategorią gramatyczną, którą są liczby - najpierw użycie terminu „budynek", w liczbie pojedynczej, (singularis), a następnie terminu „budynki" w liczbie mnogiej „pluralis" z dodaniem informacji, o jaki konkretnie typ budynku chodzi, w tym przypadku budynki użyteczności publicznej.

W dalszej kolejności stwierdzono, co nie było sporne między stronami, że wykładnię pojęcia „budynek użyteczności publicznej" należy oprzeć się na definicji legalnej z § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia 12 kwietnia 2002 r. (tj. Dz.U. z 2019 r. poz.

1065). Zgodnie z tą definicją „budynek użyteczności publicznej" jest to budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Powyższą definicję należało odnieść do doświadczenia zawodowego pana Pawła Krzyśka, zaproponowanego przez przystępującego Perfect na stanowisko kierownika budowy. Wykonawca Perfect w swym formularzu ofertowym wskazał na doświadczenie swego kierownika budowy zdobyte przy następujących inwestycjach:

1) budowa hotelu Uroczysko w Cedzynie, o powierzchni użytkowej powyżej 1500 $m^2$,

2) rozbudowa i przebudowa zakładu produkcji płytek ceramicznych dla potrzeb produkcji płytek dużych formatów wraz z instalacjami wewnętrznymi w Opocznie, pow. użytkowa powyżej 1500 $m^2$ ,

3) rozbudowa i przebudowa centrum dystrybucyjnego JMP S.A. w Modlnicy k. Krakowa , pow. użytkowa powyżej 1500 $m^2$.

Co do pierwszej inwestycji przyznano rację odwołującemu Erbud, że zrealizowany budynek nie wpisuje się w definicję budynku użyteczności publicznej. Nie ulegało bowiem wątpliwości, że na gruncie przepisów ww. rozporządzenia, hotel jest traktowany jako tzw. budynek zamieszkania zbiorowego, o którym mowa w § 3 pkt 5 regulacji. Zgodnie z definicją legalną przez „budynek zamieszkania zbiorowego" należy rozumieć budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny. Na uwagę zasługiwał fakt, że hotel został wprost wymieniony w przywołanej definicji. Tym samym podzielono stanowisko o braku możliwości zakwalifikowania obiektu, który pełni funkcję wyłącznie hotelową, jako budynku użyteczności publicznej, na gruncie powołanego rozporządzenia wyrażone przez Izbę w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 455/19.

Nie można było także uznać za budynek użyteczności publicznej obiektów wykonanych w ramach inwestycji „rozbudowa i przebudowa zakładu produkcji płytek ceramicznych dla potrzeb produkcji płytek dużych formatów wraz z instalacjami wewnętrznymi w Opocznie". Na powyższe wskazywał całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie: nazwa inwestycji, dokumentacja fotograficzna wykonana przez Erbud (dowód nr 3), oraz poświadczenie pochodzące od samego użytkownika (dowód nr 5). Jak wynika z oświadczenia Opoczno I sp. z o.o. w Opocznie, z 19 stycznia 2020 r. (dowód nr 5) budynki projektowane w ramach zadania miały na celu rozszerzenie usług handlu i oferty sprzedażowej płytek spółki, wprowadzając nowe produkty, standardy i technologię ich wykonania. Jak wynikało z powyższego, wbrew stanowisku przystępującego Perfect obiekt ten nie został przeznaczony na potrzeby handlu czy usług. W obiekcie tym w szczególności nie sprzedaje się płytek. Jak wynikało bowiem wprost z oświadczenia, inwestycja służyła rozbudowie zakładu przemysłowego wraz z instalacjami, zaś w wyniku tej rozbudowy nastąpiło wdrożenie nowej technologii wykonania płytek, a w konsekwencji uzyskano wprowadzenie na rynek nowych produktów. Powyższe pozostawało spójne z nazwą inwestycji a także przedstawioną dokumentacją fotograficzną.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo przyznał przystępującemu Perfect 10 pkt za doświadczenie kierownika budowy zdobyte przy inwestycji o nazwie „Rozbudowa i przebudowa centrum dystrybucyjnego JMP S.A. w Modlnicy k. Krakowa". Jak wynikało z oświadczenia Jeronimo Martins Polska S.A., złożonego przez przystępującego Perfect, w ramach inwestycji został wybudowany m.in. budynek biurowo-socjalny. Podkreślenia wymaga, że zarówno budynek biurowy jak i socjalny, został wymienione wprost w przywołanym przepisie § 3 pkt 6 ww. rozporządzenia, a zatem są budynkami użyteczności publicznej. Okoliczność, że osoby postronne nie mają do niego wstępu, co wynikało z dowodu nr 3 (dokumentacja fotograficzna), nie ma zaś znaczenia. W świetle powołanej definicji znaczenie ma jedynie funkcja, przeznaczenie budynku.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała zarzut odwołującego Erbud za częściowo zasadny. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy prowadził do wniosku, że niezasadne było przyznanie przystępującemu Perfect w spornym kryterium 30 pkt , a jedynie 10 punktów.

Za chybiony uznano zarzut odwołującego Erbud dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego Perfect do uzupełnienia dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 5 pkt ll. ppkt 1 lit. c SIWZ.

Rzeczywiście, celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 5 pkt ll. ppkt 1 lit. c SIWZ przystępujący Perfect załączył do swej oferty zobowiązanie Firmy Budowlanej A.-Bud sp. z o.o. w Bilczy z 20 grudnia 2019 r. W zobowiązaniu tym istotnie podmiot ten swój zasób wiedzy i doświadczenia użyczał sobie samemu, a nie przystępującemu Perfect.

Uszło uwadze odwołującego Erbud, że zamawiający w § 5 SIWZ zastrzegł, że zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy 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. Nie ulegało wątpliwości, że sporny dokument służył wykazaniu przez przystępującego Perfect spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący Erbud nie dostrzegł jednak, że zgodnie z tzw. „procedurą odwróconą", o której mowa w art. 24 aa ustawy Pzp, zamawiający dokonuje jedynie oceny wszystkich ofert i ocenia na podstawie kryteriów oceny ofert, która jest najlepsza. Co istotne, badanie podlegania wykluczeniu z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający ogranicza wyłącznie do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. W analizowanym postępowaniu, to oferta przystępującego Per-Mir, a nie przystępującego Perfect została oceniona jako najkorzystniejsza. W konsekwencji zamawiający ograniczył badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu tylko do pierwszego wykonawcy. Oferta przystępującego Perfect nie podlegała zatem jeszcze badaniu pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tej sytuacji zarzut odwołującego Erbud, który dotyczył zaniechania wezwania przystępującego Perfect do uzupełnienia prawidłowego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, musiał zostać uznany za bezzasadny.

Chybiona okazała się argumentacja odwołującego Erbud, który wywiódł w trakcie rozprawy, że jako podmiot sklasyfikowany na trzecim miejscu musiał podnieść ten zarzut wobec wykonawcy sklasyfikowanego nie drugim miejscu, gdyż inaczej nie wykazałby interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W orzecznictwie Izby jednolicie przyjmuje się, że wykonawcy z miejsca trzeciego, który zaskarża ofertę z miejsca pierwszego, nie można odmówić interesu nawet w sytuacji, gdy nie zaskarża oferty drugiej, jeżeli w stosunku do oferty drugiej nie można było sformułować zarzutów dotyczących niespełnienia warunków przez oferenta, który ją złożył, wskutek zastosowania przez zamawiającego tzw. „procedury odwróconej".

Zasadne okazały się zarzuty obu odwołujących co do naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nieprawidłowe przyznanie przystępującemu Per-Mir 10 punktów w kryterium oceny ofert „zatrudnienie osoby niepełnosprawnej". Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie 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.

Zamawiający wskazał w § 13 SIWZ, że punkty w kryterium „zatrudnienie osoby niepełnosprawnej", zostaną przyznane w następujący sposób:

Jeżeli Wykonawca wykaże, że zatrudnia co najmniej jedną osobę niepełnosprawną - w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 197r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych na podstawie stosunku pracy (umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy), posiadająca co najmniej lekki stopień niepełnosprawności wykonującą bezpośrednie czynności związane z realizacją robót budowalnych będących przedmiotem zamówienia w wymiarze pełnego wymiaru pracy z minimum 4 miesięcznym stażem pracy na stanowisku: pracownik budowlany / murarz / tynkarz / dekarz / posadzkarz - 10 punktów. Jeżeli Wykonawca nie wykaże warunków dla przyznania punktów w tym kryterium otrzyma 0 punktów.

Jak wynikało z powyższego, zamawiający uzależnił przyznanie punktów od tego, aby

wykonawca wykazał, że to on zatrudnia co najmniej jedną osobę niepełnosprawną, która będzie wykonywała czynności określone w SIWZ. Na powyższe wprost wskazywała wykładnia językowa kryterium. Należało zgodzić się zatem z obu odwołującymi, że przywołane kryterium oceny ofert referowało do zatrudnienia danej osoby przez wykonawcę, a nie przez podwykonawcę. Zamawiający w § 5 pkt II ppkt 2. 1) SIWZ dopuścił wprawdzie możliwość powoływania się na zasoby podmiotów trzecich, ale wskazał jednocześnie, że wykonawca może powołać się na nie „w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu". Zatrudnienie osoby niepełnosprawnej, o której mowa w § 13 SIWZ nie było zaś takim warunkiem. Warunki te opisano bowiem w § 5 pkt II SIWZ i próżno tam było szukać wymogu zatrudnienia osoby niepełnosprawnej.

Nie zmienia powyższego fakt, że zamawiający w SIWZ nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania żadnej części zamówienia przez wykonawcę. W dalszym jednak ciągu, aby dostać punkty w kryterium „zatrudnienie osoby niepełnosprawnej" należało wykazać zatrudnienie takiej osoby przez wykonawcę. Bezzasadne okazało się powoływanie się zamawiającego na wyrok Izby wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1093/18, gdyż stan faktyczny na tle którego wydano wyrok różnił się od analizowanego. W ówczesnym postępowaniu kryterium oceny ofert i warunek udziału w postępowaniu dotyczyły jednej i tej samej osoby. Można było uzyskać punkty za wykazanie dodatkowego doświadczenie zawodowego osoby wskazanej uprzednio na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu. Zaś celem wykazania warunku dopuszczono poleganie na zasobach podmiotu trzeciego. W tej sytuacji, w tak ustalonych okolicznościach tamtej sprawy, można było uznać za uzasadnione przyznawanie punktów w kryterium za dodatkowe doświadczenie zawodowe tej samej osoby. W analizowanej sprawie nie można było jednak mówić o jakimkolwiek przełożeniu treści warunku na kryterium oceny ofert. Kryterium referowało do zatrudniania jakiejkolwiek osoby niepełnosprawnej, która niekoniecznie musiała być osobą wykazaną na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Tak ustaloną treść SIWZ należało odnieść do oświadczeń wykonawcy Per-Mir przedstawionych w formularzu ofertowym i porównać je ze stanowiskiem prezentowanym w zgłoszeniu przystąpienia i na rozprawie.

W trakcie rozprawy przystępujący Per-Mir oświadczył, że na potrzeby kryterium „zatrudnienie osoby niepełnosprawnej" należało uwzględnić fakt zatrudniania przez jego podwykonawcę osoby niepełnosprawnej tj. pana S. Ch., posiadającego III stopień niepełnosprawności tj. lekki oraz fakt zatrudnienia przez Expert s.c., to jest członków konsorcjum przystępującego Per-Mir, pana P.W., posiadającego umiarkowany, to jest II stopień niepełnoprawności.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że stanowisko przystępującego Per-Mir prezentowane na rozprawie, jakoby w ofercie wykazał zatrudnienie dwóch osób niepełnosprawnych nie polegało na prawdzie. Podkreślenia wymagał bowiem fakt, że przystępujący Per-Mir w formularzu ofertowym (s. 4) złożył wyraźne oświadczenie, że zatrudnia 1 osobę niepełnosprawną z orzeczonym III stopniem niepełnosprawności, wykonującą bezpośrednio czynności związane z realizacją robót będących przedmiotem zamówienia w wymiarze pełnego wymiaru pracy z minimum 4 miesięcznym stażem pracy na stanowisku: pracownik biurowy/ murarz / tynkarz / dekarz / posadzkarz. W tej sytuacji argumentacja przystępującego jakoby wykazał zamawiającemu zatrudnienie dwóch osób pozostawało w sprzeczności z treścią złożonej przez niego oferty.

Po drugie, jak wyjaśniono wcześniej, prze ocenie oferty w spornym kryterium nie można było uwzględnić zatrudniania osoby niepełnosprawnej - pana S. C. - przez

podwykonawcę przystępującego. Zamawiający uzależnił bowiem przyznanie punktów w omawianym kryterium od faktu zatrudniania takiej osoby przez samego wykonawcę i skierowania jej do pracy przy realizacji robót.

Wbrew stanowisku przystępującego Per-Mir nie można było też przyznać punktów za zatrudnienie przez Expert s.c. (członka konsorcjum przystępującego Per-Mir) pana P. W.. Jak wynikało ze złożonego przez przystępującego Per-Mir orzeczenia o stopniu niepełnosprawności, pan P. W. posiada orzeczenie o zaliczeniu do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, a więc niepełnosprawność stopnia II, tymczasem w formularzu ofertowym wykonawca powołał się na fakt zatrudnienia jakiejś jednej osoby z III stopniem niepełnosprawności. Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 3 ustawy o rehabilitacji zawodowej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t. j. Dz. U. z 2018 poz. 511 ze zm.) ustala się trzy stopnie niepełnosprawności, które stosuje się do realizacji celów określonych ustawą:

1) znaczny;

2) umiarkowany;

3) lekki.

Zgodnie zaś z art. 62 ww. ustawy orzeczenie o zaliczeniu do:

1) I grupy inwalidów traktowane jest na równi z orzeczeniem o znacznym stopniu

niepełnosprawności;

2) II grupy inwalidów traktowane jest na równi z orzeczeniem o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności;

3) III grupy inwalidów traktowane jest na równi z orzeczeniem o lekkim stopniu niepełnosprawności.

Biorąc powyższe pod uwagę, oświadczenie przystępującego Per-Mir ze s. 4 formularza ofertowego należało zinterpretować jako zatrudnianie przez niego 1 osoby z orzeczeniem o lekkim stopniu niepełnosprawności. Tymczasem pan W. posiada orzeczenie o umiarkowanym stopniu, a więc stosując terminologię, jaką posłużył się przystępujący - niepełnosprawność II stopnia. W związku z powyższym brak było podstaw do przyznania przystępującemu Per-Mir 10 punktów za zatrudnienie przez niego 1 osoby niepełnosprawnej z orzeczonym III stopniem niepełnosprawności, gdyż nie wykazano, aby przystępujący Per-Mir w ogóle taką osobę zatrudniał. Jak słusznie wskazał odwołujący Perfect w swym odwołaniu, oświadczenia przystępującego Perfect z formularza oferty stanowiły treść oferty, i zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie mogły ulec zmianie, ani podlegać żadnym negocjacjom.

Za chybione uznano podniesione przez obu odwołujących zarzuty naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do ww. przepisu, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Udzielenie zamówienia następuje z momentem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazali, aby w analizowanej sprawie zamawiający zawarł już taką umowę. Zamawiający nie mógł zatem naruszyć przywołanego przepisu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1, 2, 3, 4 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odpowiednich części odwołań. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 5, 6 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2, 3, 4) i formalnym (pkt 5, 6), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W obu sprawach stwierdzone naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów przyznał punkty w kryteriach oceny ofert.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba w pkt 1 i 3 wyroku nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykonanie czynności wskazanych w tych punktach sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 3 wyroku.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 i 4 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: „Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw.

Odwołujący Rafał Sieraczyński i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie.

Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy § 5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.

W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego Rafała Sieraczyńskiego. Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.".

W obu postępowaniach odwoławczych niektóre z zarzutów okazały się zasadne, a

inne chybione. Wobec powyższego uznano, że odpowiedzialność za wynik postępowania w każdej ze spraw ponosili po równo odwołujący i zamawiający, co odpowiadało proporcji zarzutów zasadnych do chybionych. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 188/20 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego Perfect w wysokości 20.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego Perfect z tytułu zastępstwa przed Izbą w maksymalnie dopuszczonej kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, a więc łącznie 23.600 zł. Na koszty postępowania w sprawie KIO 221/20 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego Erbud w wysokości 20.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego Erbud z tytułu zastępstwa przed Izbą w maksymalnie dopuszczonej kwocie 3.600 zł, a więc łącznie 23.600 zł.

Obaj odwołujący ponieśli dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23.600 zł (20.000 zł tytułem wpisu i 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadali za nie jedynie do wysokości 11.800 zł (23.600 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz każdego z odwołujących kwotę 11.800 zł (23.600 - 11.800), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołujących a kosztami postępowania, za jakie odpowiadali w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b, § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 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. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....